PREPARANDO LA RC TRAS LA PANDEMIA (a propósito del incumplimiento del derecho a la vida e integridad de los profesionales sanitarios, STS 1.271/2020)

Guillermo Escobar Roca
Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Alcalá

Resumen:
La doctrina mayoritaria aboga por eliminar la responsabilidad objetiva de la Administración; sin embargo, la jurisprudencia la sigue manteniendo, aunque con tendencia hacia su desaparición, y son ya pocos los casos de responsabilidad por "funcionamiento normal". El autor propone una relectura constitucional de esta responsabilidad, centrada en el elemento de la antijuridicidad. Como demuestra con diversas sentencias, la antijuridicidad se produce no solo cuando se incumplen obligaciones administrativas impuestas por la ley sino también cuando se incumple el deber de protección de los derechos fundamentales. Ello obliga a una reducción del ámbito del principio de legalidad de la Administración, operada ya de hecho por la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial; derechos fundamentales; aplicación directa de la Constitución; principio de legalidad; deberes administrativos de protección; derecho a la vida e integridad.

Abstract:
The major part of the doctrine tends to eliminate the strict liability of the Administration; however, jurisprudence continues to maintain it, although with a tendency towards its disappearance. That is why there are very few cases of liability for "normal operation". The author proposes a constitutional rereading of this responsibility, focused on the element of unlawfulness. As he demonstrates with various judgments, unlawfulness occurs not only when administrative obligations imposed by law are breached, but also when the duty to protect fundamental rights is breached. This forces a reduction in the scope of the principle of legality of the Administration, already implemented in fact by the jurisprudence on patrimonial responsibility.

Key words: Liability of the Administration; fundamental rights; direct application of the Constitution; principle of legality; administrative duties of protection; right to life and integrity.

BD jurídica de acceso libre para suscriptores de la revista en papel en www.inesedata.es
¿Olvidó su clave? inesedata@inese.es

sumario

1. ACLARANDO EL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD

2. LEGAL PERO ANTIJURÍDICO: CASOS

3. EL PROBLEMA DE LAS OBLIGACIONES MERAMENTE CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA RELECTURA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1.271/2020: CONFIRMACIÓN DE LA TESIS, PESE A SU DÉFICIT ARGUMENTAL

1.- ACLARANDO EL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD

"Antijuridicidad" es un concepto utilizado sobre todo en Derecho penal y sancionador y en el Derecho administrativo de la responsabilidad patrimonial. Como concepto genérico o de teoría general del Derecho está por construir, pues decir que consiste en aquello "contrario al ordenamiento jurídico" (Diccionario panhispánico del español jurídico), no es decir mucho. O quizás sí: negativamente o por contraste, al menos aporta la idea (más importante de lo que parece) de que el Derecho no son solo las leyes (bastaría entonces con hablar de "ilegalidad") sino algo más[1] … ahora bien, ¿dónde está ese Derecho que las leyes no contienen? La pregunta nos remite a la vieja disputa entre iusnaturalismo y positivismo, creo que hoy ya superada, al menos en nuestro Estado constitucional. Hoy los valores (morales, por definición) están incorporados al Derecho positivo, y bien pueden defenderse sin salirnos de él. Quizás se trate más bien de una cuestión de estilo, de formas de practicar el oficio de jurista, unas más apegadas a la letra de la ley (positivismo legalista), poco o nada creativas, y otras que destacan mejor la importancia, y no solo sobre el papel o como adorno retórico, de los principios generales del Derecho, y en especial de los principios constitucionales[2]. A mi juicio está claro que la Constitución exige una forma no legalista de aplicar el Derecho, aunque esta sea todavía la predominante[3] una forma no legalista de aplicar el Derecho, aunque esta sea todavía la predominante: cuarenta y dos años después, la Constitución no acaba todavía de tomarse realmente en serio[4].

Veamos de momento el concepto de antijuridicidad en el contexto de la doctrina, ya bastante antigua (y desde luego, preconstitucional[5]), de la responsabilidad patrimonial

1 Nuestra Constitución confirma esta idea en el art. 103.1, cuando señala que "La Administración Pública […] actúa […] con sometimiento pleno a la ley y al Derecho", es decir, el Derecho es más que la ley. También el art. 106.1 parece referirse a lo mismo, cuando señala que "Los Tribunales controlan […] la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

2 Ya defendí, con algo más de detalle, esta tesis en G. ESCOBAR ROCA, El Derecho, entre el poder y la justicia. Una introducción crítica al sistema jurídico español, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 134-137 y 281 y ss.

3 Este es el lamento de, entre otros, A. NIETO, quien vuelve una y otra vez sobre este problema en su prolífica ensayística de senectud; últimamente, p. ej., en Una introducción al Derecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 168 y ss., si bien proponiendo no una vuelta a los valores (que yo defiendo) sino al realismo, tristemente escéptico. Lo más grave no es la doctrina (el olvido de la Constitución es por ejemplo evidente en los tratadistas de la RC de la Administración, como iremos viendo) sino la jurisprudencia, pues esta desatención tiene perjudiciales consecuencias para la ciudadanía.

4 En mi trabajo "Cuarenta años después… ¿se cumplieron las promesas constitucionales?" (en J. De Lucas y J. M. Rodríguez Uribes (coords.), Derechos humanos y Constitución, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 47 y ss.) ya intenté demostrar cómo y por qué los principios de nuestra forma de Estado solo se habían cumplido a medias.

5 La incorporación de la institución a nuestro ordenamiento fue lenta y progresiva, pero su diseño actual (sin alteraciones sustanciales tras la CE) se encuentra ya en la Ley de Régimen Local de 1950 y sobre

de la Administración. En este ámbito, la antijuridicidad siempre se ha presentado de manera muy peculiar, bien distinta a la desarrollada en otros, lo cual de entrada resulta algo extraño y cuando menos perturbador de la coherencia de la dogmática: un mismo término debe ser utilizado de la misma forma en un ordenamiento que se pretende unitario. Adelantemos que lo más curioso es que pueda hablarse de antijuridicidad cuando no se ha vulnerado norma alguna, ni legal ni de ningún otro tipo.

La antijuridicidad es uno de los requisitos imprescindibles para que podamos afirmar la existencia de responsabilidad patrimonial (o RC) de la Administración. Actualmente se define (aquí la ley se muestra evidentemente influida por la jurisprudencia previa) como aquello que produce un daño (aunque realmente este es un requisito diferente) que el "particular [...] no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley" (art. 32.1 LSP). Es decir, en una primera lectura, lo antijurídico no parece realmente la actuación (u omisión) administrativa contraria a Derecho (este parecería el concepto "mínimo" o común de antijuridicidad) sino la que cause un daño. Se castigaría así el comportamiento ajustado a Derecho de la Administración (el llamado "funcionamiento normal"), lo que en principio no parece razonable en términos, cuando menos intuitivos[6], de justicia[7] ; el Código Civil, no sé si más sabio pero desde luego más antiguo lo tiene claro: no hay responsabilidad sin culpa. De hecho, la tan traída y llevada responsabilidad "objetiva" (que, salvo la excepción a que después aludiré, considero injusta por definición, pues se paga sin culpa[8]) de la Administración no es realmente

La antijuridicidad es uno de los requisitos imprescindibles para que podamos afirmar la existencia de responsabilidad patrimonial (o RC) de la Administración. Actualmente se define (aquí la ley se muestra evidentemente influida por la jurisprudencia previa) como aquello que produce un daño (aunque realmente este es un requisito diferente) que el "particular [...] no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley" (art. 32.1 LSP). Es decir, en una primera lectura, lo antijurídico no parece realmente la actuación (u omisión) administrativa contraria a Derecho (este parecería el concepto "mínimo" o común de antijuridicidad) sino la que cause un daño.

todo en la de Expropiación Forzosa de 1954, esta última todavía vigente; por todos, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, Principios de Derecho administrativo general II, 4ª ed., 2016, pp. 540 y ss.

6 En su análisis del concepto de responsabilidad en Alf ROSS, P. LARRAÑAGA (El concepto de responsabilidad, Fontamara, México, 2004, esp. pp. 75-83) habla de la "aversión moral que suscita la responsabilidad objetiva". También en términos de teoría general, otros afirman que en la "responsabilidad indirecta" o sin culpa, al menos debe existir un hecho ilícito: p. ej., G. PINCIONE, "Responsabilidad", en E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), El derecho y la justicia, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2000, p. 350.

7 Al menos de justicia conmutativa: no puede haber responsabilidad sin culpa. De hecho, no faltan quienes afirman que la llamada responsabilidad objetiva no es propiamente responsabilidad sino una cosa diferente, más próxima a la seguridad social (en su caso, justicia distributiva) que a lo que siempre se entendió por responsabilidad. Para un interesante análisis de las relaciones entre justicia y responsabilidad, puede verse la tesis doctoral de V. DE CARVALHO LEAL, Justicia correctiva y Derecho de daños, Universidad de León, 2015.

8 J. ESTEVE PARDO (Lecciones de Derecho administrativo, Marcial Pons, Madrid, 6ª ed., 2016, pp.

tan objetiva en la práctica, y no son pocos los autores que abogan por su simple y llana desaparición[9]. De alguna manera, el "nexo de causalidad" (otro de los requisitos para atribuir responsabilidad a la Administración) hace las veces de cortafuegos, pues en muchas ocasiones sirve como pretexto para exculpar bastantes acciones administrativas que, aunque produjeron daños, no vulneraron norma jurídica alguna: si las leemos despacio, en muchos casos sí hubo realmente causalidad en el plano lógico (acción que produce un daño) pero se dice que no la hubo, un modo de argumentar no muy correcto para no tener que negar la tesis de la responsabilidad objetiva, un viejo mito que se resiste a desaparecer[10].

Veamos más despacio cómo la jurisprudencia define la antijuridicidad. En realidad, no la define como tal, o al menos con suficiente claridad, pues la expresión "no tener el deber jurídico de soportar el daño" es cuando menos ambigua. Sabemos que no coincide con la ilegalidad, lo que resulta coherente con nuestras premisas iniciales sobre el ámbito de lo jurídico, pero (sorprendentemente) parece a veces más corta que ésta (puede haber actos ilegales no antijurídicos) y a veces más larga (puede haber actos legales, léase que no incumplen mandatos contenidos en la ley formal, y sin embargo antijurídicos). Pasaremos rápidamente sobre lo primero. Que, por extraño que parezca, hay actos ilegales (declarados como tales en sede jurisdiccional) no antijurídicos es doctrina consolidada del Tribunal Supremo[11]. Quizás comprensible desde el análisis económico del Derecho pero no

294-296), tras dejar claro que la justicia "material" queda aquí relegada, agrupa estos casos de total ausencia de culpa administrativa bajo el rótulo "accidentes en los que hay alguna participación de la Administración". A su juicio, "conmueven la natural sensibilidad social de los tribunales" y parecen aceptarse más bien por razones de caridad (de solidaridad sin justicia habla este autor), como en los dos ejemplos que cita (aunque no las sentencias concretas): la indemnización por la muerte del novio provocada por un interno de un centro psiquiátrico que se tiró por la ventana y la expulsión de las empresas españolas en Guinea tras la difusión de unas noticias críticas en TVE sobre el dictador de este país. El autor concluye, con buen criterio, que aquí no debió proceder la atribución de responsabilidad a la Administración.

9 La crítica, iniciada por GARRIDO FALLA y continuada en un conocido trabajo del civilista F. PANTALEÓN PRIETO ("Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", Documentación Administrativa, nº 237-238, 1994), se desarrolla sobre todo por O. MIR PUIGPELAT, últimamente en su trabajo "La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración", Revista de Administración Pública, nº 213, 2020, pp. 32 y ss., y la doctrina que cita. Parece claro que la Constitución no impone la responsabilidad objetiva, como señala casi unánimemente la doctrina desde hace bastante tiempo (por todos, M. A. MUÑOZ GUIJOSA, "Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo", Revista de Administración Pública, nº 187, 2012, pp. 100-106, y la doctrina que cita), y ello pese a algunos ambiguos razonamientos de la STC 112/2018, bien criticada (y releída) por MIR en su último trabajo sobre este tema, recién citado. A mi juicio, la STC 79/2019, aunque más centrada en cuestiones competenciales, evita más claramente la responsabilidad objetiva.

10 Los casos más frecuentes tratan de daños por omisiones en infraestructuras públicas o por la ejecución de obras públicas. Veamos un ejemplo de cada: 1) La STS de 17 de junio de 2014 revoca la indemnización concedida por la Audiencia Nacional por los daños sufridos por una conductora negligente que chocó contra un árbol, que no debía haber estado allí (existía una norma previa que así lo recomendaba): "cuando la imputación de la lesión al funcionamiento del servicio público se vincula a una omisión de la Administración en dicha prestación [...] la determinación del nexo causal se complica, porque [...] no es ya suficiente con que la lesión sea esa consecuencia lógica de la actividad prestacional pública, porque siempre se dará dicha conexión [...]: o se exige algún otro presupuesto del nexo causal o la responsabilidad adquiere una extensión que no es la que se corresponde con esta institución indemnizatoria; [...] en tales supuestos de omisión [...] la relación de causalidad se integra de un elemento añadido al de esa conexión lógica; es decir, la necesidad de un deber (no solo una obligación) de la Administración de actuar en un determinado sentido". 2) En la STS de 18 de octubre de 2011, sobre los daños (grietas en depósito de agua) derivados de la construcción de una autovía, frente al alegato del recurrente de que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada (pues de otro modo se produciría un sacrificio individual a favor de una actividad de interés público), el Tribunal responde que nada lleva a considerar que existe una relación de causa a efecto entre los daños del depósito y las obras realizadas para la construcción de la autovía; aunque se centra en la falta de prueba, parece claro que trata de huir de la responsabilidad objetiva.

11 P. ej., entre otras muchas, SSTS de 3 de noviembre de 2011 (cierre ilegal de emisora de televisión),

tanto para la construcción de un Estado de Derecho robusto. Parece razonable afirmar la responsabilidad solo cuando la anulación de un acto o reglamento produce un daño pero no tanto que esa anulación tenga que haberse realizado sobre una actuación administrativa, además de ilegal, irrazonable, como si los tribunales superiores contradijeran a los inferiores, con merma de la seguridad jurídica y de la independencia judicial, y dijeran: Usted dijo que era ilegal pero era razonable

sostener lo contrario, y yo soy quien dice qué es razonable y qué no lo es. De esta forma, lo ilegal puede (sorprendentemente) ser razonable y así los incumplimientos del Derecho se perpetúan (dañándose al principio del Estado de Derecho), pues nadie paga por ellos.

Me interesa más detenerme en la posibilidad de actos antijurídicos no (estrictamente) ilegales, pues de haberlos, sería cierta la tesis no positivista (o no positivista legalista o positivista corregida) de que el Derecho es algo más que la ley. Aquí es donde a mi juicio debe ponerse el acento de una cierta reconstrucción del sistema, que lo clarifique (para eso, entre otras cosas, se supone que estamos los académicos) y sobre todo que lo sitúe en las coordenadas constitucionales. La Constitución, si se maneja bien, aclara las cosas más de lo que parece, y es una lástima que se utilice tan poco. A mi juicio, la vieja institución de la responsabilidad patrimonial, pese a estar constitucionalizada, no se ha visto sustancialmente alterada en la práctica por la entrada en vigor de nuestra ley de leyes... después de cuarenta y dos años; ni siquiera los autores (todos ellos administrativistas) que defienden cambios sustanciales del sistema lo hacen bajo la luz de la Constitución. La tesis que voy a defender es que la Constitución puede y debe ser el instrumento que aclare de una vez por todas el concepto de antijuridicidad y, de paso, refuerce la garantía de los derechos fundamentales. Obviamente, por razones de especialización profesional, esta segunda es la perspectiva que más me interesa y sobre la que continuaré profundizando en el futuro[12].

2.- LEGAL PERO ANTIJURÍDICO: CASOS

En línea de principio se sigue manteniendo que la Administración puede actuar de forma legal pero antijurídica; ahora bien, no existe un criterio preciso para determinar en cuáles de estos casos se produce la obligación de indemnizar. Es alta aquí la inseguridad jurídica y el arbitrio judicial, y corresponde a la doctrina aportar claridad y certeza. Intentemos buscarlo de forma inductiva, a partir de

28 de mayo de 2014 (denegación de exención de practicaje a un buque) o 1898/2017, de 14 de diciembre (denegación de inscripción de aparcamiento).

12 Creo que sigo siendo el único autor que ha intentado conectar RC de la Administración y garantía de los derechos fundamentales: inicialmente, en esta misma Revista, siendo todavía magistrado en ejercicio (y así lo trasladé a alguna de las sentencias de las que fui ponente), en "La responsabilidad patrimonial de la Administración como técnica de garantía de los derechos fundamentales", nº 2, 2006, y de momento hasta Nuevos derechos y garantías de los derechos, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 164, libro donde por cierto también intenté mostrar las insuficiencias que todavía aquejan a nuestro sistema de protección de derechos fundamentales.

algunos ejemplos (solo del Tribunal Supremo y de los últimos diez años) de declaración de responsabilidad (solo, por tanto, sentencias estimatorias) por actos (aparentemente) legales. Me centraré en algunos ejemplos de incumplimiento por la Administración de obligaciones de hacer no definidas con claridad en la ley. En todos ellos hay un reproche a la Administración ("funcionamiento anormal") pero sin afirmarse que esta haya incumplido una obligación legal concreta:

a) La STS de 20 de septiembre de 2011 confirma la STSJ de Canarias de 11 de junio de 2004, que condenó a indemnizar a la Consejería de Educación por los daños sufridos por un alumno en un accidente acaecido dentro del horario y actividades escolares. El TSJ parecía aproximarse, sin citarla, a la tesis de la responsabilidad objetiva: habló primero de caso fortuito pero, algo contradictoriamente, afirmó después: "debe compartirse el punto de vista de la recurrente en orden a la ausencia de supervisión por parte de algún profesor de una actividad potencialmente peligrosa llevada a cabo por alumnos, en este caso el traslado de planchas de cierto peso, el cual no parece lógico encomendar a los propios alumnos en vez de llevarlo a cabo, como señala la actora, personas adultas, resultando de tal forma, a juicio de la Sala, acreditada la relación de causalidad jurisprudencialmente requerida para la prosperabilidad de acciones como la que nos ocupa, entre la actuación administrativa, a saber, la falta de diligencia en los profesores de que se trata y su derivación a efectos de responsabilidad para la Administración demandada, y el resultado dañoso producido"[13]. Luego, no hubo propiamente responsabilidad objetiva sino funcionamiento anormal.

b) La STS de 30 de mayo de 2012 trata del controvertido peligro de las biondas, corrigiendo en esta ocasión a la Audiencia Nacional. El reclamante, tras perder el control de la motocicleta y salir despedido, fue a impactar contra la bionda colocada por la Administración en el borde de la carretera. Como consecuencia del impacto, se produjo la amputación de su brazo y pierna izquierda. La Audiencia Nacional había rechazado la responsabilidad porque la Circular y la Proposición no de Ley que resultarían infringidas con la colocación de la bionda eran de fecha posterior al accidente y el establecimiento de aquélla no podía calificarse como contrario a unos estándares de rendimiento de los servicios públicos. En definitiva, la Audiencia argumentaba que no hubo funcionamiento anormal, ya que en aquella época no podría haber actuado la Administración de otra manera. Para el Tribunal Supremo, sin embargo, las lesiones se agravaron por la mera existencia de la bionda; la velocidad inadecuada fue la causa del accidente pero la concreta y específica lesión padecida no se habría producido si la valla de la mediana hubiera sido menos agresiva para la integridad de quienes impactaran con ella: mientras que la velocidad inadecuada es imputable al recurrente, la existencia de la bionda lo es a la Administración. La Sentencia fija así la indemnización en el 50% de la cantidad reclamada, 243.682 euros. La RC parece surgir de una obligación implícita, esto es, no derivada de la ley, de evitar las biondas, por el peligro que suponen para la integridad de las personas.

c) Un caso similar al anterior es la STS de 11 de febrero de 2013, que de nuevo condena a la Administración a indemnizar en un 50% a un motorista lesionado. Hubo exceso de velocidad pero también un tablón de madera en medio de la carretera. La Sentencia no habla de responsabilidad objetiva sino de funcionamiento anormal del servicio público de mantenimiento y conservación con garantías de seguridad para los usuarios de carreteras y vías públicas: si la carretera "hubiera estado en las condiciones que exige el fin para el que están destinadas, la circulación vial con ese mínimo de garantías de seguridad, no se hubiera propiciado el accidente del recurrente". Destaca la Sentencia que la

13 Véase, en contraste, la STS de 27 de marzo de 2013, que exonera a la Administración por los daños derivados de la caída de un niño en el patio del colegio.

Administración no intentó siquiera acreditar el funcionamiento estándar o normal del servicio público de vigilancia, mantenimiento y conservación de la carretera de su titularidad y que desde la adjudicación de este servicio a una empresa privada no se había producido inspección alguna, sin que pueda trasladarse al administrado la carga de la prueba del defectuoso funcionamiento del servicio de mantenimiento. En similares términos se pronuncia la STS de 11 de mayo de 2015, que aumenta la indemnización fijada por el Tribunal Superior de Justicia a un motorista que sufrió lesión medular tras un accidente provocado por una franja de grava en la calzada.

d) La STS de 30 de abril de 2013 se refiere a los daños (un largo período de rehabilitación) derivados de una operación de interrupción voluntaria del embarazo. Para el Tribunal, el resultado final no dependió tanto de la hemorragia como de su tratamiento. La responsabilidad objetiva se modula (más bien desaparece, habría que decir) en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. En este supuesto, si bien no se produjo una infracción grave de la lex artis, el hecho de que no se detectara la hemorragia demuestra que la asistencia prestada no fue suficiente, como tampoco lo fueron los medios de que disponía la clínica para atender las complicaciones surgidas[14] . La indemnización se fijó en un millón de euros.

e) La STS de 17 de junio de 2014 destaca la naturaleza de obligación (no discrecional) de la actividad inspectora de la Administración. Según la Circular 1/95, de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Burgos, sobre horario de cierre de establecimientos públicos, las discotecas debían cerrar a las 4 de la madrugada y a las 5,30 de jueves a sábado. La discoteca La Farándula, propiedad de General Yagüe 8 SL, era el único establecimiento de la ciudad que cumplía estas obligaciones, por lo que perdía clientes y por tanto vio disminuidos sus ingresos. El Tribunal Supremo confirma la indemnización de 15.000 euros impuesta por el Tribunal Superior de Justicia, así como la vulneración del principio de confianza legítima: la inactividad de la Administración inspectora permitió la distorsión del mercado, consintiendo la competencia desleal de los establecimientos a los que no exigió el cumplimiento de los horarios.

f) La STS de 6 de mayo de 2015 se centra en la exigencia de conservación de la documentación clínica. La Administración había perdido el informe sobre la frecuencia cardiaca de una embarazada, pérdida que no puede perjudicar a esta en el proceso donde reclamaba una indemnización por los daños sufridos por su hija tras el parto. Según jurisprudencia consolidada, para apreciar RC por acto médico no resulta suficiente la existencia de una lesión sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo. Al Tribunal Supremo le llama la atención el extravío del soporte documental de la frecuencia cardíaca fetal durante el período (unas 18 horas) que en que la embarazada estuvo en el hospital con anterioridad a la cesárea. Afirma que dicho soporte aclararía la cuestión suscitada. La imposibilidad de incorporar al proceso tan importante elemento de prueba no puede beneficiar al causante de la misma. Los datos disponibles no permiten afirmar de manera indubitada que el retraso diagnosticado al niño estuviera causalmente vinculado al sufrimiento fetal que padeció durante la asistencia médica al parto de su madre. Si es la Administración quien tiene la disponibilidad y facilidad de probar que la asistencia prestada fue correcta y la que tenía el deber de custodia de aquellos

14 En el trabajo ya citado de MUÑOZ GUIJOSA queda demostrado (pp. 127-133) que los casos de responsabilidad sanitaria son siempre de funcionamiento anormal, nunca de responsabilidad objetiva.

registros y de esa documentación, es claro que su pérdida o extravío ha impedido al interesado acreditar que la asistencia al parto no se ajustó a las exigencias de la lex artis, lo que obliga al Tribunal a resolver aquella duda a favor de la reclamante y declarar que el retraso mental padecido por su hijo está causalmente vinculado a la deficiente asistencia médica, imponiendo una indemnización de 110.000 euros.

g) La STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018, es importante porque dota de eficacia vinculante a los dictámenes de los comités de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España[15], y lo hace a través de la RC de la Administración. La argumentación del TS en materia de derechos fundamentales es muy endeble (un problema endémico, ya criticado en muchas de las reseñas que vengo publicando en esta Revista desde 2011) pero por algo se empieza. El 24 de abril de 2003 una menor había sido asesinada por su padre durante el régimen de visitas que tenía concedido. Tras el fallecimiento de su hija, Ángela recurrió a los tribunales españoles en demanda de justicia, en un tortuoso periplo de quince años, pues nuestra Administración "de Justicia" pocas veces es tal, sino de la mecánica aplicación de la ley, y en bastantes ocasiones (quien escribe esto sabe de lo que habla) importan más las formalidades procesales y quitarse trabajo de en medio que impartir justicia propiamente dicha.

Ángela señaló que previamente al asesinato existía una situación de alto riesgo (formuló 47 denuncias contra su ex-marido) para su hija, que no en todas las actuaciones intervino el Ministerio Fiscal, que hubo errores en los informes de los Servicios Sociales y decisiones judiciales que ignoraron la prueba pericial psicológica practicada. La Audiencia Nacional y el propio Tribunal Supremo (el Tribunal Constitucional ni siquiera lo admitió a trámite) desestimaron sus recursos por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con el argumento básico de que hubo muchas decisiones judiciales motivadas que no apreciaron ningún riesgo. En búsqueda de la justicia negada por tres tribunales españoles, acudió al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, quien en su Dictamen 47/2014 concluyó declarando que el Estado español vulneró los derechos de Ángela y su hija fallecida de los artículos 2, 5 a) y 16 d) de la Convención del mismo nombre (CEDAW por sus siglas en inglés). Asimismo, el Comité exigió al Estado español otorgar a Ángela una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos y llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial para determinar los fallos en las estructuras y prácticas estatales que ocasionaron la falta de protección de Ángela y de su hija. Con base en este Dictamen y para lograr su efectividad, Ángela presentó recurso extraordinario de revisión por aparecer documentos de valor esencial para la resolución del asunto y que evidenciaban el error en la resolución recurrida. La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo lo desestimaron por falta de idoneidad del cauce utilizado. Simultáneamente, Ángela presentó nueva reclamación de RC por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y, ante el silencio administrativo, nuevo recurso contencioso administrativo, esta vez por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, solicitando la condena de la Administración al cumplimiento del Dictamen y al abono de una indemnización. La Audiencia Nacional lo desestimó por los mismos motivos de su Sentencia anterior a la condena internacional pero también porque a su entender la RC tiene naturaleza indemnizatoria y por tanto no sirve para garantizar derechos fundamen-

15 La importancia de esta Sentencia se destaca p. ej. en I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, "Qué nos enseña el caso de Ángela González Carreño sobre el recurso al Derecho internacional de los derechos humanos en los procedimientos ordinarios (comentario a la Sentencia 1263/2018 del Tribunal Supremo)", Revista Aranzadi doctrinal, nº 7, 2019.

tales, tesis que revela un preocupante desconocimiento por este órgano judicial tanto del significado de los derechos fundamentales como del principio de responsabilidad de los poderes públicos.

La STS 1.263/2018 comienza reconociendo que no existe en España un cauce procedimental específico y autónomo para instar el cumplimiento de los dictámenes de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas[16]. Defiende después, y de forma muy convincente, el carácter vinculante de tales dictámenes, pero no es esto lo que ahora nos interesa.

La vulneración de derechos de Ángela se produjo por la no adopción por los órganos del Estado español de medidas necesarias y eficaces. Es evidente que esta declaración, vinculante para España, y el hecho de que nuestro país no haya adoptado medidas reparadoras, suponen el mantenimiento de la lesión de derechos humanos. Seguidamente, el TS constata la vulneración de los siguientes derechos fundamentales: el derecho a la no discriminación por razón de sexo, pues durante años no se adoptaron medidas que hiciesen efectivas las previsiones legales existentes; el derecho a la tutela judicial efectiva, pues en los diversos procedimientos judiciales no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada; el derecho a la dignidad e integridad moral, "que, como derecho esencial y básico de toda persona, es la base ontológica que hace posible todos los demás". Así las cosas, el asunto debió merecer de la Administración una consideración expresa, dando cumplimiento a la obligación internacional y de Derecho interno. En todo caso, la jurisdicción se torna ya en el remedio efectivo último para controlar la vulneración de derechos fundamentales.

El Dictamen del Comité de la CEDAW debe ser tenido como presupuesto válido para formular una reclamación de RC del Estado, ya que ahora se acredita: a) la existencia de una lesión o daño real y efectivo, individualizado, que Ángela no estaba obligada a soportar, y que se produjo por la desprotección que soportó durante años, antes y después del fallecimiento de su hija, daño aún vigente pues la situación de desprotección de derechos no ha sido resarcida y es evaluable económicamente; b) un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, debido a su negligente protección de los derechos de Ángela; c) la evidente relación entre la lesión antijurídica y la actuación del Estado, de la que forma parte la Administración de Justicia.

De otro lado, no puede entrar en juego la excepción de cosa juzgada pues la lesión apreciada no deriva exclusivamente de los hechos entonces juzgados, sino también de la actuación y decisiones de las Administraciones intervinientes al dar respuesta a aquellos, incluida la de los órganos judiciales. Tampoco está en juego el principio de seguridad jurídica pues no se están revisando ni anulando decisiones administrativas ni judiciales sino reconociendo un presupuesto diferente que ampare la reclamación de RC de la Administración. En consecuencia, el Tribunal

16 Recientemente (LO 7/2015) se introdujo el art. 5 bis LOPJ para garantizar la ejecución de las sentencias del TEDH, no así de estos dictámenes.

Supremo anula la Sentencia de la Audiencia Nacional impugnada, en cuanto no apreció vulneración de derechos fundamentales, así como la inicial decisión administrativa por silencio, y condena a la Administración a reparar esa vulneración imponiéndole directamente una condena de 600.000 euros por los daños morales padecidos por Ángela más 10.000 euros de costas a la Administración, "por la especial relevancia de la vulneración de derechos producida".

Hasta aquí los ejemplos de funcionamiento anormal o antijuridicidad subjetiva seguida de la obligación de indemnizar. ¿Qué aprecia en esta jurisprudencia un constitucionalista? Lo que yo observo es lo siguiente:

a) Se produjeron actuaciones (o más bien omisiones) administrativas que lesionaron derechos fundamentales, pero sin constatarse el incumplimiento de obligaciones precisas fijadas con claridad de la ley, o al menos estas no se citaron. Tampoco hubo sentencias previas que así lo declararan. En el caso de las discotecas de Burgos se hace referencia a una Circular de la Junta de Castilla y León, pero referida a las obligaciones de estos establecimientos, no al deber de inspección de la Administración, que era la cuestión clave y determinante de la antijuridicidad. En el caso de Ángela, se citó la CEDAW, pero tampoco fue esta la norma relevante, sino el deber administrativo y judicial de proteger la vida, no bien concretado, en lo que a las obligaciones administrativas se refiere, en ese instrumento internacional. Si bien solo en este último caso el Tribunal Supremo alude expresamente (y los enumera, aunque sin demasiado rigor) a derechos fundamentales vulnerados, es claro que en los demás ejemplos sucede algo similar: la integridad y salud de los niños (el niño que se cayó en el colegio y el que sufrió lesiones tras el parto), de la embarazada con secuelas después de la operación y de los tres motociclistas. En cuanto a la discoteca de Burgos, se vio afectado sin duda su derecho fundamental a la libertad de empresa o su derecho fundamental de propiedad, según se mire, como también el derecho de los vecinos a la protección frente al ruido, aunque esto último no se planteó en el pleito.

b) El Tribunal Supremo no razona en ningún momento en términos de responsabilidad objetiva y critica en todos los casos la actuación de la Administración, es decir, constata un funcionamiento anormal de esta. El nexo causal no resulta importante en el razonamiento y la clave es la antijuridicidad, que parece concretarse en el incumplimiento administrativo de un genérico deber de protección de los derechos fundamentales, pues no se citan obligaciones legales concretas. La perspectiva constitucional es correcta: en un Estado de Derecho, las normas (y la Constitución es una de ellas) han de cumplirse, y si esto no sucede, debe haber responsabilidad, y no solo una mera declaración de incumplimiento. El punto de vista de la víctima es importante (más que nada porque si no hay daño a una persona concreta, tampoco hay responsabilidad), pero no puede centrarse en ella la argumentación[17].

Si en estos casos antijuridicidad significa incumplimiento de obligaciones administrativas no exigidas por la ley, parece que nos encontramos ante la aplicación directa de la Constitución, tesis esta por cierto mantenida desde el comienzo, al menos en línea de prin-

17 En la última edición de su clásico manual, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (Curso de Derecho administrativo II, Civitas, Madrid, 16ª ed., 2020, pp. 402 y ss.) siguen manteniendo que la antijuridicidad se desplaza a la víctima, tesis que solo con las matizaciones que después se harán estaría dispuesto a compartir, al menos a efectos de la definición de un concepto que debería servir para reforzar el principio constitucional del Estado de Derecho (la Administración paga, como regla, cuando incumple el Derecho) y no para diluirlo en imprecisiones; para un planteamiento correcto del significado constitucional de la responsabilidad, G. DOMÉNECH PASCUAL, "El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos", en J. A. Santamaría Pastor (dir.), Los principios jurídicos del Derecho administrativo, La Ley, Madrid, 2010, esp. pp. 674-681. Continuando la crítica a ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, tampoco se puede definir un concepto basándose en las excepciones.

Entre la legalidad y la ilegalidad, sin reproche alguno a la Administración ("funcionamiento normal"), tendríamos los casos de daños producidos como consecuencia de una actividad administrativa de interés general. Este es, en mi opinión, el único tipo de supuestos, claramente ya residuales, donde cabría hablar de legítima responsabilidad objetiva, no demasiado alejada aquí de la idea de justicia.

cipio, por nuestro Tribunal Constitucional[18]. Antijuridicidad significa por tanto inconstitucionalidad, directa en los casos reseñados en este apartado, e indirecta (por mediación de la ley) en los demás. El obstáculo que aquí surge con la aplicación directa de la Constitución, y en concreto de los derechos fundamentales, es el principio de legalidad, pues ¿cómo puede exigirse a la Administración que actúe cuando la ley no se lo impone? Lo veremos en el apartado siguiente, pero antes de continuar debemos hacer un inciso para describir otro tipo de supuestos.

Entre la legalidad y la ilegalidad, sin reproche alguno a la Administración ("funcionamiento normal"), tendríamos los casos de daños producidos como consecuencia de una actividad administrativa de interés general[19]. Este es, en mi opinión, el único tipo de supuestos, claramente ya residuales[20], donde cabría hablar de legítima responsabilidad objetiva, no demasiado alejada aquí de la idea de justicia[21]. No se trata de la responsabili-

18 Entre otras muchas, SSTC 19/1981, 15/1982, 68/1991, 216/1991, 254/1993, 31/1994 o 247/2007, corrigiendo indirectamente las omisiones legislativas. Esta tesis, tantas veces formulada de manera retórica, se aprecia mejor en los casos límite. Sirva un solo ejemplo de la mejor época del Tribunal Constitucional: el art. 30.2 CE encomendó al legislador ("la ley... regulará") garantizar la objeción de conciencia al servicio militar, y aquél no lo hizo. Aun tratándose de un derecho de organización y procedimiento (que podría parecer inexigible hasta que ambos se crearan), la STC 15/1982 lo consideró aplicable directamente: en el caso, suspendiendo la entrada a filas del objetor. Contamos con algunos estudios monográficos sobre la aplicación judicial directa de la Constitución pero no he visto ninguno sobre la aplicación administrativa directa. De pasada, J. M. DÍAZ LEMA (en "Restricciones subjetivas de derechos fundamentales y aplicación directa de la Constitución", en M. Arenilla Sáez (coord.), La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar, INAP, Madrid, 2010, pp. 1142-1143) aborda el tema pero los ejemplos que pone se refieren al deber de la Administración de respetar (más bien negativamente) derechos fundamentales de defensa legalmente no desarrollados, no estrictamente a obligaciones positivas de actuación.

19 Sistematizados en el muy renovador (y recomendable) manual de J. ESTEVE PARDO (Lecciones..., cit., pp. 291-294) bajo el significativo rótulo "La igualdad ante las cargas públicas, la impronta del instituto de la expropiación y la configuración de un modelo de responsabilidad objetiva".

20 Resulta significativo que dos de los "clásicos" valedores de la responsabilidad objetiva terminaran hablando del "carácter aparentemente objetivo" de la RC de la Administración (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, Curso..., cit., p. 406) o reconociendo que se trata de casos excepcionales, pues casi siempre la génesis del elemento objetivo del daño aparece asociada a la ilicitud (J. LEGUINA VILLA, "Artículo 106.2. La responsabilidad de la Administración pública", en M. Rodríguez-Piñero y M. E. Casas (dirs.), Comentarios a la Constitución Española, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 518-519).

21 En el ya citado libro de LARRAÑAGA de teoría general de la responsabilidad, encaja con los supuestos normalmente admitidos de responsabilidad objetiva (p. 77): "Los hechos que, según los sistemas jurídicos, dan lugar a casos de responsabilidad objetiva suelen ser consecuencias de actividades valoradas positivamente por el propio sistema. Es decir, a diferencia de los supuestos normativos que condicionan un castigo o pena, los cuales son valorados negativamente, el sistema jurídico no pretende inhibir las actividades que dan lugar a supuestos de responsabilidad objetiva". Por otra parte, [...] en ciertas actividades socialmente valiosas [y como tales se presumen las realizadas por la Administración, GER] y, por lo general, económicamente complejas, la culpabilidad –aunque sea por supuestos de negligencia- es muy difícil de comprobar o, al menos, supone altos costos el establecerla".

BD jurídica de acceso libre para suscriptores de la revista en papel en www.inesedata.es
¿Olvidó su clave? inesedata@inese.es

dad típica por culpa del Derecho civil sino de una especie de distribución de las cargas públicas (justicia distributiva por tanto, como complementaria de la conmutativa, que es la típica de la RC) derivada del derecho a la igualdad. El fundamento de este residuo de responsabilidad objetiva apenas ha sido desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente, y se encuentra (aunque creo que nadie se ha percatado de ello) en la propia Constitución, y en concreto en su artículo 14. En definitiva, también aquí la Constitución ayuda a la relectura del clásico instituto de la responsabilidad patrimonial. La justicia distributiva corrige a la justicia conmutativa pero la excepción se realiza para satisfacer el derecho fundamental a la igualdad (en esta ocasión como derecho a la diferenciación, pues la medida reparadora es positiva), el cual, pese a su persistente indeterminación[22], al menos no permite que se trate peor (negativamente, por falta de compensación) a quien sufrió un daño como consecuencia de una actividad de la que se beneficia la comunidad en su conjunto[23].

3.- EL PROBLEMA DE LAS OBLIGACIONES MERAMENTE CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA RELECTURA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Los derechos fundamentales son aplicables directamente aunque con importantes matizaciones cuando obligan a los particulares; en esta última problemática no entraré aquí. Por definición, no hay derechos (subjetivos) fundamentales sin obligaciones correlativas (va en la misma esencia del derecho subjetivo), y todos ellos implican deberes hacia todos los poderes públicos, y en primer lugar para el legislador, quien entre otras cosas habría de concretar en la ley aquello que debe hacer la Administración. Si el legislador no lo hace, o lo hace por debajo de lo constitucionalmente exigible, no es fácil obligarle, habida cuenta de que en nuestro sistema no existe un procedimiento de control de las omisiones legislativas. Si la ley prevé tales obligaciones administrativas, se resuelve gran parte del problema, aunque no todo, pues persisten problemas de legitimación (no puede obligar a la Administración a actuar quien no tiene interés en ello y además está el requisito de la precisión de la obligación de la LJCA, como después veremos). Será frecuente, sin embargo, que la ley o no exista, o que no sea precisa, o que sea incompleta. Si resulta muy difícil recurrir esa ley o su inexistencia[24], ¿podemos exigir a la Administración que cumpla directamente con la Constitución? Aquí el obstáculo principal es el principio de legalidad, garantizado por el artículo 9.3 CE.

El principio de legalidad es antiguo y se formuló en el contexto del Estado liberal, cuando la Administración era un peligro para la libertad y la propiedad. Al menos desde el comienzo del Estado social, aunque en realidad mucho antes, sabemos que la Administración es bastante más que un peligro: es también la organización necesaria para el cumplimiento de los derechos de prestación y de las obligaciones positivas asociadas a buena parte de los derechos defensivos. Ninguna duda cabe ya, por ejemplo, que el derecho a la vida e integridad no se protege solo con reacciones contra sus ataques sino también con actuaciones positivas, preventivas de tales ataques[25]. Así sucede con los casos resumidos en el apartado anterior: la

22 Destacada por DOMÉNECH, en "El principio…", cit., p. 682, aun en la "versión débil" del principio de igualdad ante las cargas públicas. Sin duda, un tema pendiente de desarrollar.

23 Un caso reciente podría ser la STS 1.254/2019, de 2 de diciembre, que indemniza a una ganadera de Paredes de Buitrago por la pérdida de sus ovejas y vacas, atacadas por los lobos. Los lobos están protegidos y por tanto no pueden ser perseguidos, de lo cual se beneficia toda la comunidad. La ganadera no tiene el deber jurídico de soportar ese perjuicio: nos encontramos ante uno de los pocos supuestos recientes de clara responsabilidad objetiva: si ni siquiera existe la obligación administrativa de perseguir a los lobos, mal puede hablarse de culpa ni de funcionamiento anormal.

24 Pero no imposible: algunas técnicas, en G. ESCOBAR ROCA, Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 693 y ss.

25 Este genérico deber estatal de protección de los derechos fundamentales, seguramente procedente

Administración debe velar por la seguridad de las actividades escolares y de las carreteras para prevenir daños a la vida e integridad, respectivamente, de niños y motociclistas; debe prestar una asistencia sanitaria de calidad para evitar daños a la salud de los usuarios del sistema sanitario; debe investigar las denuncias de las víctimas de violencia de género para garantizar, de nuevo, su vida e integridad; o debe vigilar el cumplimiento de los horarios de cierre de las discotecas para evitar la pérdida de recursos de las discotecas cumplidoras, y por tanto el derecho de propiedad privada de estas. Todos estos casos (donde, recordemos, no se habla de incumplimiento de ley alguna) ponen de manifiesto que existen obligaciones meramente constitucionales de protección de derechos fundamentales: si hubo RC es porque previamente hubo culpa. Centrándonos de nuevo en el elemento de la antijuridicidad como requisito clave del instituto de la responsabilidad patrimonial, parece evidente que la Administración incumplió el Derecho (la Constitución en concreto), aunque no la ley.

Estadística y tradicionalmente el principal incumplidor, dentro del Estado, de los derechos fundamentales fue el ejecutivo. De hecho, el centro de la construcción inicial (liberal) del Derecho administrativo fue precisamente la protección del ciudadano frente a las agresiones de la Administración y la Historia de esta rama del ordenamiento fue sobre todo, en feliz expresión, la de la "lucha contra las inmunidades del poder". Hoy la Administración, antes que vulneradora de derechos, que también, está llamada a cumplirlos y en su caso a garantizarlos[26]. "Técnicamente" es más fácil obligar a actuar a la Administración que al Parlamento, especialmente en los casos concretos. Una parte importante de las sentencias internacionales y constitucionales (por citar las más especializadas en la garantía, respectivamente, de los derechos humanos y fundamentales) obligan al ejecutivo a hacer algo concreto, y este normalmente lo cumple.

Ahora bien, el poder casi siempre es renuente cuando se trata de cumplir, antes de tales sentencias, con los derechos, y los deberes administrativos de protección se enfrentan todavía a algunos escollos, en especial cuando no existe una ley que claramente obligue a la Administración a actuar. Es aquí donde se plantea realmente la cuestión constitucional, pues si la ley determina claramente qué debe hacer la Administración, lo que primeramente se aplica es el Derecho administrativo, no el constitucional.

La excusa más frecuente es el clásico principio de legalidad de la Administración, según el cual la Administración solo puede hacer aquello que previamente la ley o el reglamento le permite. En otra ocasión he defendido esta segunda versión del principio de legalidad (cualquier norma vale), salvo que haya reserva de ley, y a ello me remito[27]. Esta concepción más flexible del principio de legalidad es clave a nuestros efectos, pues si la Administración no pudiera actuar sin previa ley del Parlamento, dadas las dificultades (políticas y "técnicas") para obligar a actuar a este, el cumplimiento administrativo de los derechos fundamentales se paralizaría, con el subterfugio de la ausencia de ley.

---

del Derecho internacional de los derechos humanos, se formula en numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y en especial en la STC 53/1985, que declaró inconstitucional la primera despenalización del aborto (todavía esperamos sentencia sobre la segunda) precisamente por no proteger el legislador suficientemente la vida del nasciturus. Específicamente sobre el tema, por todos, J. C. GAVARA DE CARA, "La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales", Teoría y Realidad Constitucional, nº 20, 2007, y, con relación a ámbitos concretos pero presentando una doctrina general, G. DOMÉNECH PASCUAL, Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos, CEPC, Madrid, 2006, pp. 69 y ss. (trasmutando el deber en derecho) o F. SIMÓN YARZA, Medio ambiente y derechos fundamentales, CEPC, Madrid, 2012, pp. 99 y ss. Los tres autores, muy influidos por la dogmática y jurisprudencia alemanas.

26 Sobre esta diferencia, creo que esclarecedora pero inédita en la doctrina, remito a mi libro Nuevos derechos..., cit., pp. 155 y ss., donde el lector encontrará otras precisiones sobre las obligaciones administrativas relativas a los derechos fundamentales.

27 El Derecho, entre el poder..., cit., pp. 184-191.

Uno de los pocos autores que se enfrentan directamente al problema es el profesor de la Universidad de Valencia Gabriel DOMÉNECH, quien defiende que el principio de legalidad de la Administración puede ceder en algún supuesto, más bien excepcional, para justificar actuaciones administrativas no previstas expresamente en las normas legales o reglamentarias, y el argumento no es otro que el deber estatal de protección de los derechos fundamentales[28]. Pone algunos casos controvertidos de la jurisprudencia alemana para ilustrarlo, pero varios de ellos no encajan del todo, pues existía una norma reglamentaria previa. Dos casos sí nos sirven, y ambos fueron muy discutidos en Alemania:

a) El caso de la secta de la "Meditación Trascendental". El Gobierno alemán advirtió de manera pública del riesgo de pertenecer a esta secta, y esta demandó al Gobierno, por vulneración de su honor y de su libertad religiosa, aduciendo, entre otros motivos, que el Gobierno carecía de base normativa para realizar tales advertencias. Según el Tribunal, la Constitución ampara directamente esa actuación del Gobierno.

b) El caso del dietilenoglicol. La Administración publicó una lista de vinos que contenían esta sustancia, perjudicial para la salud, y una de las empresas propietarias de estos vinos demandó a la Administración por vulnerar su libertad de empresa (dejó de vender ese tipo de vino), aduciendo también que ninguna norma habilitaba a realizar esa publicación administrativa. Nuevamente, el Tribunal señala que el deber estatal de protección de la salud, derivado directamente de la Constitución, avalaba esa actuación.

La crítica doctrinal a ambas sentencias del Tribunal Constitucional alemán pone de manifiesto que el debate está abierto. Ahora bien, téngase en cuenta que se trató de actuaciones administrativas no directamente dirigidas a proteger derechos fundamentales (aunque sí indirectamente, la libertad en el primer caso y la salud en el segundo) y que afectaban (al menos hipotéticamente) a derechos fundamentales de terceros.

Llegados a este punto, si queremos un cumplimiento adecuado de los derechos fundamentales dependientes de la actuación administrativa y si partimos del hecho frecuente de un poder normativo (legislativo y reglamentario) omisivo, impreciso o cicatero, resulta necesario reducir el ámbito de aplicación del principio de vinculación positiva de la Administración a la ley[29] y no exigir dentro de él aquello que no sirve al fundamento originario del principio de legalidad, y que le prestó entonces su sentido. Santiago MUÑOZ MACHADO expresa así esta transformación del principio:

La diferencia existe, desde luego, en el punto esencial de que la Administración recibe poderes de actuación directamente de la Constitución que, aunque pueden ser constreñidos y reducidos por la ley, pueden usarse con libertad cuando la ley no lo impide o condiciona. La inde-pendencia del poder de la Administración se subraya y no depende siempre e inevitablemente de decisiones legales previas[30].

Más en concreto, a mi juicio la fórmula podría quedar así: la Administración solo

28 En Derechos fundamentales..., cit., pp. 214 y ss.

29 Atisbos de esta reconstrucción, p ej., en O. VIGNOLO CUEVA, "La cláusula del Estado de Derecho, el principio de legalidad y la Administración pública. Postulados básicos y transformaciones", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nº 131, 2011. En general, cuando los administrativistas "rebajan" las exigencias del "clásico" principio de legalidad suelen acudir a la discrecionalidad administrativa (p. ej., J. ESTEVE PARDO, Lecciones..., cit., pp. 103 y ss.), y no estoy seguro de que sea buena idea, pues los derechos fundamentales son de cumplimiento obligatorio y no discrecional. No obstante, es evidente que los deberes estatales de protección no concretados en leyes admiten un cierto margen de apreciación administrativa, como se demuestra, p. ej., en los llamados fallos judiciales estructurales, que muchas veces señalan genéricamente aquello que la Administración debe hacer, dejando a ésta elegir las formas concretas para llevarlo a cabo; al respecto, A. M. GUTIÉRREZ BELTRÁN, El amparo estructural de los derechos, CEPC, Madrid, 2018, pp. 76 y ss., sobre las "sentencias dialógicas".

30 Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, tomo III: Los principios de constitu-

puede restringir los derechos fundamentales con expresa habilitación normativa pero puede (y en casos excepcionales, debe) protegerlos sin ella. Obviamente, siempre que con dicha protección no restrinja a su vez derechos fundamentales de otro. El problema que así se abre es la seguridad jurídica (la Administración no sabe bien cuáles son sus obligaciones), pero es el precio a pagar por la dejadez del legislador y del propio poder reglamentario, necesario para una garantía eficaz de los derechos fundamentales, y que se irá corrigendo, precisamente, gracias a las sentencias condenatorias por RC de la Administración, que irán marcando el rumbo. La función preventiva de esta jurisprudencia es evidente, pues es de suponer, volviendo de nuevo a los casos arriba reseñados, que desde ahora la Administración pondrá más cuidado en la seguridad de las actividades de los niños en los colegios, en la conservación de las carreteras o de la documentación clínica, en la atención de las denuncias de violencia de género o en la inspección de las discotecas. Seguramente dictará algún día normas más claras sobre todo ello, que ayuden a evitar en el futuro la producción de daños que tenga que indemnizar, pues nadie tenía el "deber jurídico de soportarlos".

4.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1.271/2020: CONFIRMACIÓN DE LA TESIS, PESE A SU DÉFICIT ARGUMENTAL

La Sentencia del Tribunal Supremo 1.271/2020, de 8 de octubre, no trata de responsabilidad patrimonial pero sienta las bases para reclamarla. Es claro en todo caso que, como consecuencia de la extensa, y no siempre jurídicamente correcta, actividad (o inactividad) administrativa durante la pandemia del COVID-19, se abre un amplio campo de exigibilidad de la RC de la Administración. Recordemos que ya el art. 116.6 CE nos advierte que "La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes", y que según el art. 3.2 de la LO 4/1981, "Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes". De momento, no hay jurisprudencia (hay que reclamar primero en vía administrativa y esperar resolución expresa o silencio negativo antes de presentar demanda en la jurisdicción contencioso-administrativa) pero en 2021 irá llegando, y para ir preparando el terreno, contamos ya con aportaciones doctrinales de interés[31].

La STS 1.271 allana el camino para la demostración de uno de los primeros puntos problemáticos: que la Administración incumplió sus obligaciones, esto es, produjo antijuridicidad. Luego deberá argumentarse que se produjeron daños individualizados derivados en cada caso de la omisión administrativa, pero esta problemática queda fuera de este

cionalidad y legalidad, BOE, Madrid, 2015, p. 103.

31 De momento, publicados en 2020: G. DOMÉNECH PASCUAL, "Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19", El Cronista del Estado social y democrático de Derecho, nº 86-87; D. BLANQUER CRIADO, "Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de derechos)", en COVID-19 y Derecho público, Tirant lo Blanch, Valencia; O. SANTAELLA SÁEZ, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la gestión del Coronavirus", Diario La Ley, nº 9.617; C. GONZÁLEZ CARRASCO, "Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-COV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación", Derecho y salud, vol. 30, nº extra 1, 2020; E. LIZARRAGA BONELLI y A. PIGA RIVERO, "Aspectos de la Covid 19 que pueden influir en la responsabilidad de sanitarios y Administraciones sanitarias", Actualidad del Derecho sanitario, nº 284; J. M. BUSTO LAGO, "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones sanitarias en situaciones de pandemia", en Covid 19: conflictos jurídicos actuales y desafíos, Wolters Kluwer, Madrid); I. GONZÁLEZ BARRIOS, "Responsabilidad derivada de la gestión de la pandemia COVID-19 en el ámbito de la administración", en J. A. Badillo Arias (dir.), Las responsabilidades derivadas de la COVID-19, Aranzadi, Cizur Menor.

trabajo. Parece claro, en todo caso, que los eventuales perjudicados no tenía el "deber jurídico de soportar" el daño. Como vamos a comprobar, la Sentencia es loable por su antiformalismo en defensa de los derechos fundamentales pero su argumentación jurídico-constitucional deja mucho que desear, lo que no hace sino reiterar el persistente déficit de comprensión de la naturaleza de tales derechos por parte del Tribunal Supremo, que ya he criticado en diversas ocasiones en esta misma Revista.

Veamos inicialmente los hechos. Desde la declaración de la OMS de 30 de enero de 2020 de la situación de emergencia de salud pública de importancia internacional se fueron adoptando medidas orientadas a proteger la salud, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. El 11 de marzo la OMS elevó esa situación a la categoría de pandemia internacional, lo cual obligó en España a la declaración del estado de alarma (inicialmente, RD 463/2020, acompañado de varios decretos-leyes), que entre otras cosas centralizó en el ministro de Sanidad la dirección de las competencias en salud de las CCAA.

En España, el primer positivo se diagnosticó el 31 de enero en La Gomera y el primer fallecimiento tuvo lugar en Valencia el 13 de febrero. El 23 de abril eran ya más de 204.178 los casos confirmados y 22.127 los fallecidos. Entre el personal sanitario a esa fecha eran 34.355 los contagiados, un 16% del total, aunque el dato no es exacto porque solo un pequeño porcentaje se sometió a la prueba PCR. Queda clara la gravedad de la enfermedad y que no puede circunscribirse a grupos concretos de edad o con patologías previas, de manera que la exposición a ella tiene la potencialidad de producir un daño grave a la salud de los trabajadores sanitarios. Los Reales Decretos-Leyes 6 y 7/2020 claramente acreditan que se trataba de una emergencia de salud pública de importancia internacional y que, al aparecer los primeros casos en España, era preciso adoptar medidas de protección social de los trabajadores que causaran baja por enfermedad y garantizar el abastecimiento del material necesario en el Sistema Nacional de Salud pues, ya en enero existía "una situación delicada de abastecimiento", que justificaba que "la habilitación concedida al Estado para [...] el suministro del material fuera total". El segundo Real Decreto de los citados acordó un fondo de contingencia de 1.000 millones de euros para medidas de refuerzo en el ámbito sanitario y dispuso la modificación de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos, para intervenir su precio.

El Informe de 23 de marzo del Comité de Bioética de España señaló que "debía priorizarse el reforzamiento del Sistema de Salud y en especial de sus profesionales al estar en juego la vida y salud de infinidad de personas". El Informe sobre Acciones de la Unión Europea sobre el Corona Virus, del Consejo General de Colegios de Médicos de España, detalla los equipos de protección y el material que debía ser suministrado a todos los profesionales sanitarios. Igualmente, el material necesario se concretó en el documento de los Ministerios de Sanidad y de Trabajo y Economía Social "Procedimiento de actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al coronavirus (SARS-CoV.2)", de 26 de marzo, revisado el 8 de abril, y en el documento puesto al día el 17 de abril "Información científico-técnica. Enfermedad por coronavirus COVID-19", del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, en el que se reconoce que el desconocimiento de la transmisión de la enfermedad a partir de casos asintomáticos pudo generar contagios entre sanitarios indebidamente protegidos.

Se declara probado que el Ministerio de Sanidad compró material deficiente y defectuoso que obligó a aislar a cientos de sanitarios. Se produjeron miles de fallecidos y cientos de contagiados diarios en el personal sanitario. Según los recurrentes, el Ministerio de Sanidad fue incapaz de abastecerse y por ende de dotar a los profesionales de los EPIS necesarios. Las primeras medidas se

adoptaron el 10 de abril, con el recurso a una empresa china, siendo la mayor parte de las compras de mascarillas quirúrgicas, las cuales, según reconoció el propio Ministerio de Sanidad, no ofrecían protección suficiente al personal sanitario.

La Confederación Estatal de Servicios Médicos demanda al Gobierno de la nación por la vía del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales (alegando vulneración del art. 15, en relación con los arts. 40.2 y 43.1[32]) previsto en la LJCA, sin presentar reclamación previa. Alega el incumplimiento por la Administración General del Estado (rectius, por el Gobierno) y, en particular, por el Ministerio de Sanidad, de las obligaciones impuestas por el art. 12.4 del RD 463/2020 por no haber adoptado medidas inmediatas y eficaces para proveer del material necesario para proteger a los profesionales sanitarios, generando así un extraordinario riesgo para su vida e integridad. Solicita al TS que requiera a la Administración para que cese la inactividad denunciada y para que el Ministerio de Sanidad dote a los profesionales sanitarios de las medidas de protección necesarias para preservar la integridad física de los mismos, al menos: batas impermeables, mascarillas FPP2 y FPP3, gafas de protección, calzas específicas y contenedores de residuos. Sostiene que el Gobierno conocía desde principios de febrero el enorme riesgo que representaba el coronavirus, infravaloró sus altas contagiosidad y letalidad y actuó tarde, sin implementar las advertencias de la Unión Europea: "si la pandemia era previsible y conocida desde el mes de enero, lo previsible es evitable". Reitera en su demanda que España sigue siendo el país del mundo con mayor número de contagios entre su personal sanitario, que son más de 51.000 los profesionales de la salud afectados por el COVID- 19 y 76 los fallecidos y que ha influido en ello la escasez o deficiente calidad de los equipos de protección y la falta de test diagnósticos, todo lo cual, dice, es responsabilidad del Ministerio de Sanidad, que claramente incumplió las obligaciones asumidas. Como se advierte, el legitimado pasivo no es muy claro (si era el Ministerio, la demanda debió haberse presentado en la Audiencia Nacional) pero el TS no plantea problema por esto.

La demanda se apoya en definitiva en el incumplimiento del artículo 12.4 del RD 463/2020, según el cual "Estas medidas también garantizarán la posibilidad de determinar la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria". Como se advierte, se refiere más bien a la disponibilidad de personal sanitario en todo el país, no a la protección del mismo. Como iremos comprobando, este deber de protección no se encuentra ahí sino directamente en la misma Constitución.

EL TS, tras un innecesario halago a los profesionales sanitarios (aunque quizás sea éste el motivo de fondo del fallo), señala que

32 Ya el Tribunal Constitucional (al igual que el TEDH) había protegido el derecho a la salud a través del derecho a la vida e integridad: "el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del art. 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física o moral, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma" (SSTC 35/1996, 119/2001, 5/2002, 221/2002, 220/2005, 62/2007 y 160/2007, en varias de ellas afirmando que puede vulnerarse por omisión). La última es la controvertida STC 118/2019, sobre el despido por bajas médicas, donde se rechaza la vulneración del art. 15 por la falta de conexión entre la intervención (despido) y el daño a la salud. Téngase en cuenta que, si no se diera el obstáculo formal de la exclusión del art. 43.1 del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales y del recurso de amparo (esta es la auténtica razón de que apenas exista jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud), lo correcto hubiera sido proteger estas situaciones por la vía del derecho a la salud y no por la vía del derecho a la vida e integridad. Dada la "función educadora" de esta doctrina sobre los tribunales ordinarios, no tenemos nada que objetar, pero estos últimos, no condicionados por el mencionado obstáculo formal, deberían ya razonar sin problema a partir del art. 43.1: un nuevo ejemplo de que el art. 53.3 CE debe leerse más despacio, pues los incumplimientos de los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo III del título I CE y no desarrollados por ley pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial.

(ahora sí) posee "abundante información" para adoptar una decisión de fondo[33].

Lo más importante de la primera parte de la Sentencia es su análisis del "requisito material de la obligación incumplida". Recuerda que con la modalidad de recurso del artículo 29.1 LJCA (inactividad) no cabe impugnar cualquier supuesto de falta de actuación administrativa. Lo importante es decidir si estamos ante una disposición general de la que nazca, sin necesidad de actos intermedios, una obligación de la Administración de efectuar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas. Para el TS, es clara la inexistencia en el artículo 12.4 del RD 463/2020 de una obligación administrativa en los términos del artículo 29, y la propia demanda así lo reconoce: la prestación no es ni concreta ni determinada y no cabe recurso contencioso- administrativo cuando la Administración tiene margen de apreciación en el cumplimiento de un precepto[34]. El artículo 12.4 traza unos principios, unas orientaciones o estándares pero no define una prestación concreta. Deja un margen a la Administración, primero, para establecer las necesidades que se vayan poniendo de manifiesto en la gestión de la crisis sanitaria y luego para decidir cuál es esa mejor distribución en función de las necesidades. Son precisas, por tanto, actuaciones intermedias que integran un conjunto complejo y variable que deberá plasmarse en la identificación de los medios a distribuir y en su distribución misma, que el artículo 12.4 no precisa. No hay, por tanto, directamente en él la imprescindible prestación concreta a exigir a la Administración cuyo incumplimiento pueda demandarse judicialmente. Es más, el resultado al que apunta irá cambiando en función de las necesidades que vaya originando la gestión de la pandemia. Por tanto, no basta para el TS con el contenido del citado precepto para integrar el presupuesto material en que descansa el recurso contra la inactividad administrativa. Las consideraciones anteriores son coherentes con la interpretación (muy discutible, a mi entender, pues olvidó la Constitución) que del artículo 29 LJCA ha hecho la jurisprudencia, incluida la más reciente: este cauce, concluye el TS, no pretende remediar cualquier incumplimiento administrativo, sino que está destinada a exigir prestaciones concretas, pretendiendo el cumplimiento de obligaciones previamente establecidas.

En definitiva, el recurso no puede prosperar en tanto se dirige contra la inactividad administrativa en el sentido del artículo 29. Ahora bien (y aquí la Sentencia da un giro radical, de forma tal que lo anterior sobraba o podía haberse dicho obiter dicta), el enjuiciamiento del TS no termina aquí porque, siendo este un proceso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales (atención los abogados, que no suelen utilizar este procedimiento), es preciso agotar todas las posibilidades que ofrece el recurso para establecer si se ha producido o no su vulneración. Aunque no se dice expresamente, resulta claro entonces que para este procedimiento especial no rige la necesidad de precisión

33 Previamente había denegado medidas cautelarísimas y medidas cautelares, respectivamente en sus Autos de 31 de marzo y 20 de abril de 2020. Sobre ellos puede verse el comentario crítico de J. TORNOS en Revista de Administración Pública, nº 212, 2020, pp. 232-236.

34 La LJCA de 1998 supuso aquí una innovación pero se quedó a medias. Hace tiempo expuse una solución, fundada en el criterio de interpretación de la ley de conformidad con la CE, pues si en estos casos los tribunales eludieran pronunciarse, con el pretexto de que no existe una "prestación concreta", un número significativo de los incumplimientos de derechos fundamentales sociales de prestación quedarían exentos de control, lo que resultaría inconstitucional, además de contrario al espíritu de la LJCA: G. ESCOBAR ROCA, Derechos sociales..., cit., pp. 674-676. Añadiría ahora, según la tesis mantenida en este trabajo, que si alternativa o complementariamente demandamos a la Administración por RC, no habría tanto problema de precisión legal, lo que de otro lado nos llevaría a la paradoja de que resultaría más fácil conseguir en los tribunales la reparación del daño que obligar a la Administración a actuar (lo que habría evitado dicho daño).

del artículo 29[35], y esto es importantísimo: parece que se aplica directamente la CE (lo que confirma nuestra tesis de relectura del principio de legalidad de la Administración), pero aun así debería argumentarse sobre el contenido del derecho afectado, cosa que la sentencia extrañamente no hace. Hubiera sido necesario, al menos, un recordatorio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del propio Tribunal Constitucional sobre la aplicación directa de los derechos fundamentales y sobre el deber estatal de protección de los mismos, en general y aplicado a la integridad física y a la salud en particular.

Conviene transcribir literalmente este pasaje de la Sentencia:

No cabe desconocer que, aun no siguiendo el cauce del art. 29 LJCA, se puede impugnar por medio de este procedimiento especial aquella actuación de la Administración que, por su deficiencia o insuficiencia, conduzca a la lesión de derechos fundamentales e, igualmente, la omisión que produzca esos efectos aunque no se reclame el cumplimiento de una obligación prevista directamente por una disposición general y consistente en una prestación concreta en favor de personas determinadas.

Seguidamente añade que, aunque el artículo 12.4 no fija prestaciones concretas ni obliga claramente al suministro de equipos de protección a los profesionales de la salud, la insuficiencia de medios es lo contrario de lo que este precepto pretende asegurar. Nótese el nuevo giro: lo importante no es la letra sino la finalidad del precepto, y no importa que no fije prestaciones claras y concretas. Aquí el TS deduce del conjunto del artículo 12 (no solo de su párrafo 4) unos "principios u orientaciones". Esto significa que su fuerza normativa es la propia de las disposiciones de esta naturaleza: no son idóneas para fundamentar derechos ni obligaciones, pero sí tienen, además de su eficacia directiva, orientadora o teleológica, la que opera como límite frente a actuaciones u omisiones que los contradicen. Es útil, por tanto, para identificar aquellas que los traspasan. Parece entonces que el artículo 12.4 es criterio interpretativo del artículo 15 CE, pero sobre esto nada se argumenta, perdiendo el TS la ocasión de explicar (y era necesario) que el derecho a la salud queda absorbido por el derecho a la vida y que este incorpora obligaciones de protección, rompiendo así su tradicional faceta exclusivamente defensiva, en línea (reitero) con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y con el propio Tribunal Constitucional.

También implícitamente (hay muchos sobreentendidos) en la Sentencia se rechaza la tesis alemana de la "reserva de lo posible" [36]: para el TS la pandemia nos ha llevado a unas circunstancias absolutamente excepcionales, desconocidas desde hace muchas décadas y que esa excepcionalidad se ha manifestado a escala mundial y puede haber ocasionado serias dificultades de abastecimiento de medios

35 Este procedimiento especial está regulado en los arts. 114 a 122 bis LJCA. En cuanto a las pretensiones, el art. 114.2 remite a los arts. 31 y 32 de la propia LJCA. El art. 32.1 señala que "Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que están establecidas", es decir, parece que en este procedimiento no puede eludirse la necesidad de encontrar una obligación precisa. Entre los pocos estudiosos del procedimiento especial, M. CARRASCO DURÁN (en Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales, CEPC, Madrid, 2002, pp. 172-177) afirma que "se trata de una exclusión legal difícil de justificar" y reconoce que "la recurribilidad de la inactividad material de la Administración en el recurso para la protección de los derechos fundamentales halla su mayor obstáculo en el hecho de que la actividad prestacional es organizada por la ley y la restante normativa infraconstitucional, que se configuran como la única fuente de obligaciones precisas para la Administración": al final, no resuelve el problema. Sin embargo, el TS se salta claramente, sin decirlo, esta necesidad de precisión, en línea con la jurisprudencia sobre RC ejemplificada en las sentencias que reseñé en el apartado 2 de este trabajo.

36 Sobre ella y su improcedencia en el Derecho constitucional español ya me manifesté en Derechos sociales..., cit., pp. 642-645 y, en relación con el derecho a la salud, p. 1156.

de protección en los mercados internacionales. Aun así, no hay duda (no hay excusas económicas para dejar de proteger la salud) de que las Administraciones correspondientes debían proveer de medios de protección a los profesionales sanitarios y, en especial, el Ministerio de Sanidad a partir del 14 de marzo de 2020, ni de que estos profesionales tenían derecho a que se les dotara de ellos. Sin embargo, no se les facilitaron los necesarios y como consecuencia su integridad física y su salud sufrieron riesgos. Ya en sus Autos de 31 de marzo (sobre medidas cautelarísimas, denegándolas) y de 20 de abril (sobre medidas cautelares, imponiéndolas) se había reconocido el incumplimiento administrativo, y a ello se remite el Tribunal: el Ministerio (cambio de nuevo del legitimado pasivo) no fue capaz de dotar a los profesionales de la salud de los medios precisos para afrontar protegidos la enfermedad y que así corrieron el peligro de contagiarse y de sufrir la enfermedad, como efectivamente se contagiaron muchos y entre ellos hubo numerosos fallecimientos.

Tal incapacidad, continúa el TS, no se corresponde con los fines perseguidos por el artículo 12.4 pues no cuesta esfuerzo establecer que no hubo una distribución de medios técnicos acorde con las necesidades puestas de manifiesto por la gestión de la crisis sanitaria. Cierto que las circunstancias fueron críticas y que la dimensión mundial de la pandemia pudo dificultar y retrasar el abastecimiento y su mejor distribución. Sin embargo, lo relevante es que los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario y no cuesta esfuerzo relacionar esta insuficiencia con la elevada incidencia de la pandemia entre los profesionales sanitarios y, por tanto, en los derechos fundamentales de los que se vieron afectados. Como se advierte, otra pista en la Sentencia para futuras reclamaciones de RC: el nexo de causalidad está ya declarado con carácter general.

Hasta aquí la argumentación de fondo, que a mi juicio es notablemente insuficiente, tanto en la indefinición de las peculiaridades del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales (no se destaca suficientemente la exclusión de la regla del art. 29) como en la aplicación directa de estos, incluso en ausencia de ley.

Por último, la Sentencia afirma que "no nos corresponde en este proceso hacer un juicio de culpabilidad ni imputaciones de responsabilidad [sic], sino [únicamente] establecer si ha existido afectación de derechos fundamentales y tal extremo ya lo hemos constatado". Es verdad que el artículo 121.2 LJCA no es muy explícito sobre el fallo en estos procedimientos[37], y quizás sea correcto que en esta ocasión se quede en uno meramente declarativo. En obiter dicta afirma que la responsabilidad actual es del sistema sanitario en su conjunto, una nueva pista sobre a quién dirigir futuras reclamaciones de RC de la Administración.

Desde el citado Auto de 20 de abril, el Ministerio cumplió con su obligación, y por ello finalmente la estimación es parcial: "Son innecesarios, por tanto, los requerimientos pretendidos, ya que no hay inactividad que deba cesar ni falta de medios que deba corregirse ni, mucho menos, lesión actual de derechos fundamentales". El fallo es el siguiente: "estimar en parte el recurso contencioso-administrativo [...] y declarar [...] que los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios lo cual supuso un serio riesgo para los derechos fundamentales que les reconoce el art. 15 en relación con los arts. 43.1 y 40.2 CE": aunque no está claro, entre el inicio de la pandemia y el 20 de abril. Se abre así el camino para que los enfermos y fallecidos puedan reclamar RC... si logran demostrar que se contagiaron antes del 20 de abril.

37 En realidad, el precepto no dice nada, pero implicaría denegación de justicia quedarse en un fallo meramente declarativo, debiendo por tanto acudirse al art. 71.1 LJCA. Lo que no sabemos es cómo la recurrente formuló su petitum, lo cual obviamente condiciona el fallo. Lo que sí está claro es que se abre con facilidad ahora la vía de la reparación, no resuelta en la Sentencia, abriéndose por tanto la RC de la Administración.