

NOTIFICACIÓN 19/07/2022



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 3
C/ José Samsó Henríquez nº 15
Santa María de Guía de Gran Canaria
Teléfono: 928 21 14 17
Fax.: 928 21 14 22
Email.: mixto3.guia@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Jurisdicción voluntaria. General
Nº Procedimiento: 0000157/2022
NIG: 3502341120220000461
Materia: Patria potestad
Resolución: Auto 000197/2022
IUP: MR2022002680

<u>Intervención:</u> Demandante	<u>Interviniente:</u> Félix Javier Marcelo Wurnitzer	<u>Abogado:</u> Silvia Martin Perez	<u>Procurador:</u> Fernando Marcos Rodriguez Ruano
Demandado	Teresa De Jesus Garcia Bolaños	Cristina Rosa Armas Suarez	Carmelo Pedro Ortiz Perez
Fiscal	Ministerio Fiscal		
Menor	Nestor Marcelo Garcia		

AUTO

En Santa María de Guía de Gran Canaria, a 15 de julio de 2022.

HECHOS

PRIMERO. – En fecha de 23 de febrero de 2022 tuvo entrada en este Juzgado solicitud presentada por D. FELIX JAVIER MARCELO WURNITZER para la atribución a éste de la facultad de decidir respecto de la vacunación contra la COVID de su hijo menor D. Néstor Marcelo García, por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad contra Dña. Teresa de Jesús García Bolaños.

SEGUNDO.- Mediante Decreto de 6 de abril de 2022 fue admitida a trámite la solicitud señalándose la celebración de comparecencia para el día 5 de julio de 2022, citándose a las partes y al Ministerio Fiscal para dicha comparecencia.

TERCERO. – Llegado el día señalado, se celebró la comparecencia con la asistencia de todas las partes, procediéndose a la exploración del menor con anterioridad a la celebración de la vista. Tras la práctica de la prueba solicitada y admitida tal y como consta en soporte audiovisual, se formularon conclusiones por las partes. En este sentido reiteró la parte actora su solicitud oponiéndose a ello tanto la parte demandada como el Ministerio Fiscal, tras lo cual quedaron las actuaciones pendientes del dictado de la presente resolución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. – Marco normativo.

Las vacunas tienen la consideración de medicamentos especiales según la Ley del medicamento (Texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ELENA FERNÁNDEZ HUERTA - Magistrado-Juez	15/07/2022 - 14:32:08
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos A05003250-35bc9d9c76881b4beab41ec0eb51657892105979	
El presente documento ha sido descargado el 15/07/2022 13:35:05	



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



productos sanitarios), que en su artículo 45 regula *las garantías sanitarias concretas de las vacunas y demás medicamentos biológicos, señalando que quedan sometidas a la regulación contenida en la propia ley y las que se determinan reglamentariamente (Real Decreto 1345/2007 de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente), exceptuándose las preparaciones individualizadas de vacunas y alérgenos para un solo paciente. Por interés de la salud pública, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante AEMPS) podrá someter a autorización previa cada lote y condicionar la comercialización a su conformidad.*

En general, para cualquier tipo de vacuna y hasta la fecha se considera que la vacunación es voluntaria, aunque hay marco legal básico para establecer una vacunación forzosa y en particular en caso de epidemias en base a los artículos 4 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio: "El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: b) "crisis sanitarias, tales como las epidemias.... 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".

Si bien la Ley 33/2011, 4 de octubre, General de Salud Pública parte de un principio general de voluntariedad en las actuaciones de salud pública, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública establece matizaciones al respecto, y así en su artículo 2 establece 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 en su artículo 3 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 se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

A su vez la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones, establece en su artículo 9.2 que "Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas".

Es decir, que el principio general de autonomía de la voluntad solo admite limitación en circunstancias excepcionales y entre estas se halla el supuesto de riesgo para la salud pública. En definitiva la regla general es la no obligatoriedad de la vacunación y solo excepcionalmente la Ley Orgánica 3/1986 permitiría amparar una vacunación obligatoria en

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ELENA FERNÁNDEZ HUERTA - Magistrado-Juez	15/07/2022 - 14:32:08
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos A05003250-35bc9d9c76881b4beab41ec0eb51657892105979	
El presente documento ha sido descargado el 15/07/2022 13:35:05	



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



casos de epidemias y crisis sanitarias y riesgo efectivo para la salud pública mientras que en los supuestos en que el riesgo es exclusivamente individual, solo cabría una vacunación obligatoria en el caso previsto en el art. 9.2 b) Ley 41/2002 antes citada *“Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él, sin que resulte de aplicación a estos supuestos de riesgo individual la Ley Orgánica 3/1986”*.

En cualquier caso, en el supuesto de la vacunación con motivo de la pandemia COVID19 nos hallamos ante una vacuna voluntaria y así lo recuerda la Estrategia de Vacunación frente a la COVID19 emitida por el Grupo de Trabajo Técnico de Vacunación de la ponencia de Programas y Registro de Vacunaciones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud *“Sin perjuicio del deber de colaboración que recae sobre los individuos, la vacunación frente a COVID- 19 será voluntaria, y ello, a salvo de lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública. Se considera importante registrar los casos de rechazo a la vacunación en el Registro de vacunación, con la finalidad de conocer las posibles razones de reticencia en diferentes grupos de población.”*

En el ámbito de la normativa a nivel estatal al respecto, cabe citar el artículo 9 de la Ley estatal de consentimiento informado 41/2002 de 14 de noviembre, que establece que *“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 o emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.*

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

5. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho 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 judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente,

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ELENA FERNÁNDEZ HUERTA - Magistrado-Juez	15/07/2022 - 14:32:08
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos A05003250-35bc9d9c76881b4beab41ec0eb51657892105979	
El presente documento ha sido descargado el 15/07/2022 13:35:05	



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (...)”.

SEGUNDO. – Aplicación al caso concreto.

La decisión a adoptar en el caso que nos ocupa debe ponderar la normativa sanitaria específica antes enunciada en el marco de la normativa general dispuesta en nuestra Constitución en su artículo 15 que reconoce el derecho a la integridad física, así como en su artículo 43, que reconoce el derecho a la protección de la salud y atribuye a los poderes públicos la competencia para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, y a nivel procesal y sustantivo civil en los artículos 156 del CC y los artículos 87 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, debiendo tener presente como elemento fundamental sobre el que pivota el presente procedimiento el interés superior del menor.

En el presente caso nos encontramos ante un solicitante (progenitor paterno) que interesa que se vacune a su hijo menor de la Covid 19 porque se siente más seguro si su hijo está vacunado ante un posible contagio de la enfermedad. El motivo alegado por éste en esencia es su voluntad de proteger la salud de su hijo, motivo totalmente lícito y admirable pero que debe ser puesto en relación con el contexto presente. Él mismo reconoció que no creía que su hijo estuviera en riesgo y que era más bien una opinión personal la relativa a que la inoculación de la vacuna le protegería más a su hijo que su no inoculación. También declaró que, hasta el momento, su hijo no ha tenido ningún problema relacionado con el covid pese a acudir al colegio pero que, en cualquier momento, podría contagiarse. Por último, señaló que su hijo estaba sano, no tenía patologías, que no ha sufrido ningún tipo de discriminación por no estar vacunado y que era la madre la que se ocupaba de los asuntos médicos del menor.

Por otro lado, la progenitora materna se opone a la vacunación basándose en la voluntad de su hijo de no vacunarse y en el hecho de que éste se encuentra sano, no tiene ningún tipo de patología y en que, según ella, los efectos de contraer el Covid son muy leves en menores.

Debemos partir de la base de que el principio elemental inspirador del presente procedimiento al objeto de llevar a cabo su adecuada resolución es el del interés superior del menor que prevalece por encima de cualquier otro, de conformidad con la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en el artículo 39 de la CE, en preceptos del Código Civil (92, 94, 103, 154, 158 y 170) y en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

En el acta de exploración del menor que obra en autos, Néstor, de 12 años, manifestó que no se quería vacunar aduciendo, en parte influenciado por los argumentos de su madre, que no confía en los efectos secundarios de la vacuna y que le dan miedo las agujas. Reconoció que no había pasado el covid ni él ni ningún familiar conocido de éste. Expresó también que, hasta el momento, no le habían puesto ningún problema por no estar vacunado, no teniendo ninguna limitación en el colegio, ni en las actividades extraescolares, ni en otros aspectos de su vida diaria por el hecho de no estar vacunado.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ELENA FERNÁNDEZ HUERTA - Magistrado-Juez	15/07/2022 - 14:32:08
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos A05003250-35bc9d9c76881b4beab41ec0eb51657892105979	
El presente documento ha sido descargado el 15/07/2022 13:35:05	



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



En cuanto a las vacunas en menores de edad, debemos recordar lo recogido en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2021, en aplicación del artículo 8 del CEDH dice: *“la estrategia de vacunación obligatoria constituye la respuesta de las autoridades a la necesidad social apremiante de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades en cuestión y evitar cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación de los niños (...). En cuanto a la vacunación, el objetivo debe ser garantizar que todos los niños estén protegidos contra las enfermedades graves (...). En cuanto a la inocuidad, el Tribunal reconoce la existencia de un riesgo muy raro pero innegablemente muy grave para la salud de una persona y recuerda la importancia de tomar las precauciones necesarias antes de la vacunación, en particular comprobando la seguridad de las vacunas utilizadas y buscando posibles contraindicaciones en cada caso.”*

En el caso de la vacuna del Covid-19 ni es una vacuna obligatoria, ni su seguridad y efectividad está suficientemente demostrada, habiéndose procedido a la vacunación colectiva generalizada en una situación puntual de pandemia y crisis sanitaria global que llevó a los Estados y autoridades a inocular la vacuna para lograr la inmunidad colectiva. Sin embargo, el panorama actual es diferente ya que ya no nos encontramos en un Estado de Alarma por crisis sanitaria, ni existe obligatoriedad siquiera de llevar mascarilla en interiores, habiendo pasado a un escenario de práctica normalidad. Pese a que existe actualmente un alto índice de vacunación, la enfermedad se sigue transmitiendo sin que exista un estudio demostrativo de que la vacunación produzca la no transmisión del virus. La situación actual es mucho menos grave que la de meses atrás, produciéndose contagios a diario, pero cuya sintomatología y gravedad ha disminuido en los pacientes de manera significativa.

A la vista de todo ello, partiendo del hecho de que ambos progenitores tienen una opinión formada basada en una información básica de lo que se escucha, lee o se ve en televisión, no procede resolver el objeto del presente procedimiento sobre la base de que uno de los progenitores tiene mayor conocimiento de los motivos por los que quiere o deniega la inoculación de la vacuna a su hijo, ni tampoco por el hecho de que uno vele más o mejor por los intereses de su hijo. Ambos, con sus opiniones y creencias, tratan de velar de la mejor manera posible por el interés de su hijo menor y por su salud.

En el caso de autos, debemos partir del hecho de que la situación sanitaria actual es mucho menos grave que la de hace meses, teniendo en cuenta que no existe evidencia científica acerca de la eficacia y seguridad de la vacuna hasta el momento, habiendo manifestado el menor su voluntad clara de no vacunarse, teniendo en cuenta que el menor no tiene patologías, que es un niño sano, que no se encuentra entre ninguno de los grupos de riesgo, que no ha contraído el virus ni ninguna enfermedad grave y, no constando que la ausencia de vacunación le haya causado un perjuicio directo o indirecto en su vida social, familiar o educativa, debe atribuirse a la madre la facultad de decidir sobre la inoculación o no de la vacuna al ser ésta la que se ajusta más a la voluntad del hijo menor.

En virtud de lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO. – Desestimar la solicitud formulada por D. Felix Javier Marcelo Wirnitzer y atribuir a Dña. Teresa de Jesús García Bolaños la facultad de decidir sobre la administración de la vacuna de la Covid-19 a su hijo menor de edad, Néstor Marcelo García.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ELENA FERNÁNDEZ HUERTA - Magistrado-Juez	15/07/2022 - 14:32:08
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos A05003250-35bc9d9c76881b4beab41ec0eb51657892105979	
El presente documento ha sido descargado el 15/07/2022 13:35:05	



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en los términos de los artículos 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 20 de la ley de Jurisdicción Voluntaria el cual carecerá de eficacia suspensiva.

No procede efectuar pronunciamiento condenatorio alguno en materia de costas procesales dada la naturaleza particular de la cuestión controvertida, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así lo dispone, manda y firma D./Dña. ELENA FERNÁNDEZ HUERTA, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 3 de Santa María de Guía de Gran Canaria.

EL/LA Juez

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ELENA FERNÁNDEZ HUERTA - Magistrado-Juez	15/07/2022 - 14:32:08
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos A05003250-35bc9d9c76881b4beab41ec0eb51657892105979	
El presente documento ha sido descargado el 15/07/2022 13:35:05	