

## Vulneración de derechos fundamentales durante la pandemia

por Javier López y García de la Serrana  
*Director*

Están ya comenzando en nuestro país las reclamaciones de indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de los efectos del COVID 19, de las medidas de limitación adoptadas por la declaración del estado de alarma y por todas las consecuencias que esta trágica pandemia está causando en nuestra sociedad. Sin embargo, los planteamientos para llevar a cabo cada una de estas reclamaciones pueden ser muy distintos, y de hecho lo están siendo, no presentándose por ahora de forma clara cual es la vía procesal más idónea para el buen éxito de éstas.

Nos encontramos así con diversas opiniones y con distintas resoluciones judiciales que establecen varios procedimientos para encauzar las pretensiones resarcitorias de los ciudadanos. Pero una de las principales

cuestiones que se nos plantean es cómo podemos demandar la vulneración de un derecho fundamental por el estado de alarma decretado por el Gobierno, y la respuesta a esta pregunta pasa por tener claro que el objeto del recurso debe ser un “acto concreto” y no la norma o el instrumento normativo en general o en abstracto, como en algunas ocasiones se ha hecho. Debe denunciarse por tanto, un hecho concreto en el que el particular haya querido ejercer un derecho fundamental y el estado de alarma se lo haya impedido; o un hecho concreto por el que el particular se haya visto afectado en sus derechos, siendo esa precisamente la causa de vulneración de los derechos. Y es que hemos presenciado intentos de reclamaciones basadas en la denuncia del RD 463/2020 en su conjunto, como norma que infringe determinados derechos o cuyo incumplimiento ha sido precisamente el que ha provocado tal vulneración, pero los mismos no han tenido éxito precisamente por no haberse identificado el acto en particular que ha causado la citada vulneración de derechos.

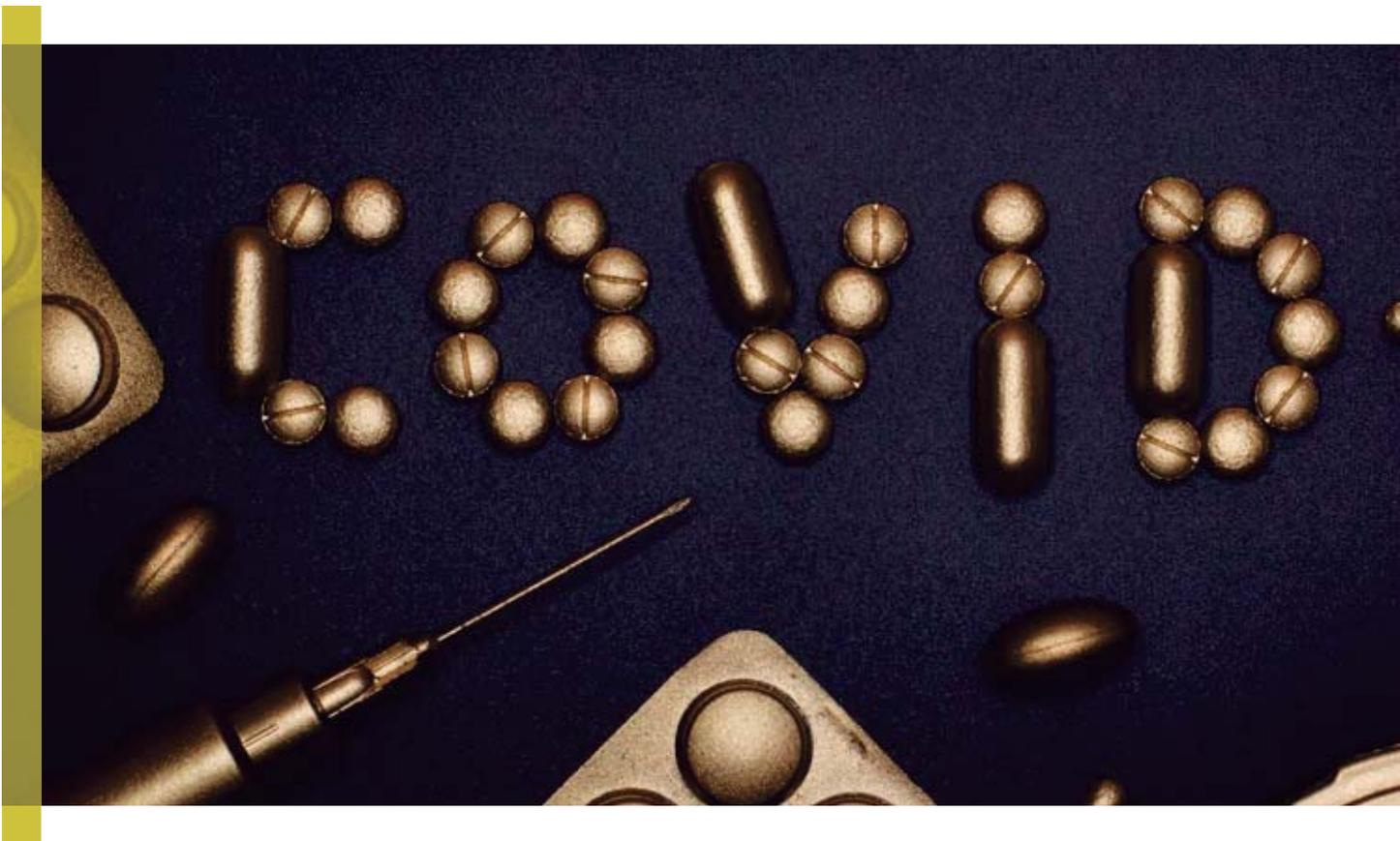
El órgano jurisdiccional ante el que se debe plantear esta demanda también es un factor discutido, pues han sido ya varios los intentos que los tribunales han desestimado por incompetencia jurisdiccional, por tanto

debemos tener claro que la demanda por vulneración de derechos fundamentales basada en las disposiciones contenidas en el decreto 456/2020, deberá realizarse a través de un recurso contencioso-administrativo especial por vulneración de derechos fundamentales y ser presentada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ya que la supuesta vulneración se ha efectuado por una norma aprobada por el Gobierno, el Decreto de Declaración del Estado de Alarma. De este modo no es aquí competente la Audiencia Nacional ni la Sala del TSJ en su caso, ni los Juzgados Centrales de lo Contencioso puesto que éstos sólo conocen cuando el acto o disposición recurrida hubiera sido dictada por un ministro o secretario de Estado, con competencia en todo el territorio español.

Por el contrario, no se puede presentar un recurso por supuesta vulneración de un derecho fundamental de forma genérica contra todo el decreto del estado de alarma, y ello por cuanto al aprobarse en su momento la prórroga del decreto, se convirtió en un acto parlamentario y no una norma, pasando así a ser competente para conocer sobre la legitimidad de la misma el Tribunal Constitucional.

En este sentido conviene recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016 dictada en resolución de la posible vulneración de derechos durante la declaración del estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, estableció que todos los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los tres estados de emergencia que contempla el artículo 116 de la Constitución (alarma, excepción y sitio) «quedan sometidos, en razón de su condición de actos y disposiciones con fuerza o rango de ley, a un mismo régimen de control jurisdiccional ante este Tribunal Constitucional».

Pero en este supuesto es destacable el hecho de que sólo están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad ante el TC, «el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados y cincuenta senadores». De este modo, un ciudadano como particular no puede presentar un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto de Declaración del Estado de Alarma aprobado por el Gobierno en su conjunto. Éste es el motivo por el que debemos insistir en que la posible prosperabilidad de una demanda por vulneración de derechos con





contar con los medios de protección necesarios para el desarrollo de su labor profesional, estableciendo lo siguiente: *“los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario y, por tanto, la Sala así ha de reiterarse ya que, insistimos, esa insuficiencia, no sólo la hemos apreciado ya sino que ha sido admitida por las partes y además, no cuesta esfuerzo relacionarla con la elevada incidencia de la pandemia en los profesionales sanitarios y, por tanto, en los derechos fundamentales de los que se vieron afectados”*.

Los anteriores intentos de Colegios de Médicos, Sindicatos de Policías y otros organismos que solicitaron la adopción de medidas cautelares en relación a la adopción de medidas de protección ante el peligro de contagio del COVID 19, fueron mayoritariamente desestimadas, bien por falta de legitimación activa, por falta de jurisdicción, o por imposibilidad material de atender a la solicitud realizada por la Administración correspondiente más allá de las medidas que ya se estaban adoptando. Citemos aquí la sentencia 130/2020 de 27 de abril de 2020 del Juzgado de lo Social de Orense, el auto del Juzgado de lo Social nº34 de Madrid de 30 de abril de 2020, el auto 52/2020 de 6 de mayo de 2020 del Juzgado de lo Social 2 de La Coruña y los autos 18/2020, 19/2020 y 20/2020 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 6 de abril de 2020.

Previamente a esta sentencia que estamos comentando de nuestro Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2020, ya se habían pronunciado nuestro Alto Tribunal mediante el auto de 31 de marzo de 2020 de su Sala Tercera, que vino a reconocer lo siguiente: *“La Sala conoce esas informaciones y acepta como hecho notorio que los profesionales sanitarios no disponen de todos los medios necesarios para hacer frente a la pandemia con la debida protección. Así resulta de las manifestaciones de profesionales afectados y de pacientes que transmiten los medios y de cuanto dicen las mismas autoridades que diariamente dan cuenta de sus gestiones para poner a disposición de quienes los necesiten los equipos de protección y, por tanto, admiten que aún no cuentan con todos los precisos”*. Y en el mismo sentido, el auto de 20 de abril de 2020, también de la Sala Tercera del Tribunal Supremo: *“es notorio que los profesionales sanitarios no han contado con todos los elementos de protección necesarios. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal viene a reconocerlo a pesar de las medidas adoptadas*

*que constan en los documentos presentados por el representante de la Administración”*.

Siguiendo con el análisis de la referida sentencia de 8 de octubre de 2020, esta no reconoce ningún tipo de derecho a ser indemnizado ante la vulneración de derechos fundamentales que declara, pues al parecer no había sido objeto de petición en la demanda correspondiente, pero qué duda cabe de que abre el camino para que todos aquellos profesionales sanitarios que hayan sido contagiados por el COVID 19 durante el desarrollo de su función y que logren probar haber contraído el virus antes del 20 de abril de 2020, pues es la fecha hasta la que la Sala ha considerado que no existieron los medios de protección necesarios para los sanitarios, puedan solicitar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios sufridos, previa declaración de la vulneración de sus derechos fundamentales por falta de medidas de protección suficientes para el desarrollo de su trabajo. Se trata sin duda de una interesante sentencia que ha sido analizada de forma magistral por el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá, **GUILLERMO ESCOBAR ROCA**<sup>1</sup>. La misma no estima el recurso formulado por considerar que existió inactividad de la Administración respecto a la obligación que le venía impuesta por el RD 463/2020, en relación al suministro de elementos de protección para los profesionales sanitarios, pues considera que tal mandato era genérico y no se concretaba en exigencias concretas, que son las que en su caso pueden ser objeto de recurso, pues el trámite vía artículo 29 de la CE está destinado a exigir prestaciones concretas, pretendiendo el cumplimiento de obligaciones previamente establecidas. Pero pese a esta previa inadmisión, la sentencia sigue analizando si ha podido existir, por otra vía, una vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en cuestión y estima que sí que puede ser objeto de este tipo de recursos “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”.

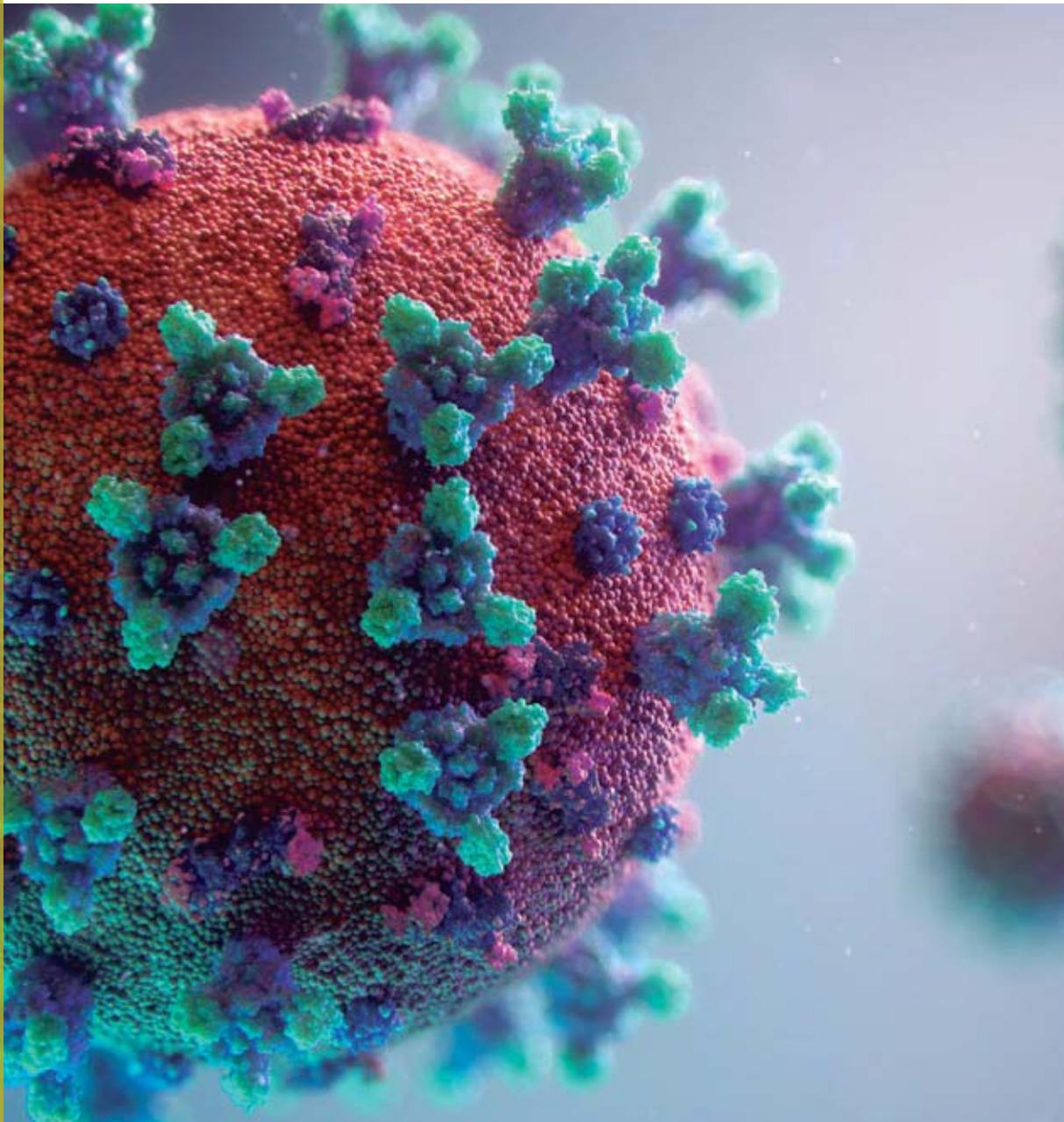
En este sentido la Sala fija como objeto del recurso a examinar el hecho de, si conforme a la previsión del artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020, al no haberse suministrado por la Administración General del Estado los equipos

<sup>1</sup> ESCOBAR ROCA; Guillermo. “Preparando la RC tras la pandemia (a propósito del incumplimiento del derecho a la vida e integridad de los profesionales sanitarios, STS 1271/2020)”. Revista RC de INESE, enero de 2021.

de protección a los profesionales de la salud que han tenido que enfrentarse a la pandemia, sufriendo con ello graves consecuencias para su salud e incluso falleciendo muchos de ellos, si en tal caso puede existir vulneración de los sus derechos fundamentales al haberse actuado de este modo de forma totalmente contraria a lo que el citado precepto pretendía conseguir.

La sentencia matiza en este razonamiento los argumentos que previamente le han servido para desestimar la primera parte del recurso y estima que aunque el Ministerio de Sanidad no venía obligado, en virtud de la citada norma, a desplegar una actuación específica, sí que

se le imponían unas orientaciones o principios que debía cumplir en aras a conseguir la ansiada protección de los sanitarios. Resulta acreditado que las administraciones sanitarias debían proveer de medios de protección a los profesionales sanitarios y que éstos tenían derecho a que se les dotara de tales medios, pero sin embargo no se hizo, no se les proporcionó los medios necesarios y como consecuencia su integridad física y su salud sufrieron graves riesgos y graves daños materializados. Pero es que es más, el Tribunal Supremo se pronuncia también sobre la respuesta ante la posible excusa de la fuerza mayor, como circunstancia que provocó estos hechos y responde indicando



que pese a 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 de ahí que deba declararse que sus derechos fundamentales se vieron afectados.

Debemos destacar también la distinción de responsabilidades que se realiza en la misma, según el periodo en el que se hayan producido los daños por los que se reclama, pues se distingue claramente entre el periodo comprendido desde el inicio de la pandemia hasta el 14 de marzo de 2020, fecha ésta en la que el Ministerio de Sanidad asumió la dirección de las administraciones sanitarias de todas las comunidades autónomas según lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 463/2020 y el periodo comprendido a partir del 14 de marzo de 2020 y hasta el 20 de Abril de 2020. En el primer periodo se deja entender que la responsabilidad sería de las administraciones sanitarias de cada comunidad autónoma, pues conservaron su total capacidad de dirección en la gestión de la crisis sanitaria y no fue hasta el 14 de marzo de 2020 cuando la citada dirección pasó a manos del Ministerio de Sanidad. En cuanto al segundo periodo, sí que podemos entender clara la declaración de responsabilidad del Ministerio de Sanidad en exclusiva, al ser quien dirigió la gestión en el suministro de las medidas de seguridad para los sanitarios, dejando al margen la capacidad de dirección de las comunidades autónomas aunque éstas conservaran la gestión sanitaria. Y la fecha final de esta responsabilidad parece

que la Sala la fija en el 20 de abril de 2020, pues deniega las medidas cautelares que en el recurso se habían solicitado en aras a exigir que se adoptaran las medidas necesarias para la seguridad de los profesionales sanitarios en su trabajo, declarando que en la citada fecha ya sí que se estaban proporcionando las medidas de protección necesarias. Esta declaración nos hace ver que, con base en los fundamentos de esta resolución, sólo podremos considerar que existió vulneración de derechos a estos efectos hasta el 20 de abril de 2020, pues a partir de esta fecha considera la Sala que sí se actuó correctamente de conformidad a lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020.

Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de que se trata por tanto de un relevante pronunciamiento, que nos abre los ojos sobre cómo podemos solicitar la indemnización de daños y perjuicios ante la vulneración de derechos durante la pandemia, sin olvidar que las pretensiones que se pueden ejercitar son las mismas que aquellas que se pueden hacer valer a través del procedimiento ordinario por responsabilidad patrimonial de la Administración, pero utilizando en este caso un proceso especial que acorta los plazos y ofrece al ciudadano una respuesta mucho más rápida frente a su reclamación. Como señala el profesor Escobar Roca, el procedimiento especial por vulneración de derechos fundamentales es el gran desconocido y olvidado para los abogados y sin embargo, y esto lo añado de mi cosecha, puede ofrecernos soluciones muy interesantes y satisfactorias ante situaciones como las vividas durante esta situación de crisis sanitaria.

ABRIL 2021

