Auto Jdo. de Primera Instancia e Instrucción 13/01/2022

Jdo. de Primera Instancia e Instrucción , 13-01-2022 , nº 11/2022, rec.922/2021,

Pte: Colubi Mier, Joaquín

ECLI: ES:JPII:2022:1A

ANTECEDENTES DE HECHO

Por D ª Gloria, asistida por la letrada D ª MARIA DEL CARMEN NOVAS CAAMAÑO se ha presentado solicitud FRENTE A D Florencio, acompañada de los documentos considerados oportunos instando la tramitación del correspondiente expediente de Jurisdicción Voluntaria sobre la sobre la aplicación de la vacuna contra COVID- 19, y CONCEDER LA CAPACIDAD DE DECISION SOBRE LA ADMINISTRACION DE LA VACUNA A LA MENOR Noemi A SU MADRE Gloria , a fín de que reciba la vacuna completa en las pautas que sean recomendadas por las autoridades sanitaras.

Admitida la solicitud, se celebró la comparecencia prevista en el art. 18 LJV con presencia del demandado quien se opuso a esa decisión, y Ministerio Fiscal quien emitió informe oral solicitando que se atribuyera a la madre la decisión sobre la vacuna, una vez que todas las partes han dado sus argumentaciones y pudieron aportar las pruebas que consideran oportuna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El art 156 del cc dispone que si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

EL ART 86 DE LA LEY JURISDICCION VOLUNTARIA ESTABLECE QUE Se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores. También serán de aplicación en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando el titular de la patria potestad fuere un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.

Por ello se puede concluir que la regulación legal es la siguiente; en cuanto al EJERCICIO:

A) En sede de patria potestad:

* Supuestos de ruptura matrimonial:

En este punto existe un problema fundamental debido a la regulación contradictoria de nuestro derecho sustantivo en sede de patria potestad para los casos de ruptura del matrimonio y en sede de separación o divorcio.

Regla general : Ejercicio individual por el progenitor custodio:

ARTÍCULO 156.5 CC: SI LOS PADRES VIVEN SEPARADOS, LA PATRIA POTESTAD SE EJERCERÁ POR AQUEL CON QUIEN EL HIJO CONVIVA (...).

Excepción : Ejercicio conjunto:

Continúa el citado precepto: "(...) SIN EMBARGO, EL JUEZ, A SOLICITUD FUNDADA DEL OTRO PROGENITOR, PODRÁ, EN INTERÉS DEL HIJO, ATRIBUIR ALSOLICITANTE LA PATRIA POTESTAD PARA QUE LA EJERZA CONJUNTAMENTE CON EL OTRO PROGENITOR, O DISTRIBUIR ENTRE EL PADRE Y LA MADRE LAS FUNCIONES INHERENTES A SU EJERCICIO."

B) En sede de separación y divorcio:

- Regla general : Ejercicio conjunto.

ARTÍCULO 92.4 CC: "LOS PADRES PODRÁN ACORDAR EN EL CONVENIO REGULADOR O EL JUEZ PODRÁ DECIDIR, EN BENEFICIO DE LOS HIJOS, QUE LA PATRIA POTESTAD SEA EJERCIDA TOTAL O PARCIALMENTE POR UNO DE LOS CÓNYUGES".

- Excepción : Ejercicio individual, sólo cuando así sea acordado en convenio regulador o judicialmente en beneficio de los hijos.

OPINIÓN DOCTRINAL: Que en el artículo 156 CC se suprima la alusión a los supuestos de separación, en cuyo caso, en el artículo 92 CC debería introducirse que la regla general es el ejercicio conjunto también en caso de separación y divorcio, o introducir una remisión a la regla general del artículo 156 CC.

CONCLUSIÓN: Será la sentencia de nulidad, separación o divorcio la que determine el régimen de ejercicio de la patria potestad, que podrá establecer un ejercicio conjunto de la madre, distribuir entre la madre y el padre las funciones inherentes a su ejercicio, o atribuir su ejercicio a uno de ellos, en cuyo caso llevará acompañada la guarda.

CONFLICTOS ENTRE LOS PROGENITORES TRAS LA RUPTURA MATRIMONIAL :

A) TOMA DE DECISIONES : El progenitor no custodio tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones de importancia que afecten a la vida, salud, educación y formación integral del menor, lo que conduce a distinguir entre actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, que corresponden al progenitor custodio (o al no custodio mientras el menor se encuentre en su compañía), y actos de ejercicio extraordinario, que precisan el consentimiento de ambos progenitores, o en su defecto, resolución judicial que atribuya a uno u otro la facultad de decisión.

- ACTOS DE EJERCICIO ORDINARIO :

a) CONFORME AL USO SOCIAL Y A LAS CIRCUNSTANCIAS: Actos que afectan a la vida cotidiana del menor, tanto referido a su persona como a sus bienes, y que se repita con cierta frecuencia en la práctica. Las decisiones serán adoptadas por el progenitor custodio o por aquél con quien el menor se encuentre en cada momento.

Ejemplos: Obtención de información educativa o sanitaria; entrevista con el profesor; solicitud de duplicado de boletín de notas; información escolar sobre incidencias cotidianas del menor escolarizado; solicitud de historia clínica,...

b) URGENTE NECESIDAD.- Situaciones urgentes relativas a la salud del menor o a la defensa de sus bienes, cuando la demora en su adopción pueda perjudicar al menor. En este caso las decisiones las adoptará el progenitor con quien se encuentre el menor en cada momento, si bien debiendo informar inmediatamente al otro.

Ejemplos: en el ámbito escolar: autorizar al niño para acudir a excursiones, solicitar becas o ayudas, adquirir material escolar, inscribirle en el comedor o en el servicio de autobuses, delegar en un familiar la recogida del menor en el colegio, ...; en el ámbito sanitario: llevarle al médico en caso de accidentes de escasa importancia o enfermedad leve, revisión pediátrica, vacunas, fármacos, decisión en caso de importancia vital, dando cuenta inmediata al no custodio; en el ámbito doméstico: alimentación, ropa y calzado, ocio.

- ACTOS DE EJERCICIO EXTRAORDINARIO .- Aquellos de gran trascendencia, como por ejemplo la elección lugar de residencia, elección de colegio, decisión de someter al menor a tratamientos médicos o intervención quirúrgica, elección de confesión religiosa, actividades de ocio o deporte de cierto riesgo, viajes

a lugares conflictivos, actividades extraescolares, ... potestad, y en caso de desacuerdo, necesidad de autorización judicial para ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

Supuestos en los que se requiere acuerdo entre ambos progenitores: cambio de colegio (SAP DIRECCION000 30-3-2006 señaló que no hacer una descripción pormenorizada de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad supone dar "carta blanca" al custodio); gastos extraordinarios (SAP Barcelona 29-4-2005, deben ser previamente acordados por ambos progenitores mediante acuerdo documentado; SAP Madrid 27-1- 2006, la falta de consulta al no custodio sobre ciertos tratamientos médicos impide que éste quede obligado a su abono); residencia en el extranjero (SAP Madrid 10-5-2005, SAP Las Palmas 11-1-2005, exigen autorización judicial para ello); actos religiosos, decisión conjunta (múltiples reclamaciones por gastos de primera comunión y supuestos de doble comunión por falta de acuerdo); fiestas (no custodio tiene derecho a asistir, por ser inherente a la patria potestad y no a la custodia, SAP Valencia 23-9-2004).

La situación de hecho existente es la siguiente; la madre de la menor tiene la custodia de su hija, teniendo el padre el disfrute de fines de semana alternos y mitad de vacaciones. La madre quiere vacunar contra el Covid-19 a su hija actualmente de 8 años, mientras que el padre se opone a ello. La madre está vacunada y trabaja como enfermera en el HOSPITAL000 de DIRECCION001, y a la vez reside con otro hijo y su actual marido, todos ellos vacunados; cuando por motivos de trabajo no puede estar con su hija, se ocupa de ella los abuelos maternos, también vacunados. La menor está vacunada sin que hubiera oposición alguna por el padre tanto de las vacunas obligatorias como de las voluntarias. El padre reside con una compañera que está vacunada, mientras que él recibió la primera vacuna, y como al día siguiente se puso malo con taquicardia, rechazó recibir más vacunas. La abuela paterna que tiene relación con la menor también está vacunada.

La decisión sobre quien debe atribuirse la facultad de decidir si la menor debe ser vacunada contra covid o no debe atribuirse en interés de la menor. El padre se opone porque considera que la vacuna no está suficientemente desarrollada para saber qué efectos secundarios con el tiempo pueden producir, y que en todo caso en los supuestos de menores no hay estudios que avalen que sea necesaria para lo mismos ante la escasa entidad de los síntomas que produce el covid en menores.

No corresponde en el ámbito de la justicia entrar en debates científicos sobre las consecuencias que puede conllevar la vacuna, o no ponerse la misma. Sobre todo porque incluso los expertos en dicha materia desconocen no solo el origen de la pandemia, sino la evolución de la misma, y el desarrollo y efectos de las vacunas. Pero es innegable que desde la existencia de las vacunas, la mortalidad, la gravedad y las consecuencias que produce la infección por covid ha disminuido, y la asistencia sanitaria por causas grave corresponde proporcionalmente a más personas sin vacunar que vacunadas. A su vez sí está acreditado que personas vacunadas tienen no sólo menos riesgos de tener consecuencias graves en caso de infección, sino menor carga viral para transmitir frente a terceros. Y tampoco se acredita que las personas vacunadas desarrollen otros efectos perjudiciales para su salud en estos momentos. Ello conlleva que de por sí vacunar a la menor no va contra su interés, más aun cuando en el calendario de vacunas del año 2022 de la asociación española de pediatría, incluyen la vacunación de mayores de 5 años contra el Covid, a parte que las autoridades sanitarias españolas son las que facilitan y proporcional la misma, no siendo una cuestión meramente nacional, sino mundial, y han considerado tras los estudios pertinente la conveniencia de vacunar a niños menores de más de 6 años, pues al día de hoy no hay estudios que consideren que a los menores les causa un mayor perjuicio la vacuna, que de no vacunarse, para su salud.

Es cierto que existen valoraciones que manifiestan que los menores no desarrollan una enfermedad grave por lo que es intrascendente que se vacunen. Sin embargo es un hecho notorio que los menores sí se infectan y no son inmunes, y que a la vez se contagian entre ellos como ocurre con los colegios o agrupaciones similares de menores, y que aun teniendo menor carga viral que un adulto, pueden contagiar a los mismos. Con ello se pone de manifiesto que lo menores sí tienen covid, y si bien en muchos casos el desarrollo de la enfermedad no es grave en cuanto a síntomas de la misma manera que el padre manifiesta que se desconoce el futuro de las secuelas de las vacunas, también se desconoce el futuro de los menores infectados que no se han vacunado aun cuando no hubieran desarrollado de manera inmediata los síntomas de un adulto, pero que pudiera afectar a otros organismos.

Se parte del hecho que la vacunación no es obligatoria, y existe libertad cada uno de tomar la decisión, y si ambos progenitores deciden no vacunar a la menor, nadie se lo impondrá. Pero en este caso la tal alegada

libertad por el padre para no vacunar, se confronta con la libertad de la madre de vacunar, y esa libertad que deben decidir los progenitores en beneficio e interés de su hija, se debe atribuir a uno de ellos.

Y conforme a lo expuesto, se considera que la vacunación de la menor por lo expuesto no va contra el interés de la misma, sino que se hace para evitar desarrollar una mayor gravedad en caso de infección, estando aprobaba por las autoridades sanitarias y pediatras. Con esa vacuna no solo se trata de conseguir una mejor respuesta inmunitaria, no obviando que los menores sí se contagian de covid y por tanto no sólo es una medida que se adopta para la seguridad de terceras personas, sino para su salud. Pero también se valora, porque el interés de la menor, no es solo su salud, sino al ser dependiente y no autónoma, su interés es estar en todo momento cuidada, asistida y protegida por las personas que así lo vienen haciendo, y estando demostrado que la capacidad de contagio es mayor de un niño no vacunado a un vacunado, supondría un riesgo mayor para su madre, y los abuelos maternos que se encargan del cuidado de la misma con habitualidad, e incluso a la abuela paterna, que está con el menor . Llegado el caso y si la menor contagia a todos sus cuidadores la misma quedará sin asistencia, y por tanto esta medida se adopta en su interés. Lo mismo acontece con su formación académica, la cual puede tener un retroceso, si ante la falta de vacunación a menores, se debe suspender las clases `presenciales.

Por otro lado el padre tiene miedo a los efectos de la vacuna, pero su pareja y su madre han decidido vacunarse de manera completa, aun sabiendo el problema que tuvo el padre con la primera vacuna, que no pasó de un cuadro de taquicardia y ansiedad al día siguiente de la vacuna, la cual como cualquier vacuna puede producir una reacción, pero que no debió revestir gravedad cuando su pareja y madre decidieron seguir vacunándose.

Por otro lado la principal cuidadora de la menor es su madre que tiene la custodia, y que trabaja en el ámbito sanitario, donde el riesgo de contraer el covid es mayor que en otras profesiones ante las situaciones que debe atender y por tanto la menor tiene mayor riesgo de contraer dicha infección pues es profesión expuesta a dicho riesgo, más motivo para que la menor esté vacunada.

Por todos los motivos expuestos, y aun valorando que el motivo de oponerse a vacunarse sobre los riesgos futuros no lo tuvo el padre cuando sí el decidió vacunarse, y que su oposición se debió a su mala experiencia tras la primera vacuna, se considera que la facultad de elección se debe atribuir a la madre. Se invoca por el padre de posibles responsabilidades futuras del Estado, de las farmacéuticos, de la madre , de eta decisión etc.; obvia el padre que todos los días y en todas las actividades que realiza con la menor existe un riesgo de que pueda sucederle algo, y no por ello deja de hacerlo ponderando las posibilidades y las circunstancias; como de igual manera se le pudiera responsabilizar a él de no vacunarla y que le pudiera pasar unas secuelas graves; y en esta situación de desconocimiento de desarrollo de esta pandemia , no debe responsabilizarse a nadie de una y otra decisión cuando las consecuencias futuras no son previsibles ni previstas en ningún caso, pero lo cierto es que hoy en día se vienen recomendando por las autoridades científicas; la OMS considera que vacunación de los menores si bien no es prioritaria frente a otros grupos poblacionales sí es beneficiosa para los mismos a título sanitario, social y educativo, para evitar retrocesos en su formación de todos sus aspectos evolutivos.

FALLO

ACUERDO:

Se estima la petición de la parte demandante, de tal manera que:

1.-Sobre la aplicación de la vacuna contra COVID- 19,SE CONCEDE LA CAPACIDAD DE DECISION SOBRE LA ADMINISTRACION DE LA VACUNA A LA MENOR Noemi A SU MADRE Gloria , a fin de que reciba la vacuna completa en las pautas que sean recomendadas por las autoridades sanitaras.

2.- Proceder al archivo del presente expediente de Jurisdicción Voluntaria.

3.- Librar certificación literal de esta resolución que quedará unida a las actuaciones, con traslado de su original al libro correspondiente.

Firme que sea esta resolución archívense las presentes actuaciones

Líbrese certificación literal de esta resolución, que quedará unida al procedimiento, llevándose su original al libro de su razón.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Mediante recurso de apelación , que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquella. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículos 456.2 y 458 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros , salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirse ingresando la citada cantidad en la cuenta de este expediente con número 4286 0000 39 0922 21, de la entidad BANCO DE SANTANDER, indicando, en el campo "concepto", la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio, la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones, la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así lo acuerda y firma SSª. Doy fe.

EL MAGISTRADO-JUEZ LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

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

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.