

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La necesidad y conveniencia de vacunación de un menor contra la covid-19. Consentimiento informado por representación

The need and convenience of vaccination of a minor against covid-19. Informed consent by representation

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA*

Profesora de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN. Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Uno de los temas que causan desacuerdos entre los progenitores se centra en la administración de vacunación de hijos menores. Aunque también se ha dado el supuesto de la negativa de hi-

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0003-0999-9044

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy miembro.

jos cuyos progenitores se encuentran en una residencia de mayores a que se les administre la vacuna. Tras examinar la necesidad de consentimiento informado previo a la vacunación donde se describa la composición, riesgos y consecuencias, los padres pueden prestar el consentimiento por representación de sus hijos menores, y los hijos en el caso de que sus padres necesiten de su apoyo. En caso de discrepancia entre progenitores siempre que los menores no tengan problemas que contraindicaran o aconsejaran específicamente la vacunación y se cuente con informes forenses que avalaban la decisión de vacuna, la línea jurisprudencial adoptada es unánime y partidaria de la misma. Ocurre lo mismo cuando son personas necesitadas de apoyos para adoptar una decisión.

ABSTRACT. Non-emancipated children are under the power of the parents, which will always be exercised for the benefit of the children, in accordance with their personality, and with respect for their physical and psychological integrity. One of the issues that cause disagreements between parents focuses on the administration of vaccinations to minor children. Although there has also been the case of refusal to vaccinate children whose parents are in a nursing home to receive the vaccine. After examining the need for informed consent prior to vaccination where the composition, risks and consequences are described, parents can provide consent on behalf of their minor children, and the children in the event that their parents need their support. In the event of a discrepancy between parents, as long as the minors do not have problems that contraindicate or specifically advise vaccination and there are forensic reports that support the vaccine decision, the jurisprudential line adopted is unanimous and in favor of it. The same thing happens when they are people who need support to make a decision.

PALABRAS CLAVE. Vacunación. Consentimiento informado, menor de edad, menor maduro, consentimiento por representación. Persona con discapacidad. Ausencia de consentimiento informado.

KEY WORDS. Vaccination. Informed consent, minor, mature minor, consent by representation. Person with Disability. Absence of informed consent.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LA MENOR.—III. CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR: A. LA ADMINISTRACIÓN DE LA VACUNA Y EL CONSENTIMIENTO. B. EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN. a) El consentimiento por representación de menores. b). El consentimiento por representación de personas con discapacidad. C. EDAD, MADUREZ SUFICIENTE E INEXISTENCIA DE RIESGO PARA LA VIDA.—IV. TRÁMITE DE AUDIENCIA DEL MENOR. SU AUSENCIA.—V. LA OMISIÓN DE INFORMACIÓN PREVIA

A LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO: A. CONSENTIMIENTO INFORMADO SOBRE LA COMPOSICIÓN, RIESGOS Y CONSECUENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA VACUNA. B. LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO, EL DAÑO CAUSADO Y LA DOCTRINA DEL TEDH.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACION CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo queremos analizar la reciente STC 38/2023, de 20 de abril, sobre el recurso de amparo interpuesto contra dos resoluciones judiciales, auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, y el posterior auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, desestimatorio del recurso de apelación, favorables a que el padre de la menor de edad, sin intervención de la madre, contraria a la medida planteada, realizase las gestiones necesarias para la vacunación de la hija común de ambos de once años, contra la covid-19.

El nacimiento de una persona genera un vínculo jurídico con sus progenitores del que dimana un haz de derechos y obligaciones. En las primeras etapas de su desarrollo, el menor precisa de un mecanismo de protección personal y patrimonial, que se desenvuelve dentro del ámbito de la atribución por ministerio de la ley de la patria potestad a sus padres en igualdad de condiciones. En este sentido, se expresa el artículo 154 del CC, cuando señala que *los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres, y que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica*. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Es decir, que el ejercicio de la patria potestad, mediante el cumplimiento de tales deberes, pretende garantizar la asistencia moral, afectiva, física y jurídica del menor, de manera tal que su incapacidad natural no le impida el libre desarrollo de su personalidad.

Por otro lado, el niño, en cuanto individuo en formación, precisa de una protección especial en los órdenes fisiológico y psicológico, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario, en la medida de lo posible, salvaguardar, y en este sentido se viene hablando del *principio de promoción de su personalidad, como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades públicas sobre los menores*. La infancia conforma un periodo de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del ser humano, de ahí la

importancia que alcanza desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el art. 10.1 de la Carta Magna, en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, quien no puede por su edad defenderse por sí mismo, velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas que han de cuidar por que aquéllos sean debidamente respetados.

La patria potestad deberá de ser ejercida en *el interés del menor* sometido a ella. Interés que puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar. En consecuencia, estos aspectos relacionados con la patria potestad tienen un componente de petición de las partes, pero no por ello, el Juzgador debe someterse a lo solicitado únicamente por ellas, sino que en interés del menor puede actuar de oficio, adoptando resoluciones que no fueran solicitadas de forma expresa por las partes, por lo que se trata de una cuestión de orden público, que no necesita ya mayor argumentación.¹

Por último, el estado actual de la postura de la administración sanitaria competente respecto de la vacunación de menores en la franja de edad correspondiente al menor, respondiéndose que de acuerdo a las recomendaciones vigentes está recomendada la vacunación frente a COVID de todos los niños desde los 5 años de edad.² La cuestión es actual por la pandemia de 2019, pero los supuestos de negativa a la vacunación ya habían sido analizados por la jurisprudencia con anterioridad pero, evidentemente, en otras circunstancias, como es el supuesto de la Sentencia del TSJ de Andalucía de 22 de julio de 2013, que confirma un Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Granada que autorizaba la vacunación obligatoria de unos menores basándose en el artículo 43 CE y en la Aplicación de la LO 3/1986.³ En este caso, el conflicto se establece entre el derecho del Estado a imponer normas de obligado seguimiento para garantizar la salud de la ciudadanía (en este caso, también el Estado vela porque los menores vean protegida su salud y su bienestar) y el derecho de los padres a decidir si sus hijos deben obtener esta protección. Se trata de un conflicto entre el Estado que entiende que todos los menores deben ser vacunados, en este caso contra el sarampión (a través de la vacuna triple vírica) para evitar que niños no vacunados contraigan las enfermedades, que niños que no estando sometidos todavía al calendario de tales vacunas debido a su corta edad se vean afectados y que adultos no vacunados o no inmunes se vean contagiados; y segundo, determinados padres que entienden que se protege mejor la salud de sus hijos si no son vacunados.

Como vamos a ver, la línea jurisprudencial cuando hay *desacuerdo de los progenitores en torno a la vacunación en expedientes relativos a menores de*

edad carentes de problemas que contraindicaran o aconsejaran específicamente la vacunación y en los que se contaba con informes forenses que avalaban la decisión adoptada es unánime, como lo demuestran los autos de la AP Santander Sección 2.^a de 11 de abril de 2022⁴ y de la AP Valladolid de 17 de febrero de 2022,⁵ AP Valencia de 20 de abril de 2022⁶ y 20 de mayo de 2022⁷ o AP Pontevedra de 31 de marzo de 2022.⁸

O, respecto de *personas*, en autos de la AP Barcelona de 12 de enero de 2022,⁹ AP Jaén de 16 de diciembre de 2021,¹⁰ AP Ourense de 22 de noviembre de 2021¹¹ o AP Sevilla de 13 de octubre de 2021.¹²

II. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LA MENOR

En lo referente al Derecho a la Libertad Personal, el Tribunal Constitucional recoge en su Sentencia de 28 de marzo de 2011,¹³ que el *tratamiento médico obligatorio no produce una vulneración de este derecho*. Pese al planteamiento esgrimido en la Sentencia, la Doctrina del Tribunal Constitucional estima que el derecho del paciente a aceptar o rechazar medidas terapéuticas forma parte del contenido esencial del Derecho a la Integridad Física recogido en el artículo 15 de la Constitución Española al señalar que “la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física”.

La demanda de amparo afirma que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la *integridad física y moral* de la hija por dos motivos:

- a) Los órganos judiciales autorizaron su vacunación contra la covid-19 sin haber obtenido previamente el consentimiento informado de los progenitores y de la propia menor, por escrito y con todas las garantías exigidas por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (LAP);
- b) Los órganos judiciales no han justificado la necesidad de la vacuna, ni los beneficios directos que habría de reportar a la menor en el sentido expresado por el art. 6.1 del Convenio de Oviedo.

III. CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR

A. LA ADMINISTRACIÓN DE LA VACUNA Y EL CONSENTIMIENTO

El FJ 4b) de la STC, Pleno, de 20 de abril de 2023¹⁴ recoge la doctrina jurisprudencial sobre la incidencia de la vacunación sobre el derecho fundamental a la integridad física, en los siguientes términos:

«la administración de una vacuna requerirá para su constitucionalidad del consentimiento libre, válido e informado de la persona afectada. Cuando falte ese consentimiento o no pueda obtenerse por el motivo que sea, la constitucionalidad de la administración de la vacuna queda supeditada al cumplimiento de los siguientes:

- (i) que la medida o actuación limitativa del derecho fundamental de que se trate esté prevista por la ley (habilitación legal), con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias;
- (ii) que sea autorizada por resolución judicial que contenga una motivación reforzada relativa a la legitimidad constitucional de la medida autorizada;
- (iii) que esté dirigida al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo; y
- (iv) que respete el principio de proporcionalidad, por derivarse de ella más beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.»

B. EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

a) *El consentimiento por representación de menores*

El consentimiento por quien ejerce la representación legal con carácter general y la patria potestad en particular, tiene que ser emitido, en primer lugar, en virtud del deber de velar por el menor y ejercido a favor del interés superior del niño. Y así se establece en el art 39.3 CE, al reconocer que el deber de asistencia de los hijos menores de edad recae sobre los padres. Y en el art. 154 CC, al afirmar que la patria potestad debe ser ejercida siempre en beneficio de los hijos, lo cual comprende, entre otros, el deber de velar por ellos. Además, siguiendo esta orientación, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, afirma en el inciso primero del art. 2 que en aplicación de la norma primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir. Y, específicamente, el art. 9.5 LAP proclama, “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

La LAP determina, para el supuesto de personas menores de edad, el *consentimiento por representación*, que se atribuye a los representantes legales de la persona menor, siempre y cuando esta «no sea capaz intelectual ni emocional-

mente de comprender el alcance de la intervención» y después de haber escuchado su opinión.

Los requisitos se centran en que el menor no sea capaz intelectual ni emocionalmente y tras haber sido oído el menor.

El art. 9.3, letra c) de la LAP parte de que la minoría de edad no implica per se la falta de capacidad para la prestación del consentimiento informado, ni autoriza el recurso automático al *consentimiento por representación*. Recordemos que este tipo de consentimiento se otorga por los representantes legales del menor (progenitores o tutores) o, en caso de desacuerdo entre los progenitores como representantes legales, por la autoridad judicial.

No obstante, hay que tener en cuenta, como señala el TC, que los menores de edad no tienen capacidad en relación con las actuaciones médicas que les afectan. Y, además, es necesario dar audiencia al menor de edad con edad inferior a los 12 años (art. 9.3, letra c) de la Ley 41/2002 que precisamente es el caso de autos, al tener el menor 11 años.

La finalidad de prestación del consentimiento por representación tiene como límite común la salvaguarda del *interés superior del menor*. La LO 1/1996, en su artículo 2, 2.º concreta este interés superior en la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

En el caso que se analiza, el menor no contaba con la madurez a que se refiere el art. 9.3 c) de la Ley 41/2002 y por consiguiente no podía responsabilizarse del acto de consentir con exclusión de sus padres. El menor no cuenta con la capacidad emocional e intelectual necesarias para prestar el consentimiento a la vacunación por sí misma, de forma independiente.

Por otro lado, los órganos judiciales tampoco pusieron en cuestión la asunción de los progenitores de la asunción del consentimiento por representación, que no podía tacharse de injustificada dada la evidente complejidad científico-médica del asunto médico a tratar. De hecho, se infería razonablemente que el menor, de once años, no contaba con la capacidad intelectual ni los elementos de juicio científico-técnicos precisos para emitir un consentimiento informado y autónomo por sí mismo.

No obstante, sentado todo lo anterior, cabe señalar que en la toma de decisión no sólo interviene quien ejerce la patria potestad, sino que además intervienen los facultativos. Así, tanto los representantes legales como los profesionales de la salud influyen en el proceso decisorio. Esto implica que los facultativos, con base en factores médicos y en la evidencia científica, tienen la responsabilidad de salvaguardar la salud de la persona. En definitiva, deben velar por el interés superior del niño y por otro, tienen tanto que informarle sobre la situación, como escucharle y tener en cuenta su opinión en el proceso decisorio.

b) El consentimiento por representación de personas con discapacidad

Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

En todo caso, la prestación del *consentimiento por representación* será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.¹⁵

Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.¹⁶

c) El consentimiento por representación de personas mayores residentes en Centros de Mayores y la vacunación.

Las vacunas que se administran en España, están autorizadas por la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, y son sometidas a un continuo seguimiento. Se han elaborado con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia y que por ello mismo los beneficios de su administración de las mismas superan notoriamente los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento.

La administración de la vacuna supone, desde la perspectiva del interés individual y protección para la vida y salud del mismo, un beneficio incontestable, mucho mayor que los riesgos que supondría la no administración de la misma, teniendo en cuenta que si bien no se trata de una persona que por sus patologías esté en un grupo de riesgo, sí lo está por estar en régimen cerrado en una residencia, rodeado de decenas de internos, y con el tráfico de personas diversas, personal, médicos, familiares., lógico en una residencia.

Para proceder a vacunar a un residente deben tener en cuenta las siguientes premisas generales:

- De acuerdo con los informes médicos obrantes en autos no existe contraindicación para la administración de la vacuna.
- Se recomienda su administración en dichos informes dado que el paciente tiene un alto riesgo al estar en régimen cerrado en una residencia con una población de alto riesgo.
- Es un hecho notorio los altos índices de infección y mortalidad a consecuencia de la epidemia de COVID en las residencias.

- De acuerdo con el artículo 9.6 de la citada ley estatal de autonomía del paciente, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente.

Y, además, ponderar el caso es la individual del paciente, es decir la identificación de la mayor protección y del mejor beneficio de la salud del residente, debiendo quedar al margen cualquier otra consideración.

No obstante, las alegaciones genéricas de familiares relativas a que la vacuna no es del todo segura, que no se ha podido determinar la existencia de efectos adversos, que existen medicamentos alternativos y que tal vacuna se halla en fase experimental por lo que considera que puede perjudicar más que beneficiar, podrían tener alguna discusión en la fase inicial de la vacunación, están hoy en día ampliamente superados y carecen de fundamento alguno.

Por eso la jurisprudencia sigue la línea de autorizar la administración de la vacuna, de acuerdo también con el informe del Ministerio Fiscal, cuando los familiares se niegan a ponerla.¹⁷ La propia jurisprudencia es la que últimamente ha señalado que “en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad cualquiera de los dos padres podrá acudir a la autoridad judicial, quien atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. La cuestión es pues jurídicamente simple: si ante el desacuerdo de los padres respecto de la administración de esta concreta vacuna, la decisión adoptada judicialmente de asignar la facultad de decidir al padre, favorable a su administración, se ajusta o no al interés preponderante del menor, que no se discute que sea el criterio que ha de guiar la decisión”.¹⁸

C. EDAD, MADUREZ SUFICIENTE E INEXISTENCIA DE RIESGO PARA LA VIDA

El menor mayor de doce años debe recibir una información clara y accesible en función de la edad y la madurez para que el niño pueda formarse una visión propia sobre su situación y aportar así su punto de vista. De esta forma, a pesar de las diferencias evidentes en la madurez de las personas según la edad, el niño debe ser informado y con base en lo anterior, se presentarán distintos niveles de participación y consulta en el caso concreto.

Pero es que, aun teniendo madurez suficiente, y que la misma se hubiera constatado por el equipo médico, no cabría tampoco su consentimiento sin la representación de sus padres porque al tener menos de doce años la propia ley no lo permite. La vigente LAP exige tener una edad igual o por encima del umbral de los 12 años y, además, la concurrencia de dos requisitos adicionales, que son la madurez suficiente del menor, y que la decisión se adopte en relación con actos médicos cuya realización no comporte grave riesgo para su vida o salud.

El Comité de los Derechos del Niño a través de al menos tres Observaciones Generales recomienda a los Estados la conveniencia de no imponer ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y asimismo, al derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan. De ahí la importancia de crear un entorno basado en la confianza, puesto que la salud y el desarrollo de los adolescentes, están condicionados por el entorno que les rodea. En coherencia con ello, el Comité insiste en que, antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que el menor de edad tenga la oportunidad de opinar y que estas opiniones sean tenidas en cuenta debidamente.¹⁹

D. MENORES MAYORES DE DOCE AÑOS. PRESIÓN EMOCIONAL DE SUS PROGENITORES

Pero puede que *los menores, mayores de doce años, estén sujetos a presión emocional por parte de sus progenitores*. Así vemos, que los supuestos que han llegado a los Tribunales impidiendo la vacunación de menores, son supuesto de conflictos entre los progenitores que afectan a los menores. Y así lo ha puesto de manifiesto el AAP de Valencia de 12 de diciembre de 2022²⁰, en un supuesto de un menor que aceptó la vacuna del papiloma, y en relación a la vacuna contra el Covid-19, mostró sus dudas, y dijo que prefería esperar. El Tribunal hace hincapié en que *no es posible valorar la voluntad de la menor sin tener en cuenta el conflicto en que se encuentran sumidos sus progenitores y el impacto emocional que tiene en la hija*, que está inmersa en un conflicto de lealtades como se desprende del informe del Equipo Psicosocial emitido con ocasión del último procedimiento de modificación de medidas.

Por ello el Tribunal, a fin de resolver el conflicto entre los dos representantes tiene en cuenta, no sólo los informes de la pediatra doctora Sonsoles y de las dos médicos forenses, sino la aceptación por la menor de la vacuna contra el papiloma, y la poco categórica manifestación en relación con la vacuna contra el Covid-19. Argumentos que conducen a la Audiencia, reconociendo la especial dificultad de la menor desde el punto de vista emocional para comprender el alcance de la vacunación, a permitir que el consentimiento se emita por representación.

IV. TRÁMITE DE AUDIENCIA DEL MENOR. SU AUSENCIA

La Ley exige la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan,²¹ cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años y así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²² y del Tribunal Supremo²³ en varias ocasiones.

En el caso de autos, las dos resoluciones judiciales impugnadas fueron dictadas sin escuchar previamente al menor, pero el TC indica que esta omisión no reviste trascendencia suficiente para estimar el recurso de amparo, y la anulación de las resoluciones recurridas. Y ello porque *la decisión sobre la vacunación pasaba por efectuar una compleja ponderación de los riesgos y beneficios de la misma y requería, para un adecuado análisis, de la capacidad de comprender y someter a juicio crítico documentos médico-científicos contrapuestos que, a su vez, utilizaban argumentos técnicos, propios de la medicina, la farmacología y la estadística aplicada, notablemente sofisticados e intrincados.*

V. LA OMISIÓN DE INFORMACIÓN PREVIA A LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

A. CONSENTIMIENTO INFORMADO SOBRE LA COMPOSICIÓN, RIESGOS Y CONSECUENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA VACUNA

Partimos de la premisa esencial de que la omisión o deficiente prestación del consentimiento informado es causa de responsabilidad profesional, aun a pesar de haber cumplido con el resto de las obligaciones médicas y de cuidados al paciente conforme a la buena praxis.

Ha sido el TS el que ha señalado, en sentencia de 5 de marzo de 2018 también promulga la importancia de que la información suministrada sea lo suficientemente completa: “la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen.”²⁴

El consentimiento informado debe entregarse a los progenitores por escrito sobre la composición, riesgos y consecuencias de la administración de la vacuna. Pero en el caso de autos se alega que no se hizo. Sin embargo, parece ser que tales afirmaciones no son ciertas ya que del expediente judicial se desprende que los dos progenitores de la menor contaban con tal información desde un momento anterior incluso a la iniciación del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Y así lo prueba el hecho de que, del escrito de iniciación del expediente presentado por el padre de la menor, justifica su pretensión de vacunarla atendiendo precisamente a la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de la intervención pretendida, que obviamente conoce.

Y, ocurre lo mismo con la madre que se negó en su escrito de oposición a prestar dicho consentimiento, alegando una amplia variedad de argumentos basa-

dos en estudios e informes que le eran conocidos y que aportó con dicho escrito de oposición.

B. LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO, EL DAÑO CAUSADO Y LA DOCTRINA DEL TEDH

Traemos a colación en este momento otro problema relativo a la ausencia de consentimiento informado, la causación del daño al paciente, y la responsabilidad civil patrimonial derivado de tales hechos. La importancia del supuesto se centra en que ha llegado a conocimiento del TEDH, quien se ha pronunciado dando origen a la sentencia de 8 de marzo de 2022, por la que se resolvió el caso Reyes Jiménez contra España, donde se condena al Estado español, por no justificar la razón por la que no se obtuvo el consentimiento informado de forma previa a una intervención quirúrgica, de forma contraria a lo dispuesto por la propia legislación española.²⁵

Los hechos fueron los siguientes. Tras la intervención quirúrgica de la que se había obtenido el pertinente consentimiento informado por escrito de los padres del menor, se necesita una segunda intervención para retirar los restos del tumor no extirpados, operación para la cual no se recabó el consentimiento parental por escrito, al recabarse el mismo de forma verbal por el médico al cargo, indicándoles que los riesgos eran los mismos que para la primera intervención. En esta segunda operación, debido a una complicación, se tuvo que someter al menor a una tercera cirugía. Para esta sí que se obtuvo el consentimiento por escrito. Sin embargo, desafortunadamente el estado de salud físico y neurológico del niño se deterioró brusca e irremediadamente.

Los padres decidieron interponer una reclamación por responsabilidad patrimonial, alegando la existencia de una mala praxis médica, unido a que no se les había informado adecuadamente, en concreto, que no habían prestado el consentimiento por escrito respecto de la segunda intervención. Tras varios periplos por los tribunales españoles,²⁶ acuden ante el TEDH, alegando que el Estado español había vulnerado el artículo 8 CEDH, relativo al derecho a la *protección de la vida privada al no recibir información completa y adecuada sobre las operaciones quirúrgicas realizadas a su hijo* y que, por tanto, no habían podido dar su consentimiento libre e informado por escrito, tal y como exige la legislación nacional.

El TEDH supedita la validez del consentimiento informado a dos extremos, el primero, consistente en la comunicación del médico al paciente de los riesgos de la intervención; y el segundo, que el paciente comprenda los riesgos que asume con la operación, conformando así el consentimiento informado.

En lo relativo a su forma, el TEDH nos remite a nuestro derecho interno, en concreto al artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que indica que el consentimiento se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Además, en el artículo 8.3 se establece claramente que el consentimiento escrito será necesario para cada una de las actuaciones especificadas previamente. Tan solo se establecen algunas excepciones a este requisito formal, como serían la existencia de un riesgo para la salud pública, o de un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo sin que sea posible conseguir su autorización, ni la de sus familiares o personas vinculadas de hecho a él.

A raíz de lo expuesto, el TEDH concluye que *el hecho de que en el expediente constara el testimonio del médico al cargo afirmando que la familia había sido informada, no puede bastar, per se, para concluir inequívocamente que los padres del paciente habían sido debidamente informados y que consintieron la operación*. En consecuencia, las autoridades nacionales fueron incapaces de justificar el incumplimiento de la obligación de obtener el consentimiento informado por escrito respecto de la segunda intervención, tal y como establecía la ley española y por tanto consideró que el Estado español sí que vulneró el artículo 8 CEDH.

En resumen, la omisión de la información es el fundamento del daño a la salud de la paciente, ya que se vulnera un derecho humano la *protección de la vida (art. 8 CEDH)*

VI. CONCLUSIONES

El nacimiento de una persona genera un vínculo jurídico con sus progenitores del que dimana un haz de derechos y obligaciones. Los progenitores deben hacerse cargo de la protección del menor debiendo velar por ellos a nivel personal y patrimonial. Dentro de esta protección los progenitores deben tomar decisiones que influirán en la vida del menor por lo que la patria potestad debe ser ejercida en interés del menor.

En este momento analizamos un supuesto específico por el que el interés del menor colisiona con la pretensión de alguno de los progenitores, en este caso el juzgador adopta resoluciones en favor del interés del menor. En el supuesto que venimos hablando respecto de la vacunación de los menores de la covid 19 nos encontramos con otro elemento especial y es la postura de la administración sanitaria como consecuencia del estado actual.

El desacuerdo de algunos progenitores respecto de la vacunación no ha nacido de la covid 19 sino que estos casos ya habían sido analizados por la jurisprudencia con anterioridad habiendo resuelto estos asuntos de forma unánime salvaguardando el interés superior del menor.

Dentro de esta colisión nos planteamos también la vulneración de determinados derechos. En primer lugar, el Derecho a la Libertad Personal que como ya ha analizado el Tribunal Constitucional, se entiende que el tratamiento médico obligatorio no vulnera este derecho. En segundo lugar, el Derecho a la Integridad Física que puede ser vulnerado en el caso de que se prive por los profesionales de determinada información que influya en el derecho del paciente a decidir y consentir. Es decir, hay que analizar el consentimiento informado para poder determinar si se vulnera el Derecho a la Integridad Física y Moral.

Como indica el Tribunal Constitucional, la administración de una vacuna requerirá para su constitucionalidad del consentimiento libre, válido e informado de la persona afectada. Existen algunos supuestos en los que puede ser constitucional dicha vacuna a pesar de que falte el consentimiento o el mismo no pueda obtenerse y será en aquellos casos en los que se imponga esa medida por la ley, que la misma sea autorizada por resolución judicial, que se dirija a un fin constitucionalmente legítimo y que respete el principio de proporcionalidad por derivarse de ellas más beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En el caso de los menores se hace uso del consentimiento por quien ejerce la representación legal con carácter general y la patria potestad en particular. El consentimiento debe otorgarse teniendo en cuenta el deber de velar por el menor y ejercido en favor del interés superior del menor. Ese consentimiento debe prestarse de forma adecuada a las circunstancias y proporcionado a las necesidades que haya de atender siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Este consentimiento por representación puede darse siempre y cuando el menor no sea capaz intelectual ni emocionalmente y en cualquier caso debe escucharse su opinión. También se plantea el consentimiento por representación de personas con discapacidad, para este caso se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, accesibles y comprensibles.

En el caso del consentimiento por representación de personas mayores residentes en Centros de Mayores en el caso de la vacuna de la covid 19 se debe tener en cuenta que la administración de la vacuna supone un beneficio mucho mayor que los riesgos que supondría la no administración de la misma. Se deben tener en consideración determinadas cuestiones para poder vacunar a un residente y estas son que no exista contraindicación, que prevalezca su administración puesto que tiene alto riesgo y que la decisión se tome siempre atendiendo al mayor

beneficio para la vida o salud del paciente. En el caso de que los hijos de estos residentes se nieguen a prestar el consentimiento por representación, la jurisprudencia sigue la línea de autorizar la administración de la vacuna. Esta línea es la misma que se sigue para el caso de los menores, por lo que se considera que la suministración de la vacuna es una actuación en favor del interés del menor y actualmente no se discute que sea el criterio que ha de guiar la decisión judicial.

Otra cuestión a tener en cuenta es si el menor tiene madurez suficiente para tomar una decisión, para ello deberá recibir una información clara y accesible con el objeto de formarse una visión propia sobre su situación y aportar así su punto de vista. Esto no quiere decir que no sea necesaria la representación de los padres pues para el supuesto de que el menor no supere la edad de 12 años, seguirá siendo necesaria la intervención de los progenitores. La LAP exige tener una edad igual o superior a los 12 años y dos requisitos adicionales que son la madurez suficiente del menor y que la decisión que se adopte no comporte grave riesgo para su vida o salud. En estos supuestos también debe valorarse por el tribunal si los menores, aunque sean mayores de 12 años, están sujetos a presión emocional por sus progenitores.

Como hemos visto el consentimiento informado es clave en esta cuestión. Hasta ahora hemos analizado quién debe prestar el consentimiento informado, pero es especialmente importante cómo se presta ese consentimiento. La información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva. En relación de la vacuna de la covid 19, el consentimiento informado debe entregarse a los progenitores por escrito sobre la composición, riesgos y consecuencias de la administración de la dosis.

El consentimiento informado debe prestarse en cualquier caso puesto que la ausencia de comunicación del médico al paciente de los riesgos de la intervención y la no comprensión por parte del paciente de esos riesgos que asume, puede provocar daños al paciente e incluso derivar en responsabilidad civil. A su vez, se exige que el consentimiento se preste para todas y cada una de las intervenciones que vayan a llevarse a cabo. La omisión de la información vulnera un derecho humano la protección de la vida.

VII. BIBLIOGRAFÍA

LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente: “Discrepancia de los progenitores acerca de la necesidad y conveniencia de vacunar a su hija menor contra la COVID-19 (STC 148/2023, 6 de noviembre de 2023)”, en *Diario LA LEY*, N.º 10425, Sección Comentarios de jurisprudencia, 15 de enero de 2024, LA LEY.

VIII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AU-
DIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- TEDH, Sección Tercera, de 8 de marzo de 2022. Número Recurso: 57020/2018. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD005702018
- STC, Pleno, S 38/2023, 20 de abril de 2023 (Rec. 3214/2022).
- STC, Sala: Segunda de 28 de marzo de 2011 Fecha publicación: 28/04/2011. Número Sentencia: 37/2011 Número Recurso: 3574/2008. Ecli: ECLI:ES:TC:2011:37
- STSJ de Madrid, Sección: Décima, de 5 de marzo de 2018. Número Sentencia: 145/2018 Número Recurso: 792/2016. Ponente: Miguel Ángel García Alonso. Numroj: STSJ M 2221/2018. Ecli: ES:TSJM:2018:2221
- STSJ de Andalucía sede en Granada, Sección: Primera, de 22 de julio de 2013. Número Sentencia: 2393/2013 Número Recurso: 667/2012. Ponente: María Luisa Martín Morales.
- AAP de La Coruña, Sección: Sexta, de 10 de enero de 2023. Número Sentencia: 1/2023 Número Recurso: 314/2022. Ponente: Ana Belén Sánchez González. Numroj: AAP C 127/2023. Ecli: ES:APC:2023:127A
- AAP de Santander, Sección: Segunda, de 20 de noviembre de 2022. Número Sentencia: 167/2022. Número Recurso: 520/2022. Ponente: Milagros Martínez Rionda. Numroj: AAP S 900/2022. Ecli: ES:APS:2022:900.^a
- APP de Valencia, Sección: Décima, de 20 de mayo de 2022. Número Sentencia: 299/2022 Número Recurso: 247/2022. Ponente: Mercedes Miñana Arnao. Numroj: AAP V 496/2022. Ecli: ES:APV:2022:496A
- APP de Valencia, Sección: Décima, de 20 de abril de 2022. Número Sentencia: 241/2022 Número Recurso: 1530/2021. Ponente: Mercedes Miñana Arnao. Numroj: AAP V 373/2022. Ecli: ES:APV:2022:373A
- AAP de Santander, Sección: Segunda, de 11 de abril de 2022. Número Sentencia: 55/2022 Número Recurso: 207/2022. Ponente: Miguel Carlos Fernández Díez. Numroj: AAP S 162/2022. Ecli: ES:APS:2022:162A
- AAP de Las Palmas. Tipo resolución: Auto Sección: Tercera, de 1 de abril de 2022. Número Sentencia: 104/2022 Número Recurso: 329/2022. Ponente: José Antonio Morales Mateo. Numroj: AAP GC 10/2022. Ecli: ES:APGC:2022:10.^a
- AAP de Pontevedra, Sección: Tercera, de 31 de marzo de 2022. Número Sentencia: 70/2022 Número Recurso: 138/2022. Ponente: Francisco Javier Romero Costas. Numroj: AAP PO 612/2022. Ecli: ES:APPPO:2022:612A

- AAP de Valladolid, Sección: Primera, de 17 de febrero de 2022. Número Sentencia: 33/2022 Número Recurso: 45/2022. Ponente: Emma Galcerán Solsona. Numroj: AAP VA 46/2022. Ecli: ES:APVA:2022:46.^a
- AAP de Jaén, Sección: Primera, de 16 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 314/2021 Número Recurso: 1264/2021. Ponente: Nuria Osuna Cimiano. Numroj: AAP J 1078/2021. Ecli: ES:APJ:2021:1078A
- AAP de Santander, Sección: Segunda, de 14 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 245/2021 Número Recurso: 789/2021. Ponente: Javier De La Hoz De La Escalera Numroj: AAP S 1200/2021. Ecli: ES:APS:2021:1200.^a . A
- AAP de Orense, Sección: Primera, de 22 de noviembre de 2021. Número Sentencia: 191/2021 Número Recurso: 805/2021. Ponente: Maria Jose Gonzalez Movilla. Numroj: AAP OU 711:2021. Ecli: ES:APOU:2021:711A
- AAP de Sevilla, Sección: Segunda, de 13 de octubre de 2021. Número Sentencia: 330/2021 Número Recurso: 8435/2021. Ponente: Rafael Márquez Romero. Numroj: AAP SE 780/2021. Ecli: ES:APSE:2021:780A
- AAP de Castellón, Sección: Segunda, de 15 de enero de 2021. Número Sentencia: 2/2021 Número Recurso: 191/2020. Ponente: Horacio Badenes Puentes. Numroj: AAP CS 76/2021. Ecli: ES:APCS:2021:76A

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- LO 1/1996 de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor, modificación del CC y de la LEC.
- Ley 41/2002 de 14 de noviembre de 2002. (autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica)
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño., CRC/GC/2003/4, Julio 2003.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 15 (2013), Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud., CRC/C/GC/12., 20 de julio de 2009.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial., CRC/C/GC/14., 29 de mayo de 2013.
- Ley catalana, llei 21/2000 de 29 de diciembre sobre los derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente y la documentación clínica

NOTAS

¹ AAP de Castellón, Sección: Segunda, de 15 de enero de 2021. Número Sentencia: 2/2021 Número Recurso: 191/2020. Ponente: Horacio Badenes Puentes. Numroj: AAP CS 76/2021. Ecli: ES:APCS:2021:76A

² AAP de La Coruña, Sección: Sexta, de 10 de enero de 2023. Número Sentencia: 1/2023 Número Recurso: 314/2022. Ponente: Ana Belén Sánchez González. Numroj: AAP C 127/2023. Ecli: ES:APC:2023:127A

³ STSJ de Andalucía sede en Granada, Sección: Primera, de 22 de julio de 2013. Número Sentencia: 2393/2013 Número Recurso: 667/2012. Ponente: María Luisa Martín Morales. Se resuelve por el TSJ el recurso de apelación tiene por objeto el auto de fecha 24/11/2010 dictado por el juzgado de lo contencioso administrativo número 5 de la localidad, por el que se acordó autorizar la vacunación forzosa de los 35 niños que constan en el listado de la delegación provincial de la consejería de salud de 22/11/2010, bien en el colegio público Gómez Moreno, bien en el centro de salud, bien en el domicilio de los menores que consta en el referido listado, señalándose que debe efectuarse por personal sanitario especializado, sin que pueda, en ningún caso, constituir, por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, pudiendo la autoridad sanitaria requerir el auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado.

⁴ AAP de Santander, Sección: Segunda, de 11 de abril de 2022. Número Sentencia: 55/2022 Número Recurso: 207/2022. Ponente: Miguel Carlos Fernández Díez. Numroj: AAP S 162/2022. Ecli: ES:APS:2022:162A

⁵ AAP de Valladolid, Sección: Primera, de 17 de febrero de 2022. Número Sentencia: 33/2022 Número Recurso: 45/2022. Ponente: Emma Galcerán Solsona. Numroj: AAP VA 46/2022. Ecli: ES:APVA:2022:46A

⁶ APP de Valencia, Sección: Décima, de 20 de abril de 2022. Número Sentencia: 241/2022 Número Recurso: 1530/2021. Ponente: Mercedes Miñana Arnao. Numroj: AAP V 373/2022. Ecli: ES:APV:2022:373A

⁷ APP de Valencia, Sección: Décima, de 20 de mayo de 2022. Número Sentencia: 299/2022 Número Recurso: 247/2022. Ponente: Mercedes Miñana Arnao. Numroj: AAP V 496/2022. Ecli: ES:APV:2022:496A

⁸ AAP de Pontevedra, Sección: Tercera, de 31 de marzo de 2022. Número Sentencia: 70/2022 Número Recurso: 138/2022. Ponente: Francisco Javier Romero Costas. Numroj: AAP PO 612/2022. Ecli: ES:APPO:2022:612A

⁹ AAP de Barcelona, Sección: Decimotava, de 12 de enero de 2022. Número Sentencia: 4/2022 Número Recurso: 1071/2021. Ponente: María Dolores Viñas Maestre. Numroj: AAP B 145/2022. Ecli: ES:APB:2022:145A

¹⁰ AAP de Jaén, Sección: Primera, de 16 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 314/2021 Número Recurso: 1264/2021. Ponente: Nuria Osuna Cimiano. Numroj: AAP J 1078/2021. Ecli: ES:APJ:2021:1078A

¹¹ AAP de Orense, Sección: Primera, de 22 de noviembre de 2021. Número Sentencia: 191/2021 Número Recurso: 805/2021. Ponente: Maria Jose Gonzalez Movilla. Numroj: AAP OU 711:2021. Ecli: ES:APOU:2021:711A

¹² AAP de Sevilla, Sección: Segunda, de 13 de octubre de 2021. Número Sentencia: 330/2021 Número Recurso: 8435/2021. Ponente: Rafael Márquez Romero. Numroj: AAP SE 780/2021. Ecli: ES:APSE:2021:780A

¹³ STC, Sala: Segunda de 28 de marzo de 2011 Fecha publicación: 28/04/2011. Número Sentencia: 37/2011 Número Recurso: 3574/2008. Ecli: ECLI:ES:TC:2011:37. En la que se re-

suelve que se ha lesionado el derecho fundamental del actor a la integridad física y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) a causa de la respuesta obtenida a su queja en la vía judicial, ya que, como tenemos declarado, los defectos de la respuesta judicial dada a las pretensiones que tienen que ver con vulneración de derechos fundamentales sustantivos representan en sí mismos una lesión de estos derechos (por todas, SSTC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 5, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 8). Por consiguiente, procede otorgar el amparo solicitado, con anulación de las resoluciones judiciales y retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de su Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao, para que éste pronuncie otra nueva que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

¹⁴ STC, Pleno, S 38/2023, 20 de abril de 2023 (Rec. 3214/2022).

¹⁵ AAP de Santander, Sección: Segunda, de 14 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 245/2021 Número Recurso: 789/2021. Ponente: Javier De La Hoz De La Escalera Numroj: AAP S 1200/2021. Ecli: ES:APS:2021:1200.^a . a

¹⁶ AAP de Santander, Sección: Segunda, de 20 de noviembre de 2022. Número Sentencia: 167/2022. Número Recurso: 520/2022. Ponente: Milagros Martínez Rionda. Numroj: AAP S 900/2022. Ecli: ES:APS:2022:900A

¹⁷ La persona a vacunar tiene en este momento 85 años, residente en un Centro de Mayores y de los informes médicos, de la residencia y de la clínica médico forense con los antecedentes médicos del paciente y la clínica actual no existe justificación suficiente para que no pueda recibir la vacunación contra el COVID, concluyendo que por su edad y estado de salud sería un riesgo grave para la integridad física de la paciente no proceder a su vacunación. AAP de Las Palmas. Tipo resolución: Auto Sección: Tercera, de 1 de abril de 2022. Número Sentencia: 104/2022 Número Recurso: 329/2022. Ponente: José Antonio Morales Mateo. Numroj: AAP GC 10/2022. Ecli: ES:APGC:2022:10.^a

¹⁸ AAP de La Coruña, Sección: Sexta, de 10 de enero de 2023. Número Sentencia: 1/2023 Número Recurso: 314/2022. Ponente: Ana Belén Sánchez González. Numroj: AAP C 127/2023. Ecli: ES:APC:2023:127A

¹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño., CRC/GC/2003/4, Julio 2003. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 15 (2013), Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud., CRC/C/GC/12., 20 de julio de 2009. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial., CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

²⁰ AAP de Valencia Sección: Décima, de 12 de diciembre de 2022. Número Sentencia: 617/2022 Número Recurso: 1229/2022. Ponente: Carlos Esparza Olcina. Numroj: AAP V 2220/2022. Ecli: ES:APV:2022:2220.^a

²¹ Así se establece en:

El art. 92.6 del Código Civil regula la audiencia de los menores por el juez, cuando tengan suficiente juicio y el juez lo estime necesario.

El art. 770.1.4.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece que “se les oír, si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años”.

El art. 777.5 de la LEC tiene una redacción similar a la del Código Civil, es decir, amplía las facultades del juez para oír o no al menor.

El art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor establece: Derecho a ser oído.

“1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos”.

²² El derecho del menor a ser «oído y escuchado» es norma de orden público, indisponible y por tanto, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos. (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones del Tribunal Constitucional, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 6 de junio, FJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5).

²³ Sentencia del Tribunal Supremo 87/2022 de 2 de febrero, reiterando la doctrina de la sala al disponer que la exploración de la menor solo cabe denegarla de forma motivada bien por no resultar necesaria al carecer de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés.

Como el tribunal de instancia había omitido la práctica de la exploración y también hizo lo propio la Audiencia, el Tribunal Supremo consideró vulnerado el derecho del menor a ser oído y por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva. Estimó así el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, anulando la sentencia y retro trayendo las actuaciones al momento anterior a su dictado, para que antes de resolver sobre la guarda y custodia pudiese ser oído el menor.

²⁴ STSJ de Madrid, Sección: Décima, de 5 de marzo de 2018. Número Sentencia: 145/2018 Número Recurso: 792/2016. Ponente: Miguel Ángel García Alonso. Numroj: STSJ M 2221/2018. Ecli: ES:TSJM:2018:2221

²⁵ TEDH, Sección Tercera, de 8 de marzo de 2022. Número Recurso: 57020/2018. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD005702018

²⁶ Ante la falta de respuesta de la Consejería de Sanidad, los padres interpusieron un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el cual fue desestimado por considerar que, en relación con la segunda intervención, en el expediente administrativo constaba el testimonio del doctor al cargo de la misma. Según éste, él personalmente había informado, de manera verbal, sobre esta segunda operación, a los padres y había obtenido de ellos su consentimiento, también oral.

Además, los magistrados entendieron que la reintervención era necesaria, no existiendo alternativa terapéutica. Los demandantes recurrieron ante el Tribunal Supremo, el cual desestimó la casación basándose en los mismos argumentos que el Tribunal Superior de Justicia, e insistiendo en que el consentimiento verbal es tan válido como el escrito, si se puede probar. Así mismo, acudieron al Tribunal Constitucional, el cual les denegó el recurso de amparo por falta de relevancia constitucional.