



Responsabilidad patrimonial y covid-19. El principio de precaución como título de imputación

Eugenio Moure González

Abogado. Socio director de Eugenio Moure Abogados SLP

emoure@emoure-abogados.com | <https://orcid.org/0000-0002-2201-9939>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

La pandemia debida a la covid-19 ha puesto al límite las capacidades de nuestro sistema público de salud. Quizás el único precedente similar se remonte a casi 40 años atrás en relación con la comercialización del aceite de colza desnaturalizado. La dimensión internacional de esta pandemia que tanto ha condicionado nuestras vidas en 2020 quizás transmita la impresión de que se trata de un mal inevitable; todos los países de nuestro entorno lo han sufrido con mayor o menor intensidad (aunque en el nuestro de una forma especialmente virulenta). Cabe plantearse, no obstante, si las Administraciones sanitarias han reaccionado a tiempo, incurriendo en un funcionamiento anormal que haya incrementado el riesgo propio de la enfermedad. Esta será una cuestión a la que intentaremos dar respuesta en clave del principio de precaución y de la transparencia que resulta inherente.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial; covid-19; principio de precaución.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Moure González , E. (2021). Responsabilidad patrimonial y covid-19. El principio de precaución como título de imputación. *Revista CEFLegal*, 240, 67-98.



Administrative liability and covid-19. The precautionary principle as a means to be held liable

Eugenio Moure González

Abstract

The covid-19 pandemic has pushed our public health system capacities to the limit. Perhaps, the only similar precedent dates back almost forty years, relating to the toxic colza oil syndrome. The international scope of this pandemic that has so much conditioned our lives in 2020 May make it look like a necessary evil; every country similar to ours has suffered from it more or less intensely (although our country did in a particularly harsh way). One may, however, wonder whether the Public Health Bodies have timely reacted, breaching statutory duties and thus propelling the sickness own risks. A question we may address using the precautionary principle and all its inherent transparency.

Keywords: Administrative liability; covid-19; precautionary principle.

Citation: Moure González , E. (2021). Responsabilidad patrimonial y covid-19. El principio de precaución como título de imputación. *Revista CEFLegal*, 240, 67-98.



Sumario

1. Historia reciente de una pandemia: mensajes confusos antes de la tormenta perfecta
2. La Administración responsable de la salud pública: el faro que se apagó
 - 2.1. La salud pública como organización: un farero y 19 guardacostas
 - 2.2. La salud pública como derecho-deber: según el color de la bandera
 - 2.3. La salud pública como dique ante las pandemias: ¿riesgo, incertidumbre o ignorancia?
3. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: ¿quién paga el naufragio?
 - 3.1. Responsabilidad por omisión: el riesgo incrementado
 - 3.2. El principio de precaución como título de imputación
 - 3.3. El control judicial de la precaución debida
 - 3.4. El daño como pérdida de oportunidad y su sociabilización
4. El derecho internacional de la salud como tarea inacabada: un sistema que habrá que revisar ante futuras pandemias
 - 4.1. Su insuficiencia para abordar los retos actuales
 - 4.2. La producción normativa de la OMS: ¿*soft law* o *hard law*?
5. A modo de conclusión: ¿solidaridad social o fuerza mayor?

Referencias bibliográficas



1. Historia reciente de una pandemia: mensajes confusos antes de la tormenta perfecta

El 31 de diciembre de 2019 en China se declara la epidemia por un virus hasta entonces desconocido, con epicentro en la ciudad de Wuhan¹, y el 23 de enero de 2020 se decreta el confinamiento de su población. El 31 de enero de 2020 se conocen los primeros casos en Italia y el 23 de febrero se pusieron 11 localidades italianas en cuarentena ante la tercera muerte en su territorio. El 8 de marzo se extendió a Lombardía y a otras 14 provincias del Norte, y el siguiente día a todo el país.

El primer caso español diagnosticado fue el de un turista alemán en La Gomera el 31 de enero, mientras que en la Península se trató a una persona procedente de Italia el 26 de febrero. En esa misma fecha la cuenta oficial del Ministerio de Sanidad en Twitter (@sanidad-gob) advertía de que «al volver de una zona de riesgo puedes hacer vida normal, y si a los 14 días no has desarrollado síntomas, no es necesario tomar medidas»². El 3 de marzo solo se aconsejaba celebrar algunos encuentros deportivos a puerta cerrada en los que participasen equipos italianos y la suspensión de congresos y seminarios de profesionales sanitarios³, no así celebraciones multitudinarias, como las acontecidas el 8 de marzo o los encuentros deportivos profesionales, cuando ya se contabilizaban 589 casos en toda Es-

¹ Séptima ciudad de China por población con 11 millones de habitantes.

² En nota de prensa del Ministerio de Sanidad del día 25 de febrero solo se preveía la detección precoz en estos casos: «Las personas que presenten síntomas y que en los 14 días anteriores hayan estado en alguna de estas zonas de riesgo han de ser consideradas posibles casos y por tanto se deben realizar las pruebas y aplicar los procedimientos correspondientes». <<https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4799>>.

³ Nota de prensa del Ministerio de Sanidad del 3 de marzo. <<https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4803>>.

pañía. Solo al día siguiente se empiezan a tomar las primeras medidas por el Ministerio de Sanidad (suspensión de la actividad docente presencial, recomendación del teletrabajo o fomento del cuidado domiciliario de los mayores, entre otras)⁴, hasta la declaración del estado de alarma el día 14.

El 28 de enero la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomendaba «evitar las aglomeraciones y no permanecer con frecuencia en espacios cerrados y abarrotados»⁵. Solo dos días después declaró que el brote se trataba de una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) (en ese momento se habían diagnosticado más de 9.700 casos en China y 106 en otros 19 países). El 3 de febrero daba publicidad al Plan Estratégico de Preparación y Respuesta a este nuevo virus⁶, y el día 5 del mismo mes advertía de que representaba un elevado riesgo a nivel mundial. El 11 de febrero puso el nombre de covid-19 a la enfermedad por coronavirus (en sus siglas en inglés), y el 3 de marzo exhortaba a aumentar la producción de equipos de protección para el personal sanitario⁷.

El 11 de febrero el ministro de Sanidad Salvador Illa subrayó «que el Sistema Nacional de Salud está preparado para hacer frente a la situación. La probabilidad de que suponga un riesgo para la población en nuestro país se considera bajo»⁸. El 13 de febrero, en rueda de prensa tras la reunión de ministros de Sanidad de la Unión Europea (EPSCO) celebrada en Bruselas, nuestro ministro declaró: «España tiene suficiente suministro de equipos personales de emergencia en este momento»⁹.

⁴ Nota de prensa del Ministerio de Sanidad del 9 de marzo. <<https://www.msbs.gob.es/gabinete/notas-Prensa.do?metodo=detalle&id=4806>>.

⁵ También recomendaba lo siguiente: «Mantener al menos un metro de distancia de cualquier persona con síntomas respiratorios de infección por 2019-nCoV (por ejemplo, tos y estornudos); lavarse las manos frecuentemente con una solución hidroalcohólica si no están visiblemente sucias, y con agua y jabón si están sucias; al toser o estornudar, cubrirse la boca y la nariz con el codo flexionado o con un pañuelo de papel, desechar este inmediatamente y lavarse las manos; abstenerse de tocarse la boca y la nariz». Documento: *Consejos sobre la utilización de mascarillas en el entorno comunitario, en la atención domiciliar y en centros de salud en el contexto del brote de nuevo coronavirus (2019-nCoV)*. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/330999/WHO-nCov-IPC_Masks-2020.1-spa.pdf>.

⁶ El plan se centra en poner en marcha con rapidez la coordinación y el apoyo operativo a nivel internacional, y ampliar y agilizar en lo necesario las operaciones de preparación y respuesta de los países.

⁷ «Sin cadenas de suministro seguras, el riesgo para los trabajadores sanitarios en todo el mundo es real. La industria y los gobiernos deben actuar con rapidez para estimular el suministro, reducir las restricciones a la exportación y poner en marcha medidas con las que detener la especulación y el acaparamiento. No podemos detener la covid-19 sin proteger primero a los trabajadores sanitarios», dijo el director general de la OMS, el Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus. <<https://www.who.int/es/news-room/detail/03-03-2020-shortage-of-personal-protective-equipment-endangering-health-workers-worldwide>>.

⁸ Nota de prensa del Ministerio de Sanidad. <<https://puntocritico.com/ausajpuntocritico/wp-content/uploads/2020/03/nota-prensa-11-febrero-2020-ministerio.pdf>>.

⁹ Nota de prensa del Ministerio de Sanidad del 13 de febrero. <<https://www.msbs.gob.es/gabinete/notas-Prensa.do?metodo=detalle&id=4792>>.

El Consejo de la Unión Europea (UE) publicó en el Diario Oficial de la UE del 20 de febrero las conclusiones con motivo de la expansión del brote covid-19, instando a tomar, en otras medidas, que «el personal hospitalario que trate a los pacientes disponga de protección adecuada; y que se cumplan las recomendaciones de la OMS formuladas sobre la base del RSI, el trabajo el Comité de Seguridad Sanitaria, el asesoramiento del EDIC y los planes y orientaciones nacionales»; y pedía a la Comisión que se «siga examinando todas las posibilidades disponibles, especialmente la contratación conjunta, para facilitar el acceso necesario a los equipos de protección individual que los Estados miembros necesitan, a fin de minimizar su potencial escasez».

Entre la declaración por la OMS de la covid-19 como EIIISP (el 30 de enero) y la adopción de las primeras medidas a nivel comunitario en nuestro país (el 9 de marzo) transcurrieron cinco semanas en las cuales el virus circuló sin control alguno, y lo que es más importante, como luego veremos, sin que se tomaran tres medidas de trascendental importancia: la adquisición de equipos de protección individual (EPI) para el personal sanitario, la adopción de restricciones para evitar concentraciones masivas de personas y la información a la ciudadanía en aras de procurar su protección individual y el cuidado de los más vulnerables (nuestros ancianos).

El 14 de marzo se inicia el estado de alarma que dio lugar, tras el real decreto-ley que lo declara, a un frenesí normativo, al mismo ritmo que a una ascendente curva de contagiados y fallecidos, a la que se quería aplanar lo antes posible con el confinamiento general de la población, e incluso con una hibernación de las actividades productivas, salvo las declaradas esenciales, al tiempo que se producían los temidos daños colaterales sobre la economía y el empleo.

Al margen de los perjuicios económicos –que serán terribles por el cierre de empresas, negocios y el consiguiente incremento de la tasa de desempleo– este trabajo pretende indagar en la posible responsabilidad de las Administraciones públicas sanitarias en el control interno de una pandemia, por el incumplimiento de sus deberes en materia de salud pública y la consiguiente lesión del derecho constitucional a la protección de la salud desde la perspectiva del principio de precaución. Demostraremos que la tormenta perfecta ha sido la conjunción de una pandemia inédita en el mundo occidental con un exceso de confianza, que nos expuso a la debilidad de una falsa seguridad.

2. La Administración responsable de la salud pública: el faro que se apagó

2.1. La salud pública como organización: un farero y 19 guardacostas

El artículo 43 de la Constitución española reconoce el derecho a la protección de la salud y la responsabilidad de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública, com-

petencia cuya transferencia a las comunidades autónomas, coincidiendo con sus estatutos de autonomía, fue incluso anterior a la Ley 14/1986, General de Sanidad. Con esta norma y el reparto competencial establecido en nuestra Constitución se alumbró, como señalan Monereo Pérez y Molina Navarrete (2007, p. 27), un «Sistema Nacional (pero descentralizado) de Salud», de modo que a la Administración General del Estado solo incumbe «la protección de intereses de carácter supracomunitario» (Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1983), «aquilatando su competencia a la dimensión del problema que regula» (Sentencia del mismo tribunal 192/1990).

El artículo 148.1.21.^a de la Constitución establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de salud pública («sanidad e higiene»), de acuerdo con los respectivos estatutos de autonomía. Con ese título competencial se transfirieron las funciones y servicios de la Administración Institucional de la Sanidad Nacional (AISNA), organismo dependiente del Ministerio de Sanidad y extinguido en 1987, encargado de los servicios de prevención y también de aquellos destinados a la lucha contra enfermedades infecciosas¹⁰.

El artículo 149.1.16.^a establece, a su vez, las competencias exclusivas del Estado: sanidad exterior, bases y coordinación general y legislación sobre productos farmacéuticos. La coordinación general implica, según el artículo 73.1 de la Ley General de Sanidad, que el Estado fijará medios y sistemas para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta de las Administraciones públicas sanitarias, «evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que impedirían o dificultarían la realidad del sistema» (Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1983).

La Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, plantea cómo hacer posible esa coordinación además de la cooperación entre las distintas Administraciones sanitarias. Y en materia de salud pública su artículo 65 ya deja claro que «la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública corresponderá al Ministerio de Sanidad», lo que obliga a todas las partes incluidas y en los supuestos siguientes: «1.º Responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública. 2.º Dar cumplimiento a acuerdos internacionales, así como a programas derivados de las exigencias de la normativa emanada de la Unión Europea, cuando su cumplimiento y desarrollo deba ser homogéneo en todo el Estado». Y entre otros mecanismos alude a la «coordinación de sistemas de información epidemiológica [...] cuando sus efectos trasciendan el ámbito autonómico».

La Ley 33/2011, General Salud Pública, en su artículo 14 señala que corresponden al Ministerio de Sanidad determinadas funciones en materia de vigilancia en salud pública, «en

¹⁰ En concreto, la AISNA disponía de tres tipos de centros: a) los centros con funciones técnicas especializadas de apoyo a la Sanidad Nacional; b) los centros sanitarios de beneficencia del Estado, y c) los centros asistenciales de la Sanidad Nacional relativos a enfermedades o finalidades específicas, entre estos el Hospital Nacional de Enfermedades Infecciosas.

particular la gestión de alertas que procedan de la Unión Europea, la Organización Mundial de la Salud y demás organismos internacionales y, especialmente, de aquellas alertas contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional (2005), en su caso, en coordinación con las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla»; también «las previstas en el artículo 65 de la Ley 16/2003». No obstante, las concretas actuaciones dirigidas a la protección de la salud de la población corresponde a las Administraciones autonómicas (art. 27), aunque «el Ministerio de Sanidad será el Centro Nacional de Enlace para la comunicación continua con la Organización Mundial de la Salud y otras redes de alerta internacionales, y será responsable de la aplicación del Reglamento Sanitario Internacional (2005), manteniendo para ello la capacidad nacional imprescindible para cumplir con lo dispuesto en dicho Reglamento».

Por ello, cada comunidad autónoma (y las ciudades de Ceuta y Melilla) puede tomar las medidas que considere oportunas, al margen de la competencia estatal ya expuesta –incluso cuando se haya declarado una EIISP por la OMS (como ocurrió con la covid-19 el 30 de enero), pues el artículo 54 les habilita para adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley y, en particular, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias y las suspensión de actividades y actuaciones. Si bien la gestión de las alertas y la coordinación de las actuaciones para conseguir la homogeneidad de las actuaciones, como hemos dicho, corresponde al Ministerio de Sanidad.

Para propiciar esa coordinación está la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (RE-NAVE), creada por Real Decreto 2210/1995, cuya finalidad es, precisamente, «la recogida y el análisis de la información epidemiológica con el fin de poder detectar problemas, valorar los cambios en el tiempo y en el espacio, contribuir a la aplicación de medidas de control individual y colectivo de los problemas que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional y difundir la información a sus niveles operativos competentes» (art. 1).

El reparto competencial, de acuerdo con el sistema legal ya expuesto, se traduce en que el Ministerio de Sanidad tendrá que asegurar «la homogeneidad de los criterios, garantizando la homologación de la información, el intercambio de la misma y la evaluación del sistema, mediante los protocolos y guías de procedimiento oportunos; todo ello sin perjuicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas», y, particularmente, «propiciará el cumplimiento de las obligaciones sanitarias internacionales, como son la notificación internacional de las enfermedades cuarentenables y la de aquellas que son objeto de vigilancia especial por la Organización Mundial de la Salud y la Unión Europea» (art. 6). Mientras que las comunidades autónomas «en su ámbito competencial desarrollarán esta normativa de forma que se garantice la capacidad funcional de estas actividades en todos sus niveles administrativos y se asegure el envío al Ministerio de Sanidad y Consumo de la información epidemiológica» (art. 7).

También del Ministerio de Sanidad depende el Centro de Alertas y Emergencias Sanitarias, integrado en el sistema de coordinación de alertas y emergencias de Sanidad y Con-

sumo, establecido por Orden SCO/564/2004, de 27 de febrero. Entre sus funciones está la de «desarrollar análisis de situación de riesgos y facilitar a las Administraciones sanitarias y demás organismos acceso a información cualificada con rapidez, [...] coordinar la preparación de los planes de respuesta del Ministerio en situaciones de crisis y emergencias, así como dar soporte y coordinar el desarrollo de un plan de contingencias del Ministerio ante situaciones de crisis y emergencias [...] y garantizar una comunicación permanente con los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas o la Comisión Europea, en su caso, para la gestión de las crisis, asegurando la plena operatividad las 24 horas del día, todos los días del año» (art. 4.º).

Esta panoplia normativa responde al reparto competencial ya aludido, según el cual la coordinación de una crisis sanitaria como la vivida corresponde al Ministerio de Sanidad, que es quien debe facilitar tanto la información generada por sus propios sistemas y órganos al efecto creados, como aquella recibida de la OMS y de la UE. Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla con esa información y ante una pandemia podrán adoptar las medidas cautelares que consideren oportunas para gestionar los problemas de salud pública que surjan en sus propios territorios. De ahí que la protección de la salud pública interna dependa directamente en nuestro país de 20 Administraciones: el Ministerio de Sanidad, 17 comunidades autónomas y 2 ciudades autónomas.

Pero ese reparto competencial desapareció a raíz del Real Decreto 464/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19, al establecer que será autoridad competente el Gobierno (art. 4.1) y autoridades competentes delegadas, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, en sus respectivas áreas de responsabilidad la ministra de Defensa y los ministros de Interior, de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana y el de Sanidad, asumiendo este último las competencias del resto de ministros en relación con el estado de alarma (art. 4.2). Cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios, para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma (art. 6).

Dicho esto, hasta el 14 de marzo había una gestión coparticipada –de acuerdo con un reparto competencial complejo pero a su vez claro sobre las funciones de cada cual– en relación con la covid-19, asumiendo el Ministerio de Sanidad una competencia de coordinación e información de indudable importancia, pero debiendo cada comunidad y ciudad autónoma adoptar las medidas que considerasen necesarias en sus respectivos territorios. A partir de aquella fecha la competencia en la gestión de la crisis la asume el Gobierno en los términos fijados en el real decreto del estado de alarma.

La responsabilidad patrimonial depende del correcto ejercicio de la competencia, por eso existe un antes y un después al 14 de marzo, que luego con más detalle analizaremos. Pero en la fase más decisiva de esta crisis, antes de aparecer las cifras de contagios masi-

vos, quien debía dar la voz de alarma, quien tenía que informar del riesgo que se avecinaba, quien tenía que vislumbrar la tragedia no supo verla. Y ese farero ausente –quien debía de avisar al resto de Administraciones con competencias en salud pública, nuestros guardacostas– se llama Ministerio de Sanidad.

2.2. La salud pública como derecho-deber: según el color de la bandera

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, invoca el artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que habilita al Gobierno, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad.

En este marco, las medidas previstas –según el citado RD– tenían como fin proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública, «sin demora» (dice) para prevenir el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico.

Mucho se ha escrito sobre que si las medidas implantadas daban contenido más bien a un estado de excepción (Aragón, 10 de abril de 2020)¹¹, pero sin ser esa la pretensión del presente trabajo, conviene reflexionar, siquiera brevemente, sobre el sacrificio que la defensa de la salud pública impone de otros derechos, incluso de la propia autonomía personal. Pues como dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2011, de 28 de marzo (NCJ054760), el tratamiento médico obligatorio no produce una vulneración del derecho a la libertad, pues la libertad personal protegida por la Constitución no supone una cláusula general de autodeterminación individual.

La Ley Orgánica 3/1986 de Medidas especiales en materia de Salud Pública ya advierte de 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» (art. 3.º).

Pero la salud pública no solo es la cláusula que permita limitar determinados derechos, sino que a su vez es un derecho individual exigible, como cualquier otro, ante los poderes

¹¹ «Exorbitante utilización del estado de alarma», dice, añadiendo que «la declaración del estado de alarma no permite, a su amparo, decretar, como se ha hecho, la suspensión generalizada del derecho de libertad de circulación y residencia de los españoles, medida que solo puede adoptarse en el estado de excepción, como determina el artículo 55.1 de la Constitución».

públicos. Así, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 11 recoge las prestaciones de salud pública y, entre ellas, la información y vigilancia epidemiológica, la protección y promoción de la salud, la prevención de las enfermedades o la vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud.

La salud pública presenta así, desde la teoría de los derechos fundamentales, una doble dimensión (derecho-deber), pues por un lado tenemos el derecho a la protección de nuestra salud a través de las actuaciones de vigilancia, promoción y prevención y, por otro lado, tenemos el deber legal de someternos a esas medidas para la protección de la salud pública como interés colectivo, incluso con sacrificio de otros derechos.

Ante una situación como la vivida, inédita en nuestra reciente historia democrática, es necesario alterar el equilibrio social de los derechos fundamentales, pues la normal convivencia se ve gravemente alterada por un elemento nuevo (la covid-19). El sacrificio de unos derechos (como el de libre circulación) para salvaguardar otros (en este caso, la integridad física a través de la protección de la salud pública), se realiza en atención al criterio de proporcionalidad, que en la declaración del estado de alarma –o en su caso de excepción– corresponde apreciar al Gobierno, sin perjuicio de su convalidación posterior por el Parlamento.

Pero lo que nos interesa, por ser el enfoque que queremos dar a nuestro planteamiento, es lo acontecido antes de la declaración del estado de alarma. En este sentido, y bajo la égida del principio general según el cual las restricciones de derechos deben ser interpretadas restrictivamente (*odiosa sunt restringenda*), la Ley Orgánica 3/1986 prevé, en relación con personas enfermas o que hayan estado en contacto o puedan haberlo estado, el confinamiento específico, como ocurrió con los primeros ciudadanos que estuvieron confinados en un hotel de Canarias, en virtud del auto judicial al que a continuación pasaremos a referirnos, o también con los ciudadanos que fueron repatriados desde China por provenir de la zona de Wuhan.

El auto de ratificación de medidas sanitarias urgentes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con la Orden de 27 de febrero de 2020 de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, se fundamenta en el principio de precaución. Tomando como guía la jurisprudencia comunitaria, de tal principio se deriva el carácter preponderante de la protección de la salud pública frente a las consideraciones económicas o de otro tipo, de modo que cuando existe un riesgo serio para aquella las autoridades sanitarias –y el juez en su posterior ratificación– deben inclinarse de manera casi inevitable por su protección, evitando la propagación de la enfermedad, aunque no se tuviese la certeza de que todos los huéspedes de un hotel estuviesen contagiados.

La extensión a todos y cada uno de los habitantes de España (nuestro país concebido como un gran hotel, metáfora que no deja de estar alejada de nuestra realidad de potencia turística mundial) obligó a una medida de confinamiento con base en un riesgo de contagio que se valoró como alto el 14 de mayo de 2020 y no antes, de modo que fue en ese tardío

momento cuando el Gobierno consideró que había que proteger con medidas extremas la salud pública. Pasamos de una bandera verde (tranquilos, aquí no pasa nada, el virus está en China, podéis hacer vida normal), a una bandera amarilla (lavaros las manos y evitar el contacto social, pero podéis manifestaros porque la reivindicación colectiva es más importante)¹² y finalmente a la bandera roja (al decretar el estado de alarma cuando ya la orilla se estaba llenando de cadáveres), todo ello en demasiado tiempo: cinco semanas en situación de riesgo y sin aplicar todas las medidas que se recomendaban desde la OMS.

2.3. La salud pública como dique ante las pandemias: ¿riesgo, incertidumbre o ignorancia?

A propósito de la covid-19, Tolosa Tribiño (2020) alude a la necesidad de

que, una vez superada esta pandemia, la sociedad y los juristas reflexionemos profundamente acerca del valor de la salud colectiva y de los sacrificios que su consecución pueden requerir desde la perspectiva individual, logrando el necesario equilibrio en el que debe basarse una concepción actualizada y moderna del concepto salud pública, en una sociedad que debe acostumbrarse a convivir con el riesgo.

La cuestión es saber en qué momento estamos en situación de riesgo, incertidumbre o mera ignorancia. La importancia de su diferenciación radica en que el riesgo permite conocer la probabilidad de que se produzca un daño (de ahí su vinculación al contrato de seguro), mientras que la incertidumbre no lo permite (Pérez Escalona, 2009, p. 122). La incertidumbre es la antesala del riesgo, lo precede, mientras que la ignorancia es la ausencia de datos para atisbar uno u otro.

El riesgo en materia de salud pública supone conocer las amenazas reales de daños posibles (por ejemplo, con un virus); la prevención primaria sería eliminar su exposición. La incertidumbre, sin embargo, parte de la existencia de impactos conocidos para la salud – sabemos que existen virus e incluso coronavirus–, pero no sabemos todavía las probabilidades de causar un daño hasta que no se identifica el patógeno concreto y se analiza su comportamiento; la prevención deriva en cautela, lo que nos lleva al principio de precaución, idea central de este trabajo. Pero mientras no descubramos el virus (en el caso del coronavirus fue en China a finales del mes de diciembre), lo que existe es una ignorancia, si bien relativa, pues ni podemos conocer el impacto de algo desconocido ni lógicamente

¹² «¿Qué le diría a una mujer que está dudando en ir a la manifestación del 8 mayo? Que le va la vida... que tiene que formar parte de esto, que estamos viviendo en el siglo XXI». Respuesta de la vicepresidenta 1.^a Carmen Calvo en un programa de televisión. <<https://www.youtube.com/watch?v=Quasjgvvtg>>.

las probabilidades de que acaezca un determinado daño, aunque la amenaza de virus sea inherente a la propia historia de la humanidad. La prevención en estos casos es mantener una constante atención a la salud de las poblaciones para identificar con rapidez la aparición de nuevos virus¹³.

Esas tres fases –ignorancia, incertidumbre y riesgo– se han sucedido en un breve espacio de tiempo. La primera fase, siguiendo el relato cronológico que dimos al principio, era la previa al 31 de diciembre de 2019, que es cuando se anuncia desde China la existencia de un coronavirus nuevo (nada se sabía hasta entonces). La segunda fase, de incertidumbre, empieza en esa fecha y su finalización podemos situarla en la primera semana del mes de febrero, que es cuando la OMS publica su plan estratégico y advierte de que representaba un elevado riesgo a nivel mundial. Y la tercera fase comienza a partir de ahí tras poner nombre a la nueva enfermedad: covid-19. Es en la primera semana de febrero cuando deberían considerarse esas medidas luego adoptadas (si no el confinamiento general, que se demoró cinco semanas, al menos otras como cordones sanitarios en determinadas poblaciones más expuestas por la aparición de los primeros casos, o las restricciones del derecho de reunión para evitar aglomeraciones de acuerdo con las recomendaciones de la OMS), a fin de prepararnos frente a la pandemia, y no aumentar su potencial lesivo pregonando la fortaleza de nuestro sistema sanitario y la escasa letalidad del virus.

3. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: ¿quién paga el naufragio?

3.1. Responsabilidad por omisión: el riesgo incrementado

Nuestra constitución (art. 106) y la Ley 40/2015, reguladora del sector público (arts. 32 y ss.) imponen a la Administración la obligación de indemnizar cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

El riesgo creado por su funcionamiento opera como título de imputación. Pero el riesgo, como aclara González Pérez (2009, p. 502), puede ser desde fácilmente previsible a apenas previsible, ahora bien, para que el riesgo sea relevante al efecto de generar responsabilidad, debe tener una entidad cuantitativa y cualitativa. Según Mir Puigpelat (2000, p. 250) un riesgo será jurídicamente relevante cuando la Administración no aminore o disminuya un peligro ya existente.

¹³ La diferencia entre riesgo, incertidumbre e ignorancia aparece descrita en el informe *Lecciones tardías a partir de alertas tempranas: el principio de cautela: 1896-2000*, AEMA, Copenhague, 2002; Centro de Publicaciones del Ministerio de Medio Ambiente (2003), p. 192.

Es cierto que el artículo 32 de la Ley 40/2015 establece que no serán indemnizables los daños que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquellos. Existe, pues, un deber jurídico de soportar esos daños desconocidos o inevitables, riesgo que el perjudicado debe asumir, pues lo contrario, como establece en doctrina consolidada el Tribunal Supremo, «sería convertir a las Administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual, aunque sea objetiva o por resultado» (Sentencia, entre otras, de 2 de diciembre de 2009, recurso 3391/2005).

La cuestión es determinar cuándo el estado de los conocimientos permite evitar o al menos aminorar los daños, o cuándo ante un riesgo nuevo del que todavía se desconoce su potencial dañoso, determinadas omisiones pueden incrementar las consecuencias lesivas que le son propias.

La doctrina distingue al respecto entre la omisión como concepto normativo de la simple inactividad. La omisión jurídicamente relevante es aquella que se produce respecto de un deber de actuar materialmente posible (De Ahumada Ramos, 2009, p. 299). No basta con que la Administración haya incumplido un puro deber abstracto de cumplir ciertos fines, sino que ha de obviar las medidas estandarizadas. La cuestión radica entonces en identificar los estándares de calidad de determinados servicios públicos.

El problema radica en que no siempre las normas configuran la actividad administrativa con un concreto contenido jurídico, si bien es cierto que existen principios ordenadores de la actuación de las Administraciones públicas, recogidos genéricamente en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de los cuales destacamos tres: servicio efectivo a los ciudadanos, transparencia de la actuación administrativa y eficacia en el cumplimiento de los objetivos.

La virtualidad de esos principios en la actividad exigible a las Administraciones públicas nos remite a las regulaciones sectoriales, que a su vez contienen sus propios principios que no son más que una concreción de aquellos otros. En la materia que nos concierne aparecen recogidos en el artículo 3 de Ley 33/2011: equidad, salud en todas las políticas, pertinencia, precaución, evaluación, transparencia, integralidad y seguridad.

La aplicación de tales principios en el desarrollo de las políticas sanitarias y de las medidas desplegadas ante una amenaza para la salud pública es una parcela reservada a la potestad de autorganización de las Administraciones públicas. El ciudadano no puede condicionar esas políticas (salvo con su voto en las periódicas elecciones), pero sí exigir que sus derechos se cumplan. El contrato social se podría formular así: organiza la actividad pero hazlo de modo que se respeten mis derechos.

La Ley 33/2011 recoge unos derechos de los ciudadanos y unos correlativos deberes de las Administraciones. Así, por ejemplo, el derecho de información, recogido en el artículo

4 c), en particular de «los riesgos biológicos [...] relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente»; con reverso en el deber que contiene el artículo 10: «las Administraciones sanitarias informarán sobre la presencia de riesgos específicos para la salud de la población. Esta información incluirá una valoración de su impacto en la salud, de las medidas que adopten las Administraciones sanitarias al respecto y de las recomendaciones para la población».

El derecho conlleva el deber y este a su vez el compromiso de un servicio que atienda el primero y cumpla el segundo. Y aunque las medidas que se deban adoptar no siempre estén definidas de antemano, como señala Gómez Puente (1994), «la función puede servir de parámetro para valorar la legalidad del ejercicio o la falta de ejercicio de las potestades administrativas» (p. 141). Ahora bien, esa función en abstracto considerada (como la de proteger la salud) para ser exigible debe ser materialmente posible, pues de lo contrario nos topamos con el viejo aforismo *ad impossibilia nemo tenetur*. Por ejemplo, pese a que exista una obligación legal de proteger la salud de los ciudadanos, no existe una garantía absoluta de la salud, entendida no tanto como la ausencia de enfermedad, sino incluso como ese «estado completo de bienestar físico, mental y social», según la clásica definición de la OMS. Es necesario que el resultado sea posible, es decir, que exista una correlación entre el correcto ejercicio de la función y un concreto resultado favorable, lo que nos conduce al requisito del nexo causal y su articulación en los supuestos de responsabilidad.

Existe al respecto una clásica distinción entre causalidad de hecho y de derecho (también llamadas material y jurídica, respectivamente). Sucede que en los casos de omisión carece de interés la causalidad de hecho o material, pues el daño lo produce un acontecimiento ajeno al actuar de la Administración. Deberemos atender entonces a una relación causal jurídica en tanto deriva de la existencia de un deber de actuar impuesto por el ordenamiento jurídico. Y, además, en estos casos el principio que está detrás de la causalidad es de la probabilidad de que el riesgo creado con la omisión del responsable se haya concretado en un daño.

Hablamos de posibilidades de evitar el daño, de ahí que se recurra al término causalidad probabilística. Uno de los criterios de la imputación objetiva del daño es el denominado incremento del riesgo¹⁴. Su aplicación obliga a determinar la conducta alternativa, es decir, lo que hubiera pasado si se actuara conforme al estándar de diligencia. El deber de actuar para impedir el daño o para aminorar el riesgo se determina en función de los criterios de actuación diligente. La teoría causal en estos casos tiene el escoyo de deslindar el riesgo general de la vida (la posibilidad de contagiarse por el virus causante de una pandemia), que sería el riesgo permitido por inevitable, del incremento de ese riesgo (las mayores probabilidades de un contagio por la falta de medidas de seguridad o su tardía aplicación), que

¹⁴ Los criterios de esta teoría de la que es autor Roxin son: los riesgos generales de la vida, la adecuación, la disminución del riesgo, el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma, la prohibición de regreso y la provocación.

podríamos llamar riesgo añadido no tolerado por la omisión de quien debiendo actuar en un determinado momento no lo hizo.

Determinar cómo y cuándo debió actuarse, o más en concreto, el momento en que la Administración debió cumplir o hacer cumplir determinadas medidas en materia de salud pública es algo que carece de una predeterminación normativa. Estamos ante lo que en terminología penal se denomina una «norma en blanco», que nos remite a los genéricos criterios expresados en el artículo 1258 del Código Civil, o más en concreto, en esta materia, en el artículo 4.º de la Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina.

Ambos preceptos aluden al «uso» y a las «normas de conducta», es decir, a las prácticas establecidas, eso que en medicina se denominan «protocolos» o «guías de buena práctica clínica», a los que refiere el artículo 4.º7 de la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. En materia de salud pública, y en particular ante los riesgos derivados de una pandemia, los criterios o actuaciones a seguir vienen determinados por los principios que rigen la salud pública y por las recomendaciones de la OMS, porque ambos determinan, a su vez, el fin de protección de la norma, que es otro de los criterios de la imputación objetiva del daño.

3.2. El principio de precaución como título de imputación

El artículo 3, apartado d), de la Ley General de Salud Pública, lo define con estas implicaciones:

La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran.

Realmente no es ninguna novedad, pues aparece recogido en análogos términos en el artículo 191 del Tratado de Lisboa (y en los tratados precedentes). Se traduce en la exigencia de actuar frente a un riesgo potencial grave sin esperar a los resultados de la investigación científica (Dirección general 24 de la Comisión Europea, «Consumo y Salud»).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo ha aplicado en el ámbito de la salud pública, como ocurrió con el mal de la «vacas locas» (1998, asunto C-180/96) o con los organismos genéticamente modificados (2002, asunto C-6/99).

La Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución, fechada en Bruselas el 2 de febrero de 2000 (conocida como COM/2000/1 final)¹⁵, ya aludía a su ámbito de aplicación cuando se ponga en riesgo la salud humana.

¹⁵ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52000DC0001>>.

Interesantes son los aspectos que según dicha comunicación deben dar contenido a este principio: proporcionalidad, no discriminación, coherencia, análisis de ventajas e inconvenientes y estudio de la evolución científica; de los cuales destacamos el de coherencia, en la medida en que supone mirar lo hecho en otras latitudes para actuar de la misma manera¹⁶.

Constituye, en definitiva, una proposición de acción preventiva ante la fuente de un peligro futuro. Pero no es suficiente cualquier eventualidad, sino aquella que pueda acarrear daños graves e irreversibles (Romeo Casabona, 2004, p. 390).

Y no solo en un plano político proyecta sus efectos el principio de precaución, sino también en el jurídico, pues según Figueroa Yáñez (2004, p. 316), «la inactividad o el silencio del Estado que no prohibió o reglamentó alguna actividad que después resultó en daños considerables, no puede ser esgrimida por el causante directo de aquellos como una causa de exención o de disminución de su propia responsabilidad».

Su naturaleza va más allá de informar u orientar la actuación de los poderes públicos, ya que es una regla jurídica (Romeo Casabona, 2004, p. 395). En terminología anglosajona, no debe considerarse un mero *soft law*.

En salud pública se dice que las decisiones deben favorecer la precaución, que tiende a evitar los falsos negativos para así prevenir las exposiciones potencialmente peligrosas y los problemas de salud innecesarios (Jamieson y Watenberg, 2001).

La precaución afecta a la gestión del riesgo, que se caracteriza por sopesar pros y contras y seleccionar una estrategia de actuación que modifique los niveles de riesgo a que están sometidos los individuos o la población (Foster, Vecchia y Repacholi, 2000, pp. 979-981).

Este proceso implica la comunicación del riesgo o transmisión de la información obtenida a la población afectada. Como explica Emilia Sánchez (2002),

debe ser transparente y multidisciplinario [...], incluidas las consecuencias potenciales de la decisión de no actuar. La sociedad acepta muchas situaciones que suponen, a la vez, riesgos y beneficios. La clave está en situar los límites de la exposición a unos niveles en que el equilibrio, el *trade-off*, entre unos y otros sea socialmente aceptable.

El principio de precaución va más allá de la prevención. Por eso su aplicación en las políticas públicas sanitarias debe tener en cuenta dos elementos necesarios: la participación

¹⁶ La coherencia, según la citada comunicación, significa que las medidas deberán tener una dimensión y una naturaleza comparable con las ya adoptadas en ámbitos equivalentes en los que se disponen de datos científicos.

de todos los intervinientes y un plan a largo plazo revisable en función de los avances de la ciencia (Agudelo Montoya y López Mejía, 2009).

Esa participación vincula a este principio con otro clave en esta materia, que es el de transparencia.

Viene enunciado así en el artículo 3 f) de la Ley General de Salud Pública: «Las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos».

Ya hemos expuesto cómo la información es un elemento esencial de la precaución, en la medida que no hay mejor control de daños que aquel que se basa en una información de los riesgos, aunque partamos de un escenario de incertidumbre.

Buena prueba de que la información de los riesgos es crucial la tenemos en la siguiente comparación: mientras el 2 de marzo el Centro Europeo para la Prevención de la Enfermedades (ECDC) informaba de que el riesgo asociado con la infección por la covid-19 para las personas en la UE/EEE y el Reino Unido se consideraba de moderado a alto, según la probabilidad de transmisión y el impacto de la enfermedad¹⁷, ese mismo día el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias publicaba su informe covid-19 n.º 4 en el que se limitaba a concluir lo siguiente: «La información recogida en futuras notificaciones será crucial para determinar características clínicas, epidemiológicas y virológicas de los casos de infección por SARS-CoV-2 que se identifiquen en España»¹⁸, omitiendo cualquier referencia al riesgo de contagio.

Ser transparente supone generar una información epidemiológica¹⁹ en la que lo determinante es conocer el riesgo de contagio²⁰, aunque en este caso no se diera²¹. La trans-

¹⁷ *Evaluación rápida del riesgo: brote de la nueva enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19): mayor transmisión a nivel mundial-quinta actualización.* <<https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/rapid-risk-assessment-outbreak-novel-coronavirus-disease-2019-covid-19-increased>>.

¹⁸ <https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Documents/INFORMES/Informes%20COVID-19/Informe%20COVID-19.%20N%C2%BA%204_02marzo2020_ISCIII.pdf>.

¹⁹ Recogida como derecho en el artículo 6 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente: «Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley».

²⁰ Recogido en el artículo 4 c) de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, como el derecho a «recibir información [...] en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente».

²¹ En una primera fase de la crisis sanitaria con mensajes tranquilizadores y consejos básicos de autocuidado, y en una segunda fase centrando el mensaje en una frase apodíctica («quédate en casa») para luego

parencia va ligada también a la rendición de cuentas (*accountability*), que supone hacer visible el proceso de toma de decisiones, así como el método aplicado y los resultados obtenidos. Las decisiones que se toman, la manera en que se toman y sus partícipes determinan el grado de justicia y equidad de un sistema sanitario (García-Altés y Argimón Pallás, 2016, p. 11).

Según la OMS, la buena gobernanza en el ámbito sanitario implica «la participación de actores a los cuales les concierne la definición e implementación de políticas, programas y prácticas que promueven sistemas de salud equitativos y sostenibles»²². Pero para ello la información debe ser relevante (no banal) y además fácilmente accesible para todos los actores, lo que incluye a la población en general. El buen gobierno sanitario requiere responsabilidad e incentivos para promover la participación (Meneu y Ortún, 2011), pero no puede haberla si antes no se actúa con transparencia.

Esa información ha fallado. No es una novedad; España fue uno de los últimos países de Europa en aprobar una ley de transparencia²³, y su grado de cumplimiento después más de 5 años desde su entrada en vigor es más bien escaso²⁴.

Esa transparencia se hace más acuciante ante tamaña crisis sanitaria. Como señala Transparency International (2020),

la demanda de transparencia no es un fin en sí mismo, sino un medio al servicio de los ciudadanos para que puedan escuchar las motivaciones que han guiado la toma de decisiones públicas [...]. Esta crisis también ha puesto de manifiesto una lamentable falta de madurez en términos de acceso a los datos abiertos. De hecho, los datos rara vez han sido tan cruciales para la gestión de una crisis²⁵.

ofrecer a diario datos o cifras con previsiones, generalmente optimistas, de cuándo se aplanaría la curva de contagios y fallecidos.

²² Good governance for health. Department of Health Systems, Geneva, 1998. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/65021/WHO_CHS_HSS_98.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

²³ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. BOE de 10 de diciembre de 2013, en cuya exposición de motivos ya se reconoce que la mayoría de los países europeos están dotados de una norma similar, al igual que la UE (Directiva 2004/109 CE).

²⁴ España ocupaba a 1 de enero de 2019 el puesto 87.º en una relación de 123 países que contiene el ranking en transparencia (Global Right Information Rating) que elaboran el Access Info Europa y el Centro para la Ley y la Democracia. <<https://datosmacro.expansion.com/estado/indice-derecho-informacion/espana>>.

²⁵ COVID-19. *Contra la Crisis de Salud, más Transparencia y Democracia*. Declaración conjunta firmada por los capítulos nacionales de Francia, Italia y España de Transparency International. Madrid, 7 de abril de 2020. <<https://transparencia.org.es/ti-espana-francia-e-italia-firman-propuesta-conjunta-para-defender-la-transparencia-durante-la-crisis-del-covid-19/>>.

Esa doble vertiente de la transparencia faltó. Por un lado, estuvo ausente la información de los riesgos epidemiológicos (de moderados a altos ya el 2 de marzo), y, por otro lado, se echó en falta una explicación a la ciudadanía en tiempo real de las políticas sanitarias diseñadas para abordar esta crisis, al menos hasta la declaración del estado de alarma (luego las ruedas de prensa –con inicial filtrado de preguntas– se multiplicaron por doquier).

Expuesto lo anterior, el análisis retrospectivo de lo acontecido evidencia que no se aplicó el principio de precaución (tampoco el de transparencia) en la gestión de esta crisis sanitaria. Si nos atenemos a las notas de prensa y a los documentos publicados por el Ministerio de Sanidad, su contenido denota una intención –loable en otros escenarios– de no provocar el alarmismo. El recurso dialéctico a la fortaleza de nuestro sistema sanitario²⁶, al riesgo bajo de contagio por la lejanía del brote (China)²⁷ y a los consejos más tranquilizadores de la OMS²⁸, no así de aquellos que implican un mayor esfuerzo inversor (el acopio de EPI²⁹ o la realización masiva de test)³⁰, evidencia que no se trabajó en otros escenarios alternativos (menos benévolos) o, si se hizo, se ignoró una premisa básica en relación con este principio: cuando los datos no son concluyentes, un planteamiento prudente y cauteloso consiste en optar por la «hipótesis más pesimista»³¹.

3.3. El control judicial de la precaución debida

Toda vez que el principio de precaución es esencialmente una guía o criterio en la toma de decisiones, su judicialización resulta compleja, tanto a nivel interno como internacional, ya que implica la revisión de decisiones esencialmente políticas adoptadas, normalmente, en contextos donde hay un amplio margen de discrecionalidad (Corti Varela, 2017, p. 219).

Sin embargo, el artículo 2 a) de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, atribuye la competencia judicial en la determinación de las indemnizaciones

²⁶ Nota de prensa del 4 de febrero. <<https://www.msbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4786>>.

²⁷ Nota de prensa del 11 de febrero. <<https://www.msbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4786>>.

²⁸ Nota de prensa del 12 de febrero. <<https://www.msbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4791>>.

²⁹ Nota de prensa del 13 de febrero. <<https://www.msbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4792>>.

³⁰ Muy elocuentes fueron las palabras de apertura del director general de la OMS en la conferencia de prensa sobre covid-19 de 16 de marzo: «Tenemos un mensaje simple para todos los países: pruebas, pruebas, pruebas». <<https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---16-march-2020>>.

³¹ Así lo establece la Comisión Europea en su recomendación citada *ut supra*.

relativas a los actos del gobierno, cualquier que sea su naturaleza. Existe un control judicial de los elementos reglados de esos actos, particularmente si en la toma de decisiones ha existido una evaluación de los riesgos con base científica, a fin de apreciar su adecuación a la legalidad y su capacidad para tutelar los derechos e intereses legítimos de los afectados.

Como ha expuesto Huelín Martínez de Velasco (2005), las medidas preventivas pueden ser controlables judicialmente,

pero no solo a través de una revisión externa, reducida a comprobar si se han tomado por la autoridad competente, siguiendo los cauces formales diseñados por el sistema jurídico y acatando los principios y valores que lo inspiran y estructuran, sino también mediante un examen de sus entrañas, para comprobar que se enderezan, de manera adecuada, a los objetivos que las justifican, sin perjuicio de que, constatando su respeto, el núcleo último de la decisión sea indisponible para los miembros del poder judicial, porque, en tal caso, siempre será jurídicamente aceptable (p. 387).

En las acciones de responsabilidad, cuando es la pasividad de las Administraciones públicas la que genera el daño a modo de incremento del riesgo tolerable, cabe el control más allá de los elementos reglados, alcanzando incluso al núcleo de discrecionalidad si se evidencia una actuación contraria al principio de precaución. Es cierto que el hacer o no hacer pertenece al ámbito de las responsabilidades políticas, susceptibles de un control meramente formal en relación al cumplimiento de los procedimientos establecidos, pero cuando los mismos incluyen la evaluación científica del riesgo, la más moderna jurisprudencia permite el control judicial de la discrecionalidad técnica para apreciar un error manifiesto o grosero³².

En todo caso, el control judicial de esas decisiones requiere de un procedimiento de prueba, especialmente complejo por el carácter técnico o científico y, además, formulado más en términos de probabilidades. La percepción del riesgo, especialmente en caso de incertidumbre, afecta al modo en que los políticos toman decisiones, que han de estar basadas en criterios científicos.

En la jurisdicción internacional, cuando lo que se juzga es una acción estatal que supelementalmente viola el principio de precaución, aunque esa medida nacional (no precautoria) se apoye en el principio de soberanía, eso no es óbice para su enjuiciamiento. En estos casos se tiende a invertir la carga de la prueba, no de carácter pero si material, a través del mecanismo de la prueba mínima o *prima facie* (Corti Varela, 2017, p. 264).

³² Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2016, rec. núm. 4128/2014, y de 3 de noviembre de 2016, rec. núm. 2679/2015.

En nuestra jurisprudencia casacional la inversión de la carga de la prueba también se aplica cuando se trata de otro tipo de infecciones no comunitarias (como la pandemia por la covid-19), sino nosocomiales o intrahospitalarias (por otros patógenos incluso más letales en determinados casos, como el estafilococo áureo), obligando a la Administración a acreditar el cumplimiento de las medidas de profilaxis antibiótica y los protocolos de asepsia hospitalaria, conforme al estado de la ciencia y en relación con el concreto acto asistencial concernido³³.

Y esa prueba, en el supuesto que nos ocupa, vendrá dada por la confrontación entre las recomendaciones de la OMS y las medidas adoptadas. Si el Estado las ignoró o aplicó tardíamente podrá tenerse por acreditado el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria. No supone tanto cuestionar la oportunidad de las medidas en términos de política nacional como su adecuación a unas recomendaciones que la trascienden.

Aun asumiendo que la soberanía nacional avale la libertad de los Estados para fijar el umbral de riesgo asumido para su población –pues no se trata de una epidemia local, sino de una enfermedad de carácter internacional, donde la coordinación entre naciones es vital para su erradicación–, ello no hace decaer el deber de informar de los riesgos epidemiológicos, para que cada cual adopte las medidas individuales que considere oportunas en aras de su derecho a la autodeterminación personal.

La transparencia, como hemos visto tan ligada a la precaución, obliga a informar de esos riesgos, incluso planteando aquellos escenarios más pesimistas, para que cada cual decida si asume el riesgo de asistir a una manifestación el 8 de marzo, a un concierto o un partido de fútbol entre miles de personas. Y esa información, que no es una facultad discrecional, sino un deber de las Administraciones públicas, puede ser controlable judicialmente, incluso desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales de la persona, al estar en juego la integridad física.

3.4. El daño como pérdida de oportunidad y su sociabilización

Aludíamos antes al criterio de la causalidad probabilística, esto, es, a la posibilidad de que el daño no se hubiera causado actuando de otra forma, típica de la responsabilidad por omisión. Se aplica en estos supuestos para el cálculo indemnizatorio la teoría de la pérdida de oportunidad³⁴, entendida como la frustración de esperanzas o expectativas que, siendo posibles, se han visto privadas.

³³ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007, rec. núm. 161/2000 (aunque sea de la Sala 1.^a resuelve una infección contraída en un hospital público), y de 9 de octubre de 2012, de la Sala 3.^a.

³⁴ La doctrina de la pérdida de oportunidad responde a una creación jurisprudencial importada del derecho francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*), aunque con referencias en los Principios Europeos de Responsabilidad Civil.

La falta de medidas de prevención en materia de salud pública es un escenario no inédito, pero con pocas referencias en la casuística judicial³⁵. Ahora bien, la falta de información asistencial es un terreno abonado a las reclamaciones; son supuestos en lo que no se da completa información al paciente, que no puede tomar determinadas decisiones por el desconocimiento de algunos riesgos.

La indemnización en estos casos no es pacífica, pues exige atender a los llamados «cursos causales no verificables»³⁶, por la dificultad de saber con exactitud lo que hubiera pasado si se actuase de otra forma. Esto supone realizar un examen prospectivo de probabilidades, de modo que se indemniza minorando el monto total del daño causado en la proporción de que el resultado hubiera sido igual.

Las dificultades de ese cálculo prospectivo obligan a recurrir a la prueba científica de la causalidad, de modo que solo las probabilidades determinadas mediante determinados métodos permitirán conocer con cierta exactitud el incremento del riesgo causado por la omisión de medidas protocolizadas. Por ejemplo, si un confinamiento más precoz se demostrase que hubiera disminuido un 30 % el número los contagios, habría que atribuir un 70 % de la causalidad probabilística del daño a esa omisión negligente.

Estamos ante una cuestión reservada a la prueba pericial; aunque cabe la posibilidad de que la misma no sea concluyente por la falta de un método científico válido. Es decir, que sea imposible determinar con precisión el riesgo incrementado o «riesgo relativo» (el cociente entre el riesgo con y sin la negligencia), que se viene utilizando, en particular en Estados Unidos, en aplicación de la denominada doctrina Daubert³⁷ para la admisibilidad de las pruebas de causalidad.

³⁵ En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 25 de junio de 2010, en la que se condena a la Administración sanitaria por una falta de información en la campaña de vacunación de la meningitis C, al no comunicar, al respecto de la revacunación, la insuficiencia de la vacuna anterior, con la necesidad de volver a vacunarse, con condena de indemnización de 800.000 euros por los graves daños que sufrió un menor.

³⁶ «La doctrina de la pérdida de oportunidad tiene como presupuesto una actuación negligente [...] operando en la esfera de la causalidad en torno a los llamados "cursos causales no verificables" en los que no puede establecerse una relación directa entre un hecho culposo y varios resultados posibles según los conocimientos científicos vigentes, y pretende evitar con ello que en dichos supuestos el perjudicado quede desprotegido, indemnizando al sujeto que por un acto negligente probado se ha visto privado de un eventual "suceso favorable", futuro e incierto, con una suma inferior a la que correspondería de poder determinarse claramente la relación de causalidad entre el actuar administrativo y los daños producidos». Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2015, rec. núm. 682/2013.

³⁷ Caso Daubert vs. Merrell Dow Pharms, sentenciado por el Tribunal Supremo (Corte Suprema) en el año 1993, donde establece cuatro factores de científicidad: teoría científica sometida a prueba, pública y sujeta a revisión por pares, rango de error conocido y amplia aceptación por la comunidad científica. Sobre esta teoría: Vázquez (2015, p. 103).

Los tribunales de ese país han mantenido que, cuando los estudios epidemiológicos establecen que un factor de riesgo relativo es superior a 2, el jurado puede concluir fiablemente que la exposición causó el daño. En cambio, si el riesgo relativo es igual o inferior a 2, el riesgo cotidiano o basal tiene al menos las mismas probabilidades de haber causado el daño que con la negligencia omisiva, y no puede hablarse una causalidad jurídica (Brent, 2006, p. 715).

En el ámbito en que nos movemos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de junio de 2017 (asunto C621/15 (NSJ056510)), resolviendo una cuestión prejudicial en el ámbito de la responsabilidad por producto defectuoso, ha considerado que determinados datos –que denomina indicios sólidos– pueden llevar al juez a considerar existente la relación de causalidad, en la medida en que ocasiona un daño anormal y particularmente grave al paciente, alejado del grado de seguridad que cabe esperar, y ello, y esto es lo importante, aunque la investigación médica no haya demostrado ni refutado la existencia de una relación de causalidad.

Cuando estamos ante la omisión de una completa y veraz información epidemiológica, el riesgo no puede ser consentido por quien lo sufre; si se contagia con información lo está asumiendo, pero si el contagio se produce en un contexto de falta de información, no puede asumir aquello que se desconoce. Habría que saber la proporción que la omisión de la información y de las medias protocolizadas representan sobre el daño causado (el incremento del riesgo general de la vida).

La forma de resolver esa incertidumbre causal a falta de prueba estadística³⁸ suele hacerse recurriendo al concepto del daño moral, lo que entiendo desacertado porque la pérdida de oportunidad de evitar un daño afecta a la relación de causalidad pero sin transformar la naturaleza del daño. No obstante, la jurisprudencia es vacilante al respecto, existiendo una corriente que considera la pérdida de oportunidad como un daño moral³⁹.

Reconducir las dudas sobre la causalidad al concepto –excesivamente elástico– del daño moral es un recurso que ha sido muy criticado por la doctrina, dada la desnaturalización que supone al pretender esquivar las dificultades de valoración de estos daños, lo que en ocasiones conduce a una pirueta al borde del deber de congruencia (Xiol Ríos, 2010, p. 10), para terminar incurriendo en lo que se ha denominado la falacia del daño moral (Díez-Picazo Ponce de León, 2008, p. 76).

³⁸ Denominada en el derecho anglosajón como doctrina de la probabilidad estadística (*more probable than not*), según la cual, cuando es difícil determinar cuál ha sido la causa del daño, hay que acudir a la estadística, de forma que si se demuestra que el daño es sustancial a la acción u omisión culpable, sí puede afirmarse que existe nexo causal. El criterio es que siendo mayor del 50 % la probabilidad, el nexo causal se da como cierto.

³⁹ Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de marzo de 2015, núm. 181/2015, acogiendo anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, al decir que «la pérdida de oportunidad es un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral».

En todo caso, las dudas sobre el resultado de un curso alternativo de los acontecimientos –en este caso, el no haberse contagiado–, porque no se haya dada la correcta información epidemiológica, ya generan un impacto negativo en quien se contagia (por la creencia de que podría haberlo evitado con otra información), que permite hablar de un daño abstracto (Hurtado Díaz-Guerra, 2018, p. 140), de naturaleza presunta y cierto carácter punitivo por la gravedad de la conducta. La falta de información epidemiológica lesiona la autonomía personal, al afectar a la capacidad de elección.

No obstante, y al margen de cómo cuantificar el daño, existe consenso en la doctrina mayoritaria y en la reciente jurisprudencia de que estamos ante los denominados daños cuasiexpropiatorios (Pantaleón Prieto, 1995, p. 81), que también denomina «daños de sacrificio», entendiéndolo por tales «aquellos que son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión», cuyo ejemplo paradigmático son los efectos adversos de la vacunación obligatoria, que responde a una idea metajurídica de sociabilización del daño, que ya estuvo presente en la sentencia del Tribunal Supremo que determinó la condena del Estado como responsable civil subsidiario por los daños producidos por el aceite de colza desnaturalizado⁴⁰.

Si en aquel caso el reproche vino por la política mercantil del Estado en relación con la importación de ese aceite, en este otro sería por una política sanitaria que permitió el funcionamiento de la actividad productiva y la dinámica social con total normalidad cuando ya el virus estaba produciendo contagios y fallecidos en nuestro país. El Estado propició un plácido mes de febrero de 2020, incluso hasta el 14 de marzo, que colocó a miles de personas contagiadas en una situación de vulnerabilidad por ese riesgo incrementado para su salud.

4. El derecho internacional de la salud como tarea inacabada: un sistema que habrá que revisar ante futuras pandemias

4.1. Su insuficiencia para abordar los retos actuales

En términos de salud pública el actual escenario internacional por la pandemia provocada por la covid-19 no es nuevo⁴¹, aunque sí lo es la repercusión que ha tenido, porque el

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 26 de septiembre de 1997, segunda sentencia de este tribunal sobre el caso de la colza, también llamada sentencia de los «cargos de la Administración», a diferencia de la anterior, llamada de los «aceiteros».

⁴¹ Los antecedentes de enfermedades infecciosas son numerosos: el VIH/SIDA, la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob derivada de la encefalopatía espongiforme bovina, el dengue, el virus

patógeno ha atacado fundamentalmente al mundo occidental, afectando a regiones muy desarrolladas (Europa y Estados Unidos), democratizando el riesgo, es decir, debilitando a sociedades tradicionalmente menos vulnerables (o que así se creían), sin establecer grupos concretos de riesgo (todos somos sus posibles víctimas) y cuya capacidad de contagio ha alterado sustancialmente nuestro *modus vivendi* (esa sociedad abierta a la que se refería Karl Popper).

Un análisis inicial ya nos permite constatar el alto grado de interdependencia de la salud pública a nivel mundial, lo que demuestra hasta qué punto es necesario un plan de acción global. Sin embargo, no existe ningún tratado internacional de alcance mundial que se dedique a regular la protección internacional de la salud como tal (Xeuba Hernández, 2009, p. 7).

Lo cierto es que la OMS ha concedido escasa atención al derecho –en especial al *hard law*– como herramienta de protección y promoción de la salud. No basta con la existencia de un cuerpo normativo sistematizado que permita cohesionar y armonizar los diferentes derechos sanitarios nacionales, sino que tiene que existir una firme voluntad de facilitar y fortalecer la cooperación sanitaria internacional.

No podemos obviar que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha desplegado una prolífica actividad normativa relacionada con la salud, pues uno de sus objetivos es la solución de los problemas sanitarios internacionales⁴². Pero los intereses políticos en su seno decisorio suponen un bloqueo en la toma de decisiones, en particular por la prohibición de intervenir en asuntos internos, que se desprende al artículo 2 (7) de la Carta de las Naciones Unidas. Solo existe un derecho a intervenir cuando el estado en cuestión no pudiera garantizar la protección de sus habitantes y salvaguardar la seguridad sanitaria, correspondiendo en última instancia al Consejo de Seguridad de la ONU.

Por ello, lo acontecido con la covid-19 evidencia la constatación realizada hace años de que «el mundo está mal preparado para responder a una pandemia grave»⁴³. Demuestra que no solo son necesarias advertencias y recomendaciones, sino otro tipo de medidas que permitan evitar la descoordinación internacional y la existencia de dos o más velocidades en la respuesta nacional a una amenaza de este tipo.

Aunque hace semanas sonase utópico (como distópico sea lo vivido desde entonces), conviene reivindicar el manifiesto para un nuevo constitucionalismo, más allá del Estado, para alumbrar una «Constitución de la Tierra». Fue dada a conocer en Roma el 21 de fe-

ébola, la fiebre hemorrágica de Marburgo, el síndrome agudo respiratorio severo (SARS), la gripe aviar o, más recientemente, la nueva gripe A (H1N1).

⁴² Artículo 55 b) de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, BOE de 16 de noviembre de 1996.

⁴³ *No solo la ausencia de enfermedad*. Duodécimo programa general de trabajo, OMS, adaptado por la Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2013, p. 33.

brero con esta intención: «Que instituya una esfera pública internacional a la altura de los desafíos globales y, en particular, funciones e instituciones supranacionales de garantía de los derechos humanos y de la paz»⁴⁴.

4.2. La producción normativa de la OMS: ¿*soft law* o *hard law*?

La OMS (en inglés bajo las siglas WHO, World Health Organization) es la agencia especializada de la ONU que tiene como finalidad alcanzar para todos los pueblos el más alto grado de salud⁴⁵.

Entre los textos que emanan de la OMS están los acuerdos, las convenciones, los reglamentos y las recomendaciones en materia de salubridad internacional y para prevenir la propagación de enfermedades.

Salvo los reglamentos, el resto son *soft law*, es decir, no vinculantes; se trata de meras declaraciones de intenciones como recomendación general en materia de salud (Baelo Álvarez, 23 de marzo de 2020).

Los reglamentos son *hard law*, pues establecen obligaciones jurídicas para los Estados que se verán obligados a su cumplimiento. En particular, para el caso que nos ocupa, el actual Reglamento Sanitario Internacional (RSI), que entró en vigor el 15 de junio de 2007 y que obliga formalmente a España.

Pero a diferencia de otras normas *hard law*, el RSI no prevé mecanismo de coerción a los Estados miembros para su cumplimiento. Ello a pesar de que el objetivo del RSI es el de proteger a todos los Estados contra la propagación internacional de enfermedades, incluidos los riesgos graves para la salud pública y las emergencias sanitarias.

Como queriendo legitimarse, el Real Decreto 463/2020, en su exposición de motivos, alude a que la OMS habría elevado el 11 de marzo de 2020 la ESPII ocasionada por la covid-19 a pandemia internacional (recuérdese que la ESPII había sido declarada el 30 de enero)

En el artículo 1 del RSI se define a la ESPII como un evento extraordinario que constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y que podría exigir una respuesta internacional coordinada.

⁴⁴ Fragmento de la entrevista a Luigi Ferrajoli, filósofo del derecho. «Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata». *El País*, 28 de marzo de 2020.

⁴⁵ Artículo 1 de Constitución de la OMS adoptada en la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

Su finalidad es fortalecer la colaboración a escala mundial intentando mejorar la capacidad de respuesta coordinada, con tres importantes incentivos: reducir los graves trastornos de un brote, acelerar su contención y mantener el prestigio de la comunidad internacional (Gallego Hernández, 2019, p. 192).

El propio RSI define la seguridad en materia de salud pública como «el conjunto de actividades proactivas y reactividades necesarias para reducir al mínimo la vulnerabilidad a los eventos agudos de salud pública que ponen en peligro la salud colectiva de las poblaciones nacionales».

El esfuerzo retórico es loable, pero quizás algo alejado todavía de su eficacia práctica, si nos atenemos al descontrol de la pandemia por la covid-19. La ausencia de una decidida, y sobre todo uniforme, voluntad política por las diferentes prioridades de los sistemas de salud regionales (Europa como ejemplo) ha provocado una inestable cooperación global, quizás por falta de liderazgo o quizás porque faltan instituciones internacionales con la misma *auctoritas* pero con más *potestas*.

Sin cooperación internacional la seguridad sanitaria es un desiderátum en un escenario en el que la «globalización ha aumentado la vulnerabilidad y la interdependencia de los países»⁴⁶. O como también se afirma, «ningún país, por más preparado que esté, o por más rico o tecnológicamente avanzado que sea, puede prevenir, detectar y dar respuesta por sí solo a todas las amenazas para la salud pública»⁴⁷.

La forma de actuación de la OMS ante una ESPII es a través de recomendaciones y la adopción de diversas medidas, junto con el papel de los comités. Pero, recordémoslo, aunque el RSI sea *hard law* no recoge sanción jurídica ante su incumplimiento, incluso por negligencia.

Bien es cierto que por algún autor se dice, recurriendo a un oxímoron que evidencia la endeblez del argumento, que las recomendaciones deben ser adoptadas por los Estados por una «voluntariedad obligatoria» (Saura Estapá, 2010, p. 108). Se trata de un enfoque moral por la fuerza de convicción de su loable fin: garantizar la salud, evitando riesgos y amenazas a la seguridad sanitaria internacional. Pero la fuerza de la moral no es suficiente para propender la cohesión internacional frente a un enemigo común que no entiende de fronteras.

⁴⁶ Palabras del primer ministro Lee Hsien Loong en el *Debate de alto nivel para mejorar la seguridad sanitaria internacional*, OMS, marzo de 2007. Citado por Gallego Hernández (2019, p. 104).

⁴⁷ Palabras del ministro de Relaciones Exteriores de Noruega, Sr. Jonas Gahr Store, en el *Debate de alto nivel para mejorar la seguridad sanitaria internacional*, OMS, marzo de 2007. Citado por Gallego Hernández (2019, p. 105).

A la vista de lo anterior entendemos que una de las rémoras de la producción normativa de la OMS es precisamente la falta de coerción propia del derecho (*hard law*). De poco sirven las meras recomendaciones (*soft law*) dirigidas a la ordenación de las medidas eficaces para el control de una pandemia, si luego cada Estado, o incluso cada región, puede proceder según su particular criterio.

Cuestión distinta es que aun sin esa vinculación a lo que son simples orientaciones en materia de salud pública, la innegable *auctoritas* de la que aparecen revestidos los mandatos de la OMS, sí que pueden determinar el patrón o estándar científico de actuación, es decir, el protocolo a seguir en materia de control y prevención de la población frente al riesgo de una pandemia.

5. A modo de conclusión: ¿solidaridad social o fuerza mayor?

En este trabajo he pretendido hacer revisión de lo ocurrido, fundamentalmente en las semanas previas a la declaración del estado de alarma, comparando lo que se hizo en España con lo que desde la OMS se recomendaba hacer, para proceder a su análisis jurídico desde la perspectiva del principio de precaución y la transparencia que va ligada al mismo.

La conclusión es que se dan los presupuestos del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, más en concreto del Ministerio de Sanidad, en su labor de coordinación e información, al minusvalorar el riesgo y permitir que la pandemia fuera especialmente virulenta en nuestro país, sobre todo cuando ya lo era en algunas regiones de Italia.

El tsunami viral que nos ha arrasado, tanto en lo sanitario como en el económico y social, no surgió en nuestro país espontáneamente, sino que se vino aproximando de forma progresiva. Los mecanismos de alerta fallaron, hasta el punto de que se animó a la población a participar en eventos multitudinarios cuando desde la OMS se desaconsejaba.

Pero, quizás, el principal reproche sea que, como el capitán del Titanic, se confió en la fortaleza de un sistema sanitario que descubrió sus propias debilidades, especialmente en el epicentro nacional de la pandemia y su zona más afectada: Madrid. La música de esa orquesta coral que fueron nuestras Administraciones sanitarias sonó hasta poco antes de la declaración del estado de alarma a melodía festiva, mientras la población confiada no se protegía.

Si esa errónea aplicación del principio de precaución, y si esa falta de transparencia e información de los riesgos epidemiológicos, dará o no lugar a la declaración judicial de la responsabilidad patrimonial del Estado, será una cuestión que ahora solo podemos atisbar. Con la perspectiva planteada mi visión es que se dan los presupuestos fácticos y jurídicos para apreciarla.

En todo caso la decisión judicial que en su momento se dicte balanceará entre dos criterios contrapuestos: el principio metajurídico de la solidaridad social, considerando que debe indemnizarse por el Estado al tratarse de un daño cuasipropiatorio; o la excepción de fuerza mayor, considerando que el daño era inevitable por la excepcionalidad de una pandemia condicionada, además, por las limitaciones de la ciencia ante un virus desconocido.

Si el fiel de la balanza de la Justicia se inclinase hacia el primer criterio, será en gran medida porque el análisis de la actuación administrativa no supere el test de la precaución y la transparencia. Es decir, porque se aprecie que el Ministerio de Sanidad minusvaloró el riesgo e informó erróneamente, lo que a lo postre evidenciaría un funcionamiento anormal en el desarrollo de sus competencias ante esta pandemia.

En Ourense (lugar de mi confinamiento), a 12 de abril de 2020.

P. D.: En las postrimerías de este fatídico año 2020 el tiempo transcurrido entre la fecha de remate de este trabajo y lo ocurrido desde entonces es la mejor prueba de validez de sus reflexiones y conclusiones. La descoordinación administrativa, la precaución mal entendida («hemos ganado la batalla al virus», se decía solemnemente desde el atril del palacio de la Moncloa en el mes de junio) y una transparencia inexistente por mensajes equívocos y rectificaciones constantes, con el consiguiente caos en la población, nos ha conducido a una segunda ola más intensa en contagios que la primera, evidenciando que carecemos de un sistema de salud pública sólido y consistente, falto de ese liderazgo más necesario si cabe en un Estado descentralizado, lo cual denota un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, presupuesto de su responsabilidad patrimonial.

Referencias bibliográficas

- Agudelo Montoya, G. y López Mejía, J. F. (2009). El principio de precaución en el plan nacional de salud pública de Colombia: ¿ausencia o gran mal? *Revista Luna Azul*, 28.
- Aragón, M. (10 de abril de 2020). Hay que tomarse la Constitución en serio. *El País*.
- Baelo Álvarez, M. (23 de marzo 2020). ¿Son jurídicamente vinculantes para España las recomendaciones de la OMS relativas al covid-19? *Diario La Ley*, 9599.
- Brent, R. (2006). *Pediatrics* (Ed. esp.), 62(5), 713-5.
- Corti Varela, J. (2017). *Revista Española de Derecho Internacional*, 69(1).
- De Ahumada Ramos, F. J. (2009). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*. Thomson Reuters, Aranzadi.
- Díez-Picazo Ponce de León, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Thomson Reuters.
- Figuerola Yáñez, G. (2004). El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil. En C. M.^a Romeo Casabona, *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*. Comares.
- Foster, K. R., Vecchia, P. y Repacholi M. H. (2000). Risk management: Science and the precautionary principle. *Science*, 288, 979-981.
- Gallego Hernández, A. C. (2019). *El Derecho internacional de la salud a la luz de la paz y seguridad internacionales*. Dykinson.
- García-Altés, A. y Argimon, J. M. (2016). La transparencia en la toma de decisiones de salud pública. *Gaceta Sanitaria*, 30(S1).
- Gómez Puente, M. (1994). Responsabilidad por inactividad administrativa. *DA*, 237-238.
- González Pérez, J. (2009). *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. (5.^a ed.). Thomson Reuters, Civitas.
- Huelín Martínez de Velasco, J. (2005). El control judicial del principio de precaución ¿Control judicial de la incertidumbre? En *El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español*. Consejo Judicial del Poder Judicial.
- Hurtado Díaz-Guerra, I. (2018). *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*. Tirant lo Blanch.
- Jamieson, D. y Wartenberg, D. (2001). The precautionary principle and electric and magnetic fields. *Am J Public Health*, 91, 1355-8.
- Meneu, R. y Ortún, V. (2011). Transparencia y buen gobierno en sanidad. También para salir de la crisis. *Gaceta Sanitaria*, 25.
- Mir Puigpelat, O. (2000). *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (2007). La «asistencia sanitaria» como «derecho fundamental» y el «sistema nacional de salud» como «garantía institucional»: Balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador. En J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M. N. Nieves Moreno (Dir.), *Comentario Práctico a la Legislación Reguladora de la Sanidad en España*. Comares.
- Pantaleón Prieto, F. (1995). *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*. Cuadernos Civitas.
- Pérez Escalona, S. (2009). *Riesgo y Derecho de daños*. En D. San Martín Seguro y R.



Susín Betrán (Coords.), *Derecho y Política en la sociedad de riesgo. 8 propuestas de cine*. Universidad de La Rioja.

Romeo Casabona, C. M.^a (2004). Aplicaciones del principio de precaución al Derecho Penal. En C. M.^a Romeo Casabona (Ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*. Comares.

Sánchez, R. (2002). El principio de precaución: implicaciones para la salud pública. *Gac Sanit*, 16(5), 371-3.

Saura Estapá, J. (2010). La Organización Mundial de la Salud y la cooperación internacional frente a las grandes pandemias. El nuevo reglamento sanitario internacio-

nal. En X. Pons Rafols (Ed.), *Salud pública mundial y Derecho Internacional*. Marcial Pons.

Tolosa Tribiño, C. (26 de marzo 2020). El contagio por coronavirus desde la perspectiva administrativa. *Diario La Ley*, 9601.

Xeuba Hernández, F. X. (2009). Las emergencias del Derecho Internacional de la Salud. *Revista Digital Facultad de Derecho*, 1.

Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.

Xiol Ríos, J. A. (2010). El daño moral y la pérdida de oportunidad. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1.