

# ANÁLISIS DE LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA DE MENORES

*González López, J.J.*

*Asesoría Jurídica Territorial*

*Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Burgos*

**SUMARIO: 1. Introducción. 2. La “incompetencia” del menor como punto de partida. 3. Fundamento de la imposición de la asistencia sanitaria (vacunación).**

## RESUMEN

La presente comunicación analiza desde la óptica constitucional la admisibilidad de la imposición de la vacunación obligatoria a los menores no maduros. Con punto de partida en la “incompetencia” del menor y el interés superior de éste se llega a la conclusión de que tal medida legislativa supera el juicio de proporcionalidad, al margen del debate sobre su conveniencia.

## PALABRAS CLAVE

Vacunación, menor, competencia, obligatoriedad, proporcionalidad.

## 1. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación responde al debate existente en torno a la vacunación, que se vio acentuado por el luctuoso fallecimiento de un menor en Olot por difteria, enfermedad de que no había sido

vacunado<sup>1</sup>. Más concretamente, y ante la obligatoriedad de la vacunación como una de las respuestas que se han planteado para evitar este tipo de sucesos, se pretende en este trabajo abordar dicha medida desde la óptica de su admisibilidad constitucional, sin adentrarnos en otro tipo de debates acerca de su conveniencia.

La opción por la imposición de la vacunación supone una evidente exclusión del principio básico que rige las relaciones personal asistencial-paciente en el marco del tratamiento sanitario: el consentimiento informado<sup>2</sup>. El consentimiento informado se

---

<sup>1</sup> Sirva como muestra “La difteria aviva la polémica sobre las vacunas”, en [www.lavanguardia.com](http://www.lavanguardia.com), de 4 de junio de 2015.

<sup>2</sup> Como se señala en PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A.P., *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada 2009, p.39, el modelo actual supera el esquema anterior, en que la decisión la tomaba el médico en atención a lo que entendiera más adecuado para restablecer la

presenta como una manifestación de la autonomía de la voluntad del paciente, que a su vez aparece como proyección de la libertad en cuanto valor superior del ordenamiento jurídico y del respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad<sup>3</sup>. De este modo, tiene fundamento constitucional en la libertad como valor superior (1.1 de la Constitución española, CE en adelante), la promoción de la efectividad de la libertad por los poderes públicos (9.2) y la dignidad de la persona (10.1)<sup>4</sup>.

Frente a ello, se presenta en relación dialéctica el paternalismo jurídico, fundado en el principio de beneficencia y que puede justificar restricciones a la libertad individual<sup>5</sup>. La fricción que se produce entre ambos elementos, de la que el objeto de la presente comunicación es una manifestación, reviste una obvia trascendencia, dado que las limitaciones al consentimiento informado tienen repercusión iusfundamental<sup>6</sup>.

---

salud del paciente.

3 CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete 2005, p.7.

4 Se apunta en GONZÁLEZ-TORRE, A.P., *El derecho...*, op.cit., p.40, que “*Está claro para la doctrina y la jurisprudencia que la dignidad tiene como una de sus manifestaciones esenciales el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad a la hora de proponerse la autorrealización de los propios planes de vida por parte de la personas, y una manifestación de esta autonomía es la exigencia del consentimiento en el ámbito de la gestión por parte del sujeto de todo lo relativo a su salud*”.

5 Se ha definido el “paternalismo” como “*la limitación directa o indirecta de la libertad de un individuo guiada por el propósito de evitarle un perjuicio – en cuyo caso hablamos de paternalismo negativo (...) o procurarle un beneficio – el llamado paternalismo positivo*”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud”, MENDOZA BUERGO, B. (editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, CIVITAS/ THOMSON REUTERS, CIZUR MENOR (NAVARRA) 2010, p.64.

6 Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC en adelante) 37/2011, de 28 de marzo, advierte de que “*La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental*”.

Acerca de la relación del consentimiento informado con los derechos fundamentales, BASTIDA FREIJEJO, F.J., “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”, XIOL RÍOS, J.A. Y BASTIDA FREIJEJO, F.J., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico

Es en estos términos generales en que enmarcamos el análisis de la legitimidad constitucional de una eventual reforma normativa que, alterando el modelo actual, prevea con carácter preceptivo la vacunación de menores de 12 años.

## 2. LA “INCOMPETENCIA” DEL MENOR COMO PUNTO DE PARTIDA

Además del enunciado en el título de este apartado, un primer factor relevante en el presente análisis es la orientación que la Ley atribuye a las actuaciones de las Administraciones Públicas sanitarias, que es a la salud, sea a su promoción, educación, prevención o recuperación<sup>7</sup>. De este modo, se sitúa el objetivo en la salud, no en el bienestar entendido en un sentido general, aunque la primera se presente como un requisito o componente del segundo<sup>8</sup>.

Con este punto de partida, al analizar la admisibilidad de la decisión adoptada por el paciente en relación con la asistencia sanitaria es clave la “competencia” del sujeto<sup>9</sup>. El problema que plantea este concepto es, sin embargo, su indefinición, ya que es más amplio que el de incapacidad<sup>10</sup>. Así, la “incompetencia” no se predica únicamente de los menores o los afectados por deficiencias físicas o psíquicas que les impidan gobernarse por sí mismos, sino que también se extiende a supuestos de elecciones de personas capaces a las que se achaca falta de racionalidad<sup>11</sup>. Estos supuestos son, en parte, incardinables en los vicios de la voluntad, particularmente el error,

---

Europeo, Madrid 2012, pp.178 y ss.

7 Artículo 6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

8 La duda acerca de cuál debe ser el objetivo prioritario de la medicina (salud o bienestar) se plantea en SAVULESCU, J., “Autonomía, vida buena y elecciones controvertidas”, MENDOZA BUERGO, B. (editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2010, p.45.

9 La “competencia” o “incompetencia” de la persona sobre la que recaiga el paternalismo se ha empleado para delimitar el paternalismo “fuerte” o “duro” del “débil” o “blando”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Autonomía...”, op.cit., pp.70 y 71.

10 Empleo el término “incapacidad” en el sentido del artículo 200 del Código Civil, pues también se ha utilizado como sinónimo de “incompetencia”, así ALEMANY GARCÍA, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28, 2005, pp.292 y ss, que también ofrece un ejemplo de la amplitud de supuestos que se han subsumido en este concepto.

11 Acerca del distinto alcance del concepto de “competencia”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Autonomía...”, op.cit., p.71.

pero en ocasiones van más allá, pues se refieren a casos en que el sujeto no está afectado por error alguno y lo que sucede es que su ponderación de elementos implicados se reputa carente de lógica o racionalidad. Es el supuesto de la calificada como “imprudencia irracional”<sup>12</sup>.

Discrepo de esta última postura. El examen de la “racionalidad” de la decisión en los casos de personas capaces y no afectadas por vicios de la voluntad supone un enjuiciamiento de la elección con arreglo a valoraciones externas que, por muy extendidas que se hallen en cuanto a sus conclusiones, no tienen por qué coincidir con las de la persona cuyo consentimiento o decisión se examina, sin que exista factor alguno que permita cuestionar la formación de la decisión controvertida<sup>13</sup>. En este sentido, una decisión como la de no vacunarse podría calificarse de irracional, atendidos los mínimos riesgos que comporta y las indudables ventajas de hacerlo. Pero el que una persona dé mayor relevancia a esos riesgos o a otros factores (no someterse a un tratamiento médico en aras a una vida más “natural”, recelo hacia las farmacéuticas, etc.), cuando no existe motivo alguno para dudar de la capacidad o libertad (ausencia de vicios del consentimiento) de la decisión supone sustituir el juicio personal por el de quien enjuicia la decisión.

Acabo de emplear el término “libre” en referencia al consentimiento en el sentido que le atribuye la Agencia Española de Protección de Datos<sup>14</sup>. Sin embargo, una concepción tan estricta de la “libertad” corre el riesgo de desatender situaciones en que, si

bien no concurre vicio de la voluntad, tampoco cabe hablar de una voluntad formada sin injerencias externas capaces de alterarla. Me refiero a los casos de dependencia (paterno-filial, conyugal, laboral, etc.) en que, sin llegar a la intimidación o constituir dolo, se sufren presiones capaces, según los casos, de motivar que la persona se incline por una decisión que, de haber obrado con total espontaneidad, no habría adoptado<sup>15</sup>.

Otro tanto sucede con los estados alterados de consciencia (a causa de sustancias tóxicas, conmociones, etc.), que no son supuestos de incapacidad (en el sentido legal) ni de vicio de la voluntad, pero que impiden formar una decisión admisible. Estas situaciones presentan una especial trascendencia cuando se relacionan con la urgencia de la intervención.

En atención a lo expuesto he optado por emplear la expresión “trabas” a la voluntad libre y consciente, en lugar de la técnica y limitada de “vicios de la voluntad”, que están incluidos en las “trabas”, para aludir a aquellos casos en que la decisión no ha podido formarse con libertad por factores que la alteran. Con ello pretendo igualmente poner de manifiesto que, en definitiva, la “competencia” corresponde a la validez del consentimiento en cuanto manifestación de voluntad que pueda ser reconocida en su eficacia por el ordenamiento jurídico.

Por lo demás, el respeto a las decisiones libres, aunque puedan parecer irracionales, no implica que no estén sujetas a límites como el eventual daño a terceros que puedan conllevar. Esta repercusión justifica imposiciones como las intervenciones clínicas forzadas cuando existen riesgos para la salud pública<sup>16</sup>.

A partir de lo expuesto la justificación de la exclusión del consentimiento por el propio menor radica en su falta de comprensión como causa determinante de “incompetencia”<sup>17</sup>. Precisamente por ello la controversia se suscita en relación con la edad

12 Se describe en SAVULESCU, J., “Autonomía...”, op.cit., p.50, como “La imprudencia irracional es imprudencia cuando no hay buenas razones en conjunto para llevar a término el comportamiento imprudente. La explicación puede ser que una persona no está reflexionando de manera clara sobre la información disponible o que alberga valores equivocados o estimaciones muy erróneas del riesgo”.

13 Cuestión distinta es que se promocionen o desincentiven conductas en función en atención a que se consideren beneficiosas o perjudiciales para los individuos, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Autonomía...”, op.cit., pp.68 y 69.

14 A este respecto, el artículo 3 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, define el “consentimiento informado” como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

En AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Caracteres del consentimiento definido por la LOPD”, norma relacionada con la anterior, se mantiene que la libertad del consentimiento “supone que el mismo deberá haber sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el Código Civil”.

15 Aunque excede el ámbito de esta comunicación, no puedo sino discrepar de la postura manifestada en ORTIZ PRADILLO, J.C., “La irrelevancia de la voluntad de la mujer en el enjuiciamiento de la violencia de género: ¿paternalismo jurídico o derecho procesal del enemigo?”, VÁZQUEZ BERMÚDEZ, I. (coordinadora), Logros y retos: *Actas del III Congreso universitario nacional “Investigación y género”*, Unidad de Igualdad Universitaria de Sevilla, Sevilla 2011, p.1462, en que se infravalora la importancia de la dependencia como elemento determinante de la adopción de ciertas decisiones contrarias al bienestar de sus autores.

16 Así lo prevé el artículo 9.2.a) de la Ley 41/2002.

17 A la falta de comprensión se alude en CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía...*, op.cit., p.49.

o demás circunstancias a partir de las cuales ha de atenderse a la voluntad del menor<sup>18</sup>. La clave se ha identificado en la “madurez”, que se abordó por la Fiscalía General del Estado en una Circular que sirvió de inspiración a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia<sup>19</sup>. En ella se identifican algunas pautas para determinar el grado de madurez<sup>20</sup>:

- La necesaria evaluación en todo caso de la capacidad del menor.
- La evaluación debe ser siempre individualizada y no limitarse al factor de la edad. Los 12 años como frontera de la preceptividad de la audiencia al menor son orientativos.
- A mayor trascendencia de la intervención, mayor debe ser el rigor en la evaluación.

En caso de falta de madurez el enjuiciamiento propio de la decisión sobre el tratamiento médico a un menor puede efectuarse por distintos sujetos: los padres o tutores, el médico, el juez o el legislador. A este respecto, la Ley muestra un sistema en que cuando la “incompetencia” se corresponde con la incapacidad la decisión corresponde a los representantes legales con la subsidiaria intervención del juez o facultativos en caso de urgencia<sup>21</sup>. En cambio, cuando la incompetencia se corresponde con las “trabas” se atribuye a las “*personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*”, con intervención subsidiaria del juez o facultativos en caso de urgencia<sup>22</sup>.

---

18 De ahí que en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Autonomía...”, op.cit., p.74, se apunte que “*en lo que al paternalismo débil se refiere, la clave se halla en la adecuada elaboración de los criterios que permitan apreciar cuándo nos hallamos ante una verdadera incompetencia de quien realiza el comportamiento arriesgado o dañoso para sí mismo*”.

19 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*.

20 Como se señala en MILLÁN CALENTI, R.A., “Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro”, *Derecho y Salud*, vol. 19, n° extra, 2010, p.128, “*Existe una mayoría de edad sanitaria distinta de la civil*”.

21 Así, artículo 9.3.b) (incapacitados) y c) (menores no maduros) en relación con el apartado 6. No hay que excluir el supuesto del 9.2.b).

22 Artículo 9.3.a) en relación con el 6. Dicho apartado se corresponde con lo que se ha denominado “*incapacidad material*”, BASTIDA FREJEDO, F.J., “El derecho...”, op.cit., p.302.

Acerca de las complicaciones que genera el concepto “*personas vinculadas al paciente por motivos familiares o de hecho*”, ATELA BILBAO, A. Y GARAY ISASI, J., “Ley 41/2002 de derechos del paciente. Avances, deficiencias y problemas”.

Existe una diferencia esencial entre la decisión (siempre externa al sujeto) que adoptan los distintos agentes que hemos enunciado y la del legislador: la especificidad. En el caso de esos sujetos la decisión es individual para cada controversia, aunque se adopte un criterio general que se trasladará a cada decisión concreta (verbigracia, si los padres se muestran contrarios a las vacunas rechazarán la vacunación cada vez que se presente la ocasión, pero su criterio sólo se revelará en cada ocasión en que ha de tomarse la decisión), en tanto el legislador exterioriza el criterio en la propia regulación, sea para prohibir una conducta o para imponerla y, además, se establece con carácter general, para todos los casos subsumibles en el presupuesto de hecho de la norma.

Lo anterior no ignora que las decisiones externas individuales tienen siempre un apoyo normativo, pues es la Ley la que determina quién debe tomar la decisión y en qué supuestos. Pero no son pocos los casos en que el legislador no opta por diferir la decisión a un sujeto determinado, aunque sea fijándole unos parámetros previos, sino por plasmar la decisión, con carácter genérico, en la propia norma, sea para prohibirla o para imponerla. Lo que se hace en tales supuestos es excluir el margen de apreciación individual y sustituirlo por el apriorístico de la Ley. La cuestión que se plantea es, al hilo de ello, qué criterio aplicar para conferir la decisión a una determinada persona o reservarla al legislador.

Antes de intentar dar una respuesta, se hace necesario señalar que común a todos los casos apuntados es que se sustituye la voluntad del sujeto afectado por la intervención o por la omisión de la misma por el de otro sujeto. Aunque el artículo 9.3 de la Ley 14/2002 se refiere al “*consentimiento por representación*”, lo cierto es que la única manifestación de voluntad es la del representante. La autonomía del menor se excluye en lo que se refiere a la formación del consentimiento, que se le niega. Precisamente por esta razón, dado que la decisión debe orientarse al interés del representado, el análisis debe efectuarse desde la óptica de ese interés, bien sea individualizadamente o con un alcance general<sup>23</sup>. En estos supuestos, el

---

GONZÁLEZ SALINAS, P. Y LIZÁRRAGA BONELLI, E. (coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, Thomson/Civitas, Madrid 2004, pp.47 y ss.

23 Así, en SAVULESCU, J., “Autonomía...”, op.cit., p.56, se mantiene que las elecciones de los padres en representación de sus hijos deben “*satisfacer un criterio más exigente para poder respetarse*” y que han de fundarse en “*una concepción plausible del bienestar y de una mejor vida para el menor, y no en alguna concepción idiosincrática injustificable de la buena vida*”.



interés no es el del representante, sino el del representado, por lo que los factores que han de tomarse en consideración, en atención al principio de proporcionalidad, son el beneficio para el representado y los perjuicios que se le asocian<sup>24</sup>. No pueden tomarse en consideración elementos ideológicos o religiosos porque se desconocen los del representado, precisamente por su falta de competencia. Por ello lo más adecuado es efectuar el análisis desde la óptica de la salud (beneficio-riesgo)<sup>25</sup>.

De hecho, es ésta la explicación que hallamos al supuesto del artículo 9.2.b) de la Ley 14/2002<sup>26</sup>. No se trata de un consentimiento tácito, pues precisamente la imposibilidad de obtener la autorización impide atribuir un sentido positivo o negativo al tratamiento a la decisión del paciente<sup>27</sup>. En realidad lo que sucede es que se plantea una situación de “incompetencia” en que, por la urgencia (“*riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del*

*enfermo*”) se excluye el consentimiento del enfermo y se sustituye por la decisión de los facultativos; no se desplaza el consentimiento del enfermo al de los representantes legales o familiares o personas relacionadas de hecho, sino que se atribuye la decisión a los facultativos, previa consulta, en su caso, a éstos. Ello “*en favor de la salud del paciente*”. Ha de destacarse que esta salvedad no se limita a los incapacitados, sino también a personas usualmente capaces pero que transitoriamente no lo están y precisan de una intervención indispensable por razones de urgencia. La urgencia se erige en fundamento para, sin excluir una decisión individualizada, asignarla a los facultativos (como ocurre también cuando no se puede esperar a la autorización), con lo que se constata que en caso de incompetencia el criterio siempre es la salud, garantizada por los facultativos en caso de urgencia o, en último término, por la intervención judicial si no concurre urgencia.

Es en este contexto (“incompetencia” del menor y análisis desde la óptica del beneficio-riesgo para su salud) en que se enmarca la eventual imposición de la vacunación, que pasamos a abordar.

### 3. FUNDAMENTO DE LA IMPOSICIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA (VACUNACIÓN)

Hasta ahora la vacunación se ofrece como parte de la cartera de servicios del Sistema de Salud<sup>28</sup>. El calendario común de vacunación infantil comprende vacunas hasta los 14 años incluidos, con lo que se desenvuelve en el ámbito de minoría de edad en que la decisión puede corresponder (y generalmente corresponde) a los representantes legales en atención a los criterios del artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002. Nos centraremos en aquellas anteriores a los 12 años, esto es, las que se sitúan en el lapso que transcurre entre el nacimiento y los 6 años, en que no parece controvertido afirmar que difícilmente podrá reconocerse madurez al menor a efectos de participar en la decisión sobre la vacunación.

28 Así, el punto 3.1.2 de las “*actividades en materia de prevención, promoción de la salud, atención familiar y atención comunitaria*” del Anexo II del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, incluye entre las “*actividades preventivas*” las “*Vacunaciones en todos los grupos de edad y, en su caso, grupos de riesgo, según el calendario de vacunación vigente aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y las administraciones sanitarias competentes, así como aquellas que puedan indicarse, en población general o en grupos de riesgo, por situaciones que epidemiológicamente lo aconsejen*”.

24 Como se señala en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Autonomía...”, op.cit., p.72, en relación con el paternalismo “débil”, “*quiere significarse, pues, la interferencia en la libertad de otro, destinada a protegerle de los eventuales daños que puedan derivarse de su comportamiento, cuando dicho sujeto carezca de las capacidades necesarias para adoptar una decisión autónoma o realmente voluntaria*”.

El principio de proporcionalidad aparece plasmado en el artículo 9.7 de la Ley 41/2002: “*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*”. Acerca de este principio, PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid 1990, pp.313-376, y GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2003, entre otros.

25 En esta línea, el artículo 9.6 de la Ley 41/2002 establece que “*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*”. Como se afirma en BLASCO IGUAL, C., “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, *Revista de bioética y derecho*, nº 35, 2015, p.39, “*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*”.

26 “*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: 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*”.

27 Sobre la explicación conforme al “consentimiento tácito”, CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía...*, op.cit., pp.42 y 43.

El análisis de la eventual imposición obligatoria de la vacunación de menores no maduros puede efectuarse a la luz de otros supuestos en que *ex lege* se priva a los representantes legales de la decisión sobre actuaciones que no sólo implican al menor, sino que también requieren su colaboración. Es el caso de la escolarización obligatoria<sup>29</sup>.

En comparación con la postura del Tribunal Constitucional en relación con la escolarización obligatoria, es posible advertir las siguientes coincidencias<sup>30</sup>:

La promoción de la salud como deber de los poderes públicos está prevista en la CE (artículo 43.2). Aunque no en un precepto ubicado en la Sección dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas (como sucede con el 27.5 CE), no cabe desconocer la vinculación entre la salud pública y derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física<sup>31</sup>.

El cumplimiento de este deber constitucional admite varias configuraciones, como ocurre con el de escolarización. La cuestión radica en la justificación de la configuración por la que se opte. Si en el caso de la escolarización adquiere especial relevancia el objetivo del pleno desarrollo de la personalidad humana y la educación en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (artículo 2.1 LOE), en el de la atención sanitaria (preventiva) obligatoria en forma de vacunación bien puede situarse en el “interés superior del menor”<sup>32</sup>.

29 De acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE en adelante), “La enseñanza básica a la que se refiere el artículo 3.3 [educación primaria y educación secundaria obligatoria] de esta Ley es obligatoria y gratuita para todas las personas”. Esta previsión tiene raigambre constitucional en el artículo 27 CE.

30 STC 133/2010, de 2 de diciembre. El criterio del Tribunal Constitucional ha encontrado réplica en la doctrina, pues algunos autores se inclinan por una postura permisiva de la escolarización “en casa”. Así, MONZÓN JULVE, M.<sup>a</sup>, “La educación en casa o homeschooling”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 1, 2011, p.125.

31 Así, STC 160/2007, de 2 de julio, entre otras.

32 Como afirma la STC 141/2000, de 29 de mayo, “Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor; y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño”, pronunciamiento reiterado en Sentencias posteriores. No en vano el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento

Al igual que sucede con la educación, la protección de la salud se integra en el contenido de la dimensión prestacional de los derechos reconocidos a los menores.

Ha de aplicarse el principio de proporcionalidad<sup>33</sup>. Desde esta óptica, la vacunación obligatoria se presenta como una medida idónea (sirve a la protección de la salud). Es, sin embargo, la necesidad el subprincipio en que la obligatoriedad es objeto de mayor discusión<sup>34</sup>. Hasta ahora se ha confiado en que la voluntariedad de la vacunación, combinada con campañas informativas, es suficiente para alcanzar el fin que se persigue con la vacunación. Sin embargo, la existencia de un porcentaje, ciertamente reducido pero significativo, de menores no vacunados permiten concluir que la obligatoriedad no es teóricamente comparable en su eficacia con el binomio voluntariedad-información. Cabría, por ende, sostener que la voluntariedad no es equiparable en su eficacia con la obligatoriedad y que, por tanto, también se satisface este subprincipio, si bien es discutible.

En relación con ello, podría acudirse al interés superior del menor para, en caso de negativa de los padres o tutores a la vacunación, imponer vía judicial la misma<sup>35</sup>. Pero este proceder carece de fundamento

Civil, dispone que “En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Acerca del concepto de “interés superior del menor”, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson S.L., Madrid 2007 (2ª edición), pp.61 y ss.

La conexión de la escolarización obligatoria con el desarrollo de la personalidad y el interés superior del menor se destaca en ORTIZ MALLOL, J., “La enseñanza básica como derecho y deber en el nuevo ámbito de la LOGSE”, ASOCIACIÓN DE LETRADOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada 1997, pp.229 y ss.

33 Al principio de proporcionalidad en la ponderación entre el interés del menor y otros intereses se apela en RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés...*, op.cit., pp.87-89.

34 Ello porque, como se señala en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Autonomía...”, op.cit., p.76, “habrá de optarse por la alternativa (efectiva) menos restrictiva de entre las posibles”.

35 Como se apunta en MORENO ANTÓN, M.<sup>a</sup>, “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, 2011, p.115, “En los casos en que los derechos del menor estén en juego, serán prevalentes frente a cualquier otro interés legítimo y, precisamente por eso, la intervención de los representantes legales debe estar presidida por el interés superior del menor cuya vida, integridad física y salud exigen una decisión favorable a la transfusión, una actuación compatible con el ejercicio correcto y no abusivo de la patria potestad, que no otorga derecho a decidir de manera irreparable sobre aquellos bienes”.

por dos motivos principales. En primer lugar, la decisión judicial en sustitución de la de los representantes legales tiene sentido cuando la decisión es puntual y exige una ponderación específica atendidas las circunstancias del caso, mas no cuando el juicio de razonabilidad puede hacerse apriorísticamente. En este segundo caso carece de cualquier sentido que, ante la negativa de los representantes legales, que se reproducirá en cada ocasión en que con arreglo al calendario vacunal deba vacunarse al menor, se obligue a intervenir al juez para tomar una decisión cuyo sentido puede anticiparse con carácter general. En segundo lugar, la decisión judicial parece más apropiada para aquellos casos en que lo que se exige de los representantes legales es, una vez adoptada la decisión judicial, que se abstengan de oponerse u obstaculizar la actuación necesaria para darle cumplimiento. Mas en el caso de la vacunación obligatoria, como en el de la escolarización obligatoria, lo que se reclama de los representantes legales no es sólo una postura pasiva o de tolerancia, sino una activa, hasta el punto de que su falta de colaboración podría constituir un incumplimiento de los deberes asociados a la patria potestad o tutela o incluso un ilícito administrativo o penal<sup>36</sup>. Este segundo factor escapa del subprincipio de necesidad y nos conduce al de proporcionalidad en sentido estricto.

En lo tocante a este tercer subprincipio, el contraste no debe hacerse con la autonomía de la voluntad como manifestación de la dignidad humana, pues el hecho de que el consentimiento se otorgue por representación justamente responde a que el menor no tiene la madurez suficiente para que se le reconozca voluntad jurídicamente relevante. En consecuencia, sin descartar la afección al derecho a la libertad ideológica o religiosa de los padres o tutores si se les exigiera

consentir una actuación contraria a su convicciones, el contraste ha de situarse no entre la autonomía de la voluntad (que no concurre) y la protección de la salud, sino en el beneficio-riesgo para la salud, incluidos todos los eventuales sufrimientos aparejados a la intervención<sup>37</sup>. La representación legal es tuitiva del menor y esa es la perspectiva que debe adoptarse<sup>38</sup>.

La adopción de la decisión *ex lege* ha de reservarse para aquellos supuestos en que los beneficios para el menor son claros y los riesgos nimios y en que las objeciones a su adopción entrarían en el ámbito de lo “irracional” o sólo explicable por convicciones ideológicas o religiosas. También es preciso que no hayan de tomarse en consideración las circunstancias particulares del caso (es decir, la decisión admita adoptarse con carácter genérico), pues, de ser necesario ese examen individualizado la decisión debe dejarse al juez.

Para llevar a cabo esa ponderación puede acudir-se a los factores que se han apuntado para la ponderación entre la decisión de los padres y los tratamientos de los menores de edad<sup>39</sup>:

- Urgencia e importancia para los intereses del menor, que se ponen en relación con el mantenimiento de la vida.
- Intensidad e impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del menor, que incluye los posibles efectos irreversibles de la intervención en la vida del menor.
- Edad y grado de madurez del menor.

37 Como se apunta en MORENO ANTÓN, M.<sup>a</sup>, “La libertad...”, op.cit., p.112, la decisión de los padres de inculcar sus creencias a sus hijos es un derecho propio, no de los hijos, si bien debe respetar los límites fijados por el ordenamiento jurídico.

38 En esta línea, a partir de una concepción como “injustificada” de la negativa al tratamiento de los padres cuando lo normal sería la aceptación del mismo, se afirma en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P., *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p.121, que “Cualquiera que sea el cauce que conduzca a considerar esa negativa como injustificada, de darse, estaríamos ante una desviación del ejercicio de la patria potestad, ante un abuso de la misma que justificaría la intervención de los poderes públicos. Piénsese que la idea que vertebra el ejercicio de la patria potestad es, precisamente, la salvaguarda de los intereses del menor, que quedarían gravemente conculcados con el comportamiento referido de los progenitores”. En sentido coincidente se apunta en BLASCO IGUAL, C., “El consentimiento...”, op.cit., p.40, “en lo que respecta al interés superior del niño, esté será considerado en atención a los riesgos y beneficios que conlleve el acto sanitario a practicar”.

39 CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía...*, op.cit., p.50.

36 Como afirma la STC 154/2002, de 18 de julio, que aborda un supuesto de negativa de los padres a la transfusión de sangre a su hijo, “En el marco de tal delimitación de los derechos en conflicto las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5). Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión”.



Desde esta óptica, parece claro que el riesgo es mínimo y el beneficio considerable<sup>40</sup>. Son sumamente reveladoras las respuestas que la Organización Mundial de la Salud ofrece a diversos recelos manifestados respecto de las vacunas<sup>41</sup>. Esta misma organización afirma que “*La inmunización previene cada año entre 2 y 3 millones de defunciones por difteria, tétanos, tos ferina y sarampión*”<sup>42</sup>.

Ahora bien, con ser cierto lo anterior, no cabe obviar que la vacunación obligatoria exige una conducta activa de los representantes legales que también exige un contraste entre la protección del menor y la libertad ideológica o religiosa de éstos, que es el derecho fundamental que puede verse afectado por la imposición a ellos de una colaboración contraria a sus convicciones. De nuevo la solución viene dada por el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Desde esta óptica, puede concluirse que cuando el conflicto se plantea de forma puntual, es decir, exige una ponderación específica en el caso concreto, sólo cabe exigir a los padres o tutores una actitud pasiva o abstencionista<sup>43</sup>. Sin embargo, en los casos de decisión apriorística, el beneficio que supone para el menor la medida y que justifica su adopción de forma general permite apelar a la prevalencia del interés superior del menor para imponer a los representantes legales una colaboración activa por su parte<sup>44</sup>.

Concluyo de todo lo expuesto que la imposición obligatoria de la vacunación a los menores no maduros es susceptible de superar el juicio de

40 Muestra de ello es que la vacuna se ha empleado como ejemplo de tratamiento “banal” a efectos de la ponderación madurez del menor-riesgo de la intervención, MORENO ANTÓN, M.<sup>a</sup>, “La libertad..”, op.cit., pp.103-104.

41 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “¿Cuáles son algunos de los mitos, y los hechos, sobre la vacunación?”, [www.who.int/mediacentre/factsheets/fs378/es/](http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs378/es/), marzo 2016.

42 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Cobertura vacunal”, [www.who.int/mediacentre/factsheets/fs378/es/](http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs378/es/) marzo 2016.

43 De nuevo en palabras de la STC 154/2002, de 18 de julio, “*En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias*”.

44 Así, el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996 establece que “*En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes*”.

proporcionalidad y presentarse como un alternativa legislativa constitucionalmente admisible. No se trata, por tanto, de una opción descartable desde la óptica de los poderes públicos, por más que, junto a este examen de legalidad, deba someterse al de conveniencia.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY GARCÍA, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005, pp.265-303.
- ATELA BILBAO, A. Y GARAY ISASI, J., “Ley 41/2002 de derechos del paciente. Avances, deficiencias y problemas”, GONZÁLEZ SALINAS, P. Y LIZÁRRAGA BONELLI, E. (coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, Thomson/Civitas, Madrid 2004, pp.43-78.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J., “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”, XIOL RÍOS, J.A. Y BASTIDA FREIJEDO, F.J., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2012, pp.143-322.
- BLASCO IGUAL, C., “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, *Revista de bioética y derecho*, nº 35, 2015, pp.32-42.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete 2005.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2003.
- GONZÁLEZ-TORRE, A.P., *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada 2009.
- MILLÁN CALENTI, R.A., “Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro”, *Derecho y Salud*, vol. 19, nº extra, 2010, pp.125-128.



- MONZÓN JULVE, M.<sup>a</sup>, “La educación en casa o homeschooling”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 1, 2011, pp.121-126.
- MORENO ANTÓN, M.<sup>a</sup>, “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, 2011, pp.95-123.
- ORTIZ MALLOL, J., “La enseñanza básica como derecho y deber en el nuevo ámbito de la LOGSE”, ASOCIACIÓN DE LETRADOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada 1997, pp.221-236.
- ORTIZ PRADILLO, J.C., “La irrelevancia de la voluntad de la mujer en el enjuiciamiento de la violencia de género: ¿paternalismo jurídico o derecho procesal del enemigo?”, VÁZQUEZ BERMÚDEZ, I. (coordinadora), Logros y retos: *Actas del III Congreso universitario nacional “Investigación y género”*, Unidad de Igualdad Universitaria de Sevilla, Sevilla 2011, pp.1450-1463.
- PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid 1990, pp.313-376.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada 2009.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson S.L., Madrid 2007 (2ª edición).
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P., *La impropiedad llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- SAVULESCU, J., “Autonomía, vida buena y elecciones controvertidas”, MENDOZA BUERGO, B. (editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2010, pp.35-60.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud”, MENDOZA BUERGO, B. (editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2010, pp.61-96.