

Duelo al sol: la vacunación de menores contra la Covid-19 en caso de discrepancias entre los progenitores

Duel in the sun: vaccination of minors against Covid-19 in the context of discrepancies between parents

Miguel Medina Álvaro¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)19](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)19)

Comentario a

STC 181/2023, del 11 de diciembre

Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El presente artículo pretende comentar el caso planteado ante el Tribunal Constitucional Español relacionado con el respeto de derechos fundamentales en el ámbito sanitario, en particular con la vacunación contra la Covid-19. El caso se inicia como una disputa en relación con el ejercicio puntual de la patria potestad de forma individual por parte de uno de los progenitores de un menor, al producirse el desacuerdo con respecto a si debía inocularse a este la mencionada vacuna. Se analizan aspectos referentes a este procedimiento de jurisdicción voluntaria, además de cuestiones relacionadas con el consentimiento (informado) en el ámbito sanitario y una posible vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. Finalmente, se ofrece una valoración crítica de la argumentación llevada a cabo en la sentencia, tanto en su fondo como en su forma. Pese a que se está de acuerdo con la decisión de fondo tomada por el Tribunal, se sugieren ciertas mejoras formales que podrían haber sido útiles de cara a proporcionar una tutela más completa de los derechos fundamentales.

¹ Estudiante de quinto curso de Derecho y Ciencia Política y Administración Pública (UAM). Mail: miguelmedalv@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1760-7054>

ABSTRACT

The purpose of this article is to comment on a case brought before the Spanish Constitutional Court related to the respect of fundamental rights in the field of healthcare, particularly the vaccination against Covid-19. The case began as a dispute regarding the exercise of individual parental authority by one of the parents of a minor, when a disagreement arose as to whether the minor should be inoculated with the aforementioned vaccine. Aspects related to this voluntary jurisdiction procedure will be analyzed, as well as issues related to (informed) consent in the field of healthcare and a possible violation of the fundamental rights to effective judicial protection and due process. Finally, we will offer a critical assessment of the argumentation carried out in the sentence, both formally and in material terms. Although we agree with the decision taken by the court, we will suggest certain formal improvements that could have been useful in order to provide a more complete protection of fundamental rights.

PALABRAS CLAVE: Covid-19; salud; negacionismo; audiencia; patria potestad.

KEY WORDS: Covid-19; healthcare; denialism; hearing; parental authority.

I. Introducción

Pese a que ninguna pandemia en la historia de la humanidad se ha producido en un contexto donde la protección de los derechos fundamentales estuviera tan desarrollada, los años en los que la emergencia sanitaria por la Covid-19 fue más intensa supusieron un reto descomunal tanto para los Gobiernos como para la población mundial. La proliferación de discursos que desacreditaban el uso de las vacunas como método eficaz para combatir la enfermedad puso sobre la mesa la diferencia de opiniones reinante en la población con respecto a la confianza de los ciudadanos en el sistema sanitario mundial y en las soluciones basadas en criterios científicos. En ciertos casos, como el que comentaremos a continuación, una disputa entre dos progenitores respecto a la conveniencia de vacunar a su hijo menor acabó por motivar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación con este y otros temas afines a los derechos fundamentales, y cómo éstos pueden conjugarse con cuestiones como la vacunación o el consentimiento informado.

II. Breve referencia a las pretensiones de las partes y el iter procesal

Antes de proceder con el análisis de las cuestiones planteadas en la sentencia, conviene mencionar de forma sucinta cuáles eran las pretensiones de las partes cuyo desacuerdo acabó siendo judicializado, así como el recorrido que ha tenido el asunto hasta llegar al Tribunal Constitucional.

1. Pretensiones de las partes y generación del contencioso

El origen del conflicto que acaba desembocando en nuestro proceso ante el Tribunal Constitucional son las discrepancias entre dos progenitores en relación con la inoculación de la vacuna contra la Covid-19 a su hijo menor. Mientras que el padre del menor aboga por suministrarla a su hijo, la madre se opone. Por ello, el padre inicia un procedimiento de jurisdicción voluntaria amparado en la facultad de someter al juez los desacuerdos puntuales que puedan darse entre los progenitores durante el ejercicio de la patria potestad ex art. 156.III Código Civil (en adelante CC). En él, se da audiencia al menor y a las partes y el juez de primera instancia toma la decisión sobre quién debe decidir sobre la inoculación de la mencionada vacuna.

2. Itinerario procesal

Inicialmente, se insta un procedimiento de jurisdicción voluntaria por parte del padre mediante el cual se da audiencia al menor y después se cita a las partes involucradas, esto es, los padres, el menor y el Ministerio Fiscal. La madre se opone a la solicitud realizada por el padre, alegando la ausencia de evidencia científica que permitiría justificar la inoculación de la vacuna de la Covid-19, así como una posible vulneración del derecho a la integridad física y moral del art. 15 Constitución Española (en adelante CE) por una supuesta falta de consentimiento informado del menor.

Después de la audiencia del menor, de 15 años de edad, en la que este se muestra favorable a la inoculación de la vacuna, el Juzgado de Primera Instancia desestima la solicitud del padre y otorga a la madre la potestad de decidir sobre la inoculación de la vacuna. Alega, entre otros motivos, la falta de información completa sobre los efectos de la vacuna en menores, así como la baja incidencia que la enfermedad tiene en este grupo de población, sin apenas tener en cuenta la opinión del menor, expresada por este durante la audiencia.

El Ministerio Fiscal presentó recurso de apelación frente al auto del juez de primera instancia. Alega que los beneficios que pueden derivarse de la vacunación son mayores que los riesgos y recuerda que el menor se mostró favorable a la misma durante el proceso de exploración. Mientras que la madre se opone una vez más a estos planteamientos, el padre se adhiere a las alegaciones hechas por el Ministerio Fiscal.

Posteriormente, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó auto en el que estimó el recurso de apelación, revalorizando la opinión del menor y su disposición a ser vacunado frente a la poca relevancia que se le dio en primera instancia. La madre promueve un incidente excepcional de nulidad de actuaciones por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento con todas las garantías, pero este es rechazado por la propia Audiencia Provincial. Serán estos derechos fundamentales sobre los que entre a conocer el Tribunal Constitucional en su sentencia. Además, la madre entiende que no había lugar al procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Por todo ello, la madre presenta un recurso de amparo ante el TC contra el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que otorga el poder de decisión al padre, así como contra la inadmisión del incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Alega la vulneración de los derechos fundamentales mencionados anteriormente, así como el derecho a la integridad física y moral y el derecho a la intimidad personal (Arts. 15.1 y 18.1 CE, respectivamente). La Fiscalía del TC se opone a las pretensiones de la madre, instando en primer lugar a la inadmisión del recurso por falta de agotamiento de la vía judicial y después rechazando los argumentos proporcionados por la madre en su recurso. El Tribunal admite a trámite el recurso y se pronuncia sobre parte de las alegaciones hechas por la madre.

III. Análisis crítico de la sentencia

1. La imposibilidad del Tribunal Constitucional de entrar a valorar la vulneración de los derechos a la integridad física y moral (Art. 15.1 CE) y a la intimidad personal (Art. 18.1 CE)

Si bien es cierto que la madre del menor sobre cuya vacunación se está decidiendo in-

cluye en su escrito del recurso de amparo una serie de alegaciones en relación con los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad personal, el Tribunal no entra a conocer ni se pronuncia al respecto de ellas. Ello se debe a que, para que pueda alegarse una vulneración de un derecho fundamental como parte de un recurso de amparo, esta debe haberse denunciado con anterioridad durante el proceso cuando el afectado tuvo la oportunidad para hacerlo (vid. Art. 44.1 c) Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en adelante LOTC). Ello motiva la inadmisión parcial del recurso de amparo presentado.

La forma en que la demandante pudo haber denunciado la contravención de los citados derechos fundamentales habría sido su inclusión como parte de los derechos fundamentales cuya vulneración se alegaba cuando se instó el incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Esta sería una alegación previa al recurso de amparo en un momento oportuno que permitiría apreciar una identidad de causa petendi al momento de presentar el recurso de amparo (González Rivas, 2020: 525-526). De hecho, en el incidente sólo se incluyó la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de los Arts. 24.1 y 2 CE, pero no los de los Arts. 15 y 18 CE.

Cabe destacar que el incidente de nulidad de actuaciones es preceptivo de cara a acceder al amparo constitucional proporcionado por el TC (Sospedra Navas, 2015: 180-181). El incidente excepcional de nulidad de actuaciones deriva de la reforma de la LOTC, introducida por las Leyes Orgánicas 5/1997, de 4 de diciembre, y 13/1999, de 14 de mayo, como respuesta a la doctrina del TC (vid. entre otras STC 185/1990) de la necesidad de descargar el sistema del recurso de amparo mediante la creación de un procedimiento que permitiera la tutela de derechos fundamentales en sede jurisdiccional ordinaria una vez que las resoluciones judiciales hubieran alcanzado firmeza (Sospedra Navas, 2015: 182). Mediante este sistema se opta por dejar en manos de los jueces ordinarios la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y se evita una recurrencia excesiva al recurso de amparo. La reforma operada por la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, amplió el alcance del incidente de nulidad de actuaciones, permitiendo alegar la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE (González Rivas, 2020: 564). De esta forma, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones quedaría configurado como una herramienta de tutela individual de los derechos fundamentales una vez hubiera recaído sentencia y solo se acabaría dando el paso al recurso de amparo de forma residual, cuando la tutela no hubiera sido proporcionada suficientemente y el asunto revistiera especial trascendencia constitucional (Cordón Moreno, 2020: 428).

Así, y aunque la madre alegara al momento de oponerse a la solicitud del procedimiento de jurisdicción voluntaria realizada por el padre la posible vulneración del derecho a la integridad física y a la intimidad personal de su hijo, ello no basta para poder considerar el requisito de alegación previa contenido en el art. 44.1 c) LOTC. Debería haber incluido todas las posibles vulneraciones de cualquier derecho fundamental en aquel incidente para haber podido alegarlas después.

2. El consentimiento en el ámbito sanitario. Discusión sobre la necesidad de consentimiento informado en el contexto de la decisión judicial sobre la inoculación de la vacuna. Especial consideración del posicionamiento de la fiscal del Tribunal Constitucional

Como decimos, el Tribunal no se pronuncia sobre la vulneración del derecho a la integridad física por la falta de consentimiento informado para que el hijo recibiera la vacuna de la Covid-19 (Art. 15 CE) ni del derecho a la intimidad personal (Art. 18.1 CE), consideramos que un análisis del argumento empleado por la madre puede ayudar a dar una perspectiva más clara sobre el conjunto de la sentencia. Aquí juega un papel importante la noción del consentimiento informado en el ámbito sanitario, que es uno de los principios rectores de la llamada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente (en adelante, LAP). Por ello, conviene preguntarse acerca de la noción del consentimiento informado en general y su aplicación al caso concreto tratado en la sentencia.

La Ley reguladora del consentimiento informado en el ámbito sanitario en nuestro país es la LAP. Esta ley tiene la condición de básica, por lo que para entender de forma completa cómo se regula el consentimiento informado en nuestro país sería necesario consultar y revisar las leyes que las Comunidades Autónomas hayan ido pudiendo aprobar al respecto (Ortiz Fernández, 2021: 176).

De forma general, el consentimiento informado en el ámbito sanitario ha de entenderse como el consentimiento que se otorga a la hora de recibir un tratamiento médico, tanto en un centro público como privado, y así lo recoge la LAP en su art. 1. Específicamente, el momento de otorgamiento del consentimiento debe separarse en dos partes: Existe un paso de información previa, orientado a que el paciente pueda tomar una decisión libre y voluntaria, entendiendo el tratamiento que va a recibir, para después otorgar o no su consentimiento al respecto; así, el consentimiento sólo podrá considerarse válido si va precedido de ese trámite de información de la cual debe proveerse al paciente o usuario (Ortiz Fernández, 2021: 220). La protección que la ley pretende otorgar al consentimiento de los pacientes se refuerza haciendo obligatorio el conocer de forma precisa los pormenores del tratamiento/intervención, “porque solo así podrá optarse adecuadamente entre las posibilidades existentes” (Ortiz Fernández, 2021: 220).

De este modo, no parece que la afirmación sobre la vulneración del derecho a la integridad física por la falta de consentimiento informado pueda prosperar en este ámbito, incluso si el Tribunal hubiera entrado a valorarla. Efectivamente, es cierto que en los casos en los que se practique una intervención médica será necesario contar con el consentimiento informado del paciente, pero en nuestro caso la decisión judicial se centra solo en decidir cuál de los padres será el responsable de tomar la decisión sobre la inoculación de la vacuna de la Covid-19, derivada de un desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.

Como aduce correctamente la fiscal del TC en la propia sentencia al valorar los argumentos esgrimidos por la madre en el recurso de amparo, será en un paso posterior cuando el facultativo, si es que se decide la administración de la vacuna, deba informar al menor de la intervención a la que va a ser sometido y asegurarse de que comprende la relevancia de la misma.

Por último, cabe comentar la afirmación hecha por la Fiscalía con respecto a la posibilidad de que, en realidad, la autorización a uno de los padres para decidir sobre la administración de la vacuna contra la Covid-19 pudiera suponer, indirectamente, una autorización a la vacunación. Efectivamente, ciertos autores en el pasado han considerado que, de

hecho, “el art. 156 CC no atribuye al juez la posibilidad de tomar la decisión referente al menor, aunque lo hará de forma indirecta porque se otorgará esa posibilidad de decidir a uno de los progenitores después de haber escuchado la postura de cada uno de ellos” (Nevado Montero, 2020: 338), con lo que la decisión del juez estaría decidiendo sobre la práctica de una intervención sujeta a la regulación de la LAP, aunque de forma indirecta. Admitiendo que, de hecho, el pronunciamiento del juez en este caso supone efectivamente una decisión indirecta sobre la vacunación a la que debe someterse al menor dados los intereses contrapuestos de los padres, la Fiscalía argumenta que el menor tiene capacidad de juicio suficiente como para entender la intervención, por lo que no se aplicaría ninguno de los supuestos del art. 9.3 b) y c) de la LAP, pensado para los casos en los que el consentimiento tiene que ser otorgado por el representante del menor antes de una intervención médica, y no sería por ello necesaria la solicitud de un consentimiento informado en relación con la decisión tomada por el juez con respecto a la vacunación del menor ni se habría producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad física.

3. La especial trascendencia constitucional. Valoración de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (Art. 24.2 CE)

A. El concepto indeterminado de la “especial trascendencia constitucional”

El TC considera que el recurso debe ser admitido a trámite dado que el caso planteado tiene especial trascendencia constitucional por referirse a asuntos respecto a los cuales no existe doctrina del Tribunal, además de que el asunto tiene especial relevancia por tratarse de un tema que “plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica”. Estos motivos se corresponden con el Fundamento Jurídico 2 a) y g) de la STC 155/2009, que pretendió otorgar criterios claros de cara a apreciar la llamada “especial trascendencia constitucional”. Sin embargo, y como veremos, el concepto de “especial trascendencia constitucional” recogido en el art. 50.1 LOTC, sigue siendo relativamente oscuro e indeterminado (Ortega Gutiérrez, 2010: 498). Después de analizar en profundidad este concepto, valoraremos los pronunciamientos del Tribunal sobre la vulneración de los derechos fundamentales de los Arts. 24.1 y 24.2 CE.

En primer lugar, hay que mencionar que el requisito de la especial trascendencia constitucional se introdujo mediante la reforma operada con la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de cara a permitir una mayor eficiencia del uso del recurso de amparo y evitar el malgasto de recursos públicos (González Rivas, 2020: 563). Esta modificación supuso que sólo los recursos que revistieran especial trascendencia constitucional serían admitidos a trámite para la consideración del TC. Así, la nueva configuración del recurso de amparo supone que el afectado debe justificar de forma concreta por qué considera que sus derechos fundamentales han sido vulnerados, y el TC tiene una “ocasión para justificar un pronunciamiento dictado en interés general” (González Rivas, 2020: 564). Será el Tribunal, en cada caso, el que tenga la última palabra sobre la concurrencia o no de la especial trascendencia y este tiene completa libertad para tomar esta decisión (González Rivas, 2020: 569).

Sin embargo, y como antes hemos comentado, pese a la reforma operada en la LOTC la “especial trascendencia constitucional” es un concepto altamente indeterminado

cuya volatilidad el propio Tribunal trató de paliar mediante la doctrina sentada en la STC 155/2009. Procede analizar entonces los motivos alegados en nuestra sentencia y recogidos en esa jurisprudencia del Tribunal.

En el caso de que haya un vacío con respecto a la doctrina del Tribunal, que es el motivo recogido en el FJ 2 a) de la STC 155/2009, cobra especial relevancia el apreciar la especial trascendencia constitucional. En este sentido, sería la casuística la que motivaría la necesidad del Tribunal de pronunciarse con respecto a un derecho sobre el cual no guarda jurisprudencia (Ortega Gutiérrez, 2010: 509). Efectivamente, la trascendencia constitucional será máxima cuando el órgano de control de la constitución aprecie que la falta de pronunciamiento sobre un asunto pueda desembocar en una falta de protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos. La aceptación por este motivo supone que el TC fijará una doctrina que antes no existía y que vinculará desde ese momento al resto de órganos judiciales (González Rivas, 2020: 572). En el caso que aquí tratamos es especialmente interesante considerar que el Tribunal entiende que no se ha producido una vulneración de un derecho fundamental, pero que la cuestión planteada tiene especial trascendencia constitucional, lo cual puede resultar, intuitivamente, algo contradictorio. Este punto se desarrollará más adelante.

Por otro lado, y con respecto al planteamiento de una “cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica”, puede decirse que este motivo fijado en el FJ 2 g) de la STC 155/2009 es una especie de “cajón de sastre” (Ortega Gutiérrez, 2010: 510) donde podrían incluirse una gran variedad de supuestos que no acabarían de encajar dentro de los fijados por el Tribunal en la ya mencionada sentencia o que, sin entrar necesariamente en otros supuestos, revistan especial trascendencia constitucional. Sin embargo, parece que ello no hace más que cronificar la falta de determinación conceptual de la especial trascendencia constitucional, puesto que los términos empleados complican aún más la comprensión de lo que debe entenderse por esta. No obstante, la letra g) da una definición negativa según la cual no tendrán especial trascendencia constitucional aquellos supuestos en los que no se trascienda el caso concreto (Ortega Gutiérrez, 2010: 511). Esta consideración es relevante para nuestro caso porque permite entender que el Tribunal considera que, pese a que la trascendencia constitucional de la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva sea de carácter más bien general, el impacto que tiene trasciende el caso concreto y puede ser de interés para la ciudadanía.

B. Comentario a los pronunciamientos del Tribunal

En este punto, conviene analizar aquellas alegaciones que el Tribunal Constitucional sí que entró a conocer y resolver como parte del recurso de amparo presentado por la madre. En primer lugar valoraremos la supuesta vulneración del principio de inmediación en relación con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (Art. 24.2 CE) por el hecho de que no se recogiera en soporte físico la comparecencia del menor, para después referirnos a una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) en relación con el pronunciamiento realizado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife sobre la relevancia de la opinión del menor al respecto de la vacunación. Ambas alegaciones fueron desestimadas por el TC.

En su primera alegación, la madre plantea una vulneración del principio de inmediación con respecto al derecho a un proceso con todas las garantías, dado que no

se habría grabado la comparecencia del menor en la primera instancia durante el procedimiento de jurisdicción voluntaria solicitado por el padre. Antes de valorar la necesidad de la citada grabación para el respeto del principio de inmediación, procede hacer una sucinta mención de los aspectos más relevantes de los procedimientos de jurisdicción voluntaria y de los planteados en el caso concreto.

El procedimiento de jurisdicción voluntaria puede definirse como “aquella función que desempeñan los jueces y otros funcionarios judiciales de decidir, conforme a normas y procedimientos establecidos legalmente, sobre asuntos no directamente controvertidos que requieren de su autoridad para la producción de unos efectos jurídicos determinados” (Banacloche Palao, 2023: 34). En particular, se trata de “actos judiciales de decisión” que, si bien provienen de un juez y revisten por ello carácter jurisdiccional, no dejan de tener asimismo carácter administrativo en relación con el fin que persiguen (Banacloche Palao, 2023: 37)

En nuestro caso se recurre a un expediente de jurisdicción voluntaria por tratarse de una materia cuyas decisiones deben estar revestidas de la autoridad de un juez, sin llegarse por ello a fundamentar un contencioso al respecto. Como indica el profesor Banacloche, “El fundamento de los actos de jurisdicción voluntaria se encuentra en la necesidad de alcanzar seguridad jurídica respecto de cuestiones que necesitan una respuesta de autoridad” (Banacloche Palao, 2023: 37), en lo que al caso respecta el ejercicio puntual de forma individual por parte de uno de los progenitores. Pese a que se trate de actos, como en este caso la decisión sobre el ejercicio de la patria potestad, que podrían ser llevados a cabo de forma unilateral, “la sociedad prefiere que lo haga una autoridad pública, después de haber analizado el caso concreto, para conferir de legitimidad social (sic.) su decisión y evitar conflictos posteriores” (Banacloche Palao, 2023: 37).

Por último, la parte que no esté de acuerdo con la decisión tomada por el juez o autoridad competente siempre podrá instar posteriormente un proceso contencioso que, de forma definitiva, decida sobre la cuestión que se planteó en el procedimiento de jurisdicción voluntaria (Banacloche Palao, 2023: 38). Esta es la decisión que tomaron el Ministerio Fiscal (que también es parte en el proceso) y el padre cuando combatieron la decisión del juez en primera instancia.

Recordemos que la madre alega que la comparecencia del menor no se ajustaba a derecho por no haber sido grabada en un soporte digital. La doctrina del TC respecto de estos procedimientos siempre ha puesto la protección del menor en el centro, y el propio Tribunal la cita también en este caso. En concreto, los FJ 7 y 8 de la STC 64/2019, conjugados con la redacción del art. 18.2.IV de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) permiten afirmar lo siguiente. En primer lugar, la correlación del derecho de protección del menor con el derecho de las partes a alegar y justificar sus derechos para que estos puedan ser defendidos y reconocidos y la manera en que deben ser conjugados, de forma que no se produzca una vulneración de la tutela judicial efectiva en los procesos de jurisdicción voluntaria, debe circunscribirse al momento de documentación, esto es, al momento en que se lleva a cabo la exploración del menor (FJ 7). Así, el acta debe contener las manifestaciones del menor que sean imprescindibles para conocer la verdad (FJ 8). Teniendo en cuenta además el art. 18.2.IV LJV, no parece necesario que se lleve a cabo la grabación

de la exploración del menor, siendo suficiente que el contenido más relevante de la misma sea reflejado en un acta que las partes puedan emplear como instrumento del proceso, destinado a proveerlas de un acceso a la tutela judicial efectiva.

Por todo ello, cabe valorar positivamente la inadmisión del primer motivo alegado por la madre, en relación con la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

Desde un punto de vista crítico, puede afirmarse que el propio Tribunal cita jurisprudencia anterior que, pese a ser muy similar a la que se pretende sentar en este caso, tiene un carácter más general. Con ello queremos decir que da la impresión de que el Tribunal empleó la oportunidad para concretar su doctrina en materia de procedimientos de audiencia a menores en relación con el uso de dispositivos de grabación como CD o DVD, que no venían recogidos en anteriores sentencias. Se trataría, por ello, de un “refinamiento de la doctrina” orientado a otorgar una mayor protección a los menores, lo cual justificaría los argumentos de falta de doctrina al respecto y de cuestión jurídica de relevante repercusión para la apreciación de la especial trascendencia constitucional.

En segundo lugar, el Tribunal se pronuncia sobre la posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) derivada de una supuesta incongruencia extra petita alegada por la madre. Esta entendía que la Audiencia Provincial había realizado una nueva valoración de la de la comparecencia del menor en segunda instancia, sin haber sido instada esta por ninguna de las partes.

De forma general es correcto afirmar que la comparecencia del menor en este caso tenía carácter obligatorio y así lo prescribe el propio art. 156.III CC, que menciona que en aquellos casos en los que haya discrepancias en el ejercicio de la patria potestad, el hijo o la hija menor será oído siempre que tenga más de 12 años (Marín López, 2005: 200). Así se produjo en el caso de nuestra sentencia, donde el menor fue preguntado sobre su disposición a vacunarse y respondió de forma positiva, siendo consciente de que, como comentamos, la inoculación de la vacuna no supondría su inmunización con respecto a la enfermedad.

Sin embargo, y como argumenta el Tribunal apoyándose en las actuaciones del Ministerio Fiscal cuando recurrió el auto de primera instancia, la consideración que debía darse a la voluntad del menor fue puesta sobre la mesa después de que el juez de primera instancia apenas la tuviera en cuenta de cara a tomar su decisión. Si bien es cierto que ni el padre ni la madre alegaron que la opinión del menor debiera tenerse en cuenta (es más, la propia madre descartó la relevancia de la opinión del menor por la “trascendencia de la decisión” de vacunarse), es el Ministerio Fiscal el que trajo a colación la relevancia de las declaraciones que el menor había realizado durante el expediente de jurisdicción voluntaria cuando presentó el recurso de apelación. Por ello, no puede decirse que la Audiencia Provincial se pronunciara sobre un aspecto que no formaba parte del debate, tanto más cuando el padre se adhirió al recurso de apelación del MF.

Así, parece también apropiada la desestimación del recurso en relación a una posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE).

El Tribunal parece secundar la postura de su propia Fiscalía sin entrar en detalle con respecto a lo que deba entenderse por los límites de pronunciamiento de un tribunal dentro de un proceso, así como las situaciones en que podemos encontrarnos ante una tutela judicial deficiente por parte del mismo debido a una incongruencia. Parece que era una ocasión propicia que no ha sido aprovechada del todo por el TC y en la que se podría haber ahondado en los pormenores del caso de cara a proporcionar una tutela judicial todavía más concreta y efectiva.

4. Consideraciones acerca de la alegada falta de imparcialidad del órgano judicial por el uso de expresiones referidas al negacionismo

Una de las alegaciones finales sobre las que se pronuncia el Tribunal en los fundamentos jurídicos de la sentencia es la que hace la madre del menor con respecto a la supuesta falta de imparcialidad de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dado que esta, en su pronunciamiento, empleó la expresión “postulados negacionistas” para deslegitimar los argumentos esgrimidos por la madre en contra de la procedencia de la vacunación de su hijo.

El Tribunal considera que el mero empleo de la citada expresión, sin ninguna adición posterior ni otro tipo de acto por parte de la Audiencia Provincial, no es suficiente como para considerar que el órgano judicial no actuó de forma imparcial cuando concedió al padre la facultad de decidir sobre la inoculación de la vacuna a su hijo. Citando jurisprudencia anterior, el TC acaba por desestimar el argumento por considerar que, para poder alegar una actuación parcial por parte de un órgano judicial, sería necesario que existieran “dudas objetivamente justificadas, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos” que permitieran afirmar la falta de equidad del juez.

Sin embargo, el TC no entra a valorar el momento temporal en el que la madre alega la supuesta falta de imparcialidad del órgano judicial, esto es, los instrumentos que tenía a su alcance la madre en momentos previos al recurso de amparo para haber cuestionado las actuaciones del juez. En particular, la STC 140/2004 (citada pero no comentada por el TC) menciona que el mecanismo que tendría una parte para cuestionar la imparcialidad de un juez y exteriorizar sus dudas es el de la recusación (vid. Art. 228.2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

De este modo, parece que habría sido más adecuado, en lugar de recurrir a un recurso de amparo para cuestionar la imparcialidad de un juez, haber instado un expediente de recusación, como indica la sentencia antes citada. Para que pudiera haberse alegado este motivo en un recurso de amparo habría sido necesario, una vez más, que hubiera habido una invocación en la vía ordinaria del procedimiento de recusación del juez, de forma similar a lo que ocurre en el caso del incidente excepcional de nulidad de actuaciones y el art. 44.1 c) LOTC. Solo cuando esta recusación no hubiera prosperado o el demandante aún considerara que existe una vulneración de sus derechos por la falta de imparcialidad del juez podría alegarse este motivo por la vía del recurso de amparo. También nosotros consideramos que el empleo de la expresión “postulados negacionistas” no supone un indicio suficiente, tanto por su cantidad como por su calidad, como para poder afirmar la falta de imparcialidad de un juez. Si bien parece que el juez se muestra en desacuerdo con las posiciones defendidas por la madre con respecto a la vacunación de la Covid-19, ello no le impidió tomar una decisión basada en argumentos y razones apoyadas en preceptos de derecho.

IV. Conclusiones

Admitiendo que el Tribunal actúa correctamente cuando entra a conocer de los dos argumentos esgrimidos por la madre en su recurso de amparo en relación con los arts. 24.1 y 2 CE, la sentencia parece adolecer de un exceso de brevedad en varios puntos del pronunciamiento. Sorprende especialmente el hecho de que los fundamentos jurídicos ocupen considerablemente menos espacio que los antecedentes o fundamentos de hecho, y la parquedad con la que se desarrolla la argumentación encaminada a desestimar el recurso de amparo.

Efectivamente, el TC no tiene obligación de pronunciarse sobre una posible vulneración de los derechos fundamentales de los Arts. 15 y 18 CE, dada la falta de alegación previa comentada anteriormente. Sin embargo, y dada la supuesta "especial trascendencia constitucional" que el Tribunal aprecia para entrar a conocer del caso, llama la atención que no se dedique una argumentación más prolija a los asuntos de los que sí que entra a conocer y que, presumiblemente, exceden del caso concreto y por ello deben ser considerados en su totalidad.

Más bien parece que, tomando la sentencia como un todo, el Tribunal aprovechó la ocasión para sentar una doctrina que permitiera a este tener una mínima previsión sobre el uso de expresiones relacionadas con el negacionismo en el ámbito sanitario y, en concreto, de las vacunas. Además, la sentencia le permite afinar su doctrina con respecto a la audiencia de los menores en los procesos que les afecten, así como el alcance de una posible incongruencia en el pronunciamiento de un juez.

Las alegaciones de negacionismo suscitaron diversas discusiones en el auge de la pandemia de Covid-19 y generaron dudas a la hora de considerar los límites de la libertad de expresión. Pese a que concordamos con la decisión que toma el Tribunal con respecto al uso de la expresión "postulados negacionistas" y no creemos que esta suponga que el ciudadano haya recibido una tutela judicial parcial, consideramos que podría haberse desarrollado de forma más extensa una doctrina que condensara la opinión del Tribunal sobre los límites que deba tener el uso de este tipo de expresiones.

Referencias bibliográficas

- Banacloche Palao, J. (2023). Los expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria (3ª ed.). LA LEY.
- Cordón Moreno, F. (2020). Ley de Enjuiciamiento Civil (4ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- González Rivas, J. J. (2020). Comentarios a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (1ª ed.). Boletín Oficial del Estado.
- Marín López, M. J. (2005). Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten. *Derecho privado y Constitución*, (19), 165-223.
- Nevado Montero, J. J. (2020). Los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad. La elección del nombre de los hijos. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (13), 334-359.
- Ortega Gutiérrez, D. (2010). La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio. *Teoría y realidad constitucional*, (25), 497-513. <https://doi.org/10.5944/trc.25.2010.6904>

- Ortiz Fernández, M. (2021). El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales. Dykinson.
- Sospedra Navas, F. J. (2015). Los requisitos procesales del recurso de amparo: el incidente excepcional de nulidad de actuaciones y la especial trascendencia constitucional. Cuadernos de Derecho Local, (39), 162-193.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2004, de 13 de septiembre de 2004 (BOE núm. 248, de 14 de octubre de 2004)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, de 25 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2009)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo de 2019 (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019)

Legislación

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 206, de 25 de julio de 1889. <https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/1>
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 311, de 29 de diciembre de 1978. <https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/1>
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado, 239, de 5 de octubre de 1979. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con>
- Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado, 125, de 25 de mayo de 2007. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/05/24/6>
- 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. Boletín Oficial del Estado, 274, de 15 de noviembre de 2002. <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41>
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado, 158, de 3 de julio de 2007. <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 157, de 2 de julio de 1985. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>