

INTERVENCIONES OBLIGATORIAS POR RIESGO DE TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES CONTAGIOSAS: INTERÉS PÚBLICO *VERSUS* DERECHOS INDIVIDUALES

Ángela Ruiz Sáenz

Asesora Jurídica. Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales Gobierno de Cantabria

1. INTRODUCCIÓN

Pese a la amplitud de cuestiones que bajo el título de intervenciones obligatorias en materia de salud pública se pueden tratar (inmovilización de productos, cierre de instalaciones o intervención de medios materiales y personales, entre otras), el presente trabajo tiene por objeto el estudio de las medidas que las autoridades sanitarias pueden adoptar cuando existe un peligro para la salud de la población originado en la posible transmisión de enfermedades contagiosas. Entre las medidas que cabe adoptar, procede centrar el estudio en las dos que pueden resultar más controvertidas desde un punto de vista jurídico por los derechos fundamentales que pueden verse lesionados: la hospitalización, en tanto que de entre las medidas previstas en nuestro ordenamiento jurídico en caso de peligro para la salud de la población, es la que mayor incidencia tiene en la libertad personal, y la vacunación, esta última por motivo de su actualidad, en tanto que si bien no constituye una cuestión nueva, si es de interés relativamente reciente hasta qué punto puede la Administración imponer la vacunación contra la voluntad del vacunado, o contra la de sus representantes legales, en el supuesto de menores de edad. En el caso de la hospitalización la

controversia se produce entre el interés general y el derecho fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución española, en adelante CE) mientras que en el caso de la vacunación obligatoria, la controversia tiene lugar entre el interés general y el derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE).

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INTERVENCIONES OBLIGATORIAS EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA EN ESPAÑA.

La Constitución reconoce en su artículo 43, apartado 1, el derecho a la protección de la salud, señalando en su apartado 2 la competencia de los poderes públicos para la organización y tutela de la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Reconoce por lo tanto el derecho a la protección de la salud tanto en su vertiente individual, es decir el derecho de cada persona a la protección de su salud, como en su vertiente colectiva, como un derecho de la colectividad¹.

¹ En relación con el derecho a la protección de la salud en España y en el ámbito del Derecho comparado, véase

Atendiendo al aspecto colectivo del derecho a la protección de la salud, el artículo 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad en el Sistema Nacional de Salud, define la prestación de salud pública como el conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones Públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población, señalando en el apartado dos una serie de actuaciones entre las que destacan, en atención al objeto de la comunicación, la información y vigilancia epidemiológica, la protección y promoción de la salud y la prevención de las enfermedades y de las deficiencias. Cabe señalar no obstante que el citado apartado dos ha sido objeto de modificación por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante LGSP), de conformidad con lo previsto en la Disposición final segunda apartado tercero, procediéndose a la inclusión en la prestación de salud pública, además de actuaciones concretas, de todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique.

En este contexto de protección de la salud colectiva, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en lo sucesivo LGS) recoge en su artículo 26 la posibilidad de que por las autoridades sanitarias se adopten las medidas preventivas pertinentes ante la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, siempre con respeto a una serie de principios relacionados en el artículo 28 de la citada Ley, a saber, la preferencia en la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias, la adopción de medidas que no conlleven riesgo para la vida, la necesaria proporcionalidad entre la limitación sanitaria que implica la medida preventiva adoptada y los fines perseguidos con su adopción y la adopción de aquellas medidas que resulten menos perjudiciales al principio de libre circulación de las personas y los bienes, la libertad de empresa y cualquiera otros derechos afectados.

Cabe además señalar que, de conformidad con lo previsto Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, el Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2

de la Constitución, podrá decretar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional cuando se produzcan crisis sanitarias tales como epidemias (artículo 4) lo que permitirá la adopción de medidas tales como la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o su condicionamiento al cumplimiento de ciertos requisitos, práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes e imposición de prestaciones personales obligatorias (artículo 11), y más concretamente, las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas (artículo 12).

Frente a lo anterior, en el ámbito de la actividad asistencial, donde el paciente se configura como el eje básico de las relaciones clínico-asistenciales necesitando toda actuación del consentimiento libre y voluntario del mismo, el riesgo para la salud pública puede operar como un límite de este consentimiento informado.

Esta posibilidad ya se recogía en el apartado 6 del artículo 10 de la LGS. Posteriormente, el citado apartado queda derogado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 9.2 a) señala que “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 Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicará a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”.

En virtud de lo anterior, las medidas que se adopten para preservar la salud pública lo serán en todo caso de conformidad con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (en adelante LOMESP), cuyo artículo 1 dispone que “al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”.

A continuación y de forma más concreta señala en su artículo 2 que “las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento,

PERMÁN GAVÍN, J. “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, *Derecho y Salud*, volumen 16, número extraordinario, noviembre de 2008, Págs. 29-62.

tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad” y en su artículo 3 que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar 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, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

La ley se completa con un último artículo 4 relativo a dificultades de abastecimiento de medicamentos y productos sanitarios.

Nos encontramos ante una Ley que, pese a otorgar amplias facultades a las autoridades sanitarias para la adopción de medidas especiales en materia de salud pública, está repleta de conceptos jurídicos indeterminados y no ha sido desarrollada por un reglamento que recoja el procedimiento a seguir en la adopción de tales medidas. En todo caso, la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública o impliquen privación o restricción de la libertad² o de otro derecho fundamental corresponde a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en virtud del artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien tampoco se especifica en esta Ley la tramitación a seguir en la autorización o ratificación judicial. Cabe reseñar la tardanza, desde la aprobación de la LOMESP, en atribuir a un determinado órgano judicial, en este caso, a los Juzgados de lo contencioso administrativo, la competencia para autorizar o ratificar la medida, en tanto que el citado apartado 6 del artículo 8 no se introduce sino hasta la aprobación de la Ley Orgánica

² Al respecto señala NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. que “Al utilizar la Ley el término genérico libertad no indica si se refiere en exclusiva a la libertad personal o, por el contrario, alude a cualesquiera modalidades de libertad, es decir, no sólo a la mencionada libertad personal reconocida en el artículo 17 CE, sino también a la de circulación contemplada en el artículo 19 CE o, incluso a determinadas libertades que tienen una proyección colectiva como son las libertades de expresión y de información, recogidas en el artículo 20 y que pueden guardar relación con la finalizada perseguida por este apartado”. Comentario recogido en NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/2009, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2009.

19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su disposición adicional decimocuarta apartado dos.

En definitiva, nos encontramos con una materia, la relativa a la adopción de medidas especiales por motivos de salud pública, regulada de forma dispersa e insuficiente en múltiples normas sin que en ninguna de ellas se prevea un concreto procedimiento a seguir por las autoridades sanitarias y ello pese a la gran incidencia que la adopción de tales medidas puede tener en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Nada nuevo en este sentido aporta la LGSP en su artículo 54 relativo a la adopción de medidas especiales y cautelares, salvo que su adopción requiere la previa audiencia de los interesados, si bien quedan exceptuados los casos de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población. Asimismo el citado artículo proclama garantías tales como que la duración de la medida no exceda del tiempo exigido por la situación de riesgo que la motivó, la asunción de los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares por la persona o empresa responsable y el respeto al principio de proporcionalidad.

3. LA HOSPITALIZACIÓN FORZOSA: AUSENCIA DE PROCEDIMIENTO AL EFECTO.

La hospitalización constituye, de entre las medidas que el artículo 2 de la LOMESP permite adoptar en caso de apreciarse indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población, la que mayor incidencia tiene en la libertad de las personas.

La hospitalización como limitación especial para el logro de la salud se recoge en el Título Preliminar (Base única) de la Ley de Bases de 25 de noviembre de 1944 de Organización de la Sanidad. A su vez, el Decreto de 26 de julio de 1945 por el que se aprueba el reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, desinfección y desinfectación, recoge en su Capítulo II “Del aislamiento de los enfermos infecto-contagiosos” la posibilidad de realizar el aislamiento en un Hospital para aquellos supuestos en que no sea posible llevarlo a cabo en el propio domicilio.

La posibilidad de internamiento de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa viene recogida además en el artículo 5 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades fundamentales de 1999, de idéntica redacción al artículo 5 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales de 1979 (Convenio de 4 de

noviembre de 1950 ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 1979), exigiendo el sometimiento al procedimiento que al efecto se establezca por Ley.

Y es aquí precisamente donde se plantea el principal problema a la hora de adoptar una medida de hospitalización por razones de salud pública, a saber, la ausencia en el ordenamiento jurídico español de un procedimiento al efecto. Este vacío legal ha derivado en ocasiones en la aplicación analógica del procedimiento para el Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico recogido en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (adelante LEC)³. No obstante cabe señalar que el objeto del internamiento previsto en el citado artículo 763 es la protección de la persona con trastorno psíquico que no se encuentra en condiciones de decidir, trastorno que afecta a la salud de la persona concreta y no a la salud de la población, no siendo comparable con la medida de hospitalización recogida en el artículo 2 de la LOMESP que podrá adoptarse siempre y cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas⁴. Así,

³ En este sentido, señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 13 de noviembre de 2001, en relación con la adopción de medida de hospitalización terapéutica forzosa que “dado este vacío legal ante un supuesto de limitación o privación del derecho a la libertad de una persona y tratando de efectuar una labor integradora en la aplicación de la norma jurídica, parece a este Ministerio que el supuesto más próximo y cercano sería el contemplado en la LECiv, art. 763, referido al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pese a constatar la diferencia consistente en el defecto de capacidad presente en el enajenado y ausente en supuestos como el que nos ocupa (...) Sentado lo anterior parece que la situación jurídica del que padece una enfermedad física contagiosa potencialmente peligrosa para la colectividad no ha de ser de peor condición, dando por hecho la necesidad de internamiento, que la del enfermo mental objeto de internamiento no voluntario, al que no se olvide se otorga control jurisdiccional aunque su capacidad esté suplida o complementada por padre o tutor (...) En efecto, ante la carencia de disposición procedimental, parece adecuado que se apliquen al internamiento de que se trata las normas que la LECiv tiene en relación con el «internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico» dada la analogía existente entre uno y otro internamiento. La razón de esa aplicación no viene, por supuesto, ordenada por norma alguna. Sin embargo, esa aplicación aparece justificada porque la LECiv, en su artículo 763, es plenamente respetuosa con los derechos del enfermo mental para lo que acoge una serie de garantías cuyo acogimiento en el presente caso resulta obligado”.

⁴ En relación con las diferencias que se suscitan entre el internamiento de un enfermo mental y el internamiento de una persona por razones de salud colectiva, véase CIERCO

mientras que el primer supuesto el objetivo es la protección de la salud en su vertiente individual, en el segundo lo es en su vertiente colectiva.

Merece especial atención señalar que el inciso “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” del artículo 763.1, párrafo primero, y el inciso “la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida” del párrafo segundo de dicho precepto han sido declarados inconstitucionales por Sentencia del Tribunal Constitucional nº 132/2010, de 2 de diciembre⁵, puesto que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, estando esta materia reservada a Ley orgánica en tanto que medida constitutiva de una privación de libertad (artículos 17.1 y 81.1 CE), de tal modo que su inclusión en una Ley ordinaria vulnera el artículo 81.2 del citado texto constitucional. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar, que la declaración de inconstitucionalidad de los citados incisos no lleva aparejada la de nulidad en tanto no se lleve a cabo la regulación por Ley Orgánica procedente a fin de evitar un vacío legal⁶.

4. LA VACUNACIÓN: LIMITES EN SU IMPOSICIÓN.

Distinta de la medida de hospitalización cuya adopción con carácter forzoso ampara la ley en el supuesto de que exista un peligro para la salud de la población, es la medida de vacunación, cuya posibilidad de adopción con carácter obligatorio no se recoge de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico.

SIEIRA, C. “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y salud*, Volumen 13, nº 2, 2005, Págs. 211-256.

⁵ Véase BELTRÁN AGUIRRE, J. L. “Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas de una nueva regulación”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 2/2011, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2011.

⁶ El Tribunal Constitucional ha declarado en diversas ocasiones que no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, F. 11; 138/2005, de 26 de mayo, F. 6; 273/2005, de 27 de octubre, F. 9; 236/2007, de 7 de noviembre, F. 17; y 120/2010, de 24 de noviembre, F. 6).

Las vacunas aparecen recogidas como una prestación de actividad preventiva en el apartado 3.1.2. a) del Anexo II (cartera de servicios comunes de atención primaria) del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

Nadie duda de que las vacunas son una de las medidas más eficaces para prevenir infecciones y que han logrado la erradicación mundial de muchas de ellas, siendo un instrumento fundamental de salud pública. Sin perjuicio de ello, en ocasiones puede producirse la negativa a la vacunación. En España, el calendario de vacunaciones recomendado por el Ministerio de Sanidad comienza con el nacimiento y continúa hasta los 14 años. La administración de las vacunas recogidas en el calendario es recomendada (no obligatoria) y gratuita. Cada Comunidad Autónoma tiene su propio calendario, que puede variar ligeramente del recomendado. Consecuentemente, pueden existir de facto 19 calendarios oficiales de vacunación, uno por cada Comunidad Autónoma, además de los correspondientes a las ciudades de Ceuta y Melilla, de contenido diverso, lo que repercute negativamente en la percepción que la sociedad tiene de los programas de vacunación. En este sentido LGSP prevé en su artículo 19.3 la adopción por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de un calendario único de vacunas en España. El objetivo es conseguir una prevención epidemiológica más efectiva, aunando los recursos a la hora de conseguir las vacunaciones necesarias. Frente a la existencia de 19 calendarios de vacunación diferentes, la adopción de un calendario único resulta más justo y equitativo, garantizando el derecho que tienen todas las personas de que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad⁷.

Si bien, como decimos, la vacunación en España se configura actualmente como una medida recomendada, la Ley de Bases de 25 de noviembre de 1944 de Organización de la Sanidad, preveía su obligatoriedad en su Título Preliminar al señalar que “para el logro de la salud y el fortalecimiento de los ciu-

dadanos, 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 de tratamiento”.

Más concretamente contemplaba la citada ley en su Base 4ª (párrafo 6) relativa a la “Lucha contra las enfermedades infecciosas. Desinfección y desinsectación” la declaración obligatoria de las vacunaciones contra la viruela y la difteria, así como el mantenimiento en 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 juzgara conveniente. En todas las demás infecciones en que existiesen medios de vacunación de reconocida eficacia total y parcial y en que ésta no constituyera peligro alguno, podrían ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias.

No obstante, éste último apartado fue objeto de modificación por la Ley 22/1980, de 24 de abril, sobre Vacunaciones obligatorias impuestas y recomendadas al señalar que “la vacunación contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias”.

En este sentido debe entenderse igualmente derogados por aplicación de la citada Ley los artículos 21, 25 y 26 del Decreto de 26 de julio de 1945 por el que se aprueba el reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, desinfección y desinfectación, que contemplan la obligatoriedad de las vacunaciones contra la viruela y la difteria, así como de las vacunaciones anti-paratíficas en los supuestos concretos contenidos en la Ley⁸.

⁷ La LGSP recoge en su artículo 6 el derecho a la igualdad señalando en su apartado 3 que “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública” incidiendo en el apartado 4 en que “este derecho se concretará en una cartera de servicios básica y común en el ámbito de la salud pública, con un conjunto de actuaciones y programas. Dicha cartera de servicios incluirá un calendario único de vacunación y una oferta única de cribados poblacionales”.

⁸ El artículo 25 del Decreto de 26 de julio de 1945 contempla la vacunación anti-paratífica obligatoria para todas las personas en contacto con enfermos o sospechosos de padecer dicha dolencia. Por su parte el artículo 26 prevé asimismo la obligatoriedad de esta vacunación para todo

En virtud de lo anterior, cabe afirmar que, con la aprobación de la Ley 22/1980, de 24 de abril, la vacunación obligatoria deja de tener amparo en nuestro ordenamiento jurídico, resultando únicamente viable la adopción de esta medida en el marco de la LOMESP, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, siempre que lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

En este sentido, con fecha 24 de noviembre de 2010, en una decisión sin precedentes en España, el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 5 de Granada, ante la existencia de un brote de enfermedad de sarampión en la ciudad de Granada y solicitada vacunación forzosa por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, resolvió autorizar la vacunación forzosa de 35 niños cuyos padres se habían negado a vacunarlos o no habían cumplimentado el requerimiento de recibir la dosis de la vacuna, amparando su decisión en la regulación contenida en la LOMESP. Se produce en el presente supuesto, tal y como señalábamos con anterioridad, una confrontación entre el interés general y el derecho fundamental a la integridad física amparado en el artículo 15 de la CE⁹.

En todo caso, la adopción de una medida como ésta requiere una previa ponderación entre los riesgos y los beneficios de la vacunación. Precisamente por ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de sep-

habitante de localidad epidemiada pudiendo las Autoridades sanitarias imponer su aplicación si es necesario sin más excepción que los casos que la contraindiquen. Asimismo, podrá imponerse como obligatoria en las poblaciones, pueblos o núcleos rurales que por la deficiente potabilidad de sus aguas sufran endémicamente estas infecciones, interin les es suministrada agua de garantía y potabilidad bacteriológica.

⁹ El Juzgado fundamenta su decisión en la doctrina del Tribunal Constitucional que expone los requisitos necesarios para que la medida que afecta al derecho a la integridad física se encuentre constitucionalmente justificada, esto es: 1) que se persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) que su adopción se encuentre amparada por una norma de rango legal en (principio de legalidad); 3) que sea acordada judicialmente pero sin descartar que la ley pueda habilitar a otros sujetos por razones de urgencia o necesidad; 4) que la resolución que la acuerde esté debidamente motivada; y 5) que la medida sea proporcional, de manera que el sacrificio que la medida, idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, no implique un sacrificio desmedido. A ello añade que “la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características” y que “la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante”

tiembre de 2007 declaró la responsabilidad de la Administración sanitaria porque “a la fecha en la que fue sometido [el paciente] a vacunación obligatoria contra la viruela se puede decir con la opinión de la mayoría de los profesionales del momento que eran mayores los riesgos por efectos secundarios que los efectos preventivos de la enfermedad que podían justificar la imposición de la obligación de vacunación”. No se tuvo en cuenta que “entre los posibles efectos secundarios de la vacuna contra la viruela se encontraba las encefalitis víricas con fuertes subidas de temperatura”, que precisamente el paciente sufrió con resultado ciertamente grave (epilepsia)¹⁰.

Distinto de este supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios ocasionados al paciente como consecuencia de la actuación sanitaria impuesta, en este caso, la vacunación obligatoria en 1975 contra la viruela, son los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, ya no por los daños originados por la imposición de la vacunación, sino por la falta de información sobre la necesidad de vacunación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de octubre de 2009¹¹ y Sentencia del Tribunal Su-

¹⁰ El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha señalado en Sentencia de 18 de diciembre de 2010 que “si bien la obligación de vacunación constituye una carga del ciudadano de asumir los efectos adversos derivados de la administración de vacunas que sean calificados de leves o moderados, el principio de evitar que unos ciudadanos sean de peor condición que otros, impone que cuando la consecuencia dañosa suponga perjuicios graves y permanentes, ésta debe ser indemnizada por la comunidad, representada por la Administración, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de la salud colectiva de la sociedad, perjudicando su integridad personal sin obtener el debido reconocimiento al derecho de máxima protección en nuestro ordenamiento constitucional, como el derecho a la vida y a la integridad personal”

¹¹ Por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de octubre de 2009 se estima recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 25 de febrero de 2005 por los padres de una menor, nacida en 1993, vacunada a los 4 años de edad (el 24 de septiembre de 1997) contra la meningitis con vacuna antimeningocócica A+C de polisacáridos y fallecida el 17 de abril de 2004 tras ser ingresada bajo el diagnóstico de meningitis neumocócica. Según consta en los antecedentes de hecho, una vez vacunada la menor no se informa a los padres ni al colegio en que estudiaba, ni consta que se hiciera campaña publicitaria alguna que diera a conocer que los efectos de tal vacuna no tenían una duración de más de tres años. No obstante, desde el año 2000 la Administración demandada tenía conocimiento de que la vacuna no era todo lo efectiva que hubiera sido de

premo de 25 de junio de 2010¹²), lo que impide adop-

desear por lo que abre una nueva campaña de información con un importante despliegue de medios, llamando a la vacunación a los menores de cinco años, llamamiento que no se refería a la menor que en el año dos mil cumplió siete años de edad por lo que no fue re-vacunada. En septiembre de 2004, después de haber fallecido la menor, la Comunidad de Madrid lleva a cabo otra campaña para vacunar a todos los niños y adolescentes menores de veinte años. La Sala aprecia responsabilidad de la Comunidad de Madrid por no haber extendido la campaña del año 2000 a jóvenes con edades superiores a los cinco años, señalando que “La Administración creó una situación de seguridad en 1997 que no se vio contradicha por ninguna actuación directa ni indirecta que hiciera suponer la eficacia limitada de la vacuna suministrada en 1997. Al contrario, cuando en 2000 se inicia una nueva campaña y (la menor) queda fuera de ella, era razonable que los padres de (la menor) pensarán que a los mayores de cinco no era necesario recordarles la vacuna, es decir, que la vacuna de 1997 seguía siendo eficaz para éstos”.

¹² Por Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2010 se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por una madre contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha con fecha 4 de febrero de 2004, en solicitud de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por su hija denunciado que la enfermedad que padece la misma es consecuencia directa de no haberse revacunado con la nueva vacuna como consecuencia de falta de información y de actividad preventiva por parte del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Según consta en los antecedentes fácticos la hija de la recurrente fue vacunada contra la meningitis C, el 7 de junio de 1997, con diez años de edad, con vacuna antimeningocócica A+C de polisacáridos (Mencevax A+C), vacuna que fué objeto de la campaña vacunal desarrollada entre el 20 de octubre y el 20 de diciembre de 1997, por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, dirigida a individuos de entre 18 meses y 19 años de edad, incluyéndola en el calendario vacunal. En el año 2000, la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha lleva a cabo una nueva campaña de vacunación contra la Meningitis C, dirigida a niños nacidos desde el 1 de enero de 1995 y, por tanto, a menores de seis años, con una nueva vacuna (la vacuna conjugada) más eficaz que la vacuna de polisacáridos suministrada en 1997 y que proporciona una mayor memoria inmunológica. El 7 de abril de 2003, con motivo de una excursión organizada por el Colegio Compañía de María, de Albacete, la hija de la recurrente, se traslada a París. Al día siguiente es ingresada en el Hospital Bichat-Claude Bernard donde se le diagnostica una Meningitis C púrpura fulminante, con shock severo y fallo multiorgánico. El 17 de noviembre de 2003 (y hasta el 20 de febrero de 2004), la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha inicia una nueva campaña de vacunación para proceder a la inmunización contra la Meningitis C con la vacuna conjugada de todos los menores de 19 años que no la hubieran recibido. Señala la Sala que “de lo expuesto se desprende que la Administración efectúa la

tar las medidas oportunas para la protección de la salud. Y en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido la pérdida de oportunidad – entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008- como “la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancia a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias: tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una “falta de servicio”.

En todo caso, para que exista responsabilidad derivada de la actuación sanitaria es necesario no sólo la concurrencia de los requisitos exigidos en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino además, la infracción de la *lex artis*, entendida como el criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.

campaña del 2000 de tal forma (sólo a través de los Centros de salud, en los que los pediatras solo informan de la campaña a los padres de los menores de seis años a los que va dirigida) que priva a los padres de los mayores de esa edad de la posibilidad de obtener una información suficiente, comprensible y adecuada en relación con la insuficiencia de la vacuna suministrada en 1997 y con el hecho de estar expuestos, que les permita adoptar las medidas oportunas para su adecuada protección, y en este sentido el recurso debe ser estimado (...) es aquí, en la falta de información que provoca la pérdida de la oportunidad de proteger a los menores excluidos de la campaña, donde radica la dejación de funciones de la Administración que, si bien puede ser libre para adoptar la decisión de revacunar gratuitamente, no lo debe ser para rectificar informaciones incompletas que colocan a los ciudadanos en la falsa seguridad de estar protegidos frente a una enfermedad como la que nos ocupa, de suerte que, si como ocurre en el caso de la joven, el riesgo llega a materializarse, el administrado no tiene el deber de soportar el daño consistente en las lesiones y secuelas de por vida provocadas por la nefasta enfermedad, debiendo la Administración, en consecuencia, responder”.

En relación con esta sentencia véase ALARCÓN PONCE, A. “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas (comentario a la STS de 25 de junio de 2010)”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, número 184, Julio-Agosto 2011, Págs. 509-514.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN PONCE, A. “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas (comentario a la STS de 25 de junio de 2010)”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, número 184, Julio-Agosto 2011, Págs. 509-514.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L. “Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas de una nueva regulación”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 2/2011, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2011.

CIERCO SIEIRA, C. “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y salud*, Volumen 13, n° 2, 2005, Págs. 211-256.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 6/2009, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2009.

PERMÁN GAVÍN, J. “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, *Derecho y Salud*, volumen 16, número extraordinario, noviembre de 2008, Págs. 29-62.