

EPIDEMIAS Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población *

César Cierco Sieira

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de Lleida

Presentación general: la protección de la salud colectiva frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios colectivos y la importancia de su estudio en nuestros días

La preocupación del Estado, en tanto que organización política de una sociedad, por la protección de la salud de su población surge desde el preciso instante en que se constata la existencia de amenazas sanitarias que el individuo, de manera aislada, con sus propios recursos, es incapaz de afrontar con éxito. Durante mucho tiempo, pues, la función pública de protección de la salud colectiva ha consistido justamente en aportar medios colectivos para combatir esas amenazas cuyo paradigma no era otro que el de las mortíferas epidemias causadas por las pestilencias exóticas como la peste, el cólera o la fiebre amarilla.

Esta función de protección de la salud de la colectividad continúa estando muy presente en nuestros días. Sin embargo, durante el siglo XX y, muy especialmente, en el transcurso de su segunda mitad, ha experimentado un cierto aletargamiento motivado, entre otras causas, por el protagonismo que iba adquiriendo la necesidad de construir un sistema sanitario tendente a socorrer al ciudadano y a ofrecerle asistencia médica frente a las enfermedades y afecciones que aquél padeciese de forma singular; algo que, hasta ese momento, se consideraba un problema particular, propio de cada persona y que cada uno debía

solventar por sí solo, sin el concurso del Estado, apoyado, a lo más, en caso de indigencia, por la beneficencia¹.

La atención a los problemas de salud individual adquirió, no obstante, a partir de la segunda mitad del pasado siglo —en plena efervescencia del llamado Estado del bienestar— una preocupación central, relegando a un lugar secundario a las actuaciones en el terreno de la salubridad colectiva. Los esfuerzos sanitarios públicos se centrarían, en adelante, en el aspecto asistencial de la sanidad. Este movimiento pendular quedó perfectamente retratado en nuestro país en el terreno normativo². Si la

¹ Esta concepción de la acción sanitaria estatal como una acción preocupada únicamente por la dimensión colectiva o comunitaria de la salud, tan característica del modelo de Estado liberal decimonónico, queda perfectamente retratada en las explicaciones que nuestros clásicos administrativistas dedicaban a la materia. Bien ilustrativas me parecen, por ejemplo, las palabras de Manuel COLMEIRO, quien afirmaba que «mientras bastan los esfuerzos individuales para neutralizar las causas perturbadoras de nuestro organismo, la administración abandona el cuidado de la salud al interés particular y la higiene es privada; mas cuando los principios de destrucción resisten a la eficacia de estos medios ordinarios de combatirlos, entonces interviene la autoridad para proteger la salud de los administrados, y la higiene es pública» (Manuel COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, t. I, Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1876, 4ª ed., págs. 313 y 314). En la misma idea comulgaba el análisis que sobre la sanidad efectuase, entre otros, Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1898, 5ª ed., págs. 327 a 345.*

² En el estudio de la evolución histórica de la sanidad pública en España, destacan los trabajos de Manuel Martín González, *Sanidad Pública: concepto y encuadramiento*, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1970, tres volúmenes; Luis Morell Ocaña, *La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria*, en RAP, núm. 63, 1970, págs. 131 a 168; Santiago Muñoz Machado, *La sanidad pública en España (Evolución histórica y situación actual)*, IEA, Madrid, 1975; y *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza, Madrid, 1995, págs. 15 a 83; Manuel Rebollo Puig, *Sanidad preventiva*

* Trabajo premiado con Accesit en el Primer Premio Derecho y Salud

Ley General de Sanidad (1855), la *Instrucción general de Sanidad pública* (1904) y la *Ley de Bases de Sanidad Nacional* (1944) —que fueron las normas de cabecera de nuestro bloque normativo sanitario desde mediados del siglo XIX hasta las postrimerías del pasado siglo— eran leyes centradas, fundamentalmente, en la protección de la salud de la colectividad, el advenimiento de la Constitución y, con ella, de la nueva *Ley General de Sanidad* de 1986 determinó un claro punto de inflexión. En la Ley General de Sanidad, como habrá ocasión de precisar, la preocupación por la salud colectiva no posee, desde luego, un carácter preferente. La preferencia es ocupada ahora por la estructuración de las bases del vigente Sistema Nacional de Salud.

Esta misma razón tal vez explique el que la doctrina científica haya desviado su principal interés en las últimas tres décadas a los aspectos relacionados con la sanidad en su dimensión asistencial, *id est*: de asistencia a los enfermos, de tutela de la salud del individuo en cuanto tal. Se echa en falta, sin embargo, una preocupación similar por la situación de las cuestiones vinculadas a la salubridad colectiva. De alguna forma, la primera razón de ser de este trabajo pretende llenar —siquiera sea en alguno de sus extremos porque el campo de la salud colectiva es, como se verá, prácticamente inabarcable— esta situación de vacío doctrinal, reclamando la atención hacia una parcela de la acción sanitaria que requiere también del auxilio que proporciona la doctrina en aras de su construcción más armoniosa.

Pero hay aún otra razón de peso que me ha impulsado a realizar este trabajo. Porque ese aletargamiento al que hacía referencia se ha visto interrumpido en nuestros días. Y no se trata ya de simples transformaciones puntuales de la función de protección de la salud colectiva fruto de nuevos avances en la Ciencia o de la aparición de nuevas demandas sociales, sino de algo más intenso. Se detectan en este sentido síntomas de un movimiento más penetrante que impulsa una profunda renovación de la misión estatal en esta parcela. Son muchos los factores que impulsan este movimiento pero descuellan, por su importancia, dos

causas que constituyen, a mi entender, sus desencadenantes principales.

Por un lado, está la acentuación y el perfeccionamiento de los saberes científicos en torno a la influencia que el medio externo juega en el estado de salud de la población. La profundización en el estudio de la interacción del ser humano con su entorno, no sólo físico, sino también social, cultural y económico, ha llevado a extraer importantes consecuencias acerca de la importancia que esos factores, externos a la persona, pueden desplegar en su salud. La alimentación, la contaminación atmosférica, las condiciones de trabajo, los hábitos de vida y así siguiendo, constituyen elementos que supeditan, y de manera muy notable, la salud de una población. De ello hay un conocimiento científico cada vez más preciso. Y, de igual forma, se viene produciendo un proceso de concienciación por parte de la sociedad que interioriza la importancia de tales factores en la evolución de su salud. De ahí a la demanda social de una mejora del entorno de vida como requisito imprescindible para una mejora en términos de salud hay sólo un paso.

Por otra parte, no hay que desconocer que la atención hacia los aludidos factores externos se ha revelado como una de las alternativas más solventes a fin de rebajar la presión que hoy día sufren los sistemas asistenciales de salud. La intensificación de todo tipo de medidas preventivas, basadas en técnicas profilácticas y educativas, resulta una opción que, a medio y largo plazo, permite descargar de muchos esfuerzos, incluidos los aspectos económicos, a la sanidad asistencial³.

Pero con ser esto importante, hay otro factor por igual determinante. Me refiero a la irrupción en los últimos años de una serie prolongada de alarmas sanitarias que han puesto en jaque todos los sistemas estatales e internacionales de vigilancia sanitaria, así como los mecanismos de prevención y lucha frente a los riesgos de salud de carácter global. Episodios como la crisis de las «vacas locas» (1996), la «neumonía asiática» (2002) o la «gripe

y salud pública en el marco de la actual Administración sanitaria española, en *REALA*, núm. 239, 1988, págs. 1403 a 1470; y Juan Pemán Gavín, *Derecho a la Salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, págs. 103 a 141.

Todos estos trabajos parten de una óptica preferentemente jurídica. Es importante notar, por ello, que hay otros enfoques de gran altura e interés en lo que concierne al estudio histórico de esta relevante función pública.

³ Es éste un aspecto que, al menos actualmente, puede servir para relanzar la vitalidad de las medidas de salud colectiva. Téngase en cuenta que el gasto médico o sanitario no sólo absorbe buena parte de los recursos públicos de los Estados, sino que experimenta un crecimiento progresivo y constante. Por esta razón, la financiación de los servicios sanitarios, especialmente cuando se parte de la premisa de su gratuidad, constituye un motivo de constante preocupación para los distintos Gobiernos. Cualquiera vía de escape que permita aliviar en algún modo esta situación será, por ello, bien recibida.

Para abundar en esta vertiente económica que aquí sólo se apunta, es preciso acudir a la rama, cada vez más influyente, de la llamada «Economía de la Salud» cultivada por los economistas de la salud.

del pollo» (2003) han mantenido en vilo a medio mundo y, entre otras muchas repercusiones, han puesto de manifiesto la necesidad de reforzar las estructuras de defensa sanitaria ante los problemas de salud colectiva. Lógicamente, esta situación también ha generado en la sociedad una honda preocupación por la seguridad en temas de salud colectiva.

La confluencia de estos dos factores, y de las demandas sociales que éstos portan consigo en pos de un entorno más saludable y de una seguridad sanitaria mayor, han impulsado la necesidad de meditar en profundidad el estado en que se encuentra la función estatal orientada a velar por la salud colectiva. Ello con vistas a intensificar la labor desplegada en este ámbito, a abrir nuevos campos de actuación, a fijar unos objetivos más ambiciosos, a jerarquizar con coherencia los problemas más graves y acuciantes; a repensar en definitiva la estrategia a seguir para mejorar la tutela de la salud de la colectividad. Un reto que, claro es, requiere en muchos casos de la renovación de las estructuras existentes en el plano normativo, muchas de ellas todavía ancladas en una visión trasnochada de esta función y que, por ende, sólo en parte pueden mantener su virtualidad en este nuevo escenario.

Esta necesidad de remozar sustancialmente la tarea de los poderes públicos en derredor de la salud colectiva constituye un fenómeno que afecta, desde luego, a nuestro país, pero que es común al resto de países miembros de la Unión Europea. Así, por ejemplo, en la vecina Francia, el azote de algunas crisis sanitarias como es el caso, en especial, de la «sangre contaminada» (*sang contaminé*) sirvió de acicate para la aprobación de un conjunto de leyes destinadas a reforzar la intervención pública en los temas de salud colectiva, sobre todo en su vertiente de vigilancia —la llamada «vigilancia sanitaria» (*veille sanitaire*)—. ⁴ Y no sólo eso. La propia Unión Europea no ha podido escapar al potente influjo que las exigencias de salubridad colectiva representan en nuestros días y que también reclaman una respuesta por parte de la Comunidad. Así, gracias a la reforma del TCE operada por el Tratado de Ámsterdam en

⁴ En particular, el cambio de rumbo acostumbra a situarse en la Ley núm. 98-535, de 1 de julio de 1998, de «refuerzo de la vigilancia sanitaria y del control sanitario de los productos destinados al hombre» (*renforcement de la veille sanitaire et du contrôle sanitaire des produits destinés à l'homme*), en cuya virtud se crearon una serie de Agencias —o sea, de Administraciones especializadas— destinadas específicamente a velar por la seguridad sanitaria en diferentes ámbitos.

1997, la política europea de salud pública se ha vigorizado sensiblemente y son cada vez más numerosas las normas comunitarias que se asoman a los problemas relativos a la salud colectiva (calidad de la sangre, sanidad animal, vigilancia epidemiológica, entre otros muchos).

Aquí radica, pues, la segunda razón que anima este trabajo: tratar de mejorar el conocimiento de la función de tutela de la salud colectiva para facilitar su adaptación a los cambios que, por fuerza, habrán de producirse.

Expuestas las motivaciones que dan razón de ser a este trabajo, el estudio que aquí se ofrece va a centrarse en el análisis de los medios que la Administración puede movilizar para hacer frente a los riesgos sanitarios de mayor gravedad, aquéllos que ponen en jaque la salud de la colectividad de una forma más intensa. Porque es precisamente en este contexto donde se descubre la potencia de los instrumentos que pueden poner en marcha la Administración, con medidas drásticas que no hacen acto de presencia en ningún otro sector del ordenamiento jurídico, no al menos con la intensidad y extensión con la que aparecen aquí. La pregunta de hasta dónde puede llegar la Administración en su misión de proteger la salud de la población esconde tras de sí uno de los debates jurídicos más apasionantes de nuestros días y, como se verá, descubre un escenario en el que es imprescindible la labor del jurista con vistas a establecer contrapesos a los poderes exorbitantes de la Administración, frenando la inmunidad del poder, batalla épica que encuentra aquí un episodio todavía no concluido.

I. Introducción: el carácter excepcional de las medidas ablatorias y la importancia de remarcar esta cualidad

De entre las múltiples técnicas que puede utilizar la Administración como expresión de su poder de intervención en la esfera de los particulares por motivos de salud de la población se encuentran las llamadas «técnicas ablatorias» o «ablativas». Por medio de éstas, no se pretende ya simplemente condicionar el ejercicio de una actividad a través de exigencias de información o de condicionamiento, sino que el grado de intervención administrativa sube aquí de tono para adquirir su expresión más enérgica: en lugar de condicionar, se trata ahora nada menos que de incidir de manera directa, y de forma ablativa o si se prefiere privativa (en el sentido que causa privación), sobre la esfera vital del particular, ya sea sobre su esfera patrimonial (sacrificando bienes integrados en su patrimonio, por ejemplo) o incluso, en el peor de los casos, sobre su esfera personal (recortando las libertades

mediante internamientos forzosos, tratamientos médicos obligatorios, entre otras medidas). Todo ello para poder combatir con eficacia la aparición de algún riesgo que amenaza gravemente la salud de la colectividad y que fuerza, en consecuencia, la adopción de medidas drásticas que, en algunos casos, pueden parecer hasta draconianas.

Las técnicas ablatorias constituyen, por tanto, la manifestación más penetrante de las potestades de policía sanitaria de que dispone la Administración; aquéllas en las que se expresa de forma más rotunda el carácter autoritario de la intervención pública. Y de ello se siguen, entre otras repercusiones, tres derivaciones básicas o centrales que desde ahora importa remarcar, aunque sobre ellas habrá ocasión de volver en más de una ocasión.

A. La primera atañe al *carácter excepcional* que, por definición, es propio de estas medidas y que se deja sentir en diferentes facetas. Para comenzar, suele reflejarse en el tenor de las distintas normas habilitantes. El art. 26.1 de la LGS, por ejemplo, exige a la hora de acordar alguna medida preventiva de las allí previstas la existencia de una situación de «riesgo inminente y extraordinario para la salud»; y lo propio hace el art. 1 de la LOMESP al precisar «razones sanitarias de urgencia o necesidad» como presupuesto determinante. Estos enunciados, y conviene mucho remarcarlo, no son meras expresiones vacías de contenido (*flatus vocis*), sino que tienen por fin destacar la presencia de un marco de actuación de naturaleza excepcional. Por esta razón, más que acertados me parecen los pronunciamientos judiciales en los que vienen a insistir en este punto al anular la actuación de la Administración por considerar que no se estaba en presencia de una situación de carácter excepcional⁵.

En esta misma línea, hay que decir que el recurso a estas medidas ablatorias debe realizarse moviéndose con tiento y cuidadoso equilibrio entre los parámetros del principio de *proporcionalidad* a fin de ajustar la correspondencia entre el objetivo que se persigue y la medida al

⁵ Véase, por ejemplo, la STSJ de Madrid núm. 523/1995, de 19 de septiembre (RJCA 1995, 958) en la que se anula la orden de clausura y precinto de una casa de huéspedes al entender que, a pesar de las deficiencias detectadas por los inspectores de la Administración, no existía la situación de «riesgo inminente y extraordinario para la salud» reclamada por el art. 26.1 de la LGS. Esta sentencia fue luego confirmada en casación por STS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 6784).

En la misma senda de controlar la efectiva presencia de una situación de riesgo inminente y extraordinario para la salud pública transita la STSJ de Madrid núm. 458/2004, de 31 de mayo (RJCA 2004, 605), relativa a la orden de paralizar la fabricación de una serie de cremas, «spray» y champús en los que se había detectado la presencia de clobetasol propionato.

efecto escogida. No hace falta decir que la protección de la salud colectiva es propicia a la adopción de medidas en exceso contundentes fruto de las presiones políticas y de los medios de comunicación social. La vigencia de este capital principio está perfectamente instalada en nuestro ordenamiento jurídico. Pero, por si acaso, el art. 28, c) de la LGS viene a recordar que «las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan»⁶.

Y no sólo eso. Cobra aquí mucho sentido la regla *in dubio pro libertatis*, merced a la cual, como es sabido, la Administración, ante diversas medidas por igual eficaces o idóneas para alcanzar el fin previsto, deberá inclinarse por aquella que suponga una restricción o injerencia menor en la esfera jurídica del ciudadano. Un postulado que también reclama la propia LGS, al señalar que «se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados» (art. 28, d).

Finalmente, apurando este carácter excepcional de las medidas ablatorias, es de interés destacar ya en estas primeras líneas la conveniencia, en ciertos casos, de ofrecer al particular, causante del riesgo o simplemente en contacto con el mismo, la posibilidad de actuar *motu proprio*, voluntariamente, en el sentido querido por la Administración —de facilitar su vacunación, de seguir el tratamiento médico necesario, de sacrificar sus animales, de retirar sus productos peligrosos, etcétera; de satisfacer, en suma, el contenido de la medida ablatoria sin necesidad de acudir a la imposición forzosa—. El instrumento de la advertencia, del aviso, de la intimación, del requerimiento puede resultar aquí, a pesar de lo que pueda pensarse, extraordinariamente útil. No en vano, algo de esto hay en el propio art. 28, a) de la LGS cuando apunta a la «preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias» como uno de los principios informadores de las medidas de intervención por razones sanitarias.

B. En íntima conexión con lo que acaba de decirse, importa notar que es usual que, supuestas las circunstancias extraordinarias concurrentes, las medidas ablatorias

⁶ Un recordatorio que se repite con frecuencia en la normativa sectorial. Por poner algún ejemplo, el art. 8.2 del Reglamento de seguridad general de los productos (2003) establece que «las medidas adoptadas, así como los medios para su ejecución y efectividad, deberán ser congruentes con los motivos que las originen, proporcionadas con los riesgos que afronten y, de entre las que reúnan esos requisitos, las menos restrictivas de la libre circulación de mercancías y prestación de servicios, de la libertad de empresa y demás derechos afectados».

se adopten de forma inmediata, en forma de medida provisional o cautelar; y, por tanto, sin un procedimiento administrativo terminado que les sirva de sostén⁷. Ello supone, entre otras cosas, que la autoridad actuante seguramente no contará con toda la información y con todos los datos completos relacionados con el asunto; bastará en este sentido con que disponga de la información precisa sobre el riesgo sanitario; y, aún menos, si opera al amparo del principio de precaución, en cuyo caso será suficiente con la presencia de una sospecha fundada, siquiera sea en algún extremo incierta.

Igualmente, el estadio provisional en el que de ordinario van a desplegarse estas medidas determinará muchas veces que las mismas se acuerden *inaudita altera pars*, sin dar audiencia al interesado que verá recortado su patrimonio jurídico. Algo que no debe provocar una desvirtuación del principio de contradicción y un desconocimiento de los derechos de defensa del afectado. De donde la conveniencia de practicar esta audiencia, de dar oportunidad al afectado de exponer su propio punto de vista tan pronto sea posible pues tal vez de resultas de esta audiencia la Administración llegue a una nueva apreciación de la situación, y levante o modifique las medidas adoptadas.

Por otra parte, no está de más significar que la provisionalidad debe entenderse como tal y, así, no será dable esconder bajo el manto de las medidas provisionales medidas con clara vocación de permanencia. Su naturaleza es diametralmente opuesta y exige más bien una duración breve y meramente transitoria, a la espera de una decisión definitiva que avance en uno u otro sentido.

C. Todas estas consideraciones sobre la gravedad de las medidas ablatorias y su frecuente aplicación con carácter provisional no hacen sino confirmar en último extremo un elemento clave. Me refiero a los *límites* y *garantías* dispuestos para embridar el vigor de estas medidas y sujetar su uso a una serie de contrapesos. Los límites y las garantías son aquí, más que nunca, decisivos para evitar atropellos injustificados o desproporcionados. No hay que olvidar que el campo de la salud colectiva ha sido históricamente, y continúa siéndolo, un terreno especialmente fecundo y proclive en cuanto a la aplicación de técnicas ablatorias se refiere, razón por la cual es obligado extremar el celo en la vigilancia de posibles excesos, cuando no de utilidades a cuenta de intereses ajenos a la protección sanitaria de la comunidad.

⁷ Quiero significar con ello que será corriente que las medidas administrativas ablatorias se adopten en los primeros compases del procedimiento (en su fase de iniciación), después del acuerdo de incoación. Eso sí es que no se adoptan incluso antes, a modo de medidas «provisionalísimas», tal y como hoy admite el art. 72.2 de la LRJAP.

El carácter excepcional y la dimensión garantista son, sin duda, dos aspectos a tener muy en cuenta a la hora de adentrarse en el campo de las medidas ablatorias, tanto más si éstas se aplican por razones sanitarias. El problema radica en que, a decir verdad, y como tendremos ocasión de comprobar, ni el uno ni el otro encuentran una respuesta del todo satisfactoria en nuestro ordenamiento jurídico.

Esto sentado, el estudio de las medidas ablatorias por razones de salud colectiva debe partir, lógicamente, de su identificación o catalogación: ¿cuáles son las medidas de contenido ablativo que la Administración Pública puede adoptar para salvaguardar la salud colectiva?

La respuesta completa a este interrogante no se encuentra en la LGS. No hay en nuestra ley sanitaria de cabecera una relación sistemática de estas medidas. En realidad, la LGS sólo contempla algunas —y con escaso grado de detalle, habría que añadir—. De manera que para reunir el conjunto de técnicas ablatorias que conviven en el marco de la salud colectiva no hay más remedio que acudir a un grupo disperso de normas: la Ley Orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, la Ley de Bases de Sanidad Nacional, la Ley de Derechos del Paciente, la Ley de Sanidad Animal, el Reglamento Orgánico de Sanidad Exterior, entre otras. Como se aprecia a simple vista, un grupo muy diseminado y, a la vez, muy heterogéneo, tanto por la significación de las normas como por su rango normativo y, también, por supuesto, por su encuadramiento histórico —ya que se trata de normas gestadas en épocas bien distintas—. Se dibuja así un escenario un tanto confuso y alambicado en el que, como podrá verse, no siempre resulta fácil definir y precisar el *modus procedendi* y el régimen de garantías de las distintas medidas.

A falta de una ordenación legal, el criterio que se ha seguido aquí para aglutinar con una cierta sistemática este conjunto de técnicas pasa por efectuar una división que, de entrada, tal vez parezca rudimentaria y poco sutil. En concreto, la división que se ofrece consiste en diferenciar las medidas ablatorias según proyecten sus efectos directos sobre la propia esfera *personal* del particular (epígrafe II) o, en cambio, sobre su esfera *patrimonial*; y, dentro de esta última, según afecten a *animales* (epígrafe III)⁸ o bien a otro tipo de *cosas* (epígrafe IV).

⁸ En lo que hace a la clasificación de las técnicas ablatorias no contamos, como, por lo demás, sucede en general con las técnicas de limitación, con una sistemática generalmente admitida. Imperan aquí, por esta razón, las construcciones particulares de cada autor.

Es claro que esta división no pretende fijar unos límites tajantes y dogmáticos entre estas tres esferas. Pero, dejando a un lado sus posibles carencias en cuanto a precisión dogmática hace, la referencia al objeto sobre el que recaen las medidas (la propia persona, un animal u otra cosa) cuenta a su favor con dos méritos importantes: de una parte, su carácter gráfico pues evoca con facilidad una primera representación de la medida. Así, la alusión al aislamiento *de una persona* o al aislamiento *de un animal*, en lugar de la referencia abstracta al aislamiento, ayuda a situarse rápidamente en el significado de la medida, facilitando así el desarrollo de una exposición más clara y entendedora —cualidades bien necesarias en un sector de tanta complejidad—. De otra, y esto es más importante, esta división introduce una escala de gradación en lo que hace a la inteligencia de los límites y garantías que habrán de rodear a las distintas medidas ablatorias. De esta suerte, aunque las haya que en abstracto puedan ser aplicadas tanto sobre personas como animales (como es el ya aludido aislamiento o los tratamientos sanitarios forzosos), es evidente que su inteligencia y su régimen de aplicación nunca podrá ser el mismo. Con esta partición se pretende, a la postre, llamar la atención de la existencia de una clara prelación de los bienes que van a verse recortados, que van a ser abatidos, como consecuencia de la imposición de medidas de corte ablatorio y de la necesidad de que esta jerarquía se deje sentir también en el entramado de garantías que rodean a su recta utilización.

Técnicamente, resta señalar, antes de avanzar en el estudio singular de cada uno de estos apartados, que las medidas ablatorias suelen concretarse revistiendo la forma de *orden*. La orden administrativa constituye en este sentido el acto por medio del cual se da concreción en un

Ello no obstante, de gran interés me ha parecido la ordenación propuesta por Massimo Severo Giannini, Istituzioni di diritto amministrativo, Giuffrè, Milán, 2000, 2ª ed., págs. 351 y sigs., en relación con los procedimientos administrativos ablatorios (a esta ordenación se refieren también Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, v. II, Civitas, Madrid, 2004, 9ª ed., pág. 106, cuya pista he seguido). Según propone el célebre autor italiano, los procedimientos de tipo ablatorio pueden subdividirse en tres grandes categorías en atención a su proyección sobre un derecho de la persona (procedimientos ablatorios personales), sobre un derecho real (procedimientos ablatorios reales) o bien por la creación de una obligación en su destinatario (procedimientos ablatorios obligatorios). Luego, el autor integra cada una de estas tres categorías con diferentes figuras.

Aunque esta división tiene muchos aspectos aprovechables en cuanto hace al estudio de las técnicas ablatorias, he estimado oportuno mantener la clasificación que se anuncia en el texto con el fin de clarificar mejor el concreto escenario que plantea la protección de la salud colectiva. De todas formas, si bien se mira, la clasificación en función de la incidencia de la medida sobre la propia persona, un animal u otras cosas bien podría encuadrarse sin dificultades en el esquema conceptual manejado por Giannini.

caso dado a la potestad ablatoria depositada en la Administración⁹.

II. Las medidas ablatorias que inciden sobre la propia persona

1. Consideraciones iniciales: los desajustes del marco normativo de las medidas ablatorias personales

Como no sucede, me atrevería a decir, en casi ningún otro ámbito o parcela de actuación administrativa, la Administración está apoderada para ordenar, por motivos de salud colectiva, una serie de medidas que entran de lleno en la esfera más esquivada a la intromisión de los poderes públicos. Me refiero al haz de libertades públicas y derechos personales reconocidos por la Constitución a los particulares. Cabe así, por ejemplo, la posibilidad de imponer la hospitalización y el aislamiento de un enfermo —o de una persona sospechosa de estarlo—, su reconocimiento médico, o la aplicación de un concreto tratamiento clínico, todo ello aun en contra de su voluntad.

La regulación de estas medidas ha de buscarse, en primera instancia, en la LOMESP. No en vano, la razón de ser de esta Ley trae causa, justamente, de la voluntad de reconducir a un texto normativo específico aquellas medidas sanitarias, impuestas en un escenario de riesgo colectivo, susceptibles de lesionar los derechos fundamentales de los particulares afectados. Un texto normativo dotado además de rango orgánico, en cumplimiento de la reserva estatuida por el art. 81.1 de la CE para con el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Fue, en efecto, esta consideración la que propició que, durante la tramitación parlamentaria de la LGS, se desgajasen algunos de sus preceptos para dar cuerpo a una ley orgánica autónoma. Planteamiento que dio como resultado la LOMESP que hoy conocemos¹⁰.

⁹ En torno al estudio de las órdenes, acúdase, aparte de a las obras ya referidas sobre la actividad de limitación en general, a algunos estudios monográficos como el de Luigi Galateria, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Giuffrè, Milán, 1950.

También en el ámbito de las órdenes se manejan diferentes clasificaciones. Entre ellas, hay que referirse a la que organiza las órdenes en función de su contenido: las órdenes negativas o prohibiciones, consistentes en un no hacer, de un lado; y las órdenes positivas, que imponen al sujeto un hacer, por otro. A estas dos categorías sería preciso añadir aquellas órdenes en las que el contenido, más que un no hacer, viene dado por la necesidad de soportar la injerencia de la Administración.

¹⁰ Aunque no pueda afirmarse que la LOMESP sea una ley desconocida, especialmente entre los juristas próximos al ámbito del Derecho Sanita-

Esto supuesto, la LOMESP inviste a la Administración con el poder para ordenar «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control» (art. 2) cuando se aprecien indicios racionales de la existencia de un peligro para la salud de la población. Además, cuando tal peligro venga dado por el brote de una enfermedad transmisible, la Administración podrá acordar las «medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato» (art. 3)¹¹. Se trata, en cualquier caso, de medidas especiales y, en consecuencia, propias de situaciones extraordinarias en razón de su gravedad¹².

Desde luego, no le faltaba razón al legislador al considerar que muchas de estas medidas de protección de la salud colectiva pueden lesionar las libertades y derechos fundamentales plasmados en la CE¹³. En concreto, y de manera señalada, es claro que la imposición de tratamientos médicos forzosos entra en liza con el derecho a la integridad física y moral que luce en el art. 15.1 de la CE; de igual forma que la hospitalización obligatoria menos-

rio, sí cabe notar que su estudio no ha sido motivo de una especial consideración en términos jurídicos. Su carácter excepcional y la particular gestación de la misma —que no facilita su encuadramiento y comprensión conceptual— han influido seguramente en ello. No obstante, es preciso hacer un merecido hueco a las aportaciones de Edorta COBREROS MENDAZONA: Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español), *IVAP*, Oñati, 1988, págs. 331 a 348; y Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos del sida), en *REDA*, núm. 57, 1988, págs. 59 y sigs. En estos trabajos se registran, a mi entender, las mejores reflexiones sobre la LOMESP.

11

Las medidas previstas en los arts. 2 y 3 se completan con la posibilidad de establecer condiciones especiales para la distribución de medicamentos o, en general, productos sanitarios que resulten afectados por excepcionales dificultades de abastecimiento (art. 4). En opinión —y creo que con razón— de Edorta COBREROS MENDAZONA (Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud..., cit., 1988, págs. 342-343), no acaba de verse la razón para que estas medidas, que no afectan a ningún derecho fundamental, deban lucir también rango orgánico.

12 A este carácter extraordinario trata de referirse a mi modo de ver el art. 1, que encabeza la LOMESP, al supeditar, con carácter general, la adopción de cualquier medida prevista en dicha Ley a la concurrencia de «razones sanitarias de urgencia o necesidad».

13 Conviene recordar aquí que, como ya se apuntó al inicio de este libro, la bibliografía que se ha ocupado del estudio de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución no ha prestado una atención particular a la salud pública como posible límite a su ejercicio. Sin ánimo de descubrir las razones de la falta de interés por este límite (tal vez influya en ello el hecho de no aparecer mencionado de forma expresa, la complejidad de la regulación sanitaria o la simple existencia de otros límites más importantes y llamativos), el caso es que en los estudios sobre los distintos derechos fundamentales raramente se analiza en profundidad la incidencia que sobre ellos puede tener la salud pública o colectiva, limitándose, a lo sumo, a dar algunas pinceladas generales.

caba la libertad personal garantizada en el art. 17 *ibídem*¹⁴; y lo mismo sucede con el aislamiento y las libertades de circulación y de residencia que contempla el art. 19 *ibídem*¹⁵. Sin descuidar la eventual incidencia de algunas medidas en el radio de protección de otros derechos, por igual fundamentales, como es el caso de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 *ibídem*) —para efectuar, por ejemplo, la desinfección de una vivienda— o de la protección de la intimidad (art. 18.1 *ibídem*, especialmente en su vertiente de derecho a la intimidad corporal) —a raíz, pongamos por caso, de un reconocimiento o examen médico que afecte a partes íntimas del cuerpo—. El rango orgánico de la LOMESP está por ello justificado. El problema viene dado, también aquí, por las deficiencias del régimen sustantivo que esta Ley contiene; un régimen que, a la vista de su parquedad e imprecisión, no puede por menos que ser duramente criticado.

Es, ciertamente, un régimen jurídico *parco* en contenidos. En la LOMESP no va a encontrarse ninguna regulación pormenorizada del contenido de las medidas ablativas que cabe imponer sobre las personas. A lo más, se fija si acaso el supuesto de hecho que condiciona la adopción de las mismas y aun esto se hace con una notable imprecisión. Pero, aparte de la descripción imprecisa del supuesto de hecho, poco más se señala en torno a las condiciones en que deben hacerse efectivas este tipo de medidas. Nada se dice sobre los requisitos de espacio —¿en qué lugar podrán practicarse?—, o de tiempo —¿cuál puede ser su duración?—. Es más, tampoco se contempla ningún régimen de garantías específico o la remisión a alguno ya preestablecido. De hecho, en el articulado de la LOMESP no se alude siquiera a la intervención judicial preceptiva para la intromisión pública en los derechos fundamentales de los particulares.

14 Es éste el derecho fundamental respecto del cual mayor atención se ha dedicado a su posible limitación por razones sanitarias. Pero casi siempre desde la perspectiva que se centra en el internamiento forzoso de enfermos mentales y sólo de manera muy residual en el internamiento por motivos de salud pública. En esta línea se mueven por lo general las monografías dedicadas al estudio de la libertad personal como es el caso, entre otras, de Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell, *El derecho a la libertad personal. Análisis de Constitución, legislación, tratados internacionales y jurisprudencia* (Tribunal Europeo y Tribunal Constitucional), Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993; y Joaquín García Morillo, *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Un mayor espacio dedica al internamiento de los enfermos contagiosos Julio Banacloche Palao, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 456 a 462.

15 Acerca de la limitación de las libertades de circulación y residencia por motivos de salud pública, pueden encontrarse algunas reflexiones en Pedro José González-Trevijano Sánchez, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 97 a 102.

Sobre ello, es también un régimen jurídico muy *impreciso*, salpicado de no pocos conceptos jurídicos indeterminados, principiando por la referencia a las «razones sanitarias de urgencia o necesidad» (art. 1) como pórtico general que enmarca el ámbito de operatividad de este tipo de medidas especiales. La Administración dispone así de un amplio margen de apreciación, de una notable discrecionalidad en el *ann*. Y no sólo eso. Goza igualmente de un ancho espacio de apreciación a la hora de dar contenido a las medidas movilizadas toda vez que ni el art. 2 ni el art. 3 de la LOMESP ofrecen a estos efectos una descripción perfilada: ¿o acaso no es ambiguo el coto de las «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control» o, de forma todavía más clara, de las «medidas oportunas para el control de los enfermos»¹⁶? Hay, también, pues, una importante discrecionalidad en el *quid*.

A fin de justificar esta parquedad e imprecisión que acaban de ser significadas, cabría invocar el escenario en el que, en línea de principio, están llamadas a aplicarse las medidas ablatorias personales. Así, es llano que no resulta nada fácil describir con precisión qué es una crisis sanitaria y, por añadidura, concretar los supuestos que en ella tienen cabida. Asimismo, parece claro que para afrontar una situación de crisis sanitaria con éxito es necesario, si de verdad se aspira a ofrecer una respuesta eficaz, apoderar a la Administración con la posibilidad de adoptar las medidas que en ese momento estime oportunas, sin especiales complicaciones y en un lapso de tiempo muy breve. Con todo, a pesar de que podría ser ésta la razón esgrimida para explicar las carencias advertidas en la regulación de la LOMESP, entiendo que sólo en parte puede justificarse. Porque la flexibilidad no está reñida con una mayor determinación y exactitud y porque a la vista de los derechos que pueden ser sacrificados es mucho más lo que se podría esperar y exigir, como veremos a continuación.

¹⁶ Sin olvidar que, además, el art. 3 de la LOMESP se cierra con una referencia abierta a las medidas «que se consideren necesarias».

No puedo dejar de reconocer que la parquedad y vaguedad con la que está confeccionada la LOMESP me provoca una cierta sensación de impotencia cuando de poner límites a su aplicación se trata. Resulta difícil tratar de trazar algún marco que pueda contener la fuerza expansiva de unos preceptos con unas fórmulas tan abiertas. En ocasiones, además, la invocación práctica que la Administración hace de la misma parece confirmar que cualquier medida, por variopinta que sea, tiene cabida y cobertura en su articulado. Basta con que se adopte en el contexto de una situación excepcional. Así, por ejemplo, la Orden SCO/1496/2003, de 4 de junio, por la que se completa las disposiciones en la Red nacional de vigilancia epidemiológica, en relación con la declaración obligatoria y urgente del Síndrome Respiratorio Agudo Severo, se amparó, entre otras, en la LOMESP para imponer a los médicos en ejercicio y centros sanitarios la notificación urgente de los casos diagnosticados de «neumonía atípica».

2. La adopción de medidas ablatorias sobre las personas y la salvaguarda de los derechos fundamentales del afectado

Algunas de las medidas pueden, como acaba de decirse, afectar a los derechos fundamentales de los interesados, enfermos o sospechosos, sobre los que recaigan las mismas. Ya nos consta que la salud colectiva puede en efecto convertirse en una causa legítima a la hora de limitar o sacrificar determinados derechos fundamentales. Ello no obstante, es evidente que tal limitación o, en su caso, sacrificio, del derecho debe estar rodeado siempre de una serie de garantías que el Tribunal Constitucional se ha cuidado de apuntalar convenientemente, en lo que forma ya una doctrina muy asentada y estable en derredor de los límites de los derechos fundamentales. Con carácter general —o sea, sin perjuicio de las obligadas particularidades que requiera la adaptación a cada caso concreto y a cada derecho fundamental en singular— la Administración habrá de reparar en una serie de aspectos que importa señalar, siquiera sea de forma breve.

a) *La existencia de un fin constitucionalmente legítimo.* El sacrificio o menoscabo del derecho fundamental debe venir amparado, antes que nada, por un fin constitucionalmente legítimo. Como se recordará, es claro que la protección de la salud colectiva proporciona un sostén suficiente a estos efectos. Pero es importante insistir aquí en que la intensidad que supone la lesión de un derecho fundamental exige una situación de correlativa gravedad en la amenaza para la salud pública invocada. No cualquier motivo de salud pública es aval suficiente para penetrar en el terreno de los derechos fundamentales. Si es éste el ámbito de protección más resistente a la intromisión pública de cuantos dispone el particular, es insoslayable que sólo cederá ante situaciones de extraordinaria gravedad.

b) *La existencia de una previsión legal habilitante.* Advertida la amenaza grave para la salud de la colectividad, la Administración, a la hora de combatirla, sólo podrá imponer aquellas medidas expresamente amparadas en una norma con rango de Ley. No basta en este ámbito cualquier previsión normativa para soportar el uso de medidas ablatorias sobre las personas. Es indispensable contar con una previsión legal. Otra cosa es el carácter más o menos abierto, más o menos determinado de la fórmula utilizada por el precepto habilitante en orden a las posibles medidas a adoptar. Tiene aquí para sí la Administración no pocos asideros que contienen cláusulas muy abiertas. Como la que recoge, sin ir más lejos, el art. 3 de

la LOMESP para hacer frente a la difusión de una enfermedad transmisible: «cualquier medida apropiada» reza el tenor de dicho precepto.

c) *El respeto al principio de proporcionalidad.* A la hora de seleccionar en cada caso la medida ablatoria de entre todas las disponibles y, luego, a la hora de ponerla en práctica, la Administración habrá de respetar las distintas exigencias que dimanar del principio de proporcionalidad. Son bien conocidos en este sentido los tres estadios en que se desdobra el juicio de proporcionalidad: la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto; su necesidad en razón de la ausencia de otras medidas menos severas que sirvan con igual eficacia a la consecución del propósito (o principio *favor libertatis* o *in dubio pro libertatis*) y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, el balance entre las ventajas que de ella se derivan para el interés general y los perjuicios producidos sobre otros bienes o valores en conflicto¹⁷.

d) *El límite último que impone la dignidad de la persona humana.* La adopción de cualquier medida en defensa de la salud colectiva tiene como límite infranqueable el imperativo de respeto a la dignidad humana que luce en el art. 10.1 de la CE. De suerte que la persona que deba soportar alguna de estas medidas limitativas de sus derechos fundamentales por razones de protección de la salud colectiva bajo ningún pretexto puede ver menoscabada su dignidad ni ser sometida a tratos inhumanos y degradantes. Con independencia del fin, de la importancia que quiera dársele, no todo vale. E importa mucho remarcar este límite —bien que parezca innecesario a estas alturas— porque, aun distantes en el tiempo, la Historia ha dejado constancia de algunas prácticas inhumanas utilizadas a la hora de tratar ciertas enfermedades. Pienso ahora en la lepra y en el asilamiento y destierro impuestos a quienes la padecían. Qué duda cabe de que tal medida tuvo seguramente en su momento un efecto muy favorable para la salvaguarda de la salud pública, pero al alto precio de cercenar cualquier rastro de dignidad humana.

Dejando a un lado estos supuestos extremos, entienden, eso sí, que la virtualidad de la dignidad humana tiene un cometido importante a la hora de perfilar la finalidad de las medidas ablatorias personales adoptadas en el cam-

17 En torno al principio de proporcionalidad, han visto la luz recientemente algunos trabajos de notable envergadura que abordan la significación de este capital principio con plena solvencia. Es el caso de Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; y de Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

po de la salud colectiva. Porque si con ellas se pretende, como es claro, proteger a la colectividad de la amenaza que para ella supone un individuo, ello no significa en modo alguno que la salud de tal individuo resulte irrelevante. De manera que, por más que sean las razones de salud colectiva las que den contenido teleológico a las distintas medidas, su finalidad nunca podrá pasar por alto las necesidades del estado de salud de la persona que va a verse afectada por las mismas. Desde este prisma, cobra sentido a mi entender la limitación que figura en el art. 28, b) de la LGS en el sentido de que «no se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida»¹⁸.

e) *La intervención judicial protectora o tuitiva.* Es de señalar, por último, que la utilización de medidas ablatorias capaces de lesionar los derechos fundamentales escapa en ciertos casos al solo ámbito gubernativo en razón de que la Administración, por sí sola, no puede imponerlas; necesita el concurso de los órganos jurisdiccionales que van a actuar como garantes de la corrección y recta utilización de la medida. Aunque no es ésta una garantía propia y exclusiva de las medidas adoptadas por razones de salud colectiva, la importancia que adquiere en este ámbito, unida a su singularidad y a las no pocas dudas que al respecto subsisten, hacen conveniente dedicar un apartado específico al estudio pausado de esta cuestión.

3. La intervención judicial como garantía en la adopción de las medidas ablatorias personales

A. El sentido y alcance de la intervención judicial

Para la salvaguarda de ciertos derechos fundamentales, la intervención judicial se erige, como se sabe, en una de las garantías esenciales. Así sucede, por cuanto aquí más importa, con los derechos a la libertad personal y a la integridad física¹⁹. En ambos supuestos, la negativa de la

18 Una limitación que, si bien está contenida en la LGS, cabe extender sin dificultades a lo dispuesto en la LOMESP. Ante todo, por el carácter general con que se formula y por su derecha conexión con el texto constitucional (ex arts. 10.1 y 15 de la CE). Pero además téngase presente que las medidas previstas en la LOMESP formaron parte en el primer momento de su gestación parlamentaria del mismo Capítulo en el que figura hoy el art. 28 de la LGS. Por lo que no es raro pensar que la intención del legislador fuese la de predicar tales límites de todas las medidas de intervención por razones sanitarias, tanto ordinarias como especiales. En la misma senda transitan las consideraciones de Edorta COBREROS MENDAZONA (Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud..., cit., pág. 345), partidario de aplicar los principios recogidos en el art. 28 de la LGS a las medidas adoptadas bajo el manto de la LOMESP.

19 También en el supuesto relativo a la entrada en el domicilio del interesado, así como en los restantes edificios o lugares cuyo acceso

persona a ver menoscabado cualquiera de estos derechos por efecto de una actuación administrativa, así sea por razones de salud colectiva, precisará de la autorización judicial previa —o, en su caso, de la ratificación posterior— como requisito ineludible para vencer esa resistencia y, al propio tiempo, para preservar la necesidad y «razonabilidad» del sacrificio. Es éste uno de los aspectos centrales de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional en esta materia. Como es noto, nuestro garante constitucional ha impuesto, en ausencia incluso de una indicación expresa en el texto de la CE, una «reserva judicial» cuando se trata de restringir o recortar ciertos derechos fundamentales, entre ellos, la libertad y la integridad física y moral. De suerte que, en tales casos y a salvo de algunas matizaciones, la intervención judicial pasa por ser un elemento básico condicionante de la legitimidad constitucional de la actuación del poder público.

Esta misma jurisprudencia enseña igualmente que no cualquier intervención judicial sirve a estos efectos. La decisión del órgano jurisdiccional debe corresponderse con la entidad y con la gravedad de la situación dilucidada en razón de que se trata nada menos que de limitar un derecho fundamental sin el consentimiento o aun en contra de la voluntad de su titular. Acorde con esta idea, el Tribunal Constitucional ha significado que la resolución judicial debe albergar un plus de motivación, es decir, que debe estar «especialmente motivada». Y ello no tanto por el imperativo natural que dimana del derecho a la tutela judicial efectiva, sino sobre todo por la necesidad de exteriorizar el razonamiento y los criterios utilizados en el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido.

La primera función que desempeña el órgano judicial en su cometido tuitivo del derecho fundamental se contrae pues a despejar y dejar constancia del resultado de ese conflicto a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso. Pero, además, no sólo es garante de que la colisión entre el interés constitucionalmente relevante y el

requiera el consentimiento del titular, cuando la entrada sea necesaria para la ejecución forzosa de una orden administrativa previa. En tales casos se precisa de la autorización judicial para vencer la resistencia del particular. Una autorización que compete otorgar, mediante auto, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (arts. 91.2 de la LOPJ y 8.6.1 de la LJCA). De todas formas, no parece que sea éste un supuesto central en el campo de la salud colectiva. Aunque tampoco cabe descartar por completo la eventualidad de que ciertas medidas sanitarias requieran la entrada domiciliaria (como en el ejemplo antes señalado de la desinfección de una vivienda).

derecho fundamental interpuesto se resuelva según los patrones confeccionados por el Tribunal Constitucional, especialmente en cuanto al principio de proporcionalidad se refiere, sino que desempeña una segunda tarea de enorme relevancia: debe controlar que la intromisión administrativa va a llevarse a la práctica correctamente, esto es, debe velar por que la ejecución posterior de la autorización dada se acomode a las directrices y a los demás condicionantes fijados en el propio auto o decisión judicial autorizatoria, evitando que al amparo del título judicial se cometan abusos o excesos que luego serían difíciles de reparar. Así pues, lejos de ser una intervención puntual —y ajena a lo que ocurra después—, el órgano judicial permanecerá atento a la ejecución posterior que de la autorización haga la Administración.

Esto supuesto, sucede, sin embargo, que la obligación de intervención judicial —cuya significación es, como se ha visto, de primera línea— no aparece contemplada en muchas de las normas que prescriben medidas sanitarias con clara repercusión en los derechos fundamentales de la persona como es el caso de los internamientos forzosos o de los tratamientos médicos obligatorios. No figura desde luego —aunque aquí tiene una explicación elemental— en la normativa preconstitucional atinente a la lucha contra las enfermedades infecciosas y a la sanidad exterior²⁰. Pero tampoco aparece —y aquí la ausencia se torna en descuido grave, cuando no en manifiesta inconstitucionalidad— en la LOMESP. Se contemplan en esta Ley, que tiene naturaleza orgánica precisamente para cumplir la exigencia del art. 81.1 de la CE, medidas que menoscaban la libertad y la integridad, pero en ningún momento se alude a la necesaria intervención judicial. Sea cual fuere la causa, la omisión resulta a todas luces criticable²¹.

²⁰ Como veremos más adelante, tanto el Reglamento para lucha contra las enfermedades infecciosas como el Reglamento Orgánico de Sanidad Exterior recogen también medidas ablatorias personales restrictivas de derechos fundamentales.

²¹ Comparto, en este sentido, las críticas que ya hiciera en este punto Edorta COBREROS MENDAZONA, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud..., *cit.*, págs. 363 a 367, et passim. Como relata este autor, ya durante la tramitación parlamentaria de la LOMESP, diversos grupos parlamentarios llamaron la atención en torno a la necesidad de incorporar en el articulado de esta Ley, de forma expresa, alguna alusión a las garantías judiciales. Al parecer, la razón esgrimida para no atender estas enmiendas fue la de considerar que el sistema de garantías se encontraba ya fijado en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (*idem*, págs. 331 a 333). Posición errónea en tanto supone confundir el estado de alarma con el supuesto de hecho que está en la base de la LOMESP.

Hay que decir, no obstante, que esta situación ha tratado de subsanarse por parte del legislador mediante dos normas que pretenden dejar bien sentado, como no puede ser de otro modo, que, aunque la LOMESP nada diga al respecto, la intervención de los órganos jurisdiccionales constituye una garantía inembargable. Se trata, en concreto, de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (2000) y de la *Ley de Derechos del Paciente* (2003).

En efecto, la aprobación de la LEC en el año 2000 fue utilizada por el legislador para incorporar, entre sus numerosas Disposiciones finales, una pequeña modificación de la LJCA consistente precisamente en atribuir una nueva competencia a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo: la de autorizar o ratificar las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias en defensa de la salud pública en el caso de que tales medidas supusiesen una restricción o limitación de la libertad o de cualquier otro derecho fundamental²². Aunque es ésta una norma de corte procesal, la conclusión que de ella se sigue en términos sustantivos es clara en el sentido de condicionar la adopción de estas medidas a la intervención judicial.

Tres años más tarde, la LDP ha venido a insistir de nuevo en esta dirección. El art. 9.2, a) de esta Ley contempla la posibilidad de llevar a cabo intervenciones clínicas sin la necesidad de contar con el preceptivo consentimiento del paciente cuando existan riesgos para la salud pública. Pero eso sí, para ello, como el mismo precepto se cuida de apostillar, será necesario siempre dar cuenta a la autoridad judicial al objeto de obtener su aprobación²³.

Como se ve, la entrada en escena de la LEC y de la LDP ha servido de alguna forma, aun cuando no sea éste tal vez el camino más ortodoxo, para parchear la omisión que sobre este punto guarda la LOMESP. Al menos por cuanto hace a la necesidad de la intervención judicial. Sin

22

Esta modificación aparece prevista en la Disposición final 14ª de la LEC en cuya virtud se incluye un segundo párrafo en el apartado 5 del art. 8 de la LJCA con la siguiente redacción:

«Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».

23 El art. 9.2, a) de la LDP se expresa en los siguientes términos:

«Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986 [LOMESP], se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas».

embargo, sentado este postulado básico, se plantea luego el problema de la forma en que habrá de producirse tal intervención tuitiva. Una vez más, como vamos a ver, salen al paso también aquí las limitaciones de nuestra normativa en el terreno de la salud colectiva.

B. La competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para autorizar o ratificar las medidas ablatorias personales susceptibles de lesionar algún derecho fundamental

El art. 8.6 de la LJCA, en su párrafo segundo, inviste, como se ha dicho, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de la competencia para autorizar o ratificar las medidas que las autoridades sanitarias adopten sobre los derechos fundamentales de los interesados en aras de proteger la salud colectiva en un escenario de urgencia. En línea de principio, la comprensión del supuesto de hecho que marca la activación de esta intervención judicial es claro: a) debe tratarse de una medida cuya finalidad sea la salvaguarda de la salud colectiva; b) la medida ha debido adoptarse en un escenario de urgencia y necesidad y, por último, c) la medida debe afectar a la libertad (como es el supuesto del internamiento) o bien a cualquier otro derecho fundamental. No se trata, por tanto, de velar por la aplicación de cualquier medida sanitaria vinculada a la protección de la salud colectiva impuesta sin el consentimiento del afectado, sino, únicamente, de aquéllas que puedan lesionar alguno de sus derechos fundamentales²⁴.

Aunque el supuesto de hecho parece estar, de entrada, bien perfilado, lo cierto es que el precepto no está exento de problemas en su aplicación. Por de pronto, no hay que ocultar las dudas sobre la conveniencia de la

24

Así lo ha precisado con acierto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia núm. 1328, de 5 de diciembre de 2001 (RJCA 2002, 392). En concreto, se ventilaba en este supuesto la legalidad de la autorización judicial concedida por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid para llevar a cabo la necropsia de un paciente que presentaba síntomas propios de la enfermedad Creutzfeldt-Jacob, asociada a la encefalopatía espongiforme bovina. Con la necropsia se pretendía que, una vez fallecido el enfermo, pudiese confirmarse el diagnóstico de esta enfermedad. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo accedió a conceder la autorización exigida por la Administración sanitaria de Madrid por la vía del art. 8.6.2 de la LJCA desde el preciso instante en que se trataba de una medida justificada por razones de salud pública (repárese en que la decisión se adopta, además, en pleno apogeo de la crisis de las «vacas locas»). Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad rechazó este planteamiento al entender, con buen criterio, que si bien concurrían razones de salud pública no estaba en juego en este supuesto ningún derecho fundamental habida cuenta de que la necropsia habría de practicarse, en su caso, sobre la persona ya fallecida. Bastaba, en resolución, la orden sanitaria, sin necesidad de ningún tipo de autorización o ratificación judiciales.

atribución de esta competencia —que de suyo puede precisar una respuesta judicial en cualquier momento y, además, de forma rápida— a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que carecen de funciones de guardia²⁵. Pero, sin entrar en estos extremos —más vinculados a la organización interna, a la parte orgánica de la planta judicial—, interesa notar, eso sí, la falta de indicación de cuál es el procedimiento que habrá de seguirse para hacer efectiva esta competencia. Del art. 8.6.2 de la LJCA únicamente se desprende la existencia de dos modalidades de pronunciamiento judicial: la autorización previa o bien la ratificación posterior de la medida²⁶. Nada más se señala. De suerte que no se esclarece cuál es la tramitación a seguir para conceder esa autorización o, en su caso, para efectuar esa ratificación²⁷.

Ante semejante vacío, la solución adoptada por algunos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo ha pasado por la aplicación, vía analógica, del *proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico* previsto en el art. 763 de la LEC²⁸. Solución que, por

25 Con arreglo al art. 40.4 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, del Consejo General del Poder Judicial, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, es el Juez que desempeñe el servicio de guardia quien deviene competente para adoptar las medidas previstas en el art. 8.5.2 de la LJCA —hoy, art. 8.6.2, tras la reforma de la LJCA operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre— cuando éstas sean inaplazables y se susciten fuera de las horas de audiencia.

26 Por cierto que esta distinción entre autorización y ratificación parece ser importada de la regulación del internamiento de enfermos mentales contenida en el art. 763 de la LEC. Dicho precepto —transcrito a continuación— prevé en este sentido que el internamiento forzoso, como regla general, estará sujeto a la concesión previa de la autorización judicial; con la única excepción de aquellos supuestos en que razones de urgencia hagan necesario el internamiento inmediato de la persona, en cuyo caso será menester obtener después la ratificación del Juez en el plazo de veinticuatro horas.

La virtualidad de esta distinción en el caso de las medidas sanitarias a que se refiere el art. 8.6.2 de la LJCA puede, sin embargo, ser menos precisa por cuanto que el criterio de la urgencia es en realidad casi consustancial a las medidas ablativas personales que, por lo común, se adoptarán sólo en casos de extraordinaria gravedad y requeridos de una respuesta sanitaria urgente.

27 De las carencias procesales de este precepto daba cuenta, de manera temprana, José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, *El control jurisdiccional de las medidas urgentes y necesarias para la salud pública*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 478, marzo de 2001, págs. 1 a 3.

28 Aunque el tenor del precepto es largo, vale la pena reproducir en su integridad lo dispuesto en el art. 763 de la LEC (Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico):

«1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere

cierto, ha recibido ya el refrendo, no sin antes reparar en las dificultades que este ejercicio de analogía plantea, de algún Tribunal Superior de Justicia, concretamente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Bueno será, por ello, hacer un inciso para entretenerse en explicar, siquiera sea en apretada síntesis, los rasgos básicos del proceso previsto en el art. 763 de la LEC y, de esta forma, enmarcar mejor su posible aplicación analógica como solución en los supuestos del art. 8.6.2 de la LJCA²⁹.

El proceso para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico prevenido en el art. 763 de la LEC fue introducido por el legislador con el afán de supe-

producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. *El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.*

3. *Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.*

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. *En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.*

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

29 Esta aplicación analógica ha sido sugerida también en el seno de la doctrina científica. Así, entre otros, Estefanía Jerónimo Sánchez-Beato y María Ángeles Martín Vida, *Los derechos fundamentales en las relaciones sanitarias*, Grupo Editorial Universitario, 2002, pág. 165.

rar algunas deficiencias detectadas en la anterior regulación —recogida en el art. 211 del Código Civil³⁰—, incorporando, además, las garantías exigidas por el Tribunal Constitucional en su célebre STC 129/1999, de 1 de julio³¹.

30 Este precepto fue introducido en la reforma del Código Civil operada en 1983 (Ley 13/1983, de 24 de octubre) que vino a sustituir a la regulación contenida en el viejo Decreto de 3 de julio de 1931, duramente criticado por la doctrina científica patria (acostumbra a referirse en este sentido las críticas de Federico de Castro, *Derecho Civil de España*, t. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, págs. 283 a 287 —he manejado la reproducción facsimilar publicada por la editorial Civitas en 1984—, recogidas también por José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. I, v. II, Reus, Madrid, 1978, 12ª ed., págs. 236 y 237).

Más tarde, en 1996, el art. 211 del Código Civil fue objeto de algunas modificaciones en virtud de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

31 Que, a su vez, hace suyas las principales orientaciones de la jurisprudencia sentada por el TEDH en la materia. Téngase presente que el Tribunal de Estrasburgo ha elaborado un cuerpo de jurisprudencia muy sólido en torno a las garantías que deben respetarse en los internamientos de enfermos mentales (véanse en especial las sentencias de 24 de octubre de 1979, caso *Winterwerp*; 5 de noviembre de 1981, caso *X* contra Reino Unido; y 23 de febrero de 1984, caso *Luberti*). Para una primera aproximación a esta jurisprudencia puede acudirse a Carlos María Romeo Casabona, *El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho español*, en «Actualidad Penal», núm. 26, 1991, págs. 329 a 343.

El Tribunal Constitucional, como decimos, incorporó las enseñanzas básicas del TEDH a su STC 129/1999, de 1 de julio, en la que se resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 211.2 del Código Civil. Un comentario detenido de esta sentencia puede verse en Juan José Marín López, *Los locos y su libertad: el artículo 211 del Código Civil* (Comentario a la STC 129/1999, de 1 de julio), en «Derecho Privado y Constitución», núm. 13, 1999, págs. 183 a 233.

Por otra parte, hay que notar que la bibliografía existente en torno al internamiento forzoso de enfermos mentales es copiosa. Sin ánimo exhaustivo, recojo a continuación, simplemente, aquellas obras que estimo de mayor interés para el estudio de la materia que aquí nos ocupa: de entrada, uno de los autores más destacados en este ámbito es Rodrigo Bercovitz. Suyo es el libro *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976, al que han seguido otros trabajos más recientes sobre el tema. De interés es también la monografía de Martín García-Ripoll Montijano, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992. Así como la consulta a los trabajos que desde una perspectiva jurídica abordan el problema del internamiento de enfermos mentales en la obra colectiva *Psiquiatría Legal y Forense*, dir. por Santiago Delgado Bueno, Colex, Madrid, 1994.

Últimamente, pueden destacarse, entre una copiosa bibliografía, Lucía García García, *Marco jurídico de la enfermedad mental: incapacitación e internamiento*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000; Manuel Aznar López, *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Comares, Granada, 2000; Ignacio Sancho Gargallo, *Incapacitación y tutela* (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, en especial págs. 137 a 158; Marta Chimeno Cano, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 197 a 266; y, en fin, María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Desde la experiencia más cercana que proporciona el ejercicio de la labor judicial, son también de utilidad las consideraciones de María Rosa Aragonés Aragonés, «El internamiento psiquiátrico», en *Las*

La finalidad última de este proceso especial radica en el examen judicial de la conveniencia de internar a una persona aquejada de algún trastorno psíquico y carente de la aptitud necesaria para emitir un consentimiento de forma válida. La persona que pretende ser internada no sólo está enferma, sino que, además, carece de una conciencia real de su situación y, por derivación, de la capacidad de discernimiento necesario para entender el significado, el alcance y las consecuencias de la medida de internamiento³². De esta guisa, el papel que desempeña el órgano judicial en estos casos pasa, fundamentalmente, por proteger la libertad de la persona y, de alguna forma, por suplir su falta de capacidad para consentir, adoptando la decisión que resulte más beneficiosa para su salud y bienestar.

Siempre desde este prisma, la tramitación procesal —y es éste el rasgo sin duda más destacado— se rodea de una serie de garantías que pretenden, de una parte, la reunión de todos los elementos de juicio necesarios para resolver con un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra el enfermo. De ahí la obligación de practicar una exploración judicial al enfermo, de recabar el dictamen médico de un facultativo y, en último extremo, de realizar cualquier prueba que el Juez, *motu proprio*, considere relevante. Y, de otra, el adecuado respeto al derecho de defensa de la persona. De donde la necesidad de dar en todo caso audiencia al interesado —que podrá, además, disponer de una representación y defensa técnicas—, así como a aquellas personas que sean solicitadas por el afectado (familiares, amigos, médicos de confianza, etc.). Este cuadro de garantías se completa, en fin, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal³³.

circunstancias modificativas de la capacidad jurídica: los límites de la culpabilidad. *Enfermedad mental y capacidad*, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2000, págs. 67 a 80.

32 El art. 763 de la LEC se refiere, literalmente, al enfermo «que no está en condiciones de decidirlo por sí». Un requisito que los autores que han examinado el precepto coinciden en deslindar con claridad de la situación de incapacidad judicialmente declarada. En otras palabras, la autorización judicial precisada para el internamiento de un enfermo mental no está condicionada a su previa declaración de incapacidad ni tampoco se entiende implícita en ella.

33 Para un estudio detenido de este proceso judicial de internamiento, cabe acudir, en primera instancia, a los numerosos comentarios de la LEC. Entre tantos, pueden verse las obras colectivas *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Atelier, Barcelona, 2000, págs. 3463 a 3476 (comentario de Ignacio Sancho Gargallo); *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. IV, Lex Nova, Valladolid, 2000, 2ª ed., págs. 3977 a 4043 (comentario de Eusebio Aparicio Auñón); y *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. II, Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 774 a 778 (comentario a cargo de Javier García y García-Sotuca).

Además de estos comentarios, los estudios que abordan los procesos de incapacitación también se detienen con una cierta extensión en el proceso de internamiento de los enfermos mentales. En este sentido, puede acudirse a Ignacio Sancho Gargallo, *Incapacitación y tutela...* cit.,

Acordada la medida de internamiento, el Juez mantendrá su posición de garante de la libertad de la persona y, en este sentido, deberá ser informado periódicamente, al menos cada seis meses, sobre la evolución de su estado de salud y sobre la conveniencia de mantener la medida³⁴.

Hecha esta breve presentación del art. 763 de la LEC, sucede que su aplicación se ha postulado por algunos juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo como remedio al silencio que guarda la LJCA sobre el procedimiento a seguir en caso de autorización o ratificación judiciales de medidas de sanidad colectiva. En particular, hay que referirse aquí a la STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001, relativa a la autorización judicial concedida por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid para efectuar una hospitalización terapéutica obligatoria de un enfermo aquejado de tuberculosis pulmonar³⁵. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia efectúa un análisis detenido de la situación en que se encuentra la normativa sobre esta materia y avala la necesidad de acudir a la regulación del art. 763 de la LEC a fin de superar el vacío legal en torno al procedimiento a aplicar en estos casos. Un planteamiento que está animado, sobre todo, por la marcada dimensión garantista que ofrece el mentado proceso civil. Fruto de esta aplicación analógica se derivan una serie de reglas que habrán de

págs. 137 a 158; e Isabel Huertas Martín, *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (Aspectos procesales y sustantivos)*, Comares, Granada, 2002, págs. 169 a 220.

Hay también, por último, algunas obras específicas. En particular, acúdase a María José Santos Morón, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. En esta última obra, la autora realiza un estudio minucioso del precepto, incorporando elementos muy valiosos de otros ordenamientos foráneos que sirven de referente, llegando a la conclusión de que, a pesar de los aciertos y de la mejora general en lo que a garantías se refiere, sigue sin quedar del todo claro el alcance del supuesto de hecho del internamiento, comenzando por qué debe entenderse por trastorno psíquico a efectos del internamiento o, lo que es lo mismo, a qué sujetos podrá ser aplicado (enfermos mentales, deficientes psíquicos, toxicómanos, etc.).

34 Téngase presente que no es admisible una decisión de internamiento, por así decirlo, «permanente» o «inamovible»; antes bien, su carácter será siempre transitorio pues habrá que comprobar periódicamente si persisten o no los motivos que originariamente justificaron la medida.

35

La relevancia que se da a esta sentencia (STSJ de Madrid núm. 48/2001, de 13 de noviembre, RJCA 2002, 479) viene justificada por dos elementos: el primero por la circunstancia de que es éste uno de los pocos pronunciamientos provenientes de los Tribunales Superiores de Justicia —el único, según los datos que he podido manejar— que se ha ocupado del estudio de este problema; el segundo porque el análisis que en este pronunciamiento se lleva a cabo no pasa de pie puntillas sobre la cuestión, sino que la aborda de manera central. En cualquier caso, quede claro que no ésta una sentencia representativa del parecer de un grueso jurisprudencial —que no lo hay— y sí más bien una orientación destacada en un terreno donde los pronunciamientos escasean.

observarse a la hora de dar curso al art. 8.6.2 de la LJCA, a saber: a) deberá garantizarse el derecho de defensa del interesado. A tal objeto, se le concederá trámite de audiencia, informándole de la existencia del proceso, de las razones que lo motivan y de su finalidad, e invitándole a ser parte del mismo, asistido, si así lo estima oportuno, de abogado y procurador³⁶; b) será necesario dar parte al Ministerio Fiscal para que pueda intervenir en el curso del proceso; c) en la resolución judicial que se dicte, se indicará la duración de la medida, fijando un plazo temporal máximo cuya superación exigirá una nueva autorización judicial; d) el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo llevará a cabo un control de la ejecución de la medida sanitaria, realizando un seguimiento de las circunstancias del lugar en el que se lleve a cabo la misma, de la evolución del enfermo y de cualquier otra incidencia que afecte al internamiento.

A mi modo de ver, la solución alcanzada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid es acertada. Pero sólo en tanto no medie una intervención legislativa que ponga remedio de una vez por todas a este vacío injustificable.

Es acertada porque la analogía con el art. 763 de la LEC hace posible la aplicación de una serie de garantías del todo punto necesarias cuando de lo que se trata es de proteger la libertad —o la integridad física— de una persona que, en contra de su voluntad, va a verse privada de ella para preservar la salud de la población. De entre las opciones posibles, ésta es, por así decirlo, la que ofrece mayores garantías. Sin embargo, supuesto esto, debe quedar claro que esta solución sólo es aceptable si se contempla como una salida transitoria a un problema que requiere, ineludiblemente, una respuesta por parte del legislador. Y digo ineludiblemente porque, como trataré de señalar a continuación, la analogía entre los supuestos a que atañen el art. 8.6.2 de la LJCA y el art. 763 de la LEC es, en rigor, cuando menos, discutible.

En efecto, a mi juicio, el internamiento de un enfermo mental y el internamiento de una persona por razones de salud colectiva constituyen dos supuestos bien distintos. Es verdad que en ambos casos se da un internamiento y que dicha medida se justifica en razones sanitarias en sentido lato. Pero esta apariencia es sólo superficial pues

36

Esta audiencia, señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, deberá realizarse en todo caso, aun cuando las circunstancias no permitan o aconsejen el desplazamiento del enfermo a la sede del Juzgado. Para tales supuestos, cabrá la posibilidad de practicar la audiencia en el mismo centro sanitario o, incluso, por teléfono.

hay en el fondo diferencias insalvables, de entre las que destacan principalmente dos: la situación en que se encuentra el enfermo y la finalidad que se persigue con el internamiento

La primera diferencia tiene que ver con la posición de la persona afectada. Así, mientras en el caso previsto en el art. 763 de la LEC se trata de un enfermo mental, en los supuestos a los que atañe el art. 8.6.2 de la LJCA no necesariamente deberá estar en presencia de un enfermo ya que es perfectamente posible que la medida se imponga a una persona sospechosa de estarlo. En este mismo orden de cosas, es de notar que en el proceso civil de internamiento el enfermo carece de la capacidad para consentir dicha medida y justamente por esto es el Juez quien debe suplir la falta de consentimiento. Una circunstancia radicalmente distinta a la que puede darse en el campo de la salud colectiva, donde la persona a la que se imponga la medida restrictiva de sus derechos fundamentales puede tener sin falta la capacidad necesaria para consentir o no dicha medida. De hecho, como se verá más adelante, la persona puede incluso negarse expresamente a que le sea aplicada la medida de internamiento. Algo que en ningún caso puede producirse en la órbita civil pues es pacífico que, si el enfermo mental posee capacidad de discernimiento suficiente, el internamiento nunca podrá adoptarse en contra de su voluntad.

Sucede, además, que la finalidad que se persigue con la medida de internamiento es muy distinta en ambos casos. En el internamiento de enfermos mentales, el objetivo no es otro que adoptar la decisión que mejor convenga a la salud e intereses del enfermo y, sólo de manera indirecta, se tendrán en cuenta razones de interés público relacionadas con la seguridad de terceros³⁷. En otras palabras, el internamiento no se adopta porque el sujeto en cuestión suponga un peligro para la colectividad, sino porque su trastorno mental aconseja dicho internamiento en beneficio del propio interesado. Un esquema que es, justamente, inverso al que nos ocupa. Porque en el campo de la salud colectiva, el internamiento tiene por objeto principal proteger a la colectividad y, sólo de manera

³⁷ Es ésta una conclusión que no se colige de la sola lectura del art. 763 de la LEC. Sin embargo, la doctrina científica que se ha ocupado del tema coincide por lo general en entender que la medida de internamiento debe tener el norte fijado en el beneficio del propio interesado. Interpretación con la que coincide. Por todos, véase María José Santos Morón, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, en especial págs. 53 a 56. Como concluye esta autora, «dicha medida [se refiere al internamiento] sólo es legítima si, al margen de que pueda redundar en interés de terceros, beneficia a la persona afectada. La privación de libertad que comporta sólo encuentra justificación en el propio bienestar de la persona cuya libertad se limita».

refleja, proteger la salud del propio afectado³⁸. Como se ve, en el primer caso, prima la vertiente individual sobre la colectiva; en el segundo, en cambio, se superpone la faceta colectiva sobre la individual.

Ambas diferencias ilustran bien las diferencias de bulto que existen entre las medidas acordadas por razones de salud mental y las medidas impuestas por motivos de salud colectiva. Queda claro por ello que no conviene adoptar una postura conformista en el sentido de considerar que la aplicación analógica del art. 763 de la LEC permite solventar a la perfección el vacío existente en la LJCA. Al hacerlo así, se pasaría por alto el salto cualitativo que existe entre los supuestos a que sirven ambas regulaciones.

4. Las distintas medidas

A. El internamiento o la hospitalización obligatorios

La lucha contra ciertas enfermedades, en particular aquellas de fácil difusión y elevada letalidad, puede exigir, allí donde supongan una amenaza para la salud pública, la adopción de medidas de internamiento u hospitalización obligatorios con el objetivo de que la persona portadora de la enfermedad —o sospechosa de serlo— sea sometida a un estudio diagnóstico preciso, reciba el tratamiento médico apropiado y, sobre ello³⁹, se frene el contagio de la enfermedad a la población.

En efecto, la hospitalización obligatoria —acompañada incluso, si es preciso, de medidas de aislamiento preventivo— se contempla en términos médicos como reacción apropiada con vistas a combatir ciertas enfermedades transmisibles como es el caso de la tuberculosis respiratoria (se aconseja aquí un aislamiento hospitalario

³⁸ Quiero decir con ello que el internamiento por razones de salud colectiva se justifica en la necesidad de proteger a la colectividad frente al riesgo que supone la libertad de una determinada persona. Ahora bien, lo anterior no significa que la salud individual de esta persona sea algo indiferente. Recuérdese lo que ya se dijo en torno a la dignidad de la persona humana y la imposibilidad de sacrificar sin más la salud de un sujeto por razones vinculadas a la sanidad colectiva.

³⁹ Conviene realizar aquí una breve precisión conceptual. He optado por diferenciar en el conjunto de las medidas ablativas personales la hospitalización (apartado A) de los tratamientos médicos (apartado B) obligatorios. A pesar de que el término «tratamiento médico» puede interpretarse en un sentido amplio y abarcar así no sólo las estrictas intervenciones médicas, sino en general cualquier intervención sanitaria que forme parte del tratamiento del enfermo, y aunque se trata de medidas que, por lo común, vendrán de la mano —a la hospitalización es casi seguro que le acompañará un tratamiento médico—, he estimado oportuno efectuar tal distinción con el objetivo de identificar mejor cuáles son los derechos fundamentales que van a verse afectados en cada caso.

de tipo respiratorio durante las tres o cuatro semanas posteriores al inicio de la quimioterapia), o, por poner otro ejemplo, de la difteria (donde también es indicado el aislamiento hospitalario del enfermo hasta la comprobación de la ausencia del bacilo causante de la enfermedad)⁴⁰.

Ni que decir tiene que esta medida supone una restricción de la libertad personal que luce como derecho fundamental en el art. 17.1 de la CE desde el preciso instante en que el internamiento o la hospitalización se practica, como es natural, en un centro o establecimiento cerrado, reduciendo a un espacio concreto la libertad de deambular de la persona, impidiendo su salida al exterior e incluso el contacto directo o indirecto con otras personas. Aunque el art. 17 de la CE no aluda, *expressis verbis*, a esta forma de privación de la libertad, su legitimidad constitucional viene amparada por el art. 5.1, e) del CEDH, donde sí se hace expresa referencia al «internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa» como posible causa de privación legítima de la libertad⁴¹. Establecida, de este modo, su viabilidad constitucional, resta ahora identificar su anclaje legal.

40 Tanto la tuberculosis como la difteria constituyen ejemplos pacíficos en términos terapéuticos. Existen, no obstante, otras enfermedades en torno a las que la medida de hospitalización obligatoria —y, en su caso, la imposición de tratamientos médicos— resulta más discutible. Estoy pensando, en particular, en los enfermos de sida, respecto de los cuales se ha venido planteando en algún país la posible aplicación de medidas restrictivas de la libertad personal. Sobre esta cuestión véase el trabajo de Edorta Cobreros Mendazona, *Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos del sida)*, en REDA, núm. 57, 1988, págs. 59 y sigs.

41 El art. 5.1, e) del CEDH únicamente alude a la privación de libertad por razones vinculadas a la presencia de una enfermedad contagiosa. Luego cabría dudar, en coherencia con la interpretación restrictiva de los límites de los derechos fundamentales, de la admisibilidad del internamiento en casos de riesgo sanitario para la población distintos al señalado. A falta de un pronunciamiento del TEDH —que, por el momento, no se ha producido—, entiendo que una lectura tan apegada a la literalidad de la norma desvirtuaría el sentido último de la limitación que trata de retratarse. De entrada porque, puestos a postular una interpretación literal, habríamos de concluir que es posible internar a una persona atacada por alguna enfermedad de escasa gravedad pero de elevada capacidad de transmisión o contagio (como la gripe común). La sola referencia a las enfermedades contagiosas, sin más precisión, podría llevar a este tipo de planteamientos disparatados. Pero es que, además, si bien la transmisión de enfermedades es uno de los riesgos para la salud colectiva de mayor envergadura, no cabe descartar la posible aparición de otro tipo de riesgos —que no estén asociados a una concreta enfermedad— pero respecto de los que la persona constituya el agente transmisor. En resumidas cuentas, a mi modo de ver, el art. 5.1 del CEDH debe ser interpretado en la inteligencia de que allí donde un sujeto, por razón de su estado de salud o de sus circunstancias personales, constituya un riesgo grave para la salud de la población podrá ser objeto de una privación de su libertad. El *quid* quedará situado, pues, en qué debe entenderse por riesgo grave para la salud pública.

En nuestro ordenamiento, el internamiento por razones de salud colectiva está previsto como medida especial en la LOMESP. De forma explícita, en su art. 2, con arreglo al cual la autoridad sanitaria competente, ante la aparición de un peligro para la salud de la población —motivado por el estado de salud de una o varias personas o por las condiciones sanitarias en que se realiza una actividad—, «podrá adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control». Y, de forma implícita, en su art. 3, pues cabe entender, en buenos principios, que dentro del llamamiento genérico que se realiza a las «medidas oportunas para el control de los enfermos» en supuestos de enfermedades transmisibles tiene cabida el internamiento o la hospitalización.

La LOMESP proporciona, por tanto, sostén legal para poder adoptar esta medida limitativa de la libertad. Sin embargo, como hubo ocasión de apuntar, no ofrece ninguna indicación más al respecto. Por lo que queda en el aire la resolución de cuestiones tan importantes como el lugar donde deberá llevarse a cabo el internamiento, la posible duración de la medida y, en general, las condiciones en que habrá de desarrollarse la hospitalización. Por no hablar del régimen de garantías para la persona afectada.

Este importante hueco no ha sido rellenado por el legislador. Por el momento, no se ha modificado la LOMESP ni se ha dictado una normativa complementaria que, sin necesidad de rango orgánico, podría ocuparse de importantes aspectos como el lugar de hospitalización. Por si fuera esto poco, tampoco disponemos de la autorizada doctrina del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Estrasburgo. Ninguna de estas dos altas instancias ha tenido ocasión de analizar con detalle las implicaciones del internamiento por razones de salud colectiva. No queda, por consiguiente, más remedio que integrar los distintos aspectos a partir de la aplicación analógica de las construcciones elaboradas con respecto a otro tipo de internamientos, señaladamente del internamiento de enfermos mentales⁴².

Precisamente al amparo de estas enseñanzas cabe extraer algunas orientaciones para conformar un mínimo régimen jurídico del internamiento que nos ocupa. Así, en lo que hace al *lugar* del mismo, su determinación puede venir dada por la valoración puntual, en cada caso, de un triple orden de variantes: deberá seleccionarse aquel cen-

42 Habrá que tener muy en cuenta la doctrina constitucional que versa sobre internamientos obligatorios, fundamentalmente en centros psiquiátricos: SSTC 112/1988, de 8 de junio; 104/1990, de 4 de junio; y 129/1999, de 1 de julio.

tro que resulte más apropiado para tratar la enfermedad, para evitar su contagio a otras personas y, por descontado, para ofrecer un trato digno al afectado. Lo normal será que tales condiciones confluyan en algún hospital⁴³. Pero no cabe descartar la posibilidad de que el internamiento se efectúe en otro establecimiento e incluso que tenga lugar en el propio domicilio del interesado, siempre que se den las referidas circunstancias⁴⁴.

En cuanto atañe a la *duración* de la medida, es claro, a la luz de la jurisprudencia constitucional dictada a propósito de los internamientos de enfermos mentales, que la privación de libertad sólo podrá extenderse por el tiempo estrictamente necesario, en nuestro caso para preservar la salud colectiva.

Por último, el régimen de *garantías* aplicables habrá de ajustarse a la intensidad que marca la presencia de un derecho fundamental como es el de la libertad personal, lo que exigirá, entre otros aspectos, la preceptiva autorización o ratificación judiciales del internamiento cuando a él se oponga la persona afectada⁴⁵.

Pero no acaban aquí los problemas. Porque además de la LOMESP, hay también otras normas que acogen la medida de internamiento por razones de salud colectiva y cuyo ajuste constitucional es todavía más complejo. Es el caso, en primer término, de la *Ley de Bases de Sanidad Nacional* de 1944. Con arreglo a las previsiones de esta Ley, la hospitalización obligatoria constituye una reacción posible para la defensa de la salud de los ciudadanos (base única del Título Preliminar⁴⁶) y, señaladamente, su uso se impone a la hora de combatir riesgos sanitarios como la propagación de enfermedades contagiosas (base cuarta⁴⁷).

⁴³ *Atrás quedan los ancestrales lazaretos surgidos como reductos para llevar a cabo medidas de cuarenta y aislamiento.*

⁴⁴ *En este último caso, más que la libertad personal del afectado, en rigor, sólo estará en juego su libertad deambulatoria.*

⁴⁵ *No es ocioso notar, en fin, que afectado dispondrá de la posibilidad de activar el singular procedimiento de habeas corpus cuando considere que su internamiento es ilegal (art. 17.4 de la CE y Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de regulación del procedimiento de «Habeas Corpus»), exigiendo en tal caso la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial.*

⁴⁶ *Según puede leerse allí: «para el logro de la salud y el fortalecimiento de los ciudadanos, así como el mejoramiento físico del pueblo español, el Estado podrá imponer obligaciones y limitaciones especiales. Por tanto, en los casos y las condiciones que prevengan las leyes y reglamentos podrá ordenarse con carácter obligatorio las vacunaciones, el empleo de medios preventivos, el reconocimiento individual, el aislamiento, la hospitalización, la vigilancia y otras medidas sanitarias de prevención y tratamiento [...]» (la cursiva es mía).*

⁴⁷ *En los párrafos segundo y tercero de la base cuarta (Lucha contra las enfermedades infecciosas. Desinfección y desinsectación) de la LBSN se contempla la posibilidad de ordenar el aislamiento y, en su caso, la*

Siguiendo esta pauta, el *Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas* de 1945 dedica un Capítulo específico, el segundo, al *aislamiento de los enfermos infecto-contagiosos*⁴⁸.

Animada por este mismo objetivo de contener las enfermedades transmisibles, esta vez para evitar su introducción en España —o, acaso, su exportación—, también la normativa en materia de sanidad exterior contempla la hospitalización obligatoria como medida aplicable a los pasajeros que sean sospechosos de ser portadores de las mismas. Más concretamente, el *Reglamento Orgánico de Sanidad Exterior*, aprobado en 1934, prevé la adopción de dos tipos de medidas sobre aquellos pasajeros que, portando una enfermedad transmisible —o siendo sospechosos de serlo—, puedan ser considerados una amenaza⁴⁹ para la salud colectiva: la observación y la vigilancia. La *observación* supone la necesidad de someter al pasajero a las medidas de aislamiento que se estimen pertinentes a fin de evitar que la enfermedad pueda propagarse. La *vigilancia*, en cambio, no exige el aislamiento de la persona sospechosa de padecer una enfermedad contagiosa, aunque sí queda obligada a pasar por una serie de cautelas que pueden incluir la obligación de soportar un examen médico, así como las investigaciones necesarias para la comprobación de su estado de salud, y, en su caso, la obligación de notificar los lugares de residencia en España, presentándose a intervalos fijos ante las autoridades sanitarias a efectos de seguimiento y control.

hospitalización obligatorios de los enfermos infecciosos por parte de los Jefes de Sanidad, los Alcaldes y los Jefes locales de Sanidad.

⁴⁸ *En efecto, dentro del entramado de medidas estatuidas por el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas para combatir eficazmente la propagación de enfermedades transmisibles entre la población tiene un espacio propio la regulación de la medida de aislamiento (Capítulo II, arts. 13 a 17). Se trata de una medida que podrá aplicarse, en principio, a cualquier «enfermo infecto-contagioso», por medio de orden del Jefe provincial de Sanidad o, en su caso, del Jefe local de Sanidad. Ordenada la medida, podrá ponerse en práctica en distintos lugares en función, principalmente, de la naturaleza de la enfermedad y del peligro de difusión que entrañe. Así, cabrá asilar al enfermo en un hospital; en su propio domicilio, «siempre que se disponga de una habitación de condiciones higiénicas suficientes»; o incluso en los locales de aislamiento municipales que todo Municipio tiene la obligación de disponer —bajo la responsabilidad directa del Alcalde— en las afueras del pueblo.*

⁴⁹ *En especial, acúdase al Capítulo X (Medidas sanitarias en el puerto de llegada, arts. 82 y sigs.) para las medidas relacionadas con los barcos; y al Capítulo XIV (Medidas en las fronteras terrestres, arts. 131 y sigs.) por lo que atañe al transporte terrestre por ferrocarril, carreteras o vías fluviales.*

En cuanto al tráfico aéreo, es preciso acudir a lo dispuesto en el Reglamento de Sanidad Exterior de Aeronavegación (aprobado por Decreto de 14 de julio de 1950), en el que también se contemplan las medidas de observación y vigilancia.

El acomodo o encaje constitucional de estas dos regulaciones resulta complejo a mi entender por un doble orden de aspectos.

De una parte, está la señalada ausencia de garantías para la persona afectada. Tanto el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas de 1945 como el Reglamento Orgánico de Sanidad Exterior de 1934 acusan, por razón de su propio encuadre histórico, un importante déficit de garantías: la preocupación que se deja sentir en estos textos no se centra —desde luego no de manera principal, pero tampoco de manera secundaria— en la protección de la persona que va a sufrir una intromisión en su esfera personal, sino en la salvaguarda de la salud colectiva; es éste el aspecto en el que la Administración concentrará todos sus esfuerzos y, por ese motivo, no es raro que la dimensión garantista brille más bien poco.

De todas formas, no es esta ausencia de garantías un motivo para sostener, sin más, la inconstitucionalidad de ambos reglamentos. Antes de ello, el vacío puede tratar de subsanarse mediante un ejercicio de integración semejante al que también precisa la LOMESP. Se trata, igualmente, de imponer en la aplicación de las medidas contenidas en esta regulación las garantías que por fuerza dimanarían del sistema de derechos estatuido por la CE.

Pero hay aún otro aspecto que hace más complejo mantener la constitucionalidad de estas normas como parámetros para amparar la adopción de medidas ablatorias sobre la persona. Por encima incluso de la ausencia de garantías, lo que resulta complicado sortear es la propia configuración de las medidas desde el momento en que las mismas se contemplan en los citados reglamentos como remedios «normales» para hacer frente a los riesgos propios de las enfermedades transmisibles. En otras palabras, el carácter extraordinario que, por principio, han de tener las medidas ablatorias personales, y que, mejor o peor expresado, está presente en la LOMESP, no se deja sentir sin embargo en ellos. Baste comprobar simplemente la amplitud de los supuestos de hecho que permiten activar estas medidas. Una amplitud que lleva a extremos difícilmente justificables en términos constitucionales como el previsto en el art. 136 del Reglamento de Sanidad Exterior al disponer que «en las estaciones sanitarias fronterizas permanentes podrán ser detenidos los viajeros sospechosos de enfermedad infectocontagiosa común y *aquellos que por su condición social de vagabundos constituyan, por su incuria y desaseo, peligro para la salud pública y sea conveniente aplicarles medidas de desinfección, aseo*

personal y vacunación». Una previsión que, como se ve, refleja una concepción de las medidas ablatorias personales ya superada y que, en la actualidad, resulta desmedida pues, como ya se ha dicho en más de una ocasión, sólo los problemas de salud colectiva de una cierta gravedad son capaces de justificar una injerencia en los derechos fundamentales de la persona.

Sucede, además, que, juntamente a las enfermedades infecciosas, la LBSN deja las puertas abiertas para imponer medidas de hospitalización en supuestos que, a día de hoy, difícilmente pueden superar el filtro inembargable de la dignidad humana que luce en el art. 10.1 de la CE. No se trata sólo de que la medida de hospitalización se extienda a supuestos leves en términos de salud pública, sino que se prevé su aplicación para con situaciones en las que la defensa de la salud colectiva difícilmente puede justificar hoy la privación de libertad de la persona. Repárese de esta guisa en los preceptos dedicados a las *enfermedades sexuales* (base undécima⁵⁰) o a la *lepra* (base duodécima⁵¹). Aunque la actualización de estas bases —que figuraba entre las encomiendas de la Disposición final quinta de la LGS— no ha sido llevada a término y, por tanto, siguen formalmente en vigor, no parece necesario desarrollar grandes argumentos para sostener sin reparos su inconstitucionalidad sobrevinida a la luz de la Disposición derogatoria, párrafo tercero, de la CE⁵².

50 A tenor de esta base undécima, «el tratamiento de las enfermedades sexuales será obligatorio, pudiendo recurrirse al internamiento de los indisciplinados durante la fase de contagio [...]» (la cursiva es mía).

51 En ella puede leerse que «los médicos que descubran casos de lepra o traten leprosos decidirán, con la aprobación del Jefe provincial de Sanidad correspondiente, si es necesario el aislamiento o si pueden ser tratados en los dispensarios, domicilio particular, enfermerías provinciales o del servicio sanitario central».

52 Ya otros autores antes que yo han expresado sus dudas sobre la constitucionalidad de estas previsiones. Entre ellos, Juan Luis Beltrán Aguirre, *La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas*, en RVAP, núm. 6, 1983, págs. 183-185; o Edorta Cobreros Mendazona, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud...*, cit., págs. 358-359; y *Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio* (A propósito de los enfermos del sida), cit., págs. 59 y sigs.

Es importante notar, para ser justos, que la hospitalización obligatoria dispuesta por estas bases se fue matizando en los sucesivos desarrollos reglamentarios —primero, el Reglamento de la lucha contra la lepra, dermatosis y enfermedades sexuales (Decreto de 8 de marzo de 1946), y luego el Reglamento de la lucha contra la lepra, enfermedades venéreas y dermatosis (Decreto de 4 de julio de 1958)—, especialmente en lo que concierne a la lepra. Así, ya en el Reglamento de 1946 puede evidenciarse cómo la hospitalización forzosa se concibe en el caso de la lepra con carácter extraordinario, sólo aplicable allí donde el tratamiento domiciliario no reúna las condiciones de seguridad necesarias. Pero el salto se hace más evidente en el Reglamento de 1958, cuyo art. 10 declara lo siguiente:

Son estas últimas circunstancias —y no tanto la ausencia de garantías— las que llevan a postular la conveniencia de reconducir la adopción de la hospitalización forzosa prevista en estas normas —y, en general, de cualquier medida ablativa personal— a los márgenes de la LOMESP. Algo que no resulta en modo alguno complicado desde un punto de vista hermenéutico habida cuenta de las formulaciones tan abiertas utilizadas en su articulado⁵³.

B. Los tratamientos médicos forzosos

Una segunda medida ablativa que puede ser proyectada sobre la propia persona viene dada por la imposición, con carácter forzoso —esto es, sin el consentimiento del afectado o aun en contra del mismo—, de un determinado tratamiento médico⁵⁴. Dicho tratamiento se enderezará a combatir la enfermedad y, al propio tiempo, en el caso de las enfermedades transmisibles, a evitar su difusión, con el riesgo que ello comporta para la salud pública⁵⁵.

Si la hospitalización forzosa ponía en jaque la virtud de la libertad personal, la imposición de estos tratamientos entra en liza esta vez con el derecho fundamental a la integridad física y moral. E incluso, en algunos casos, con

«Quedan sin efecto todas las medidas en el tratamiento de la lepra que tengan carácter discriminatorio, y los enfermos lepromatosos sólo podrán ser hospitalizados forzosamente en casos excepcionales, de acuerdo con las normas vigentes para las restantes enfermedades infecciosas; la hospitalización forzosa en cada caso particular sólo podrá ser adoptada a propuesta de los Jefes provinciales de Sanidad. En todos los casos restantes se acudirá a la propaganda y a la persuasión para hospitalizar a los enfermos contagiosos en que las autoridades competentes consideren que el tratamiento ambulatorio constituye un peligro sanitario».

Esta evolución reglamentaria es bien demostrativa de la progresiva dulcificación del dictado de la LBSN, demostrando al cabo la conveniencia de su actualización, cuando no de su simple derogación. Visto que tal tarea no ha sido ejecutada por el legislador —ni parece que vaya a serlo—, la solución que se me antoja más coherente es recurrir a la Disposición derogatoria, párrafo tercero, de la CE y mantener sin más ambages la derogación implícita, al menos de las bases undécima y duodécima. Los argumentos para entenderlo así sobran, comenzando por el respeto a la dignidad de la persona y al sistema de derechos fundamentales que dan cuerpo a la parte dogmática de nuestro texto constitucional.

⁵³ *Tanto el tenor literal del art. 2 como del art. 3 de la LOMESP constituyen, en este sentido, enunciados con la flexibilidad y hechura suficientes para albergar cualquiera de los supuestos cubiertos tanto por el Reglamento de lucha contra las enfermedades infecciosas como por el Reglamento de Sanidad Exterior.*

⁵⁴ *En qué consista este tratamiento dependerá de la concreta enfermedad a combatir.*

⁵⁵ *Normalmente, tiende a señalarse como ejemplos demostrativos de la necesidad de imponer tratamientos médicos forzosos por razones de salud colectiva los enfermos tuberculosos activos que se resisten a ser tratados y los enfermos mentales agresivos. Este último supuesto escapa, no obstante, a mi entender, a las razones de protección de la salud pública en sentido estricto y se enmarca más bien en el tratamiento de los enfermos mentales al que se hizo referencia más atrás.*

el derecho a la intimidad, sin olvidar su posible incidencia sobre la libertad ideológica y religiosa.

En cuanto a la integridad física se refiere, hay que tener en cuenta que este derecho protege a la persona frente a cualquier clase de intervención practicada sobre su cuerpo y realizada sin su consentimiento. Como se ha encargado de señalar el Tribunal Constitucional, el derecho a la integridad física supone, ni más ni menos, el derecho a la «inviolabilidad de la persona» o, como también ha dicho, a su «incolumidad corporal», lo que supone el derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento⁵⁶. De este modo, queda vedada, por de pronto, cualquier suerte de intervención médica: «este derecho fundamental resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional»⁵⁷. Pero su radio de acción no queda limitado al ámbito sanitario; antes bien, abraza todo tipo de intervención sobre el cuerpo, sea de corte sanitario o no. Por este motivo, las «intervenciones corporales» de carácter policial —realizadas, por ejemplo, en el curso de una investigación penal— suponen, en principio, una agresión al derecho a la integridad física.

A la luz de esta jurisprudencia, es evidente que la imposición de un tratamiento médico forzoso por razones de salud colectiva representa, a priori, una lesión del derecho a la integridad física.

Por otra parte, no hay que desconocer la posible colisión con otros derechos como el derecho a la intimidad corporal —que forma parte del derecho a la intimidad personal *ex art. 18.1* de la CE— si la actuación sanitaria requiere un reconocimiento que, por las partes del cuerpo sobre las que recaiga o por los instrumentos a utilizar en la exploración, atenten contra el recato o pudor personales que es el valor que se protege con el derecho a la intimi-

⁵⁶ *La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en torno a la significación y límites del derecho a la integridad física y moral se contiene, fundamentalmente, en las siguientes sentencias: SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio («huelgas de hambre reivindicatorias» de internos penitenciarios y posibilidad de ordenar su alimentación forzosa); 215/1994, de 14 de julio —y ATC 261/1998, de 24 de noviembre— (esterilización de incapaces); 48/1996, de 25 de marzo (excrcelación de un interno por padecer una enfermedad grave e incurable); 207/1996, de 16 de diciembre (diligencia pericial de corte de cabello y vello de axilas tendente a averiguar si es consumidor de cocaína); y 234/1997, de 18 de diciembre (prueba de análisis de sangre en el marco de un control de alcoholemia).*

⁵⁷ *Así se expresa la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8°.*

dad corporal⁵⁸. De igual forma, es preciso significar que, en ciertas hipótesis, el tratamiento médico puede colisionar con la libertad ideológica y religiosa⁵⁹.

En cualquier caso y sin desconocer este posible enfrentamiento con los derechos a la intimidad corporal y a la libertad ideológica y religiosa, es claro que el tratamiento forzoso se opone, principalmente, al derecho a la integridad física, según la inteligencia que de tal derecho ha sentado nuestro Tribunal Constitucional.

Esto supuesto, hay que comenzar por señalar que el art. 15 de la CE, al igual que el art. 17 *ibídem*, nada indica con respecto a la posibilidad de limitar el derecho a la integridad física por razones de salud colectiva. Una circunstancia que, evidentemente, no liquida la imposición de tratamientos médicos forzosos animados por esta finalidad pues es claro que la protección de la salud de la comunidad es motivo más que legítimo para infligir alguna restricción de este derecho. Como la libertad personal, tampoco la integridad física es un derecho absoluto y en caso de conflicto puede, por tanto, plegarse ante otras exigencias o intereses que requieran una mayor protección.

De esta guisa, la imposición de tratamientos médicos puede erigirse, también, en una respuesta de la Administración ante personas que, por su estado de salud, supongan una amenaza para la salud colectiva. En esta línea, el art. 2 de la LOMESP hace alusión expresa, entre otras, a las «medidas de tratamiento» como reacción posible para atajar el peligro para la salud de la población. Posibilidad que también cabe reconducir, aun de manera implícita, a la dicción literal del art. 3 («medidas oportunas para el

control de los enfermos») para el caso de las enfermedades de carácter transmisible. Aparte de esta cobertura formal, nada más se indica en esta Ley en lo que concierne al contenido del tratamiento, a sus propiedades y al régimen de garantías. Cabe por ello hacer extensivas las críticas vertidas en el apartado anterior en torno a la extrema parquedad de esta regulación. De igual forma, cabe dar por reproducidas las dudas sobre el acomodo constitucional de las reglamentaciones de carácter preconstitucional que alojan medidas de tratamiento médico forzoso y sobre la conveniencia de reconducir la adopción de este tipo de medidas a los márgenes de la LOMESP.

Es de notar, eso sí, que la cobertura legal que presta la LOMESP a esta medida se ha visto reforzada por la entrada en escena de la *Ley de Derechos del Paciente* (2002) y, más concretamente, por la normación que en ella se recoge acerca del consentimiento del paciente⁶⁰. En efecto, la LDP ha venido a refrendar en cierta forma la capacidad de la salud pública como causa de justificación de los tratamientos médicos forzosos⁶¹. En este sentido, la protección de la salud de la colectividad aparece reconocida como uno de los dos únicos motivos que pueden hacer quebrar el postulado básico y central según el cual cualquier intervención en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter previo, el consentimiento del paciente. Esta exigencia ineludible que supone el consentimiento sólo cede, como decimos, en un doble orden de supuestos: de un lado, cuando concurra un riesgo inmediato grave para la propia salud del enfermo y no sea posible conseguir su autorización; y, de otro, cuando exista un riesgo para la

⁵⁸ El derecho a la intimidad corporal constituye una manifestación específica del derecho a la intimidad. Si éste tiene por objeto proteger de ingerencias externas el ámbito propio y reservado al conocimiento de los demás de cada persona, el derecho a la intimidad corporal se centra, de manera más específica, en la salvaguarda del recato o pudor corporal. Sobre el particular, acúdase a la jurisprudencia constitucional compuesta, en lo esencial, por los pronunciamientos que siguen: SSTC 37/1989, de 15 de febrero (reconocimiento médico tendente a investigar un delito de aborto); 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio (intervención médica ante una huelga de hambre); 7/1994, de 17 de enero (prueba biológica de paternidad); 57/1994, de 28 de febrero (desnudo y flexiones para comprobar la tenencia de estupefacientes); 35/1996, de 11 de marzo (Rayos X al objeto de comprobar la tenencia de estupefacientes); 207/1996, de 16 de diciembre (corte de cabello y vello con el objeto de esclarecer la drogodependencia de una persona); 234/1997, de 18 de diciembre (prueba de espiración de aire en un control de alcoholemia).

⁵⁹ Enfrentamiento polémico donde los haya en torno al cual ha tenido ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional: ATC 369/1984, de 20 de junio; y SSTC 24/1994, de 27 de enero; 166/1996, de 28 de octubre; y 154/2002, de 18 de julio (negativa a la transfusión de sangre por motivos religiosos).

⁶⁰ Para abundar en el trascendental tema del consentimiento del paciente, cabe recomendar la consulta de los siguientes trabajos: Jesús Sánchez-Caro y Javier Sánchez Caro, *Consentimiento informado y Psiquiatría. Una guía práctica*, Mapfre, Madrid, 1998; Pablo Simón Lorda, *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*, Triacastela, Madrid, 2000; Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001; y José Guerrero Zaplana, *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004. Por cierto que en todos estos autores se deja sentir, de manera muy marcada además, la influencia de las enseñanzas que a este respecto ofrece el Derecho norteamericano.

⁶¹ A refrendar por cuanto que la LGS ya aludía en su art. 10.6, a) a la posibilidad de prescindir del previo consentimiento escrito del usuario «cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública». En realidad, como bien apunta Simón Lorda, la imposición de medidas terapéuticas a un enfermo, aun en contra de su voluntad, cuando éste ponga en peligro la salud de la colectividad constituye un postulado elemental e ínsito a la propia Medicina. Tal vez precisamente por retenerlo elemental, no ha recibido una atención específica por parte de la doctrina científica, preocupada por la inteligencia de otras excepciones más controvertidas (Pablo Simón Lorda, *El consentimiento informado...*, cit., págs. 262-263).

salud pública⁶². En ambos casos, será hacedero llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables, a pesar de que no se cuente con el beneplácito expreso del afectado⁶³. Sin embargo, las razones de salud pública o colectiva introducen un plus que importa retener. Porque no sólo habilitan la imposición de una intervención clínica *sin contar con el consentimiento* del paciente —allí donde dicho paciente no pueda expresarlo—, sino que, a diferencia del primer motivo vinculado a la protección de la salud individual del propio afectado, en los supuestos en que se halle en juego la salvaguarda de la salubridad pública, el tratamiento médico forzoso tendrá cabida *aun en contra de la voluntad expresa* del paciente.

C. Especial referencia a las vacunaciones obligatorias

a) La imposición de vacunas a la población a fin de prevenir ciertas enfermedades: consideraciones generales sobre sus bondades y riesgos

Una de las medidas más características del ámbito de la salud pública viene dada por el suministro a la población de vacunas contra ciertas enfermedades. Desde que en 1796 se descubriera la vacuna contra la viruela, obra de Edward JENNER, la vacunación se ha convertido en uno de los capítulos básicos en la protección de la salud colectiva. Y también en uno de los más laureados. Cuenta en su haber con algunos de los éxitos más sonados en la Historia de la Medicina: ahí está, sin ir más lejos, la erradicación de la viruela y el freno a numerosas enfermedades, de antaño letales, como la poliomielitis, la difteria o el sarampión⁶⁴. No cabe duda en este sentido de que la vacuna constituye un instrumento preventivo formidable que sigue jugando en nuestros días una importancia capital a la hora de combatir determinadas enfermedades, algunas de las cuales, además, no disponen de un tratamiento específico para su curación o, si lo tienen, sólo posee una

eficacia limitada. No sería exagerado afirmar, en definitiva, que la vacunación es la técnica preventiva por excelencia en orden a proteger la salud de la población⁶⁵.

Desde un punto de vista científico, las vacunas se definen como unas medidas profilácticas tendentes a inmunizar a un individuo frente a la aparición de una concreta enfermedad. En su caracterización clásica, las vacunas se clasifican en dos especies: las vacunas «atenuadas» consistentes en una versión debilitada del patógeno o agente que produce la enfermedad, como es el caso de la vacuna contra el sarampión, la rubéola o la varicela, por poner algunos ejemplos; y las vacunas «inactivadas» fabricadas a partir de una versión muerta de dicho patógeno, grupo al que podrían reconducirse las vacunas contra la gripe o la tos ferina, entre otras⁶⁶. Sin perjuicio de las diferencias existentes, ambas comulgan en un mismo objetivo que no es sino preparar al sistema inmunitario de una persona frente al ataque de una cierta enfermedad a través de una suerte de «infección fingida» que garantiza que en un futuro el organismo estará instruido para rechazar de manera rápida, antes de que se establezcan en el organismo, los virus, las bacterias o los parásitos causantes de la enfermedad. Se pretende, pues, que el sujeto vacunado pueda vencer a la infección mediante una respuesta defensiva de su propio sistema inmunitario, produciendo anticuerpos específicos contra el agente infeccioso.

65 *Demostrativo de este parecer muy extendido entre los médicos y profesionales de la sanidad es Lluís Salleras Sanmartí, quien, en el prefacio a la obra colectiva que él dirige (Vacunaciones preventivas. Principios y aplicaciones, Masson, Barcelona, 1998), afirma que «puede concluirse que probablemente no existe en medicina preventiva ninguna otra medida que sea tan eficaz, efectiva, segura y eficiente como la vacunación» (ídem, pág. XIV).*

66 *También suelen clasificarse las vacunas según la duración de la inmunidad que proporcionan. Así, la protección que ofrecen ciertas vacunas es sólo temporal, desaparece después de un tiempo, por lo que hay que repetir las periódicamente (a través del llamado «recuerdo»). Otras, en cambio, confieren inmunidad de por vida.*

Se manejan, también, otros criterios de clasificación como el origen de los antígenos que conforman la vacuna, sus vías de administración, etc.

No está de más significar que, en la actualidad, se han abierto nuevos horizontes en el campo de las vacunas gracias a los avances de la biotecnología que hacen pensar en la superación de muchas barreras que constreñían la eficacia de la vacunación a un grupo cerrado de enfermedades.

Para una exposición médica detallada acerca de las vacunas y del extenso abanico de cuestiones que giran a su alrededor, nada mejor que acudir a alguno de los tratados y manuales dedicados a la Higiene y Salud Pública en los que es habitual reservar un espacio a la vacunación y su trascendencia en las políticas de salud pública. Muy entendedor es, por ejemplo, Francisco Salmerón García, «Las enfermedades sometidas a programas de vacunación: aspectos epidemiológicos y preventivos», en Salud Pública, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 477 a 495. Para un examen más profundo, acúdase al tratado colectivo dirigido por Lluís Salleras Sanmartí, Vacunaciones preventivas. Principios y aplicaciones, Masson, Barcelona, 1998.

62 Véase el art. 9.2, a) de la LPD, transcrito anteriormente.

63 *Me parece importante remarcar que el art. 9.2, a) de la LDP únicamente autoriza a la Administración a practicar, sin o en contra de la voluntad del paciente, las medidas terapéuticas indispensables. Por tanto, las actuaciones que vayan más allá de lo estrictamente necesario para proteger la salud de la colectividad exigirán el consentimiento informado del afectado. Este postulado encaja, por lo demás, con la necesidad de que el sacrificio sobre los derechos fundamentales de la persona sea el menor posible.*

64 *Entre los muchos episodios que podrían ser colacionados, es bien conocido el acontecido en 1803 en España, cuyo bicentenario, por cierto, era hace poco objeto de conmemoración. En dicha fecha, partió una expedición naval al mando del doctor Francisco Xavier Balmis con el objetivo de llevar la vacuna de la viruela hacia las posesiones españolas en ultramar (América e Islas Filipinas). La expedición, de carácter filantrópico, se prolongó tres años.*

No parece necesario insistir a estas alturas en las bondades de la vacuna como técnica de inmunización. Es sabido que son muchos los logros alcanzados gracias a las mismas. Sin embargo, importa significar aquí, por lo que más adelante se dirá, que su utilización no está exenta de graves riesgos. Entre tales riesgos, destaca la posibilidad de que la vacuna sea el detonante del desarrollo completo de la enfermedad en personas cuyo sistema inmunitario no esté en perfectas condiciones (como es el caso de los ancianos). Es también posible, se ha dicho, que los virus debilitados, utilizados en las vacunas atenuadas, experimenten mutaciones que les hagan recobrar su virulencia, provocando una infección real y no fingida. Se ha significado, asimismo, el riesgo de reacciones alérgicas producidas por ciertas vacunas a consecuencia de la presencia de productos secundarios contaminantes utilizados en el proceso de fabricación. Así, se ha detectado la presencia de restos de formol y de mercurio en algunas vacunas. De todos estos riesgos, hay, también, ejemplos alarmantes. Como los episodios de poliomielitis asociada a la vacunación o el fallo multiorgánico vinculado a la vacuna contra la fiebre amarilla.

Todos estos factores han propiciado la exigencia de un mayor control en cuanto a la seguridad de las vacunas y no sólo con respecto a su eficacia, así como la mejora e intensificación de los programas de vigilancia de los efectos y reacciones adversos de las vacunaciones. Pero no sólo eso. A la vista de las múltiples dudas que gravitan sobre los efectos en el uso de vacunas, una parte de la comunidad científica médica cuestiona abiertamente la «fe ciega» en las bondades de las vacunas y reclama un uso comedido de las mismas. Una posición que ha encontrado eco en ciertas organizaciones sociales que no comparten el carácter obligatorio con el que, a día de hoy, se imponen por el Estado ciertas vacunas en el marco de los programas sistemáticos de vacunación de la población que rigen en buena parte de los países del mundo y, entre ellos, España⁶⁷.

⁶⁷ Para conocer con más detalle la postura mantenida por este tipo de asociaciones sociales, así como los argumentos esgrimidos, puede acudir en nuestro país, por ejemplo, a la página web de la «Liga para la Libertad de Vacunación»: <http://www.vacunacionlibre.org>. Según se declara en ella, el mensaje principal que pretende transmitirse es el siguiente: «no estamos en contra de la vacunación, pero sí de la vacunación sistemática [...] para poder responsabilizarnos de nuestra propia salud se necesita tener más información».

En contra de estos planteamientos, hay, lógicamente, otras voces que se alzan con fuerza. Véase, por ejemplo, la viva defensa que de la vacunación se hace en <http://www.todosvacunados.com>.

Lógicamente, en materias como ésta, en las que existe un claro enfrentamiento de posiciones y en las que se contraponen argumentos y datos

En lo que hace a nuestro ordenamiento jurídico, la utilización de la vacuna como técnica ablativa, es decir, como medida impuesta con carácter obligatorio por motivos de salud colectiva, aparece contemplada en un doble orden de supuestos. De una parte, está la posible administración de la vacuna como medida especial acordada al amparo de la LOMESP. Se trataría, en este sentido, de un tratamiento sanitario forzoso que, en principio, supondría una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física y que, por tanto, en ausencia de consentimiento de la persona afectada, requeriría, como acaba de ser visto, la autorización judicial, amén de la observancia de las restantes garantías de limitación de un derecho fundamental. La vacuna obligatoria actuaría aquí como medida para combatir una situación de alerta sanitaria similar a la vivida con ocasión de la «gripe aviar» frente a la que se barajó la posibilidad de desarrollar una vacuna y de suministrarla con carácter sistemático y obligatorio en caso de expansión incontrolada de la enfermedad.

De otro lado, y éste es el supuesto que más interesa, la vacuna también aparece prevista en nuestro ordenamiento como técnica ordinaria de prevención destinada a toda la población o bien a un colectivo en particular (militares, profesionales sanitarios, etc.).

Dejando a un lado aquellos supuestos en los que su administración es voluntaria, ya esté recomendada o no —casos en los que no cabe hablar en puridad de la vacuna como una medida ablativa de policía—, importa significar la existencia de una serie de vacunas cuya aplicación viene impuesta como parte de un programa público de inmunización del conjunto de la población. Este grupo de vacunas obligatorias ha ido evolucionando con el tiempo al compás, entre otros factores, de la propia evolución de las vacunas, de las enfermedades y del estado de salud de la población. En la actualidad, pueden citarse en este sentido las vacunas contra el tétanos, la difteria, la tos ferina,

científicos difíciles de interpretar para quien no cuenta con conocimientos médicos, resulta muy complicado recomendar al lector alguna fuente de información fiable y objetiva. En cualquier caso, siempre constituyen un buen referente los trabajos de la Organización Mundial de la Salud. Precisamente en su seno, se creó, en 1999, el «Comité Consultivo Mundial sobre Inocuidad de las Vacunas» (GACVS, acrónimo de Global Advisory Committee on Vaccine Safety) que tiene por misión el estudio de los problemas que rodean a la inocuidad de las vacunas a fin de ofrecer una respuesta rápida y rigurosa a las alertas mundiales que advengan, y de hacerlo con rigor científico. Los resultados de la labor de este Comité pueden verse en http://www.who.int/vaccine_safety/en/index.html.

En la página web de La OMS se hallará, además, amplia y detallada información sobre las vacunas en general (<http://www.who.int/vaccines>) e incluso un sistema de vigilancia permanente sobre las vacunaciones (<http://www.who.int/vaccines-surveillance>).

la meningitis C, la hepatitis B, el sarampión o la rubéola, entre las más conocidas.

El sostén normativo para armar el carácter obligatorio de estas vacunas lo proporcionado todavía hoy la base cuarta de la LBSN de 1944⁶⁸. Esta base, en su párrafo sexto, establece la obligatoriedad de una serie de vacunas: algunas vienen concretadas de manera nominal por el propio legislador (caso de la viruela y de la difteria); pero las restantes corresponderá determinarlas a la Administración sobre la base de una serie de criterios muy amplios. Así, en el caso de infecciones tíficas y paratíficas, será dable ordenar su administración cuando se juzgue conveniente a la vista de la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o del estado epidémico del momento o previsible. Para el resto de infecciones, la Administración podrá imponer la inoculación en tanto se cuente con una vacuna de reconocida eficacia y que no entrañe peligro alguno.

Esta previsión fue desarrollada por el *Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas de 1945*⁶⁹ y, más tarde, en 1980, ya en época democrática, fue objeto de una ligera modificación por efecto de la *Ley de Vacunaciones Obligatorias Impuestas y Recomendadas*⁷⁰. A pesar de su título, esta Ley —que consta de un solo artículo— únicamente modificó la LBSN en el sentido de excluir la obligatoriedad de la vacunación contra la viruela⁷¹ y la difteria. En todo lo demás, se mantuvo la dicción original de la LBSN.

Por su parte, la LGS omitió cualquier referencia en su articulado a la aplicación de las vacunaciones preventivas sistemáticas, limitándose a establecer, como en tantas otras materias relacionadas con la salud colectiva, un encargo al Ejecutivo a fin de que actualizase la aludida

68 En efecto, el párrafo sexto de la base cuarta de la LBSN previene que «se declaren obligatorias las vacunaciones contra la viruela y la difteria en la forma que determinarán los reglamentos. Se mantiene la obligatoriedad de las vacunaciones preventivas contra las infecciones tíficas y paratíficas cuando por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades, estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total y parcial y en que ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias».

69 En concreto, por su Capítulo IV (Vacunaciones preventivas, arts. 21 a 27). En dicho Capítulo, se remarca la obligatoriedad de la vacunación contra la viruela y la difteria, al tiempo que se establecen algunas previsiones sobre la vacuna contra la tuberculosis y la antiifoparatífica.

70 Ley 22/1980, de 24 de abril, sobre Vacunaciones Obligatorias Impuestas y Recomendadas.

71 Recuérdese que, en ese mismo año, 1980, la OMS declaró la erradicación mundial de la viruela.

Ley de Vacunaciones Obligatorias⁷². Dicha actualización, empero, nunca se llevó a término.

En cualquier caso, se desprende de lo dicho que la vacunación obligatoria cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con un basamento legal que legitima su imposición no sólo en situaciones de riesgo excepcional y grave para la salud pública (LOMESP), sino también en el marco de una política de vacunación sistemática de carácter estable (LBSN)⁷³.

b) Algunos problemas específicos que plantean las vacunaciones sistemáticas: la «sanción» por la falta de vacunación y la responsabilidad por los daños derivados de las vacunas

Aclarado el soporte legal que ampara el uso de las vacunaciones sistemáticas en nuestro país, es importante señalar que en torno a las mismas se plantea una serie de interrogantes jurídicos que, a diferencia de cuánto ha acontecido en otros Estados, han pasado un tanto desapercibidos entre nosotros⁷⁴. En concreto, hay que llamar la atención sobre las dos cuestiones que se me antojan de mayor fuste: de un lado, las repercusiones que cabe asociar a la negativa de una persona a ser vacunado —en los supuestos, claro es, de que la vacuna sea suministrada de forma obligatoria—; y, de otro, el régimen de la responsabilidad patrimonial asociado a la producción de alguna lesión a raíz de la vacuna inoculada.

a) La primera de las cuestiones anunciadas se contrae a elucidar cuáles son las repercusiones que pueden seguirse de la negativa a someterse a la vacunación prescrita. Por de pronto, es claro que allí donde el sujeto se niegue a ser inoculado por una determinada vacuna, en razón de sus propias posiciones al respecto, la Administración sólo podrá imponérsela por la fuerza previa autorización judicial. No en balde, está en juego el derecho a la integridad física de dicha persona. Pero al margen de esta eventualidad, interesa más detenerse en el hecho de que, frecuen-

72 Véase la Disposición final quinta de la LGS.

73 En la actualidad, si se desea conocer de forma más exacta cuáles son las vacunas cuya administración es obligatoria es preciso completar lo dispuesto en la LBSN con los planes de vacunación elaborados por cada Comunidad Autónoma. En la página web del Ministerio de Sanidad y Consumo se ofrece un cuadro ilustrativo al respecto (<http://www.msc.es>).

74 Sólo pueden rescatarse las consideraciones que al tema dedican Santiago MUÑOZ MACHADO, *La Sanidad Pública en España (Evolución histórica y situación actual)*, IEA, Madrid, 1975, págs. 37 a 41; Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, *La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas*, en *RVAP*, núm. 6, 1983, págs. 164-169; y Edorta COBREROS MENDEZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud...*, cit., págs. 353 a 355.

temente, la vacunación se articula como uno de los requisitos imprescindibles para acceder a ciertos servicios públicos, señaladamente en el campo de la educación, en el que la escolarización está supeditada a la vacunación del alumno⁷⁵.

La negativa de las Administraciones Públicas a admitir el ingreso de los menores no vacunados en los centros de enseñanza de su competencia ha servido precisamente para llevar ante los órganos jurisdiccionales el debate en torno a la legalidad del carácter obligatorio con que se suministran ciertas vacunas. Un debate que cuenta ya en nuestro país con las primeras resoluciones judiciales al respecto.

En concreto, el planteamiento expuesto por los padres de los menores a quienes se niega su escolarización por la falta de vacunación —voluntariamente provocada— se mueve, en líneas básicas, en torno a la siguiente argumentación. La premisa de partida se cifra en los riesgos asociados a la vacunación, según fueron ya expuestos. Sentada esta premisa, se significa que la negativa a la admisión en el centro motivada por la falta de vacunación choca de forma frontal con el derecho a la educación de los menores afectados. Además, se sostiene que es dable justificar en términos médicos que la falta de vacunación no constituye por sí sola un riesgo relevante para la salud pública de la colectividad escolar pues existen otros métodos preventivos por igual eficaces y sin consecuencias negativas sobre la salud del menor. La combinación de estos elementos aporta la savia a las demandas interpuestas en nuestro país y, por lo general, en otros Estados donde también se ha planteado la cuestión que nos ocupa.

La respuesta dada por nuestros órganos jurisdiccionales es reacia a admitir este planteamiento y se alinea a favor de la postura defendida por la Administración⁷⁶. De

⁷⁵ Otro de los ámbitos en los que la vacunación viene impuesta como requisito imprescindible es en el tránsito internacional. Es habitual que la entrada en ciertos Estados esté condicionada a que el pasajero cuente con el documento sanitario pertinente que acredite la vacunación contra ciertas enfermedades. Esta exigencia viene avalada, por lo demás, por el Reglamento Sanitario Internacional.

⁷⁶ De este parecer se han mostrado en concreto los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y La Rioja.

En cuanto al primero, acúdase a la STSJ de Cataluña núm. 291/2000, de 28 de marzo (JUR 2000, 204924). Se cuestionaba en este pleito la resolución de la Universidad Autónoma de Barcelona por la que se dejaba sin efecto la matrícula concedida a una menor para ingresar en una «Escola Bressol» vinculada a dicha Universidad ante la negativa de sus padres a que le fuese inoculado cualquier tipo de vacuna.

Para el segundo, véase la STSJ de La Rioja núm. 134/2002, de 2 de abril (JUR 2002, 197129), en la que impugnaba una resolución de la Comunidad Autónoma de La Rioja por la que se dejaba sin efecto la concesión de una plaza en una guardería infantil a una menor al incumplir los

esta suerte, se considera que la vacunación sistemática viene animada por la necesidad de preservar la salud de la población y que, en este sentido, la negativa de un solo sujeto a participar en el programa supone la aparición de un riesgo cierto para la comunidad, en este caso para la comunidad escolar⁷⁷, comprometiendo el derecho constitucional a la protección de la salud *ex art.* 43 de la CE. La negativa de la Administración a la escolarización está por ello justificada⁷⁸.

b) Las vacunaciones sistemáticas portan consigo un segundo problema de gran relevancia derivado de la posibilidad —por desgracia, contrastada en la práctica— de que la vacuna ocasione lesiones a la persona inoculada, ya vengas éstas motivadas por un defecto en la fabricación de la vacuna o, acaso, por una reacción adversa inesperada fruto de las particulares circunstancias fisiológicas de la persona. Si se tiene en cuenta que las campañas de vacunación sistemáticas son, por definición, masivas, es claro que una eventualidad de este signo difícilmente puede descartarse por completo.

Justamente por esta razón, algunos países como el caso de la vecina Francia⁷⁹, o de otros más lejanos como

requisitos de vacunación necesarios para su admisión. Un incumplimiento plenamente consciente pues se trataba de una opción adoptada por la madre.

⁷⁷ No es ocioso insistir en que la vacunación sistemática requiere para su completa eficacia que toda la comunidad sea inoculada contra la enfermedad. De manera que es preciso un acuerdo global de la propia comunidad en este terreno. A este respecto, bueno será recordar que, a tenor de cuanto previene el art. 11 de la LGS, es obligación de los ciudadanos «cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población».

En esta línea se mueve la referida STSJ de Cataluña de 28 de marzo de 2000 cuando afirma que

«la convivencia en un Estado Social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general. Así pues, no estamos aquí ante una vulneración del derecho a la educación, de lo que es buena prueba la admisión de la menor en la escuela, sino ante el incumplimiento de unas obligaciones que tienen como finalidad la prevención de enfermedades, y que se traduce en la práctica en la exigencia de acreditar las vacunaciones sistemáticas que le corresponden por su edad, que responden a la idea de obtener una inmunidad del grupo que, además de proteger del contagio a los individuos no vacunados por contraindicaciones individuales, permite la eliminación de la enfermedad de un área geográfica determinada, e incluso a nivel mundial».

⁷⁸ En idéntica senda transita la postura del Consejo de Estado francés (Conseil d'État) expresada en célebres pronunciamientos como los de 12 de diciembre de 1953, asunto Arsac, Bellanger y otros; y 16 de junio de 1967, asunto Ligue nationale pour la liberté de vaccination.

⁷⁹ En 1964, se dictó en Francia una ley reconociendo la responsabilidad de la Administración frente a los eventuales daños provocados por las campañas sistemáticas de vacunación (Ley núm. 64-643, de 1 de julio de

los Estados Unidos de América⁸⁰, han diseñado un sistema específico de responsabilidad del Estado en estos casos. Un sistema caracterizado por su carácter objetivo en el sentido de que es no es preciso demostrar la existencia de un funcionamiento anormal por parte de los servicios médicos públicos, sino que basta con que se constate una lesión y se demuestre su conexión con la vacuna obligatoria para hacer nacer el derecho a obtener un resarcimiento por parte de la Administración. Es más, la demostración de este nexo de causalidad suele admitirse de forma flexible, a través de una serie de presunciones. Si se repara por un momento en estos sistemas, no tardará en evidenciarse cómo los mismos pretenden en última instancia fijar un régimen muy favorable para que el particular afectado pueda ser resarcido, desmarcándose en algunos casos incluso del régimen común de responsabilidad extracontractual de la Administración inspirado en criterios culpabilísticos y no objetivos⁸¹.

1964, cuyo contenido está actualmente inserto en el art. L3111-9 del Code de la Santé publique). A partir de ese momento, el deber de indemnizar de las Administraciones francesas en estos casos pasó a ser independiente de la existencia de un mal funcionamiento del servicio (de una falta o faute de service): todos los daños asociados a las vacunaciones obligatorias serían en adelante indemnizados sobre la base de una responsabilidad objetiva («sin falta», responsabilité sans faute). Una breve evolución de cuáles han sido los pasos legislativos seguidos en esta materia, los principales pronunciamientos del Consejo de Estado francés al respecto y la situación actual puede verse en Didier TABUTEAU, *La sécurité sanitaire*, Berger-Levrault, París, 2002, 2ª ed., págs. 232 y 233; y Jacques MOREAU y Didier TRUCHET, *Droit de la santé publique*, Dalloz, París, 2004, 6ª ed., págs. 180 y 181. Aunque ya un poco lejanos en el tiempo, no conviene descuidar la lectura de los trabajos de Franck MODERNE, *Le régime juridique des vaccinations obligatoires*, en «Actualité Juridique. Droit Administratif», 1965, págs. 195 y sigs.; y *La responsabilité administrative au cas d'accidents de vaccination: mise au point d'une jurisprudence controversée*, en «Revue trimestrielle de Droit Sanitaire et Social», núm. 40, 1974, págs. 650 y sigs.; así como el trabajo de René SAVATIER, «Responsabilité de l'État dans les accidents de vaccination obligatoire reconnus imparable», en la obra colectiva *Mélanges offerts à Marcel Waline*, v. II, LGDJ, París, 1974, págs. 751 y sigs. Entre nosotros, véanse también las interesantes reflexiones que sobre este particular realiza Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ, *Presunción de falta y responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios: la aplicabilidad en España de la experiencia francesa*, en *RAP*, núm. 140, 1996, págs. 379 a 425, en especial págs. 398 a 402.

80 En 1986, se aprobó en este país la National Childhood Vaccine Injury Act a través de la cual se fija un sistema de compensación para las víctimas de alguna lesión a causa de las vacunaciones obligatorias.

Para obtener una información más cumplida acerca del funcionamiento práctico de este régimen acúdase a http://www.hrsa.gov/osp/vicp/fact_sheet_sp.htm.

81 Son muchas las conclusiones y lecturas que a partir de estos particulares regímenes de responsabilidad cabría ensayar. En cualquier caso, sí parece desprenderse que tras estas construcciones está el intento de hallar una situación de equilibrio que ayude a mantener en pie la premisa básica de partida, a saber: los beneficios extraídos de las campañas de vacunación en términos de salud para la población son siempre superiores a los daños que, de forma esporádica, puedan producirse a personas concretas. Sin merma de este postulado irrevocable, los regímenes apuntados avanzan en la dirección de facilitar que tales personas obtengan sin falta un resarcimiento económico, fijando para

En el caso de España, los daños vinculados a la vacunación sistemática no han motivado el establecimiento de un tratamiento específico a efectos de responsabilidad patrimonial. Habrá que estar, por tanto, al régimen general previsto en los arts. 106.2 de la CE y 139 y sigs. de la LRJAP. Evidentemente, ello no significa que el particular español se encuentre en una situación de desventaja con respecto a los nacionales de estos países toda vez que si en algo se caracteriza nuestro régimen de responsabilidad patrimonial es precisamente en su marcado carácter objetivo. De hecho, no faltan los supuestos en que nuestros Tribunales han resarcido los daños provocados por una vacuna obligatoria⁸². Ahora bien, lo que sí queda reflejado es el hecho de que no ha arraigado en nuestro país una sensibilidad similar o, como mínimo, tan acentuada con respecto a los eventuales daños derivados de la vacunación obligatoria; ni tampoco, en consecuencia, la misma predisposición a admitir este tipo de reclamaciones.

Por todo lo que acaba de señalarse, no estaría de más, en resumidas cuentas, parar mientes en las cuestiones jurídicas relacionadas con la vacunación y reflexionar con más detenimiento en torno al tratamiento que les dispensa nuestro ordenamiento.

D. Otras medidas

A modo de cajón de sastre, es obligado referirse, por último, a la existencia de otras medidas ablatorias, distintas de las ya mentadas, que pueden imponerse también sobre las personas por razones de salud colectiva, pero que, a mi modo de ver, presentan una menor relevancia en cuanto a la protección de la salud colectiva se refiere.

La necesidad de este apartado final, formulado en términos abiertos, viene dada por el propio carácter inno- minado de las medidas contempladas en nuestra normativa, señaladamente en la LOMESP. Supuesto el carácter abierto con el que se relacionan las posibles medidas a adoptar por la Administración Pública en situaciones de

ello condiciones más favorables a las que serían normales para este tipo de reclamaciones.

82 Como la viruela, que es el origen de las cuestiones dilucidadas en las SSTSJ de Castilla y León núm. 541/1999, de 7 de junio (RJCA 1999, 1967), y núm. 377/2003, de 7 de octubre (JUR 2004, 75019). Se reclamaba en ambos casos el resarcimiento por los daños sufridos, nada menos que en 1975, por efecto de la vacunación obligatoria de la viruela. Quedó probado en este sentido que, a consecuencia de la vacuna, el reclamante había sufrido una serie de secuelas físicas. Aunque en la primera sentencia se desestimó la pretensión resarcitoria, tal desestimación no vino motivada por razones de fondo, sino por el simple hecho de que la demanda debía dirigirse contra la Administración autonómica y no contra el Instituto Nacional de la Salud. De esta suerte, cuando posteriormente se planteó de nuevo el pleito contra la Administración de Castilla y León, el Tribunal Superior de Justicia accedió esta vez a conceder la indemnización solicitada.

urgencia o de necesidad con vistas a salvaguardar la salud colectiva, es claro que no cabe ofrecer una exposición cerrada so pena de incurrir en posibles omisiones, más o menos relevantes.

Esto precisado, cabe referirse en este apartado final a las siguientes medidas:

a) *Aislamiento preventivo*. Se trata de una medida tendente a aislar o separar a un paciente del resto de la comunidad dado el riesgo que representa para la salud de la población, normalmente por el elevado peligro de contagio⁸³. Para hacer efectivo este aislamiento podrán adoptarse diferentes prevenciones en función de la enfermedad o riesgo de que se trate.

b) *Exámenes o reconocimientos médicos obligatorios*. Impuestos a una persona o a un grupo de personas con el objeto de detectar si las mismas son portadoras de una concreta enfermedad que amenaza la salud pública⁸⁴.

c) *Limitaciones y restricciones a las libertades de circulación y residencia*. En ocasiones, la protección de la salud colectiva puede exigir la imposición a determinadas personas o grupos de la prohibición de circular o permanecer en ciertos lugares o bien de condicionarles el desplazamiento o la permanencia en los mismos al cumplimiento de algún requisito como la obligación de comunicarlo previamente a las autoridades⁸⁵.

83 Entre las enfermedades transmisibles para las que se recomienda el aislamiento del paciente se hallan, por ejemplo, la rotavirus, el virus respiratorio sincicial, el sarampión, la difteria o la tuberculosis.

Por otro lado, hay que decir que el aislamiento acostumbra a formar parte de un tratamiento más amplio que suele requerir de la hospitalización e intervención médica.

84 Me vienen ahora al recuerdo los reconocimientos a que fueron sometidos los viajeros procedentes de las zonas de riesgo en el transcurso de la alerta sanitaria provocada por el brote asiático de la «gripe del pollo». En diferentes aeropuertos —en los que existían vuelos procedentes de estos países— se instalaron arcos térmicos destinados a medir la temperatura de los pasajeros a fin de detectar si los mismos tenían fiebre —que es el principal síntoma de esta enfermedad—.

Por cierto que hay algunas normas que contemplan la obligatoriedad de los exámenes médicos por razones de salud colectiva en casos concretos. Como la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y obligaciones de los extranjeros en España y su integración social, en cuyo art. 62 ter, letra c) se establece la obligación de los extranjeros internados de «someterse a reconocimiento médico a la entrada y salida del centro, así como en aquellos casos en que, por razones de salud colectiva, apreciadas por el servicio médico, y a petición de éste, lo disponga el director del centro».

85 En general, sobre las limitaciones de las libertades de circulación y residencia véase el antedicho libro de Pedro José González-Trevijano Sánchez, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 90 a 106. En cuanto se refiere específicamente a las limitaciones por razones de salud colectiva, véanse las págs. 97 a 102.

d) *Prohibiciones para el ejercicio de ciertas actividades*. Medida cuya finalidad no es otra que la de impedir que un sujeto desarrolle trabajos o profesiones que, a causa de su actividad, estén en grado de crear un riesgo grave de propagación de la afección que padece⁸⁶. Como tal, es claro que semejante limitación puede entrar en conflicto con los derechos a la libertad de elección de profesión u oficio, así como a la libertad de empresa, consagrados en los arts. 35.1 y 38 de la CE, respectivamente.

e) Por otra parte, juntamente con las medidas que acaban de mentarse y que pueden ampararse perfectamente en la cobertura normativa que ofrece la LOMESP, cabe aludir, en fin, a la existencia de otras medidas que están dispersas en el amplio espectro de normas que abraza el campo de la salud colectiva o que, sin guardar una conexión central con la salud pública, tienen alguna incidencia puntual en esta materia. Es el caso, por ejemplo, de la autopsia practicada a los pacientes fallecidos fuera de los hospitales —o en los casos en que la autopsia suponga la desfiguración manifiesta del cadáver— cuando exista un interés relevante para la salud pública⁸⁷.

En relación con todas estas medidas, importa señalar, para concluir, que no siempre será precisa la autorización o ratificación judiciales en los términos que ya vimos. Sólo cuando deba menoscabarse o sacrificarse algún derecho fundamental. Pero ello no quita, eso sí, que a la hora de movilizar estos instrumentos la Administración deba sopesar y valorar el carácter excepcional —o de *ultima ratio*— que, en tanto que medidas ablatorias personales, éstas poseen.

III. Las medidas ablatorias que inciden sobre los animales

1. Consideraciones iniciales

La importancia de los animales como potenciales agentes de riesgo para la salud colectiva determina que en no pocas ocasiones la Administración deba actuar sobre

86 Recuerdo ahora la prohibición que fija la base duodécima de la LBSN con respecto a los leprosos: «se prohibirá a los leprosos el ejercicio de profesiones o trabajos en que pueda existir la posibilidad de transmisión de la dolencia». Aunque se trata de una cautela superada por el tiempo, téngase presente que el debate sobre el ejercicio de ciertas profesiones por sujetos considerados de riesgo para la salud pública se ha trasladado a otras enfermedades como es el caso del sida.

87 Véase el art. 5.3 del RD 2230/1982, de 18 de junio, que desarrolla la Ley 29/1980, de 21 de junio, reguladora de las autopsias clínicas.

los mismos a fin de atajar o acaso contener la amenaza que los mismos representan⁸⁸.

Hubo ocasión de apuntar más arriba la presencia de múltiples lazos que vinculan de modo muy estrecho la suerte de la salud humana con el desarrollo de la sanidad animal. Para comenzar porque no son pocas las enfermedades que afectan a los animales y que pueden transmitirse al hombre: ahí están la rabia, la triquinosis, la brucelosis o la tuberculosis, por citar algunos ejemplos corrientes⁸⁹. Y no sólo eso. A estas enfermedades hay que sumar los ataques víricos de origen animal, los cuales, de manera más o menos episódica, han generado en nuestro tiempo estragos entre la población humana. De ello sobran, por desgracia, los ejemplos: el virus *Hanta*, proveniente de los roedores; el virus *Marburg*, originario de los monos; el virus *Ébola*, del que todavía no ha podido identificarse con seguridad el concreto animal originario; el virus *Nipah*, procedente del murciélago; el propio virus del *Sida* (síndrome de inmunodeficiencia adquirida), que se cree proviene de los chimpancés; y, últimamente, el *SARS* (síndrome respiratorio agudo severo), causante de la muerte de más de 800 personas y del que se sospecha pudo tener su embrión inicial en la civeta⁹⁰; o la más reciente «gripe del pollo», asociada, como su mismo nombre indica, a los pollos⁹¹. Como se ve, el «salto entre espe-

cies» debe ser motivo de preocupación en lo que atañe a la salvaguarda de la salud colectiva.

Por si fuera poco, ciertos riesgos asociados a los animales se han manifestado a través de la cadena alimentaria, por lo que no sólo los animales, sino aun los productos de origen animal destinados al consumo, se han convertido en preocupantes factores de riesgo para la salud colectiva. El caso más emblemático se cifra, como se habrá intuido, en la crisis de las «vacas locas»⁹². Pero

casos confirmados en Corea del Sur y, con posterioridad, en otros países del entorno geográfico como Vietnam y Tailandia. En febrero de 2004, la enfermedad se había propagado ya por diez países asiáticos, entre ellos China.

Como su nombre apunta, la gripe del pollo constituye una variante de la gripe que es transmitida al hombre desde las aves. El principal temor que, sin embargo, suscita esta enfermedad no radica tanto en su capacidad mortífera —aunque en algunos casos ha provocado la muerte, se trata de una enfermedad que posee un tratamiento efectivo—, sino en la posibilidad de que el virus que transporta esta gripe aviar pueda llegar a cruzarse con cualquier virus de la gripe común humana y crear así un híbrido que podría causar una pandemia de efectos tan devastadores como la trágica «gripe española» de 1918, con millones de muertos en todo el planeta.

Para frenar a toda costa el avance de esta enfermedad, la principal medida impuesta ha sido el sacrificio masivo de millones de aves —pollos en especial— en los países afectados.

De nuevo, bueno será remitir al lector para obtener más información a los estudios realizados por la OMS: http://www.who.int/csr/disease/avian_influenza/en.

⁹² *La llamada crisis de las «vacas locas» constituye una de las amenazas sanitarias que más repercusión ha tenido en Europa en los últimos años. El punto de partida de esta crisis acostumbra a situarse en marzo de 1996, cuando las autoridades británicas alertaron de que la explicación o causa más probable de la aparición de una nueva variante de la enfermedad Creutzfeldt-Jacob (nv-ECJ, en argot técnico) en diversos pacientes podía estar ligada a la fuerte propagación de la encefalopatía espongiiforme bovina (EEB) que, por aquel entonces, constituía en el Reino Unido una epidemia de grandes dimensiones.*

La encefalopatía espongiiforme bovina pertenece a la familia de las encefalopatías espongiiformes transmisibles de las que históricamente ya se habían descrito algunas variantes como la «tembladera» que afecta a los ovinos y a los caprinos —y de la que se tiene constancia desde muy antiguo (fue descrita en 1732)—, así como algunas afecciones que padecen el visón, el gato y algunos animales salvajes en cautividad. No se tenía constancia, sin embargo, de su incidencia sobre el ganado vacuno hasta que en 1986 se describió y confirmó el primer caso en el Reino Unido. A partir de ese momento, la enfermedad se fue extendiendo en aquel país alcanzando dimensiones alarmantes. Se calcula así que entre noviembre de 1986 y mayo de 1996 más de 160.000 casos de esta enfermedad fueron confirmados en la cabaña ganadera vacuna del Reino Unido.

Por su parte, la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob (ECJ) es una enfermedad neurológica mortal y actualmente incurable que pertenece a la familia de las encefalopatías espongiiformes humanas. Fue descrita por primera vez en 1920-1921 y presenta dos modalidades: la ECJ clásica y la recién descubierta nv-ECJ. Esta nueva variante (nv-ECJ) se caracteriza, frente a la ECJ clásica, por los siguientes extremos: a) de entrada, por una evolución relativamente larga con un término medio de 13 meses en lugar de los 4 a 6 meses que presenta la modalidad clásica; b) se da también la circunstancia de que afecta a adultos jóvenes de edad comprendida entre los 19 y 41 años a diferencia de la ECJ clásica que afecta casi siempre a personas mayores de 60 años; c) y, en fin, se ha destacado también que la nv-ECJ presenta signos clínicos y lesiones del sistema nervioso central distintos.

⁸⁸ *Aunque, como veremos, la preocupación por la sanidad animal ha experimentado en los últimos años un crecimiento muy notable en lo que atañe a su incidencia sobre la salud pública, el caso es que desde muy atrás se ha venido controlando y vigilando la incidencia de los animales en la salud de las personas.*

⁸⁹ *Pero hay muchos más: el muermo, el carbunco bacteridiano, entre otros de una larga lista.*

⁹⁰ *El Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SARS), más conocido comúnmente como «neumonía atípica o asiática», constituye una enfermedad contagiosa de origen vírico detectada por primera vez en noviembre de 2002 en la provincia de Guangdong (China). La alarma sobre esta enfermedad se originó en marzo de 2003, cuando la Organización Mundial de la Salud notificó una Alerta Sanitaria Mundial motivada por la extensión de la enfermedad hacia países vecinos y, más tarde, a otros continentes. A finales de 2003, la enfermedad se había cobrado la muerte de más de setecientas personas y contagiado a unas ocho mil en todo el mundo, siendo la tasa promedio de mortalidad global cercana al once por ciento.*

Los estudios más recientes han confirmado que se trata de una afección provocada por un corona virus desconocido hasta el momento. En cuanto a la forma de transmisión, se cree que la propagación se efectúa por vía de inhalación, aunque todavía existen muchas dudas al respecto. Sí parece confirmada en cualquier caso la hipótesis que apunta a la existencia de un claro portador de origen animal: la civeta, un pequeño mamífero silvestre, similar al tejón, cuya carne es muy apreciada en China y que ya ha sido objeto de un sacrificio masivo.

Para profundizar en estos extremos, en constante evolución, acúdase a los trabajos desarrollados bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/csr/sars/en>.

⁹¹ *La alerta por la «gripe del pollo», a veces denominada «gripe aviar», cobró actualidad en diciembre de 2003 a raíz de la aparición de ciertos*

no faltan otros episodios tal vez menos llamativos como las intoxicaciones por dioxina en alimentos de origen animal⁹³. De esta suerte, el interés por la incidencia de los animales en la salud humana, que de antiguo se centraba básicamente en el contagio de enfermedades, se ha extendido últimamente a la seguridad alimentaria. El mismo concepto de *zoonosis*, utilizado para referir los riesgos sobre la salud humana de origen animal y tradicionalmente asociado a la transmisión de forma natural de enfermedades e infecciones desde el animal al hombre⁹⁴, ha tenido que evolucionar para acoger en su radio de acción a los riesgos procedentes de los productos de origen animal. En esta línea transitan ya, por lo demás, las definiciones normativas que de la zoonosis pueden verse en nuestra legislación. Como la que se contenía en el *Reglamento de protección contra determinadas zoonosis*, a cuya virtud las zoonosis son «las enfermedades y/o infecciones e infestaciones que puedan transmitirse de forma natural de los animales o sus productos, al hombre»⁹⁵. O la que aparece hoy en la *Ley de Sanidad Animal*, donde de forma deliberada se ofrece una noción muy amplia, comprensiva de cualquier «enfermedad que se transmite de los animales al hombre, y viceversa, de una forma directa o indirecta»⁹⁶.

Amplia información —expuesta, además, de manera muy entendedora— sobre esta enfermedad y, en general, sobre la crisis de las «vacas locas» puede encontrarse en la dirección web de la Comisión europea: http://europa.eu.int/comm/food/fs/bse/index_fr.html. Véase en especial el Vademécum sobre la Encefalopatía Espongiforme Bovina, 3ª edición, 1998. Con el ánimo de contribuir a la correcta difusión de información fidedigna sobre este particular, el Gobierno español creó una página web dedicada ex professo a esta cuestión y en la que también puede encontrarse una gran cantidad de datos de interés: <http://www.eeb.es>

⁹³ Recuérdese la llamada crisis de los «pollos belgas», acaecida en mayo de 1999. Las autoridades belgas se vieron obligadas a retirar del mercado un gran número de pollos y huevos como consecuencia de la detección de elevadas concentraciones de dioxinas en ciertos animales alimentados con un tipo de pienso contaminado.

⁹⁴ Así aparece definido en el Diccionario de la Lengua Española, con arreglo al cual por zoonosis debe entenderse aquella «enfermedad o infección que se da en los animales y que es transmisible al hombre en condiciones naturales».

⁹⁵ Véase el art. 2, a) del RD 2491/1994, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas de protección contra determinadas zoonosis y determinados agentes productores de zoonosis en animales y productos de origen animal, a fin de evitar el brote de infecciones e intoxicaciones procedentes de los alimentos. Téngase en cuenta que este RD ha sido derogado por el RD 1940/2004, de 27 de septiembre, sobre la vigilancia de las zoonosis y los agentes zoonóticos.

⁹⁶ Véase el art. 3.32 de la LSA. Esta definición se aproxima mucho, por lo demás, a la contenida en la Directiva sobre la vigilancia de las zoonosis (Directiva 2003/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre la vigilancia de las zoonosis y los agentes zoonóticos y por la que se modifica la Decisión 90/424/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 92/117/CEE del Consejo), en la que se define la

El resultado de todo ello es claro en el sentido de que la función de protección de la salud colectiva no puede dejar de prestar en la actualidad una atención muy destacada a los determinantes vinculados de cualquier forma, directa o indirecta, a los animales⁹⁷.

Esto sentado, es también llano que, para cumplir eficazmente este cometido, la Administración se verá obligada a extremar su vigilancia en este campo y, allí donde la zoonosis despunte, deberá movilizar las medidas ablatórias que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para contener su proyección sobre la población humana. Entre ellas, la imposición de períodos de observación o cuarentena, la orden de inmovilizar partidas de ganado, la obligación de llevar a cabo distintos tratamientos sanitarios, y así siguiendo hasta llegar a la medida más drástica: el sacrificio forzoso de animales.

La relación de todas las medidas que cabe aplicar sobre los animales por riesgo de zoonosis no aparece recogida en la LGS —ni tampoco en la LOMESP—⁹⁸. Ha de buscarse, en cambio, en la normativa propia de la sanidad animal. Un sector éste que ha experimentado una reciente renovación legislativa de la mano de la *Ley de Sanidad Animal*, aprobada en 2003⁹⁹, y que ha venido a ocupar el lugar de la envejecida *Ley de Epizootias* de 1952¹⁰⁰. En

zoonosis como «cualquier enfermedad o infección transmisible de manera natural entre los animales y las personas, directa o indirectamente» (art. 2.2, a).

⁹⁷ Hay al respecto un sentir generalizado en el seno de la Unión Europea. Episodios como la tantas veces aludida crisis de las «vacas locas» han elevado a un primer plano la preocupación por la vigilancia de las zoonosis y su transmisión vía alimentaria, impulsando la mejora de todos los mecanismos disponibles para controlar y evitar cualquier riesgo de este tipo.

⁹⁸ Que la LGS no preste una especial atención a la sanidad animal y, en este sentido, que no incorpore un catálogo mínimo de medidas a adoptar para preservar la salud pública de los riesgos de origen animal no significa, sin embargo, que el legislador no fuese consciente ya en aquel momento de la importancia del factor animal sobre la salud de la colectividad. Así, el art. 8.2 señala, de forma bien expresiva, que «se considera actividad básica del sistema sanitario la que pueda incidir sobre el ámbito propio de la veterinaria de salud pública en relación con el control de higiene, la tecnología y la investigación alimentarias, así como la prevención y lucha contra la zoonosis y las técnicas necesarias para la evitación de riesgos en el hombre debidos a la vida animal o a sus enfermedades» (la cursiva es mía).

⁹⁹ Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal.

¹⁰⁰ La preocupación por la transmisión de enfermedades de los animales al hombre ha estado presente de antiguo en nuestra legislación de epizootias. Así, en la Ley de Epizootias de 18 de diciembre de 1914 ya se prevenían algunas medidas conducentes a evitar el contagio al hombre de las enfermedades de los ganados y animales domésticos. Estas previsiones fueron desarrolladas por el RD de 15 de mayo de 1917, por el que se aprobó el Reglamento para prevenir la transmisión de enfermedades de los animales al hombre. Las enfermedades que eran objeto de atención por aquel entonces eran la rabia, el carbunco bacteridiano, la tubercu-

esta nueva Ley de Sanidad Animal se dedica justamente un Título específico (concretamente, el II, arts. 7 a 35¹⁰¹) a la *Prevención, lucha, control y erradicación de enfermedades de los animales*, en el que encuentran respaldo normativo muchas de las actuaciones de la Administración antes referidas.

Pero además de la LSA, a la hora de conformar el instrumental de que dispondrá la Administración en su labor de policía ablatoria, es preciso significar que la misma ha de ser completada a estos efectos desde una triple óptica:

a) Por lo pronto, hay que tener presente que en tanto no se dicte un Reglamento de ejecución de la Ley de Sanidad Animal, siguen vigentes, con carácter transitorio, las normas del viejo Reglamento de Epizootias de 1955¹⁰²; previsiones que, eso sí, habrán de interpretarse con arreglo a las nuevas coordenadas y líneas articulares fijadas por la LSA.

b) Asimismo, es importante no perder de vista que la sanidad animal constituye un sector muy intervenido por la normativa comunitaria. Hay al respecto un acervo de normativa europea extraordinariamente amplio y, sobre ello, de enorme relevancia. En especial, hay que referirse aquí, por su importancia a los efectos de este estudio, a dos ámbitos con destacada presencia del legislador comunitario: de un lado, la regulación de la policía veterinaria fronteriza, con la *Directiva relativa a los controles veterinarios y zootécnicos aplicables en los intercambios intracomunitarios* de 1990¹⁰³ a la cabeza. De otro, el estable-

cimiento de medidas de prevención contra ciertas zoonosis; ámbito en el cual se situaba la *Directiva relativa a las medidas de protección contra determinadas zoonosis* de 1992¹⁰⁴, recientemente derogada por la *Directiva sobre la vigilancia de las zoonosis* de 2003¹⁰⁵. Aunque, por lo que respecta a este último ámbito, conviene precisar que, más que técnicas de perfil ablatorio, las medidas de protección que se contemplan se centran fundamentalmente en la vigilancia epidemiológica y, por ende, se encuadran en el marco de las técnicas de información¹⁰⁶.

Significa lo anterior, ni más ni menos, que algunas de las medidas ablatorias que puede adoptar la Administración española en el campo de la sanidad animal no pueden interpretarse en clave exclusivamente interna —a la vista de lo dispuesto únicamente por nuestras previsiones patrias— y han de ser contempladas por el contrario en clave comunitaria. El caso más emblemático se encuentra, sin duda, en las prohibiciones de importación o de entrada de ganado o productos animales en territorio español, así como, en general, en las medidas que supongan un obstáculo o una restricción a la circulación intracomunitaria de animales, medidas cuya utilización está condicionada hoy a lo dispuesto por la normativa europea.

c) Por último, es importante tener en cuenta que el cuadro general de medidas ablatorias puesto a punto en la LSA —y en la normativa que la complementa, tanto el Reglamento de Epizootias como la normativa comunitaria que acaba de ser referida— suele encontrar un desarrollo normativo específico para cada episodio en particular.

losis, el muermo, la fiebre aftosa y la triquinosis. Aunque se dejaba la puerta abierta al posible descubrimiento por la Ciencia de nuevas zoonosis.

El testigo de esta regulación fue retomado en los años cincuenta con la aprobación de la Ley de Epizootias de 20 de diciembre de 1952 y el posterior Reglamento de Epizootias (Decreto de 4 de febrero de 1955).

101 Este Título II de la LSA se estructura en cinco capítulos dedicados a las siguientes materias: *Prevención de las enfermedades de los animales* (Capítulo I); *Intercambio con terceros países* (Capítulo II); *Lucha, control y erradicación de enfermedades de los animales* (Capítulo III); *Comité Nacional del Sistema de Alerta Sanitaria Veterinaria* (Capítulo IV); y *Laboratorios* (Capítulo V).

102 Así lo prevé la Disposición transitoria segunda de la LSA: «Hasta tanto se dicten, de acuerdo con lo previsto en esta ley, nuevas disposiciones sobre las materias respectivas, quedan vigentes todas las normas reglamentarias dictadas en materia de sanidad animal, en lo que no se opongan a lo dispuesto en esta ley, y especialmente el Reglamento de la Ley de Epizootias, aprobado mediante Decreto de 4 de febrero de 1955».

103 Directiva 90/425/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativa a los controles veterinarios y zootécnicos aplicables en los intercambios intracomunitarios de determinados animales vivos y productos con vistas a la realización del mercado interior. La transposición de esta Directiva a nuestro Derecho interno fue actuada por medio del RD 1316/1992, de 30 de octubre, por el que se establecen los controles veterinarios y zootécnicos aplicables en los intercambios intracomunitarios de determinados animales vivos y productos con vistas a la realización del mercado interior.

rios de determinados animales vivos y productos con vistas a la realización del mercado interior.

104 Directiva 92/117/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1992, relativa a las medidas de protección contra determinadas zoonosis y determinados agentes productores de zoonosis en animales y productos de origen animal, a fin de evitar el brote de infecciones e intoxicaciones procedentes de los alimentos. Su transposición tomó cuerpo en nuestro país por medio del RD 2491/1994, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas de protección contra determinadas zoonosis y determinados agentes productores de zoonosis en animales y productos de origen animal, a fin de evitar el brote de infecciones e intoxicaciones procedentes de los alimentos.

105 Directiva 2003/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre la vigilancia de las zoonosis y los agentes zoonóticos y por la que se modifica la Decisión 90/424/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 92/117/CEE del Consejo. Su incorporación a nuestro ordenamiento interno se ha hecho efectiva por medio del RD 1940/2004, de 27 de septiembre, sobre la vigilancia de las zoonosis y los agentes zoonóticos.

106 De hecho, en el epígrafe referido a este tipo de técnicas ya se dejó constancia de la incidencia de esta normativa comunitaria en el establecimiento de deberes de comunicar a la Administración Pública ciertas enfermedades de origen animal.

En cualquier caso, esta preocupación por la mejora de los sistemas de recopilación de datos y de vigilancia de las zoonosis resulta bien sintomática de la importancia que en nuestros días posee el asunto de la sanidad animal para la protección de la salud colectiva.

Esto es, viene siendo habitual que la Administración dicte previsiones singulares en el momento de afrontar el brote puntual de un riesgo zoonótico de especial intensidad, estableciendo en tal caso con mucho más detalle qué medidas pueden adoptarse y en qué condiciones. Todo ello en aras de adecuar la respuesta pública a las circunstancias de tiempo, lugar y a la gravedad del riesgo. Así, algunas zoonosis como la encefalopatía espongiforme bovina y su traducción humana en la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob han sido objeto, atendida la preocupación actual que la misma representa, de una normativa *ad hoc* en la que se concretan las medidas a adoptar¹⁰⁷. O también, por citar otro ejemplo, la salmonelosis¹⁰⁸.

Esbozado el panorama normativo en el que habrán de buscarse las habilitaciones normativas precisas, toca pasar revista a las medidas ablatorias más relevantes que la Administración podrá adoptar sobre los animales por razones de salud colectiva, con una especial atención a la que representa su concreción más drástica cual es el sacrificio forzoso. Pero antes de ello, parece conveniente llamar la atención sobre algunos rasgos que con carácter general se infieren de este conjunto de medidas.

2. Algunos rasgos comunes de las medidas ablatorias impuestas sobre los animales

Sin perjuicio de las características singulares que presenta cada medida ablatoria, interesa dejar constancia con carácter previo de algunas consideraciones generales que caracterizan al grupo y que pueden pasar desapercibidas si se efectúa únicamente un examen aislado. Así, desde una óptica de conjunto, quiero significar aquí *cuatro* rasgos comunes:

A. En primer lugar, resulta inexcusable señalar que el tratamiento de las medidas ablatorias aplicables sobre los animales con el fin de proteger la salud humana forma parte de un cuadro normativo más amplio referido, en

¹⁰⁷ Aunque han sido muchas en los últimos años las decisiones y normas comunitarias encuadradas en la lucha contra la encefalopatía espongiforme bovina y su repercusión en la salud humana, en la actualidad, el núcleo esencial de las medidas adoptadas ha de buscarse en el Reglamento (CE) núm. 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles.

¹⁰⁸ En cuanto hace a la salmonelosis y las medidas específicas para combatir esta enfermedad, véase el Reglamento (CE) núm. 2160/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre el control de la salmonela y otros agentes zoonóticos específicos transmitidos por los alimentos, así como el RD 328/2003, de 14 de marzo, por el que se establece y regula el plan sanitario avícola.

términos generales, a las medidas contra las enfermedades de los animales. Asimismo, es de destacar que en este cuadro normativo general las medidas no están clasificadas en función de si su finalidad última es la de preservar la salud humana o animal. Su regulación tiene, en cierta medida, un carácter indiscriminado en el bien entendido de que una misma medida (la cuarentena o el sacrificio forzoso, pongamos por caso) vale tanto para proteger la salud pública como para hacer lo propio con respecto a la salud animal. No existe, por tanto —y esto es lo que importa retener—, un catálogo aplicable en supuestos de epizootias y otro distinto o singular para casos de zoonosis. En la LSA no se encontrará tal distinción. Y tampoco en la normativa comunitaria referente a los controles veterinarios. Sólo en la normativa dictada para las zoonosis en particular pueden encontrarse, lógicamente, previsiones pensadas específicamente en la salvaguarda de la salud colectiva.

B. Esto supuesto, aun cuando no se contemple en la normativa general sobre sanidad animal un capítulo específico de medidas ablatorias aplicables ante el riesgo de zoonosis, es lo cierto que es éste un aspecto que siempre está muy presente, sobre todo como factor que, ante todo, permite justificar cualquier medida de las disponibles para combatir un problema epizootico y que, además, obliga a extremar estas medidas. La zoonosis incorpora así un plus en la puesta en marcha de la policía veterinaria. Si la detección de una enfermedad en un animal aconseja su aislamiento por razones de salud de la cabaña ganadera, con más razón aún si confluyen razones de salud colectiva. Tal es el planteamiento que impregna la normativa sobre salud animal.

C. Es precisamente este plus de gravedad que en sí mismo porta la zoonosis —por estar en juego la salud humana y no sólo la salud animal como es el caso de la epizootia— el hecho que explica el mayor rigor con que se expresa la respuesta de la Administración en estos casos. Es más, tanto en la legislación como en la práctica, cabe notar la tendencia a relajar las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad en razón de que, ante un riesgo para la salud colectiva, suele acudir no pocas veces a la medida más drástica (v.gr. el sacrificio forzoso) sin examinar antes la viabilidad de otras medidas menos gravosas como los tratamientos profilácticos o el aislamiento. Se prefiere el margen de error y las consecuencias en términos de responsabilidad patrimonial que puedan derivarse a cualquier incidencia negativa sobre la población. Como bien dice el refrán popular, *muerto el perro, se acabó la rabia*. Éste es el criterio que guía no pocas

veces la actuación de la Administración en la lucha contra las zoonosis. Por esta misma razón, postulados básicos a la hora de interpretar el uso de medidas ablatorias sobre las personas se relajan en buena medida cuando el destinatario es un animal.

Una circunstancia esta última que, dejando a un lado lo que más adelante se dirá en torno al sacrificio forzoso, requiere aquí alguna consideración crítica. De entrada, no está de más significar que el riesgo de zoonosis no equivale, de forma automática, a un riesgo *grave* para la salud pública. Es evidente que no todas las enfermedades que se incluyen en el término zoonosis poseen la misma potencia lesiva. Algo que debe tenerse muy presente a la hora de seleccionar la medida aplicable para combatir el riesgo.

Por otra parte, y esto se me antoja más importante, aun cuando es incuestionable que, desde un punto de visto axiológico y abstracto, las medidas ablatorias que recaen sobre la propia persona afectan a bienes jurídicos (libertad personal, integridad física...) que están muy por encima de los bienes jurídicos sacrificados en las medidas ablatorias que recaen sobre los animales (propiedad, libertad de empresa...), conviene a veces no obstante reparar en el impacto real, en las repercusiones negativas que, en su conjunto, la medida va a tener sobre el particular. Porque, desde esta óptica resulta que no siempre la medida ablatoria personal representa, cuando menos para el afectado, una respuesta más gravosa que la medida ablatoria que recae sobre los animales. Pretendo significar con ello que también estas últimas medidas pueden llegar a tener una extrema gravedad —aunque sólo sea en términos patrimoniales y no personalísimos— y, en consecuencia, que esta relajación en los principios básicos de las técnicas policiales que se produce en el campo de la sanidad animal —y que resultaría impensable e inadmisibles en el marco de las medidas ablatorias personales— no siempre se compadece bien con la trascendencia real que provoca la decisión a la persona afectada¹⁰⁹.

D. Por último, y en lo concerniente a la faceta organizativa, es oportuno reseñar que la adopción de medidas ablatorias sobre los animales por razones de salud colectiva acostumbra a ser acordada por los órganos pertenecientes al ramo de la agricultura. Al menos, en primera

¹⁰⁹ Es evidente que la imposición por la fuerza de una hospitalización obligatoria a una persona a fin de que sea tratada de una determinada enfermedad transmisible supone una lesión muy grave a sus derechos a la libertad y a la integridad física. Pero no lo es menos que la imposición de un sacrificio sistemático de animales en el marco de la lucha contra una determinada zoonosis puede resultar también una medida de carácter traumático en ciertas personas o en determinados ámbitos rurales.

instancia. Porque, adoptadas las medidas, se prevé luego, según el esquema que viene siendo común en nuestra legislación, la intervención de los órganos competentes en materia de sanidad. Habrá que ponderar no pocas veces, por tanto, la adecuada compenetración de las distintas instancias intervinientes.

Expuestos estos cuatro rasgos básicos, es momento, ahora sí, de dar un repaso a las distintas medidas ablatorias que cabrá poner en práctica para combatir las zoonosis¹¹⁰.

3. Las distintas medidas

A. Limitaciones a la circulación del ganado

En este primer grupo de medidas se agrupan aquellas que tienen en común la producción de alguna limitación a la circulación del ganado en tanto que mercancía. La finalidad fundamental que se pretende con las mismas no es otra que evitar que el riesgo de zoonosis pueda introducirse en España o, ya en nuestro país, que pueda propagarse con facilidad. En esta senda transitan en concreto las prohibiciones o restricciones a la importación de animales, la inmovilización y la fijación de períodos de observación o cuarentena. Veámoslas por separado a continuación.

a) Prohibiciones o restricciones vinculadas a la importación de animales

A fin de proteger a los ciudadanos de un Estado de contraer enfermedades de origen animal provenientes de otros Estados, ha venido siendo habitual, y además desde muy antiguo, que la importación de animales o de productos de origen animal estuviese condicionada por una serie de requisitos sanitarios objeto de inspección y control en los puestos fronterizos. El incumplimiento de estos requisitos o la aparición de sospechas sobre el estado de salud de los animales podía dar lugar a la adopción de diferentes medidas preventivas (inmovilización del animal, fijación de un período de observación, etc.) que, llegado el caso, podían llegar incluso a la prohibición de su introducción en España¹¹¹. Esta prohibición podía acor-

¹¹⁰ Para un estudio detenido de las distintas medidas que integran, en general, la actividad de policía de la Administración en el campo de la sanidad animal puede acudir al libro de Tomás Quintana López, *Derecho veterinario: epizootias y sanidad animal*, Marcial Pons, Madrid, 1993; y al trabajo de Manuel Rebollo Puig, «Sanidad animal», en *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 241 a 271. Últimamente, hay que añadir también el completo estudio realizado por Isabel González Ríos, *Sanidad animal y seguridad alimentaria en los productos de origen animal*, Comares, Granada, 2004.

¹¹¹ Tómense como ejemplo las prohibiciones adoptadas en el contexto de la lucha contra la encefalopatía esponjiforme bovina y la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob. Es el caso de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 30 de abril de 1997, por la que se adoptan medidas cautelares

darse igualmente cuando se tuviese constancia de la aparición de un algún brote en un determinado país o zona geográfica. El cierre de las fronteras constituía en este sentido una medida de prevención de la población ante la irrupción de enfermedades foráneas.

En la actualidad, esta prohibición de importación de animales continúa gozando de una plaza propia en el catálogo de medidas sanitarias. El art. 8.1, *h*) de la LSA hace alusión dentro de las medidas sanitarias de salvaguardia a «la prohibición o limitaciones de la importación o entrada en España, o de salida o exportación del territorio nacional, de animales, productos de origen animal, productos zoonosanitarios y productos para la alimentación animal»¹¹². Sin embargo, la inteligencia de esta medida no puede realizarse a estas alturas sin tomar en consideración las disposiciones comunitarias en la materia.

En efecto, la prohibición de importación de animales, a pesar de su connotación enérgica y de su clara incidencia en las relaciones comerciales internacionales, había venido siendo utilizada de manera frecuente en España y en otros Estados europeos. Y lo que resulta más problemático, en ocasiones arbitrariamente, pues no siempre era la protección de la salubridad colectiva el motivo decisivo para ordenar una prohibición de este signo, ocultándose detrás otros móviles económicos de talante proteccionista.

Lógicamente, es ésta una de las razones que llevaron a la Unión Europea a tratar de limitar en lo posible la adopción de estas prohibiciones de importación en aras de garantizar la paulatina consecución del espacio sin fronteras interiores en que consiste el mercado interior, uno de cuyos pilares se cifra, precisamente, en la libre circulación

de mercancías¹¹³. *Limitación*, ya que no *anulación* radical de esta capacidad. Porque los Estados miembros debían conservar como reducto de su soberanía estatal el poder de ordenar el cierre de sus fronteras a la entrada de animales provenientes de otros Estados miembros allí donde estuviese en peligro la salud de sus respectivas poblaciones —una renuncia a un componente tan primario del orden público nacional como es el de la salubridad pública resultaba, y resulta aún, difícilmente imaginable—. Es por ello que el art. 30 (antiguo art. 36) del TCE contempla todavía hoy la posibilidad de los Estados de acordar, con carácter extraordinario, medidas restrictivas de la importación —en contra, adviértase, de la prohibición general de restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, así como de cualquier medida de efecto equivalente— siempre que sea con el ánimo de proteger la salud de sus ciudadanos.

La posibilidad de acordar esta prohibición de importación se mantiene, pues, en pie. Pero el legislador comunitario ha tratado en cierto modo de sujetarla a través de una serie de mecanismos que en lo sustancial pasan por limitar su vigencia hasta la adopción de una decisión común a escala comunitaria. En esta senda transita la *Directiva relativa a los controles veterinarios*¹¹⁴ y, por derivación, en nuestro país, el RD 1316/1992. Así, con arreglo a esta normativa, los Estados miembros no podrán prohibir la entrada de animales más que como medida provisional, es decir, únicamente de forma transitoria, a la espera de que la Comisión Europea adopte las medidas que estime oportunas y ofrezca garantías sanitarias suficientes. Desde ese preciso instante, las restricciones a la importación acordadas de forma unilateral dejarán de tener cabida.

Siguiendo esta estela, el art. 8 de la LSA, tras reconocer la capacidad de cerrar las fronteras como medida sanitaria para evitar la penetración de zoonosis, se cuida de precisar que, en tales casos, la vigencia de la prohibición tendrá carácter provisional, en tanto la Comisión Europea no adopte las medidas necesarias¹¹⁵.

en las importaciones de animales vivos y productos bovinos procedentes de Suiza; o de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 24 de septiembre de 1998, por la que se adoptan medidas cautelares en las importaciones de productos bovinos procedentes de Portugal.

Más recientemente, aunque esta vez a escala europea, se ha recurrido también a la prohibición de importación como medida de protección frente a la expansión de la «gripe aviar». Así, la Unión Europea, tan pronto fue confirmado el brote de esta enfermedad, decidió suspender la importación de aves de corral —y, como medida de precaución, de otros productos asociados, como los preparados a base de carne de ave de corral— provenientes de diversos países asiáticos afectados por el brote. Véase hoy la Decisión de la Comisión 2004/122/CE, de 6 de febrero, relacionada con las medidas de protección frente a la gripe aviar en determinados países asiáticos

¹¹² Conviene precisar que esta medida sólo puede ser adoptada por la Administración General del Estado. Corolario lógico de la competencia plena del Estado en materia de sanidad exterior (art. 149.1.16ª de la CE).

¹¹³ La libertad de circulación de mercancías aparece recogida en la Tercera Parte del TCE (Políticas de la Comunidad), concretamente en el Título I (Libre circulación de mercancías, arts. 23 a 31).

¹¹⁴ Acúdase al art. 10 de la Directiva núm. 425/90. En este precepto aflora una cláusula de salvaguarda en cuya virtud los Estados de destino o de tránsito que, con ocasión de un control de animales importados de otro Estado, constaten la presencia de una zoonosis que ponga en grave peligro la salud pública podrán adoptar las medidas de prevención que estimen convenientes comunicándolo de inmediato a los restantes Estados miembros y a la Comisión.

¹¹⁵ Como establece el art. 8.2 de la LSA:

Por otra parte, es importante destacar también que la normativa comunitaria ha motivado una profunda transformación de la vigilancia veterinaria que tradicionalmente se llevaba a cabo en los puestos fronterizos. No en vano, la referida *Directiva relativa a los controles veterinarios* supuso, entre otros extremos, la supresión de los controles veterinarios en frontera y la correlativa confianza depositada en las garantías o controles de origen¹¹⁶.

b) La inmovilización de animales

Juntamente con las prohibiciones vinculadas a la importación, la Administración cuenta también con la posibilidad de ordenar la inmovilización de una partida de animales cuando, a raíz de un control o de una investigación, detecte o sospeche de la existencia de algún riesgo de zoonosis. Esta decisión de inmovilización puede hacerse extensiva a la explotación en la que tales animales se encuentren, prohibiendo la entrada y salida de reses en la misma, salvo para su sacrificio inmediato u otros destinos admitidos. E incluso cabe ampliar la medida al conjunto de explotaciones o granjas de una concreta área geográfica, suspendiendo la expedición de documentos de transporte con origen o destino a dicha área. El fundamento normativo para este tipo de decisiones ablatorias se encuentra, con carácter general, en el art. 8.1, a) de la LSA¹¹⁷. Y también la normativa comunitaria autoriza este tipo de medidas¹¹⁸.

«En caso de que dichas medidas afecten o se refieran a un Estado miembro de la Unión Europea y, en su caso, a terceros países, en especial la prohibición de la entrada en España de determinados animales o productos de origen animal, se solicitará previamente a la Comisión Europea la adopción de las medidas que fueran necesarias. Hasta que se adopten por la Comisión Europea las medidas o decisión correspondientes, podrán establecerse provisionalmente las que se consideren imprescindibles».

116 Se mantienen, eso sí, estos controles para el caso de comercio con países terceros. Al respecto véanse las previsiones contenidas en el Capítulo II (Intercambio con terceros países, arts. 12 a 15) del Título II de la LSA.

117 En dicho precepto se contempla la «prohibición cautelar del movimiento y transporte de animales y productos de origen animal o subproductos de explotación, en una zona o territorio determinados o en todo el territorio nacional, prohibición cautelar de la entrada o salida de aquéllos en explotaciones, o su inmovilización cautelar en lugares o instalaciones determinados».

118 Así, art. 8.1, a) de la Directiva núm. 425/1990. Según previene el mismo:

«Si al efectuar un control en el lugar de destino del envío o durante el transporte, las autoridades competentes de un Estado miembro constatan la presencia de agentes causantes de una enfermedad contemplada por la Directiva 82/894/CEE, modificada en último término por la Decisión 90/134/CEE de la Comisión, de una zoonosis, de una enfermedad o de cualquier causa que pueda constituir un peligro grave para los animales o para el hombre, o que los productos proceden de una región contaminada por una enfermedad epizootica, ordenarán la cuarentena del animal o de

c) La fijación de períodos de observación o cuarentena

El establecimiento de períodos de observación en un centro de cuarentena a fin de analizar la evolución de una determinada afección detectada en una partida de ganado constituye, en fin, otra de las medidas de que puede servirse la Administración para proteger la salud colectiva restringiendo la circulación de mercancías. La apoyatura normativa de esta decisión de cuarentena puede encontrarse nuevamente con carácter general en el art. 8.1, a) de la LSA, así como en la Directiva europea relativa a los controles veterinarios¹¹⁹.

B. El sacrificio de animales por razones de salud colectiva

a) La utilización del sacrificio como medio para atajar riesgos para la salud colectiva: sus rasgos característicos

En ciertos supuestos, el riesgo que representa el animal en términos de salud colectiva puede hacer aconsejable la decisión de proceder a su sacrificio como medida para evitar el contagio o la propagación de la enfermedad. En el marco de la crisis de las «vacas locas», por ejemplo, se decidió acudir al sacrificio de los animales sospechosos —y posterior destrucción de los restos— como medida para combatir la progresión de la encefalopatía espongiforme bovina y, a su través, la transmisión, vía alimentaria, de la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob a la población. Idéntico remedio se ha dispuesto en otros casos recientes (neumonía asiática, gripe aviar, dioxina de los pollos, etc.) a los que nos referiremos más adelante.

Pero no se piense en modo alguno que el sacrificio obligatorio es una medida nueva. Esta medida de sacrificio aparecía ya prevista en la vieja Ley de Epizootias de 1952 para aquellos supuestos relativos a «enfermedades infectocontagiosas de carácter exótico y de acusada gravedad o gran poder difusivo»¹²⁰; previsión que sería luego desarrollada, en 1955, por el Reglamento de Epizootias, el cual se encargó de concretar algunas de las enfermedades que podían ser erradicadas mediante el sacrificio (entre ellas, la rabia, el muermo, la durina o la brucelosis), así

la partida de animales en el centro de cuarentena más cercano o su sacrificio y/o su destrucción»

119 Acúdase al art. 8.1, a) de la Directiva núm. 425/1990, transcrito en la nota anterior.

120 El art. 9 de la Ley de Epizootias de 20 de diciembre de 1952 rezaba así: «serán objeto de medidas sanitarias radicales y urgentes, con sacrificio obligatorio de los animales atacados, aquellas enfermedades infectocontagiosas de carácter exótico y de acusada gravedad o gran poder difusivo».

como de fijar algunas normas de desarrollo acerca del modo de llevar a cabo dicho sacrificio y sobre las autoridades que habrían de intervenir¹²¹.

En la actualidad, el sacrificio de animales continúa ocupando una plaza propia y destacada en el inventario de medidas que se recoge tanto en la normativa europea como nacional. En cuanto hace a la primera, la Directiva que ordena los controles veterinarios (Directiva núm. 425/90, anteriormente reseñada) previene que si un Estado, con ocasión de un control en el lugar de origen o durante el transporte, detecta animales atacados por ciertas enfermedades podrá ordenar, entre otras medidas, su sacrificio. Entre tales enfermedades se incluyen las zoonosis y, en general, cualquier enfermedad o causa «que pueda constituir un peligro grave para el hombre»¹²². Esta facultad de ordenar el sacrificio ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quien, además, se ha encargado de precisar que corresponderá al Estado no sólo la decisión de ordenar el sacrificio, sino aun el concreto desarrollo de las operaciones a través de las cuales el mismo se haga efectivo¹²³.

De igual forma, nuestra normativa interna recoge también el sacrificio como medida característica de la lucha contra las epizootias y las zoonosis ligadas a la cabaña ganadera. Es más, la actual LSA, supuesta la importancia de esta medida, no se limita a enunciar su aplicabilidad como medida sanitaria de salvaguarda (art. 8.1, b), sino que, sobre ello, incorpora una regulación específica al respecto en sus arts. 20 y 21.

Por lo demás, estas previsiones generales se completan en ocasiones con normas de carácter sectorial, referidas a alguna zoonosis en particular o a la aparición puntual de algún riesgo sanitario, que facultan a la Administración, cuando no se lo imponen de modo tajante, el sacrificio de animales como medida de protección de la salud colectiva. Pienso ahora, por ejemplo, en el caso de las encefalopatías espongiformes transmisibles¹²⁴.

¹²¹ En términos generales, el sacrificio forzoso estaba regulado en el Capítulo XIV (Sacrificio obligatorio, arts. 146 a 156), integrado en el Título II (Lucha contra las epizootias. Medidas sanitarias de carácter general). Estas previsiones tenían carácter general y debían completarse para cada enfermedad con las disposiciones particulares del Título V (Medidas sanitarias especiales aplicables a cada enfermedad).

¹²² Art. 8.1, a) de la Directiva núm. 425/1990.

¹²³ Así lo tiene establecido en su sentencia de 8 de enero de 2002, Denkvit Nederland, C-507/99, apartados 37 y 38.

¹²⁴ Véase el art. 12 del Reglamento (CE) núm. 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen

Hay, pues, como se ve, un sostén normativo sólido que da cobertura legal a la puesta en práctica de esta medida de sacrificio. Esto sentado, es momento de tratar de perfilar cuáles son los rasgos característicos de esta medida; rasgos que, a mi modo de ver, pueden reconducirse a los cuatro aspectos que siguen:

a) Se trata, en primer término, de una medida de contenido drástico pues supone, ni más ni menos, la liquidación de un animal. A pesar de la gravedad de tal medida, ello no ha supuesto por lo común un obstáculo para su puesta en práctica ni dentro ni fuera de nuestras fronteras. A la vista están episodios cercanos en el tiempo como el masivo sacrificio impuesto para combatir la progresión de la encefalopatía espongiforme bovina y, por ende, de la enfermedad Creutzfeldt-Jacob, especialmente en el Reino Unido; el sacrificio, también masivo, de civetas en orden a frenar la expansión de la «neumonía asiática» en el sudeste asiático, principalmente en China; o de millones de aves (pollos y patos, en particular) como medida para combatir el avance de la «gripe del pollo» en Vietnam y Tailandia. La explicación de esta razón puede obtenerse en primer lugar si se repara en la circunstancia de que, si bien es una medida drástica, es también una medida altamente eficaz en el sentido de que elimina de raíz el riesgo de transmisión. Algo que recobra especial importancia en el caso, que es el aquí interesa, de que esté en juego la salud humana.

b) En perfecta sintonía con lo anterior, la actual normativa admite la utilización del sacrificio obligatorio con un supuesto de hecho decididamente amplio. El art. 20.1 de la LSA señala así que «tanto en fase de sospecha, como una vez confirmado el diagnóstico de la enfermedad, por la autoridad competente de que se trate podrá establecerse el sacrificio obligatorio de los animales sospechosos, enfermos, que corran el riesgo de ser afectados, o respecto de los que así sea preciso como resultado de encuestas epidemiológicas, como medida para preservar de la enfermedad y cuando se trate de una enfermedad de alta difusión y de difícil control, o cuando así se estime necesario». Como se ve, el tenor literal de este precepto — ciertamente alambicado por otra parte— no expresa, o no acierta a expresar a mi juicio, el carácter excepcional de esta medida de sacrificio. Antes al contrario, legitima su procedencia no sólo a la hora de hacer frente a enferme-

disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles, con arreglo al cual deberán sacrificarse los animales sospechosos cuando la autoridad competente no pueda descartar la posibilidad de su infección por encefalopatía espongiforme transmisible.

dades de alta difusión y difícil control, sino también «cuando así se estime necesario», sin más. Ni que decir tiene que esta última coletilla presta a la norma una hecchura muy amplia en cuanto a su aplicación. Es más, la activación de la medida de sacrificio podrá tener lugar cuando el riesgo de zoonosis se haya concretado («una vez confirmado el diagnóstico de la enfermedad») y, también, en línea directa con los postulados del principio de precaución, cuando se den simplemente sospechas fundadas del mismo («en fase de sospecha»).

Juntamente a esta notable amplitud del supuesto de hecho que da cobertura a la orden de sacrificio, hay que notar que también el objeto sobre el que podrá recaer este sacrificio se define en términos muy abiertos. En efecto, cabrá imponerlo no sólo sobre los animales enfermos, sino también sobre los que sean sospechosos o corran el riesgo de estar afectados.

El sacrificio obligatorio es, en resolución, un instrumento cuya utilización cede el legislador a la Administración en términos muy generosos¹²⁵. Lo cual no deja de ser chocante habida cuenta de la naturaleza tan drástica de este mecanismo.

c) Por otra parte, es de notar que la LSA no descende a regular, como es lógico, los pormenores que atañen al

125 En esta misma línea de «generosidad» se mueven muchos pronunciamientos judiciales a la hora de fiscalizar la legalidad de las órdenes de sacrificio dictadas por la Administración. En realidad, si se analiza el grueso de la jurisprudencia que versa sobre los sacrificios forzados de animales, no tardará en constatarse cómo la preocupación central de los órganos jurisdiccionales no se contrae tanto a fiscalizar si concurrían los presupuestos necesarios para ordenar una medida de este signo —extremo en el que se aprecia una amplia elasticidad—, sino más bien a dilucidar los problemas relativos a la indemnización del particular afectado.

Para evidenciar esta laxitud en la apreciación de las circunstancias que motivan una medida de sacrificio, permítaseme referir una sentencia particularmente ilustrativa: la STSJ de Extremadura núm. 232/2000, de 17 de febrero (RJCA 2000, 375). Se dilucidaba en este caso la demanda presentada por un particular a quien se habían sacrificado cuatro terneros de su explotación por sospechar la Administración que los mismos podían estar atacados de una encefalopatía espongiforme bovina. El dato chocante es, no obstante, que esta sospecha no derivaba de síntomas fisiológicos, sino del hecho de que dichos terneros carecían de su crotal identificativo y de que existía una denuncia que apuntaba su posible procedencia de Portugal —país de riesgo en aquel entonces—. El Tribunal Superior de Justicia consideró que la decisión de la Administración estaba por ello ajustada a Derecho —dando entrada en su argumentación, por cierto, al principio de precaución— y, además, rechazó la pretensión resarcitoria del propietario al entender que había incumplido las normas sanitarias, razón por la cual el sacrificio dejaba de ser indemnizable. Un supuesto muy similar fue objeto de la STSJ de Extremadura núm. 1796/2000, de 13 de diciembre (JUR 2001, 70127).

También el Tribunal Superior de Cataluña avaló la legalidad de las decisiones de sacrificio de reses bovinas de origen desconocido como «cautela» para combatir la encefalopatía espongiforme bovina. Véanse las SSTSJ de Cataluña núm. 1462/2002, de 31 de octubre (JUR 2003, 61309) y núm. 1715/2002, de 5 de diciembre (JUR 2003, 101411).

desarrollo del sacrificio (lugar, momento y modo¹²⁶), por lo que para resolver estas cuestiones habrá que estar a lo dispuesto reglamentariamente. Sí conviene, en todo caso, significar aquí que el sacrificio no debe confundirse con la destrucción del animal. La orden de sacrificio supone, únicamente, la muerte del animal. Habrá que concretar después el posterior destino del animal sacrificado¹²⁷.

La reunión de los tres aspectos que acaban de ser descritos permite hacerse una idea de los rasgos más destacados que posee el sacrificio de animales como fórmula de protección de la salud colectiva. Sin embargo, a los mentados es preciso unir un último extremo que, por su relevancia y complejidad, merece una atención singular. Me refiero al régimen de indemnización que acompaña al sacrificio de animales, esto es, a la necesidad de elucidar si existe o no una obligación a cargo de la Administración y, en su caso, bajo qué concepto, de indemnizar al ciudadano afectado por la medida de sacrificio de sus animales.

b) En particular, la compleja inteligencia de la indemnización al particular por el sacrificio de animales

La indemnización que sigue al sacrificio de animales por razones sanitarias o, en su caso, de protección de la cabaña ganadera, constituye, en efecto, uno de los rasgos más sobresalientes de esta medida y, también, hay que decirlo, uno de los puntos que ha generado mayor conflictividad en su aplicación¹²⁸.

126 Sólo con respecto al lugar señala el art. 20.2 de la LSA la necesidad de que el sacrificio se lleve cabo en mataderos o instalaciones autorizadas, aunque deja abierta la posibilidad de que se practique in situ cuando exista riesgo de difusión de la enfermedad.

127 A este respecto, acúdase al RD 2224/1993, de 17 de diciembre, sobre normas sanitarias de eliminación y transformación de animales muertos y desperdicios de origen animal y protección frente a agentes patógenos en piensos de origen animal.

128 Como se verá, no son pocas las sentencias que han tenido que ocuparse de las demandas interpuestas contra las órdenes de sacrificio obligatorio de animales y, en particular, contra la negativa a indemnizar las reses sacrificadas o a hacerlo a unos precios mínimos. Esta circunstancia, aparte de denotar el impacto que esta medida posee en el sector ganadero, especialmente cuando se adopta con carácter masivo, sirve en ocasiones para evidenciar también la picaresca de los ganaderos a la hora de cumplir las órdenes de sacrificio forzoso. Así me lo pareció, por ejemplo, el supuesto fallado en la STJCE de 8 de enero de 2002, Denavit Nederland, C-507/99. Se cuestionaba en este pleito la competencia del propietario para determinar el momento del sacrificio ordenado sobre sus reses. La razón es simple si se tiene en cuenta que la indemnización a obtener por dicho sacrificio se calculaba sobre la base del peso del animal: a mayor peso, mayor indemnización. Por esta razón, el demandante reclamaba poder escoger el momento del sacrificio para cebar al máximo su ganado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estimó, sin embargo, que debía ser la Administración quien determinase este extremo a la luz de las exigencias de salud pública que condujeron a la medida de sacrificio.

Por otra parte, observará el lector que a la hora de exponer el estado de la jurisprudencia en esta materia se entremezclarán sentencias prove-

La anterior Ley de Epizootias de 1952 establecía a estos efectos que «cuando se disponga el sacrificio de animales atacados de enfermedades infectocontagiosas se indemnizará al dueño de los mismos con arreglo a las normas reglamentarias dictadas al efecto». La redacción dada al tenor de la norma no dejaba lugar a dudas, al menos según una interpretación literal, de que la indemnización constituía una consecuencia obligada —y no potestativa— para la Administración («indemnizará» rezaba el dictado del art. 19). El Reglamento de Epizootias de 1955 se encargó de desarrollar esta previsión en el sentido no tanto de aclarar si la indemnización debía considerarse obligatoria o no —aspecto que parece asumirse, salvo para algunas enfermedades como la rabia en las que se negaba expresamente cualquier indemnización—, sino más bien de fijar el modo a través del cual habría de hacerse efectiva la misma. En concreto, el sistema adoptado pasaba por efectuar una tasación de los animales —a la que concurrían el veterinario, el dueño de los animales y un representante del Servicio Provincial de Ganadería— y por aplicar un porcentaje, en función de una serie de criterios, al valor establecido para así calcular el montante de la indemnización¹²⁹.

La vigente LSA es en buena medida tributaria de esta misma concepción. El art. 21 establece que el sacrificio forzoso de animales vendrá seguido de la «correspondiente indemnización»; indemnización que, eso sí, quedará en función de los baremos que se aprueben oficialmente y de la forma y condiciones fijados reglamentariamente¹³⁰. *Prima facie*, el tenor del precepto da a entender que la indemnización se concibe como una consecuencia obligada del sacrificio, aunque su montante penda después de una serie de variantes establecidas reglamentariamente.

nientes tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia —dejando aparte al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— y que son estas últimas las de fecha más reciente. La razón viene dada por el hecho de que, como ya se indicó más arriba, las medidas ablatorias impuestas sobre los animales —entre ellas el sacrificio obligatorio— acostumbran a ser adoptadas por las autoridades competentes en materia de agricultura y, siendo ésta una materia que en términos ejecutivos compete a las CCAA, su enjuiciamiento queda residenciado en los Tribunales Superiores de Justicia respectivos.

¹²⁹ Véase el capítulo XIV (Sacrificio obligatorio, arts. 146 a 156) del Reglamento de Epizootias, aprobado por Decreto de 4 de febrero de 1955.

¹³⁰ Literalmente, el art. 21.1 de la LSA dice así: «el sacrificio obligatorio de los animales y, en su caso, la destrucción de los medios de producción que se consideren contaminados dará lugar a la correspondiente indemnización por la autoridad competente, en función de los baremos aprobados oficialmente y en la forma y condiciones establecidos reglamentariamente».

Esto sentado, son diversas las cuestiones que plantea la adecuada inteligencia del régimen indemnizatorio vinculado al sacrificio obligatorio de animales. Pero sobre todo hay que llamar la atención acerca de dos interrogantes: ¿es obligatorio que el sacrificio de animales por razones de salud colectiva vaya acompañado de una indemnización? y, esclarecido lo anterior, ¿cuál debe ser el alcance preciso de la indemnización? Ninguna de estas preguntas posee, como se verá, una respuesta fácil.

A mi modo de ver, la clave que esconde la respuesta a estas cuestiones pasa, más que por el ejercicio hermenéutico de lo dispuesto en los preceptos mentados (o sea, por la discusión acerca de la interpretación de los términos en que se formula el citado art. 21 de la LSA —puesto en conexión con el Reglamento de Epizootias de 1955, todavía vigente, como se recordará—), por elucidar antes que nada cuál es la *naturaleza* real de esta indemnización. Sólo a partir de esta premisa será posible luego dar una respuesta, y darla de manera coherente, a las distintas problemáticas planteadas y aun a otras que pueden presentarse.

A este propósito, hay que comenzar por señalar que el sacrificio constituye, en abstracto, un perjuicio irrogado por la Administración a un particular por razones de interés público —en nuestro caso de salvaguarda de la salud colectiva—. El *quid* estriba en subsumir este supuesto dentro de los márgenes de alguna de las instituciones que operan en el ámbito de los daños provocados por la Administración a los patrimonios de los particulares en nuestro ordenamiento jurídico. Las opciones son muchas. Y, a día de hoy, ni la doctrina científica ni la jurisprudencia han ofrecido una respuesta unánime¹³¹. Veámoslo más detenidamente.

¹³¹ Para comenzar, son escasos los trabajos que se han dedicado *ex professo* a esta temática. Sólo destacan en este sentido las aportaciones de Tomás Quintana López, *Derecho veterinario: epizootias y sanidad animal*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 151 a 159 y de Manuel Rebollo Puig, «Sanidad animal», en *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 241 a 271. Dejando éstas a un lado, el estudio de la naturaleza jurídica del sacrificio forzoso de animales aparece también en los estudios más generales sobre la expropiación forzosa y su deslinde con otras categorías. Pero lo hace aquí sólo de manera muy tangencial, normalmente como un ejemplo añadido, por lo que resulta difícil imputar al autor una posición definitiva sobre el problema que aquí se aborda.

En lo que toca a la jurisprudencia, es cierto que hay en torno al sacrificio forzoso de animales un cuerpo de sentencias voluminoso. La aplicación de esta medida ha sido una fuente constante de conflicto, motivada por las resistencias de los ganaderos, reacios a la liquidación de sus reses a cambio de una compensación económica considerada de ordinario insuficiente. Sin embargo, no se detecta en el grueso de la jurisprudencia una preocupación por determinar la naturaleza jurídica del sacrificio forzoso: o no se alude a este problema o, si se alude, se abor-

De entrada, parece claro que el sacrificio no es una suerte de *sanción*. No lo es en la medida en que no se parte aquí de la comisión de un ilícito administrativo por parte del propietario o responsable del ganado¹³². El sacrificio no es la reacción pública represiva a una infracción del particular. Si así fuese, es evidente que la destrucción del ganado no sería indemnizable.

Descartada esta primera opción, cabe avanzar por *dos* sendas bien distintas en atención a la postura que pretenda defenderse: si se aspira a postular la obligatoriedad de la indemnización a fin de preservar mejor la posición jurídica del propietario que va a verse afectado, nada mejor que acudir a los institutos de la responsabilidad patrimonial o de la expropiación forzosa pues ambos comulgan no sólo en la absoluta necesidad de un resarcimiento del quebranto patrimonial irrogado, sino aun en la indemnidad a que debe orientarse dicho resarcimiento. Por el contrario, si lo pretendido es decantarse por el carácter más bien facultativo de la indemnización, es posible considerar que en estos casos la indemnización no pasa de ser una técnica de fomento que la Administración no tiene que activar por fuerza y que, lógicamente, tampoco debe dirigirse necesariamente a mantener la indemnidad del patrimonio del particular afectado.

A. El primer camino apuntado viene animado, como se dijo, por la voluntad de proteger el patrimonio del propietario del ganado sacrificado. Objetivo que puede ser cubierto mediante el recurso a dos instituciones centrales de nuestra disciplina: la *responsabilidad patrimonial* y la *expropiación forzosa*. Examinemos, pues, el posible encaje conceptual del supuesto que nos ocupa en ambas instituciones.

a) La responsabilidad patrimonial de la Administración constituye, como es bien sabido, un instituto enderezado a proteger a los particulares frente a cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento, sea éste normal o anormal, de los servicios públicos. Es evidente que el sacrificio de un animal supone un detrimento patrimonial y es claro, también, que dicho detrimento viene ocasionado por los servicios propios de la Administración que son quienes ordenan la medida y, en la mayor parte de los casos, quienes se

da de pasada, sin una reflexión detenida y sesuda. La tónica general es, en definitiva, la aceptación, sin mayores resistencias y sin entretenerse en su categorización dogmática, del sistema de baremación establecido en la vieja Ley de Epizootias y en el RE.

132

Ello no quiere decir que ante determinadas infracciones se pueda establecer como sanción o como medida accesoria a la misma el comiso y la destrucción de los animales. Pero es éste un supuesto distinto al que ahora nos ocupa.

encargan de su ejecución. Aparentemente, pues, podría reconducirse el sacrificio al esquema de la responsabilidad patrimonial *ex art.* 106.2 de la CE y arts. 139 y sigs. de la LRJAP¹³³.

Ocurre, sin embargo, que la viabilidad de esta propuesta tropieza de entrada con un fuerte obstáculo. Porque la responsabilidad patrimonial ofrece cobertura a los daños ocasionados por la Administración a los particulares en el marco del funcionamiento de los servicios públicos. Pero, eso sí, cuando tales daños tengan su origen en una conducta de la Administración que no venga orientada a producir el daño, es decir, la lesión del particular debe ser una consecuencia accidental, accesoria o incidental con respecto al servicio público en cuestión. Se ha fijado de esta suerte una línea divisoria entre los «daños queridos» que, en principio, caerían en la órbita de la expropiación forzosa, y los «daños no queridos» que sí serían residenciales en cambio en sede de responsabilidad patrimonial. Ciertamente, si se aplica este guión a los supuestos relativos al sacrificio de animales por motivos de salud pública, parece obvio que el daño que supone la muerte del animal no es un daño involuntario, «no querido» por la Administración, sino todo lo contrario¹³⁴.

133

En esta línea avanza el planteamiento defendido por QUINTANA LÓPEZ para quien «el encuadramiento institucional más seguro de la indemnización subsiguiente al sacrificio obligatorio del ganado atacado por ciertas enfermedades lo sitúa en un episodio más de la responsabilidad objetiva de la Administración por los daños derivados del funcionamiento de un servicio público» (Tomás QUINTANA LÓPEZ, Derecho veterinario: epizootias y sanidad animal, cit., págs. 155 et passim).

En cuanto a la jurisprudencia, es cierto que en algunas sentencias se sitúa el problema relativo al sacrificio de animales en el marco general de la responsabilidad patrimonial (la STS de 18 de febrero de 1982 -RJ 1982, 1457- podría ser un ejemplo) pero sin un razonamiento de fondo al respecto y sin cuestionar por ello el sistema de tasación utilizado por la Administración a la hora de indemnizar el sacrificio. En otros pronunciamientos, en cambio, se descarta abiertamente que el sacrificio tenga encaje en la órbita de la responsabilidad patrimonial (es el caso de la STSJ de Navarra núm. 923/2003, de 11 de septiembre -JUR 2004, 3123-).

134 Tampoco en opinión de Manuel Rebollo Puig, Sanidad animal, cit., págs. 261 a 270, el régimen indemnizatorio aplicable en los sacrificios de animales tiene encaje en el sistema general de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, la razón que mueve a esta conclusión en el discurso de Rebollo Puig no viene dada por esta diferenciación entre los daños queridos y no queridos, sino por la consideración de que el particular tiene la obligación de soportar los daños que derivan del sacrificio forzoso, lo que impide que pueda hablarse en propiedad de la existencia de una lesión. Como afirma en su trabajo:

«el propietario de animales con enfermedades infecciosas tiene el deber jurídico de soportar la lesión patrimonial que el sacrificio del animal —u otra medida orientada a evitar epidemias— representa para él. En realidad, con el sacrificio de sus animales contagiosos sólo se le impone aquello a lo que ya estaba obligado porque, de antemano, existe un deber general y abstracto de no perjudicar la salud pública ni causar daño a los bienes, incluidos los animales de otras personas. La orden de sacrificar el animal que propaga la enfermedad es sólo la concreción, ante una situa-

b) Esta consideración nos conduce derechamente al terreno de la expropiación forzosa. Este instituto, en su vertiente garantista, protege al particular frente a cualquier privación singular de un derecho o interés legítimo patrimonial que venga acordada de manera imperativa por la Administración con vistas a satisfacer una utilidad pública o un interés social. Desde luego, el sacrificio constituye un detrimento patrimonial que es impuesto, de manera imperativa, por la Administración. El problema puede venir dado por el hecho de que el sacrificio forzoso de animales escapa al modelo «clásico» de expropiación, en el que la privación del bien tiene un carácter instrumental: se produce una traslación de la titularidad dominical como instrumento para llevar a cabo una posterior actividad sobre el bien afectado (para la construcción de una obra pública, sería el ejemplo por antonomasia). Por el contrario, al abatir los animales, la privación del bien se agota con la destrucción del mismo: el animal no se destina a una posterior finalidad, simplemente se elimina. Ello no obstante, hay que concluir que si bien el sacrificio no es desde luego el paradigma de lo que, en línea de principio, se entiende por expropiación, la fórmula utilizada por el art. 1.1 de la LEF («cualquier forma de privación singular...») ¹³⁵ para definir su contenido permite dar cabida sin esfuerzos interpretativos al caso que nos ocupa. Así lo ha entendido una parte de la doctrina mejor concedora de la institución expropiatoria y también alguna jurisprudencia ¹³⁶.

ción determinada, de ese deber general que fluye del ordenamiento y encuentra su reflejo en muchos preceptos» (idem, pág. 264).

Coincido plenamente con estas afirmaciones y, en general, con el excelente análisis que de esta cuestión realiza REBOLLO PUIG. Sin embargo, en la actualidad, aprobada la LSA, no es preciso acudir ya a ese deber general y abstracto a que alude el autor —cuyo anclaje siempre resulta arriesgado—, pues como se verá existe un precepto legal encargado de sentar de forma expresa este postulado.

¹³⁵ Según la célebre fórmula que aparece en el art. 1.1 de la LEF, el contenido de la expropiación forzosa queda integrado por «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio».

¹³⁶ En este sentido se manifiestan Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, v. II, cit., págs. 238 a 240. Como explican estos autores, la fórmula introducida por el art. 1.1 de la LEF para definir el contenido de la expropiación superó la tradicional configuración de la misma como la enajenación plena de un bien inmueble para dar cabida, supuesta su amplitud, remarcada después por el art. 1.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa de 1957 («la enumeración de los supuestos de privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos que hace el artículo primero de la Ley, tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos, a los fines de la calificación del

El sacrificio obligatorio de un animal por razones de salud colectiva supondría, pues, una manifestación más de la potestad de expropiación forzosa de que dispone la Administración. De donde se seguirían importantes derivaciones. Entre ellas, la indemnización pasaría a ser, desde luego, correlato necesario del sacrificio. No en vano, por imperativo constitucional, la expropiación está condicionada al pago —sea previo o no— de la «correspondiente indemnización» (según prevé el art. 33.3 de la CE), del llamado justiprecio. Además, ésta deberá ajustarse al principio de reparación integral o indemnidad patrimonial y, en consecuencia, habrá de incorporar el valor real de los animales, así como los perjuicios directos que de su sacrificio se sigan para el particular.

A mi entender, es, en efecto, la expropiación forzosa el marco idóneo donde encaja con naturalidad el sacrificio forzoso de animales. Sin embargo, este acomodo natural se ha visto desplazado por designio expreso del propio legislador. Pero no en el sentido de convertir la indemnización en potestativa o en desligarla de la búsqueda de la reparación integral, algo que chocaría de manera frontal con el texto constitucional. El legislador, y más concretamente, la LSA ha creado un título jurídico habilitante para poder exigir el sacrificio al particular sin necesidad de indemnizarle. Y lo ha hecho liquidando el carácter antijurídico que el daño causado por el sacrificio provoca en el particular. En otras palabras, el propietario de los animales está obligado a asumir ese sacrificio como elemento inherente, consustancial, a su derecho de propiedad sobre el ganado o, si se prefiere, como riesgo implícito a su disfrute. El sacrificio se convierte de esta guisa en un daño legítimo que en cuanto tal debe soportar el propio propietario. Así lo previene, de forma clara, el art. 7.1, i) al incluir entre sus obligaciones la de «asumir los costes derivados de la custodia, transporte, almacenamiento, alimentación, sacrificio, destrucción y, en general, de todo tipo, en relación con sus animales, productos de origen animal, productos zoonosanitarios y productos para la alimentación animales, que tengan bajo su responsabilidad y se deriven de las medidas sanitarias, incluidas las de sal-

párrafo anterior», la cursiva es mía, a otras hipótesis de privaciones coactivas recogidas en leyes especiales. Una de estas hipótesis se cifra en la posibilidad de que la privación singular consista, lisa y llanamente, en la destrucción de la cosa, sin que se produzca el efecto translativo de la propiedad. Tal es el caso, apuntan los autores, del sacrificio forzoso de animales recogido en la vieja Ley de Epizootias de 1952.

Por lo que hace a la jurisprudencia, cabe encontrar, en efecto, algunos pronunciamientos en los que el sacrificio forzoso es calificado como una forma especial de expropiación. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 3 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3294), aunque no se aporta en ella una argumentación de sostén a esta inteligencia.

vaguardia y las cautelares que puedan adoptar las autoridades competentes».

Podrá convenirse o no en la oportunidad de esta previsión, pero su significación es a mi modo de ver muy clara. El legislador ha modelado el derecho de propiedad en el ámbito de la cabaña ganadera supeditándolo a las exigencias de protección de la salud colectiva —como manifestación de la subordinación de la propiedad a su *función social* (ex art. 33.2 de la CE)— y desplazando las consecuencias del riesgo que en sí mismo representan los animales para la salud humana al propietario de los mismos.

Significa lo anterior, ni más ni menos, que la inteligencia del sacrificio no puede hacerse ya desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial ni tampoco de la expropiación forzosa. En cuanto a la primera, porque no puede hablarse de lesión desde el momento en que la Administración cuenta con una causa de justificación para irrogar el daño. Y en lo que se refiere a la expropiación, por cuanto que, en rigor, más que de una privación coactiva de un bien se está en presencia de la simple concreción de una delimitación normativa del derecho de propiedad.

B. El legislador, en resolución, ha reconducido el sacrificio forzoso al ámbito de la *delimitación del contenido de un derecho*¹³⁷. Si la propiedad del ganado encuentra como límite inmanente la protección de la salud colectiva, se sigue que, apreciada una situación de riesgo sanitario, el sacrificio forzoso no representa un ataque externo (una privación que adviene *ad extra*), sino una consecuencia normal e interna, extraída de la misma configuración legislativa del derecho de propiedad. En cuanto tal, es, además, una delimitación general, un elemento que atañe y afecta a todos los propietarios de ganado, y no en cambio una reacción singular frente a uno de ellos. En resumidas cuentas, la Administración, al ordenar el sacrificio, no viene a «mutilar» el derecho, sino a ejecutar simplemente la delimitación prevista por la ley. Por esta misma razón, el sacrificio no necesita ser indemnizado.

Lo anterior no obsta, empero, a que el legislador o, en su caso, la Administración consideren oportuno establecer algún tipo de compensación o ayuda destinada a

137 En torno a la compleja y debatida caracterización de las limitaciones legales —y la delimitación de sus confines con respecto a otras figuras afines como es el caso señalado de la expropiación forzosa—, véase la célebre exposición de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, cit., págs. 240 a 249. A esta temática se ha asomado últimamente Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 71 a 130, donde se contienen algunas reflexiones muy lúcidas.

paliar los efectos producidos por la medida de sacrificio¹³⁸. Para avalar esta decisión militan a su favor, por lo demás, poderosas razones. Entre otras, la conveniencia de estimular la colaboración del ganadero en la lucha contra el riesgo sanitario. Es éste un elemento fundamental que siempre ha estado muy presente: el sacrificio no es, por lo común, una medida de agrado para el ganadero, de modo que si no se estableciese alguna suerte de compensación por el sacrificio podrían buscarse todo tipo de subterfugios para sortearlo, con lo que la lucha contra el riesgo sanitario se vería debilitada. Juntamente con esta razón de conveniencia, cabe apuntar a otros motivos como la necesidad de evitar que el sector se resienta por campañas de sacrificio masivo o, incluso, por qué no, razones de solidaridad con los ganaderos afectados, tanto más si se tiene presente que el origen de muchas enfermedades animales nada tiene que ver con la gestión del propietario del animal.

Sea por la razón que fuere, es en cualquier caso claro que la indemnización se articula en términos de fomento y no como la consecuencia necesaria de una privación singular impuesta por la Administración. Esta inteligencia del sacrificio forzoso de animales y de la indemnización del mismo se corresponde, por lo demás, con la que está presente en la normativa comunitaria. Como ya se dijo, la normativa comunitaria y más concretamente la Directiva relativa a los controles veterinarios prevé el sacrificio como medida de salvaguarda de la salud pública ante posibles zoonosis. Pero no contempla al respecto ningún tipo de indemnización. Antes al contrario, según dispone el art. 8.2 de la citada Directiva, «los gastos derivados de las medidas a que se refiere el párrafo primero correrán a cargo del expedidor, de su representante o de la persona encargada de los productos o animales». Por tanto, el perjuicio derivado del sacrificio correrá a cuenta del propio propietario de los animales.

A pesar de la rotundidad de esta previsión, se ha consentido la posibilidad de que los Estados establezcan, cuando así lo juzguen adecuado, compensaciones económicas por el sacrificio obligatorio de animales. Este reconocimiento tuvo lugar con ocasión de la crisis de las «vacas locas». Sucedió entonces que algunos Estados afectados por esta crisis decidieron conceder indemnizaciones para compensar a los propietarios afectados por los sacrificios masivos ordenados para frenar la progresión de esta enfermedad. Tales decisiones fueron llevadas ante el Tri-

138 Aunque Rebollo Puig no acude en su análisis a la dogmática de la delimitación legal de los derechos, su conclusión es también la de que únicamente razones de oportunidad o de conveniencia son las que sustentan el régimen indemnizatorio fijado para los sacrificios obligatorios de animales (Manuel Rebollo Puig, *Sanidad animal*, cit., pág. 267).

bunal de Justicia, quien tuvo oportunidad de señalar que, no obstante el tenor de la normativa comunitaria aludida, era plausible que los Estados dispusieran este tipo de ayudas. Es más, resultaba hacedero que las propias Instituciones comunitarias contribuyesen a tal objetivo con el fin de evitar un deterioro irreversible de las estructuras económicas del sector¹³⁹.

Cabe concluir, a la vista de cuanto aquí se ha dicho, que el sacrificio obligatorio de animales por razones de salud colectiva no da origen al nacimiento de un derecho de indemnización a favor del propietario: ni en concepto de responsabilidad patrimonial ni tampoco en calidad de expropiación forzosa. El motivo estriba, a mi modo de ver, en que el sacrificio constituye el resultado de la supeditación de la propiedad del ganado a la protección de la salud pública y de la voluntad expresa del legislador de que los daños ocasionados por las medidas de salvaguarda deba soportarlos el propietario a modo de riesgo inherente a su actividad ganadera. Ello no impide, claro es, que la Administración arbitre fórmulas para rebajar el perjuicio patrimonial que comporta el sacrificio.

Desde esta óptica ha de analizarse lo dispuesto en el art. 21 de la LSA. Siendo así, la indemnización que allí se contempla no puede considerarse como una respuesta obligatoria, necesaria en todo caso. Como tampoco cabe entender que deba orientarse a reparar de modo integral la situación patrimonial del particular afectado¹⁴⁰.

139 Sobre el particular, véase la STJCE de 8 de enero de 2002, *H. van der Bor BV*, C-428/99. El Tribunal de Luxemburgo fue interpelado en esta ocasión acerca de la competencia de los Estados miembros para indemnizar a los ganaderos por el sacrificio de terneros en el marco de la crisis de las «vacas locas» y su posible colisión con la prohibición de principio de las ayudas estatales.

Según se razona en ella, los Estados miembros gozan sin falta de esta facultad ya que constituye una medida accesoria a la orden de sacrificio: si pueden ordenar el sacrificio, pueden, a fortiori, fijar una indemnización por el mismo. Aparte de ese argumento —que no me parece especialmente elaborado—, parecen haber influido en esta decisión las razones de conveniencia antes aludidas. Al menos, así se desprende de alguna afirmación que el Tribunal de Justicia no tiene empacho en formular como cuando señala que «podían existir razones serias para creer que, a falta de una indemnización equitativa, dichos ganaderos podrían ocultar el origen de los animales que poseían con el fin de evitar su sacrificio y la consiguiente pérdida financiera» (apartados 41 y 49).

140 Se ha criticado insistentemente por parte de los ganaderos que el sistema de baremación aplicado por la Administración para fijar las indemnizaciones por los animales sacrificados raramente refleja el valor de mercado de los mismos. Sin embargo, aparte de que la Administración, por las razones que acaban de ser expuestas, no debe guiarse necesariamente por la restitución de la integridad patrimonial del ganadero, no hay que olvidar que, tratándose de animales aquejados de una enfermedad, su valor no puede equipararse al de un animal sano. A esta idea se arriman precisamente algunas sentencias con vistas a remarcar la legitimidad del sistema de baremación frente a las reticen-

c) Algunas precisiones añadidas sobre la indemnización que acompaña al sacrificio de animales por razones de salud colectiva

Precisada, según acaba de verse, la naturaleza jurídica de la indemnización por el sacrificio forzoso de animales, resta ahora tan solo realizar algunas consideraciones finales tendentes a afinar más el contorno de esta medida ablativa y destacar algunas singularidades.

a) En primer término, parece necesario precisar que el hecho de que el particular deba sopesar el quebranto patrimonial asociado a la medida de sacrificio no significa que su posición deba ser la misma frente a cualquier orden de sacrificio. Por supuesto no lo será cuando dicha orden sea declarada ilegal. En tal caso, es claro que cesará este deber de soportar el daño y entrará en juego el régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero, junto a ello, no hay que perder de vista que la medida de sacrificio puede acordarse con una notable «facilidad», supuesta la amplitud del supuesto de hecho y del objeto sobre el que puede recaer el sacrificio. En particular, recuérdese que dicho sacrificio podrá adoptarse cuando se disponga únicamente de una sospecha de riesgo de zoonosis; sospecha que, en ocasiones, puede no confirmarse con posterioridad. En tales casos, es claro que no cabe cuestionar la validez intrínseca de la decisión de sacrificio pues es perfectamente dable que la misma se active en situaciones de simple sospecha, pero sí parece excesivo hacer cargar al interesado con el detrimento patrimonial de esta actuación anticipada o cauta de la Administración. Otro tanto cabría significar con respecto al sacrificio de animales sanos por riesgo de propagación de la enfermedad. Quiere significarse con ello, en suma, que no parece justo ofrecer el mismo tratamiento a los sacrificios que recaigan sobre animales enfermos, que sí constituyen un riesgo sanitario cierto, respecto de los que comprometan a animales sanos. Para estas últimas situaciones, la LSA no contempla ninguna matización. Sí lo hace, en cambio, el Reglamento de Epizootias, estableciendo que el particular tendrá derecho a obtener el cien por cien del valor de tasación¹⁴¹. Línea en la que también

cias de los demandantes por su estrechez. Ilustrativas resultan, entre otras, la STS de 27 de marzo de 1984 (RJ 1984, 3928) y la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 551/2001, de 25 de julio (JUR 2001, 273391).

141 Con arreglo al art. 149 del RE, «el sacrificio obligatorio de animales enfermos de muermo, durina, perineumonía bovina o brucelosis caprina, efectuado en las condiciones previstas por el artículo anterior, lleva consigo una indemnización equivalente al 50 % del valor de tasación del animal, si la autopsia o pruebas del laboratorio confirman que padecía la enfermedad que motivó el sacrificio u otra de carácter contagioso; un 75 %, si se tratase de enfermedad común no mortal de necesi-

transitan algunas sentencias al reconducir estos supuestos al terreno de la responsabilidad patrimonial¹⁴².

b) Por otro lado, es de notar que el cobro de la indemnización está supeditado, con carácter general, a la conducta previa mantenida por el propietario del ganado que es objeto de sacrificio en razón de que si éste ha contribuido a crear el riesgo sanitario o a facilitar su propagación no podrá en modo alguno reclamar la indemnización fijada. La propia LSA se cuida de señalarlo al afirmar, en su art. 21.3, que «para tener derecho a la indemnización, deberá haberse cumplido por el propietario de los animales o medios de producción la normativa de sanidad animal aplicable en cada caso». Es éste, por lo demás, un postulado que ya se encontraba presente en la antigua Ley de Epizootias de 1952¹⁴³ y que también recogió el Reglamento de 1955¹⁴⁴. Asimismo, está perfectamente instalado en la doctrina jurisprudencial. Son muchas en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo que han denegado la

dad, y el valor total de tasación si resultase el animal sano» (la cursiva es mía). La lógica de esta norma me parece aplastante, aunque sólo sea porque nunca puede ser el mismo el valor de un animal sano al valor de un animal enfermo.

142 La STSJ de Cataluña núm. 560/2003, de 12 de junio (JUR 2004, 35080) aborda un supuesto que puede ser clarificador. Se impugnaba en esta litis la orden de sacrificio de unas reses de ganado porcino a raíz de un control efectuado en el camión que las transportaba. En dicho control se apreció que existían numerosas bajas y que la temperatura de algunos animales era demasiado alta. Datos que, unidos a su procedencia holandesa, hicieron sospechar que estaban infectados de una grave enfermedad contagiosa, ordenándose por ello su sacrificio. Sucedió, sin embargo, que con posterioridad al sacrificio los análisis practicados no confirmaron estas sospechas. Ante esta circunstancia, el Tribunal Superior de Justicia consideró que los animales fueron sacrificados injustificadamente, concediendo al propietario una indemnización por todos los daños y perjuicios sufridos.

Este planteamiento fue ya avanzado por Manuel Rebollo Puig, Sanidad animal, cit., pág. 269. En el entender de este autor, no es posible exigir al propietario de los animales el deber jurídico de soportar su sacrificio cuando quede contrastado que el riesgo de que se sospechaba no afecta a su rebaño. Aunque la orden de la Administración hubiese sido correcta en términos de policía sanitaria, se produciría aquí un supuesto de lesión causada por el normal funcionamiento de un servicio público y, por tanto, el sacrificio debería ser indemnizado en su totalidad con arreglo a las reglas generales de la responsabilidad patrimonial.

143 El art. 153 del RE dispone en su párrafo primero que

«No serán indemnizables los animales que mueran antes de la fecha en que se ordena su sacrificio, ni tampoco podrán percibir indemnización por sacrificio obligatorio los propietarios de ganado que hubieren ocultado la enfermedad o no la hubieren notificado hasta período avanzado de la misma; los que no se encuentren en posesión de la cartilla ganadera en regla, no hubieren sometido a aislamiento riguroso los animales enfermos y sospechosos o hubieran infringido alguno de los preceptos de este Reglamento, los que hubieran adquirido los animales ya enfermos o procedentes de zonas infectadas y los de los presentados a la importación en puertos y fronteras».

144 Así, el art. 19.2 de esta Ley establecía que «no tendrán derecho a estas indemnizaciones los propietarios que no hubieren dado parte de la existencia de la enfermedad o hubieren infringido las disposiciones legales».

indemnización ante la conducta obstruccionista o de ocultación de la enfermedad del propietario de las reses, en particular por incumplimiento de la obligación de dar parte de la existencia de la enfermedad, o de las posibles sospechas, de manera tempestiva a las autoridades competentes¹⁴⁵.

Esa misma jurisprudencia se ha encargado, no obstante, de delimitar el alcance de esta causa de pérdida del derecho a la indemnización en aras de impedir una aplicación excesivamente rigurosa de la misma por parte de la Administración. Por lo pronto, el Tribunal Supremo ha dejado establecido la necesidad de interpretar de manera restrictiva esta previsión: «la indemnización como regla supone la contraprestación obligada y sólo puede, por ello, ser negada en los supuestos excepcionales que la Ley señala con cabal acreditamiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos para que “la no indemnización” sea jurídicamente posible»¹⁴⁶. Transitando en esta misma línea, alguna jurisprudencia llegó a considerar que la negativa a indemnizar al particular por su conducta constituía una suerte de sanción y en consecuencia no sólo debía sujetarse a una interpretación restrictiva¹⁴⁷, sino que, además, debían respetarse las garantías de defensa necesarias para que el particular pudiese dar a conocer su punto de vista¹⁴⁸.

Por lo demás, el Tribunal Supremo se ha cuidado también de precisar que no cualquier infracción de la normativa sanitaria animal resulta suficiente para anular la indemnización. Debe tratarse de una infracción que guarde algún tipo de vinculación con el problema que ha motivado el sacrificio: la conducta del particular debe hallarse referida, en palabras del Alto Tribunal, a «infracciones

145 SSTS de 28 de noviembre de 1979 (RJ 1979, 4070); 26 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4717); 9 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1680); 30 de junio de 1982 (RJ 1982, 4862); 17 de junio de 1986 (RJ 1986, 4732); 12 de julio de 1989 (RJ 1989, 5354); y 12 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9211). Más recientemente, cabe citar, entre tantas, las SSTSJ de Extremadura núm. 232/2000, de 17 de febrero (RJCA 2000, 375) y núm. 1796/2000, de 13 de diciembre (JUR 2001, 70127).

146 Afirmación extraída de la STS de 3 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3294).

147 Tal y como indica la STS de 22 de octubre de 1964 (RJ 1964, 4723) con respecto al art. 153 del Reglamento de Epizootias de 1955, se trata de un «precepto que por su evidente carácter sancionador requiere interpretación restrictiva y prueba categórica del hecho justificativo de su aplicación» (en la misma línea, SSTS de 22 de abril de 1965 –RJ 1965, 2121–; 3 de febrero de 1968 –RJ 1968, 764–; y 20 de octubre de 1981 –RJ 1981, 4493–).

148 Véanse en este sentido las SSTS de 22 de abril de 1965 (RJ 1965, 2121) y 3 de febrero de 1968 (RJ 1968, 764), en las que se anula la resolución denegatoria de la Administración por omisión del trámite de audiencia al interesado.

reglamentarias que de algún modo, directo o indirecto, guarden relación causal, o quepa asignarle calificación de concausas, respecto a la necesidad de sacrificar ganado determinante de la indemnización»¹⁴⁹.

c) Finalmente, importa remarcar que la indemnización no estará informada en estos casos por el principio de indemnidad. Dicho en otras palabras, su montante podrá ser inferior al precio real del animal y al conjunto de perjuicios que su sacrificio pueda ocasionar al particular —es más, lo normal es que así sea—. Es perfectamente plausible, por ello, la utilización de un sistema de baremación aplicado a partir de precios fijados de forma unilateral por la Administración.

C. Otras medidas

A fin de cerrar este recorrido por las medidas ablatorias que cabe imponer sobre los animales, resulta obligado, habida cuenta de la pluralidad de mecanismos que conviven en este ámbito, dejar espacio a un último apartado que, a modo de cajón de sastre, haga referencia a otras medidas de contenido ablatorio que también pueden adoptarse y respecto de las cuales únicamente haremos aquí mención, sin abundar en su contenido.

a) Una de estas medidas viene dada por la posible imposición de *tratamientos sanitarios obligatorios* utilizados por lo general como método profiláctico —aunque también los hay de naturaleza curativa— a los efectos de prevenir ciertas enfermedades. Son numerosas en este sentido las campañas de vacunación que vienen desarrollándose de forma más o menos periódica (como es el caso de la rabia o de la triquinosis)¹⁵⁰.

b) Cabe hacer mención, también, a las medidas proyectadas sobre animales que pueden actuar como vectores en la transmisión de ciertas enfermedades. Es bien sabido así que algunos animales, señaladamente los artrópodos (es el caso de insectos como los piojos, los chinches, los mosquitos o las pulgas, y de arácnidos como las garrapatas), pueden servir como «vehículo» para albergar un agente patógeno preparado para transmitirse al hombre.

¹⁴⁹ Fragmento que puede leerse en la STS de 18 de febrero de 1982 (RJ 1982, 1457). En la misma línea, véase la STS de 31 de julio de 1986 (RJ 1986, 7061).

¹⁵⁰ En cuanto al sostén normativo de estos tratamientos sanitarios forzosos, puede acudirse al art. 8.1, g) de la LSA, en el que se prevé la realización de programas obligatorios de vacunaciones como medida sanitaria de salvaguardia y, de forma más específica, al art. 19 (Tratamientos y vacunaciones), donde se establecen algunas precisiones sobre la autoridad competente para ordenar este tipo de tratamientos y los casos en que podrá llevarse a cabo.

Enfermedades tan peligrosas como la peste, el paludismo o la fiebre amarilla son ilustrativas de ello. A fin de combatir este riesgo sanitario, se prevén las medidas de desinsectación, así como las de desratización. Estas últimas dirigidas de manera específica contra los roedores, reservorios típicos de muchas enfermedades¹⁵¹.

IV. Las medidas ablatorias que se proyectan sobre bienes, productos o procesos productivos

1. Consideraciones generales

La tercera y última categoría de medidas ablatorias hace referencia a aquellas privaciones que recaen sobre los bienes, los productos o, en su caso, sobre los procesos productivos. Porque es evidente que no sólo las personas y los animales constituyen determinantes de la salud de la colectividad. También los productos en general pueden revelarse como fuentes de riesgo sanitario de extrema gravedad: ahí están los alimentos e ingredientes alimenticios, los cosméticos, los medicamentos y así una larga lista de productos que han dado y dan origen a actuaciones ablatorias destinadas a combatir el riesgo sanitario que, en ocasiones, traen éstos consigo.

En efecto, a fin de hacer frente a los riesgos sanitarios que para la colectividad puedan derivarse de la utilización o comercialización de ciertos productos o de la puesta en práctica de ciertas actividades, cuenta la Administración en su haber instrumental con una serie de medidas ablatorias que van a proyectarse sobre tales productos (como la orden de incautarlos o inmovilizarlos, o la fijación de prohibiciones o condiciones a su importación, etc.) o sobre la actividad en cuestión (a través de la orden de suspensión o cierre del centro o establecimiento).

El respaldo legal de este conjunto de medidas se encuentra muy disperso en el vasto horizonte que abarca la normativa sobre salud colectiva y resulta por ello difícil reconducirlo a un único texto de referencia —al estilo de la LOMESP con respecto a las medidas ablatorias personales o de la LSA en lo que hace a las que se proyectan sobre los animales—. Ciertamente, la propia LGS, con carácter general, alude a algunas de estas órdenes ablatorias al enumerar las posibles medidas preventivas que la Administración podrá activar en situaciones de riesgo

¹⁵¹ Registros típicos de estas medidas pueden hallarse en abundancia, por ejemplo, en el Reglamento Sanitario Internacional (desinfección de barcos, aeronaves, equipajes...). Véase, con carácter general, su art. 26.

sanitario grave e inminente. Según previene el art. 26.1 de la LGS, las autoridades competentes podrán ordenar en tales casos «las medidas preventivas que estimen pertinentes, *tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones*, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas» (la cursiva es mía). Bien se ve, no obstante, que se trata de una previsión muy genérica que agradece precisiones añadidas.

Por esta razón, habrá que estar a las regulaciones particulares para los distintos productos o actividades; regulaciones donde, por cierto, resulta frecuente que se apodere a la Administración con poderes ablatorios sobre tales productos o actividades cuando esté en peligro la salud de la población. Es el caso, por citar los ejemplos más relevantes, de la procelosa normativa de consumo, con la *Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios* a la cabeza, seguida del importante *Reglamento de seguridad general de los productos*. Gracias a estas normas, la Administración cuenta con una base suficiente para imponer medidas como la prohibición de suministro o de puesta en el mercado de un producto, su orden de retirada o, incluso, su destrucción¹⁵².

Una mención expresa merece también la *Ley del Medicamento* (1990), en la que se contemplan medidas como la puesta en cuarentena, la retirada del mercado, la clausura de establecimientos, la suspensión de actividades y de publicidad, entre otras; todas con el objetivo de atajar la aparición de un riesgo para la salud de la comunidad afecto a algún medicamento¹⁵³.

Resulta, pues, que la combinación de la previsión general del art. 26.1 de la LGS con las normas sectoriales más precisas ofrece como resultado una gama muy varia-

¹⁵²

Todas estas medidas aparecen previstas en el art. 10 (Medidas administrativas de reacción para garantizar el deber general de seguridad de los productos) del RD 1801/2003, de 26 de diciembre.

¹⁵³

Tal y como señala el art. 106.1, a) (Medidas cautelares) de la Ley del Medicamento: «En el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud, las autoridades sanitarias podrán adoptar las siguientes medidas cautelares en el ámbito de esta Ley: a) La puesta en cuarentena, la retirada del mercado y la prohibición de utilización de especialidades farmacéuticas, los medicamentos prefabricados, fórmulas magistrales y preparados oficinales, así como la suspensión de actividades, publicidad y la clausura provisional de establecimientos, centros o servicios».

Por cierto que el art. 4 de la LOMESP, como se recordará, contempla la posibilidad de acordar el suministro centralizado por la Administración de un medicamento o producto sanitario cuya distribución plantee excepcionales dificultades. Asimismo, podrá en tal situación condicionar su prescripción a ciertos grupos de riesgo o a la realización de pruebas analíticas y diagnósticas.

da de medidas ablatorias cuyos exponentes más destacados pasamos a comentar de forma resumida.

2. Las distintas medidas

A fin de agrupar y ordenar de algún modo las diferentes medidas ablatorias que podrían ser reconducidas a este apartado, es posible a mi modo de ver establecer tres grupos: en primer lugar, las limitaciones y prohibiciones relacionadas con la circulación de mercancías, tendentes a localizar con precisión el producto que porta el riesgo y a evitar que su tránsito extienda su órbita de influencia; en segundo término, hay que referirse a la incautación y destrucción de los productos, medida más drástica orientada a separar el producto del mercado y, en su caso, destruirlo; y, por último, la suspensión y cierre de actividades, medida ésta relacionada con el ciclo de producción del producto con vistas a que no se incorporen al tráfico nuevas partidas. Pasaré a referirme a cada una de ellas, aun de manera breve pues resultan aquí válidas, como se verá, muchas de las indicaciones ya realizadas con respecto a las medidas ablatorias que inciden sobre los animales.

a) *Medidas que afectan a la circulación de mercancías*. En este grupo tienen cabida, de entrada, aquellas medidas adoptadas en el marco de la sanidad exterior con el objetivo de evitar la importación de enfermedades —o, en su caso, la exportación de las mismas— que puedan poner en peligro la salud nacional. La regulación de este tipo de medidas se contiene en el viejo *Reglamento Orgánico de Sanidad Exterior*¹⁵⁴, así como en el *Reglamento Sanitario Internacional*¹⁵⁵. Se contemplan en estas normas

¹⁵⁴ Véase en particular el Capítulo XV (arts. 137 a 152), rotulado *Mercancías, equipajes, desinfección, importación y tránsito*.

Habida cuenta de la longevidad de este Reglamento —que data de 1934—, algunas de sus normas resultan hoy muy chocantes. En particular, llama la atención el tratamiento que reciben las substancias de tipo alimenticio —que, cuando resulten impropias para el consumo, «serán destruidas o arrojadas al mar»—, así como los «trapos viejos» —rodeados de un conjunto de garantías específicas—. De todas formas, interesa destacar que estas previsiones conservan intacta en nuestros días su virtualidad. Así, en el marco de la reciente alarma sanitaria por el síndrome respiratorio agudo severo o «neumonía atípica», se hizo uso de estos preceptos para ordenar que todas las partidas de materias contumaces (trapos, cordeles, ropa o cualquier materia textil usados) procedentes de los países afectados viniesen acompañadas del oportuno certificado de desinfección y desinsectación (véase el art. 1 de la Resolución de la Dirección General de Salud Pública de 4 de abril de 2003, por la que se adoptan medidas especiales de protección sanitaria en relación con la importación de ciertas mercancías procedentes de las zonas de países terceros afectados por el Síndrome Respiratorio Agudo Severo, publicada en el BOE de 5 de abril de 2003).

¹⁵⁵

Acúdase al Capítulo V (Medidas relativas al transporte internacional de cargamentos, mercancías, equipajes y correos, arts. 47 a 50) del Título IV del Reglamento Sanitario Internacional. Estas previsiones generales deberán después ser completadas con el régimen específico

las distintas acciones que con ocasión de los controles sanitarios fronterizos podrán adoptarse con respecto a los equipajes, cartas y correspondencia, impresos, libros, substancias de tipo alimenticio, trapos y material textil, etc., así como las limitaciones y restricciones a la importación o exportación de los productos.

Conviene tener presente, no obstante, que la puesta en práctica de prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito de productos, al igual que en el caso comentado de los animales, no puede entenderse hoy si no es a partir del contexto comunitario. También aquí, claro es, cobra plena vigencia la meta esencial del mercado interior y la libre circulación de mercancías y, en consecuencia, las prescripciones del Título I (*Libre circulación de mercancías*, arts. 23 a 31) del TCE.

Por otra parte, caso de que los productos se encuentren ya en circulación en el mercado nacional en el momento de detección del riesgo, la Administración, con arreglo a las habilitaciones previstas en la LGS y demás normas sectoriales aplicables, podrá ordenar la interceptación de las mercancías y su posterior retención o inmovilización. De suerte que los productos en cuestión no puedan llegar al consumo humano en tanto no se despeje el destino de los mismos en términos de cuarentena o, en el peor de los casos, de inutilización o destrucción.

b) *Incautación y destrucción del producto.* Para hacer frente al riesgo que para la salud comporta un determinado producto, es posible que la Administración ordene la intervención y retirada del producto del mercado. Según previene el ya mentado art. 26.1 de la LGS, entre las medidas preventivas aplicables se encuentra «la incautación o inmovilización de productos». Es más, cabe incluso que la sola intervención se estime insuficiente para garantizar la salud pública y, como medida extrema —tendente a evitar que de uno u otro modo el producto pueda reintegrarse en el circuito del consumo—, se decida su destrucción. Aunque el art. 26.1 de la LGS no alude de forma expresa a esta medida de destrucción, la jurisprudencia no ha dudado en admitir su viabilidad sobre la base de este precepto, siempre, eso sí, que se den razones de salud pública que así lo justifiquen¹⁵⁶.

dispuesto para cada enfermedad cuarentenable en particular (Título V, arts. 51 a 88).

¹⁵⁶ Así lo sostiene, por ejemplo, la STS de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7903), en la que se discutía la legalidad de la orden de destrucción de una partida de jamones y pancetas en cuya elaboración se había empleado ácido bórico. Según razona el Tribunal Supremo: «los poderes públicos no sólo están habilitados para el ejercicio de las potestades que el ordenamiento expresamente les atribuye, sino también, implícitamente,

c) *Suspensión y cierre de actividades.* Una tercera medida de gran importancia en este ámbito es la orden que obliga a cesar una determinada actividad desarrollada por una empresa o establecimiento o, incluso, llegado el caso, a cerrarlo o clausurarlos. El sostén de esta medida puede situarse nuevamente en el art. 26.1 de la LGS. Pero, junto a él, cabe que la suspensión de la actividad o el cierre de la instalación se acuerden como medida cautelar derivada de una previa inspección administrativa de las condiciones higiénicas y sanitarias. Si es así, el art. 31.2 de la LGS ofrece una cobertura específica al señalar que «como consecuencia de las actuaciones de inspección y control, las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la suspensión provisional, prohibición de las actividades y clausura definitiva de los Centros y establecimientos, por requerirlo la salud colectiva o por incumplimiento de los requisitos exigidos para su instalación y funcionamiento»¹⁵⁷.

te, para el de las facultades necesarias para la efectividad de aquéllas. En los casos en que la medida de retirada o intervención tiene por objeto un producto peligroso para la salud humana que no puede tener otro destino útil que el derivado de su consumo, la autorización para la retirada o intervención del producto comporta implícitamente la habilitación a la Administración para que pueda adoptar medidas de destrucción, si éstas son necesarias para proteger la salud pública». Aplicando este razonamiento, el Alto Tribunal concluye que: «la correcta interpretación de este precepto legal [se refiere al art. 26 de la LGS] lleva a la conclusión de que la destrucción de productos nocivos es una de las medidas que puede acordar la autoridad sanitaria cuando concurren los presupuestos previstos de riesgo inminente y extraordinario para la salud».

¹⁵⁷ En la jurisprudencia pueden encontrarse numerosos ejemplos prácticos de la adopción de esta medida. A título meramente ilustrativo, véanse, entre tantas, las siguientes: STS de 4 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4980): cierre de instalaciones de cocedero de mariscos por carecer de las debidas condiciones higiénico-sanitarias; STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 1995 (RJCA 958, 1995): clausura y precinto de un establecimiento dedicado a la actividad de casa de huéspedes; STSJ de Cataluña núm. 651/1997, de 18 de julio (RJCA 1997, 1668): cese de la actividad de un matadero frigorífico al verificar la presencia de escombros, residuos y graves defectos en la depuradora de aguas; STSJ de Andalucía de 4 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 183859): suspensión de la actividad de un establecimiento obrador de panadería por su falta de registro sanitario y por deficiencias como la vestimenta del personal; STS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 181): suspensión de la actividad de estampación textil por aerografía de una empresa como consecuencia de la aparición de varios trabajadores afectados de enfermedad pulmonar intersticial por exposición a tóxicos —el llamado síndrome «Ardystil»—; o, en fin, STSJ de Andalucía núm. 1917/2002, de 10 de diciembre (JUR 2003, 64392): suspensión de la actividad de una empresa alimenticia por irregularidades tales como el almacenamiento de alimentos en los servicios o la presencia de productos de limpieza como detergentes en envases abiertos al lado de los alimentos.

Esta misma jurisprudencia se encarga de recordar que este tipo de medidas no son sanciones de carácter administrativo, sino medidas cautelares adoptadas en el marco de una inspección, sin perjuicio de que, posteriormente, tal inspección derive en el correspondiente expediente sancionador. Extremo éste que, en cualquier caso, queda claro a la vista de cuanto dispone el art. 37 de la LGS: «no tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servi-

Estos tres grupos acogen, a mi entender, el grueso de las medidas ablatorias más importantes que pueden proyectarse sobre los productos. De todas formas, una vez más conviene dejar abierto el listado toda vez que existen otras muchas medidas tendentes a preservar la salubridad de la colectividad del riesgo asociado a ciertos productos. Es el caso, se me ocurre, de las medidas de desinfección, descontaminación y desinsectación que también cabe aplicar sobre las cosas (medios de transporte, equipajes, etcétera).

V. Las prestaciones forzosas por exigencias de salud colectiva

En el cuadro de las técnicas de policía o de limitación administrativa tiene un espacio propio la posibilidad de imponer a los particulares la realización de prestaciones forzosas con el objetivo de hacer frente a situaciones urgentes o de emergencia que precisan de su «colaboración», siquiera sea impuesta. El contenido de tales prestaciones puede ser muy diverso: puede tratarse de la realización de un servicio profesional o personal, de la utilización de una determinada fábrica o empresa, o bien de la entrega de una determinada cosa. Se distinguen de esta guisa las prestaciones forzosas *personales*, las prestaciones forzosas de *empresa* y las prestaciones forzosas *reales*, aunque en torno a esta división no existe un acuerdo unánime en la doctrina científica patria¹⁵⁸.

Sí es claro, en cualquier caso, que uno de los campos donde tradicionalmente ha encontrado mayor virtualidad este mecanismo de las prestaciones forzosas ha sido, sin duda, el de la protección de la salud colectiva, especialmente a la hora de hacer frente a las epidemias. Así, un breve recorrido por la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944 —y, antes, por la Instrucción general de Sanidad pública de 1904— permite aislar una ristra de previsiones en las que se fundamenta el poder de la Administración para exigir prestaciones forzosas. En concreto, la base

cios que no cuenten con las previas autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad».

¹⁵⁸ En el texto recojo la partición de las prestaciones forzosas que suele manejarse en la doctrina francesa, en la que se diferencian las réquisitions de personnes, las réquisitions d'entreprises y las réquisitions de biens. En cuanto al estudio de las prestaciones forzosas en Francia, son de destacar los siguientes trabajos: Robert DUCOS-ADER, *Le droit de réquisition. Théorie générale et régime juridique*, LGDJ, París, 1956; Jean-Paul DORLY, *Les réquisitions personnelles*, LGDJ, París, 1965; y Jean SALOMON, *Les réquisitions de police, Librairies techniques*, París, 1960. Últimamente, vid. Rémy WECLAWIAK, *Sécurité civile et réquisition*, en «*Revue de Droit Public*», núm. 4/2003, págs. 1023 a 1072.

cuarta de la LBSN, dedicada como ya nos consta a la lucha contra las enfermedades infecciosas, acumula un buen rosario de ellas: desde la incautación de todo tipo de bienes o la ocupación temporal de locales hasta la posibilidad de exigir los servicios profesionales del personal sanitario, sin olvidar el uso eventual de empresas privadas —obligándoles a fabricar los productos necesarios para la campaña sanitaria— y así una larga lista¹⁵⁹. Todas estas prestaciones fueron luego desarrolladas y concretadas por el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas de 1945¹⁶⁰.

En la actualidad, la LGS no aporta un respaldo tan extenso a estas prestaciones forzosas. Sólo el art. 26.1 alude de manera muy genérica a la «intervención de medios materiales y personales» como posible medida preventiva a adoptar en casos de riesgo extraordinario e inminente para la salud pública. De todas formas, esta parquedad de nuestra ley de cabecera en materia sanitaria puede ser suplida, aparte naturalmente de por la aplicación de las referidas normas (LBSN y Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, formalmente en vigor), acudiendo al sostén normativo que para situaciones extraordinarias proporcionan tanto la legislación sobre protección civil como, llegado el caso, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los *Estados de Alarma, Excepción y Sitio*. No hay que olvidar en este sentido que las situaciones de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria a las que sirve el servicio público de protección civil pueden venir motivadas por razones de tipo sanitario¹⁶¹. Y otro tanto cabe decir con

¹⁵⁹ Véanse en especial los párrafos sexto y séptimo de la base cuarta de la LBSN. Téngase en cuenta, en todo caso, que las prestaciones forzosas se conciben en esta Ley con una cierta «naturalidad». Así, ya en la base única del Título Preliminar se afirma con carácter general que para el logro de la salud de los ciudadanos podrá ordenarse «la incautación de medicamentos y otros medios de acción sanitaria, la requisa temporal de locales y elementos de transporte, la utilización de servicios y prestaciones, la imposición de obras y trabajos en terrenos insalubres y la adscripción de actividades industriales y mercantiles a fines sanitarios».

¹⁶⁰ Así, para el caso de que se declare un estado epidémico, este Reglamento habilita, entre otras medidas, la «incautación de locales, medicamentos, utensilios y materiales que sean necesarios para la lucha», así como la «utilización y prestación de los servicios profesionales del personal sanitario y de todo género con carácter forzoso y remunerado», también con el fin de combatir la epidemia (art. 32).

¹⁶¹ La Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, encuentra uno de sus ejes fundamentales en el deber de colaboración de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública que viene consignado expresamente por la propia CE en su art. 30.4. En coherencia con este postulado, el Capítulo II de esta Ley recoge los distintos deberes y obligaciones que pesan sobre todos los ciudadanos en orden a la protección civil. Se sienta así la obligación de colaborar a requerimiento de las autoridades en la protección civil, tanto personal como materialmente (art. 4.1). De esta suerte, la Administración queda facultada para exigir tanto prestaciones personales («en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, todos los residentes en territorio

respecto al estado de alarma, uno de cuyos desencadenantes puede venir dado, como ya nos es familiar, por la existencia de una crisis sanitaria¹⁶².

Esto supuesto, resulta oportuno dejar constancia de los trazos característicos que estas prestaciones forzosas sanitarias presentan y que, en lo esencial, no difieren de los que son propios de la generalidad de las prestaciones forzosas civiles.

a) Importa remarcar, antes que nada, que la imposición de estas prestaciones, así sea por razones sanitarias, está supeditada a la previa existencia de una habilitación de carácter legislativo. Así lo impone de manera tajante el art. 31.3 de la CE: «sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley». Será preciso, por tanto, que toda prestación forzosa sanitaria esté apoyada en una norma con rango de Ley en la que se definan su contenido y perfiles básicos, bien que luego sean desarrollados por vía reglamentaria.

b) De igual forma, hay que subrayar su carácter extraordinario o excepcional. Por su propia naturaleza, las prestaciones forzosas están llamadas a operar únicamente en escenarios de emergencia, allí donde la salud pública corra un peligro inminente ante el que la Administración, por sí sola, no pueda reaccionar de manera eficaz, bien porque los medios propios de los que disponga sean insuficientes —y precise, por tanto, de los que tienen en sus manos los particulares— o bien porque, siendo suficientes, no cuente con el tiempo necesario para ponerlos en marcha. Son precisamente estas circunstancias las que justifican la ausencia de todo tipo de formalismos, incluso procedimentales, en su imposición.

c) En lo que hace al contenido de las prestaciones forzosas sanitarias, cabe decir que, como antes quedó apuntado, será posible exigir la colaboración de los particulares en un triple sentido: primero, se podrá requerir sus

nacional estarán obligados a la realización de las prestaciones personales que exija la autoridad competente, sin derecho a indemnización por esta causa», art. 4.4) como prestaciones reales («cuando la naturaleza de la emergencia lo haga necesario, las autoridades competentes en materia de protección civil podrán proceder a la requisita temporal de todo tipo de bienes, así como a la intervención y ocupación transitoria de los que sean necesarios. Quienes, como consecuencia de estas actuaciones sufran perjuicios en sus bienes tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes», art. 4.7).

¹⁶²

Vid. el art. 4, b) de la Ley Orgánica 4/1981. Para el caso de los estados de alarma, se prevé la posibilidad de acordar, entre otras medidas, las requisas temporales de todo tipo de bienes, la imposición de prestaciones personales forzosas, así como la intervención y ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza (art. 11, letras b y c).

servicios personales, especialmente en atención a su capacidad profesional o a sus conocimientos especializados como es el caso destacado del personal sanitario (prestaciones personales); asimismo, si el riesgo sanitario precisa de la producción de algún tipo de bien (medicamentos, material de tipo quirúrgico, vacunas, etc.), la Administración dispondrá de la capacidad para intervenir de forma transitoria las empresas que sea menester con el fin de destinar su producción a la satisfacción del interés general prioritario (prestaciones de empresa); y, por último, es también posible que la Administración confisque todo tipo de bienes muebles o que proceda a la ocupación temporal de bienes inmuebles (prestaciones reales).

d) Por último, no puede dejar de significarse que las prestaciones forzosas sanitarias deben ser indemnizadas. Sea cual fuere el contenido de dicha prestación, es llano que sus efectos participan de la naturaleza expropiatoria y que, por consiguiente, el detrimento patrimonial ocasionado al particular deberá ser resarcido en su integridad. Así se desprende, con carácter general, de lo dispuesto en el art. 120 de la LEP¹⁶³.

¹⁶³

Con arreglo al cual: «cuando por consecuencia de graves razones de orden o de seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas».

Acerca de la significación de este precepto y su ámbito de aplicación, puede acudir a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, v. II, cit., págs. 124; 238-240.

En la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, también se prevé que «quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptados durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes» (art. 3.2). Una previsión muy similar aparece también en la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, aunque en este último caso la garantía indemnizatoria se predica sólo de las prestaciones forzosas de carácter real y, en cambio, se niega, de forma expresa además, para las prestaciones forzosas personales (cotéjense los arts. 4.4 y 4.7 de la Ley 2/1985, transcritos anteriormente).