

LA PANDEMIA COVID-19 Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Por Dr. Beltrán Gambier*

Este trabajo forma parte de la obra colectiva “Emergencia Sanitaria Global: su impacto en las instituciones jurídicas”, publicada recientemente por la Editorial RAP, puesta generosamente a disposición de los lectores, por el profesor Rodolfo C. Barra, a quien agradecemos.

Directores: Dres. Rodolfo C. Barra - Martín Plaza

Coordinador: Dr. José Gabriel Chibán

Prólogo a cargo del Dr. Rodolfo C. Barra



[Acceder a obra colectiva completa](#)

SUMARIO

I. Introducción	02
II. ¿Pueden los familiares de las víctimas del COVID-19 demandar con éxito la responsabilidad patrimonial del estado?	04
III. Poder de policía de seguridad sanitaria: ¿obligación de medios o de resultado? Una reflexión ante un caso que guarda cierta analogía, el de la seguridad en las rutas/carreteras; lo atinente al caso fortuito y la fuerza mayor	05
IV. De la seguridad en las rutas a la seguridad sanitaria: extrapolación de criterios. ¿Fue y es adecuada la lucha contra la pandemia? ¿Obligación de medios o de resultado? ¿Caso fortuito o fuerza mayor?	11
V. Conclusiones	14

*Abogado por la UNLP, ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Fue Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad del Museo Social Argentino y Profesor Adjunto en la UBA. Fue Profesor del Máster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

I. INTRODUCCIÓN

Frente a la crisis mundial del coronavirus los gobiernos vienen actuando y tomando un conjunto de medidas muy gravosas para la libertad individual y económica, con finalidades sanitarias, para preservar la salud pública.

En consecuencia, el Estado nos dice qué se puede y qué no se puede hacer ante la pandemia COVID-19. Limita y regula nuestros desplazamientos, decreta y prorroga el “estado de alarma” (o de excepción o de emergencia), impone sanciones, etc. Y todo ello no sin controversias políticas y exigencias de mayor transparencia por parte de la sociedad civil. En España ya hay querellas contra el Gobierno en nombre de miles de familias de muertos por la pandemia.

Sobre estas limitaciones dice, entre otras cosas, Luis Caro Figueroa: “[...] en este contexto de aguda crisis, algunas de nuestras libertades más fundamentales han desaparecido, al menos temporalmente. El nuevo coronavirus ha colocado dentro de un incierto paréntesis a un determinado número de valores fundamentales de nuestro contrato social; aunque tan preocupante como esto es el hecho de que la práctica desaparición de importantísimos derechos se haya producido sin debate político, sin que una ley debatida y votada por los representantes de los ciudadanos así lo hubiera decidido, y generalmente en base a decisiones administrativas urgentes que en muchos lugares han adoptado la forma de simples órdenes ministeriales” (“Pandemia y limitación de derechos fundamentales. Los principios de Siracusa”, artículo integrante de esta misma obra).

El Estado actúa a través de reglamentaciones que van surgiendo conforme se lo juzga necesario y a un ritmo por momentos vertiginoso. Todas ellas están reguladas en cuanto a sus formalidades por el derecho administrativo. Los científicos, los expertos y las autoridades sanitarias van siguiendo cuidadosamente la situación, recomendando lo que conviene hacer.

Todo ello en el marco de un clima social de alcance global francamente triste y deprimente, con miles de muertos en todo el mundo, con los hospitales y las funerarias por momentos desbordados y un parón económico local y mundial

del que no hay antecedentes comparables. Reflexionaré seguidamente sobre la Responsabilidad del Estado.

Quisiera decir, antes de adentrarme al análisis, que los temas jurídicos de estas características deben considerarse teniendo en cuenta las realidades locales, nacionales. En algunos países, pensar en la responsabilidad del Estado por la pandemia que estamos viviendo puede resultar desde prematuro hasta de dudoso éxito. La quiebra económica de muchos Estados –que deriva en la insolvencia– convertiría a este tipo de reclamos en inviables desde la perspectiva de un efectivo resarcimiento, más allá de los bonos estatales que podrían obtenerse en caso de que las demandas prosperen. En ninguno todavía, que yo sepa, se han promovido acciones de tipo resarcitorio, aunque sí hay noticia de ello en España, como ya lo dije, de procesos penales en curso por las conductas y omisiones de los funcionarios y de la autoridad política. Quizás por esto último en Francia se discute en estos días una exoneración de responsabilidad penal para los alcaldes (incluso podría alcanzar al sector privado) para el período de desconfinamiento, salvo que hayan violado deliberadamente una obligación determinada de cuidado o seguridad.

Hago una primera reflexión sobre la situación del personal sanitario que está en la primera línea de batalla. Creo que cuando la familia de una enfermera o médico muerto por contagio durante su acción profesional demande al Estado por el daño que supone la pérdida del ser querido, se debatirá si los mismos estaban debidamente protegidos. Y las consecuencias jurídicas –en términos resarcitorios– dependerán de lo que en el juicio se pruebe. Si pienso en España, veremos entonces al Estado, a través de la Abogacía del Estado, negar que se produjo tal desprotección. La solidaridad y agradecimiento que los gobernantes declaman cada día se olvida a la hora del enfrentamiento judicial. Ello no quiere decir que el contagio no pueda haber tenido lugar fuera del ambiente hospitalario, que también puede ser.

II. ¿PUEDEN LOS FAMILIARES DE LAS VÍCTIMAS DEL COVID-19 DEMANDAR CON ÉXITO LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO?

Analizaré seguidamente qué ocurre con la situación general en materia de responsabilidad estatal por la pandemia COVID-19, dejando fuera lo que ocurre con el personal sanitario porque merece un análisis especial.

Cabe preguntarse, entonces, si los familiares de las víctimas del COVID-19 estarían en condiciones de demandar con éxito la responsabilidad patrimonial del Estado.

La respuesta no es fácil. Habrá, seguro, quien exhiba certezas en esta materia. Pero yo prefiero la cautela. No reflexionaré teniendo en cuenta el derecho positivo español, para que estas consideraciones sean útiles, también, en otros países que atraviesan por una situación similar.

Lo primero que hay que analizar para determinar si se configuran los presupuestos para que se reconozca esta responsabilidad patrimonial (daño, relación de causalidad entre el hecho o de la omisión con el daño, imputabilidad/factor de atribución y un obrar u omisión irregular o antijurídica –“falta de servicio”–) es la razonabilidad de los medios dispuestos para prevenir la pandemia. En otras palabras, si tomaron las medidas adecuadas y posibles en tiempo oportuno.

Lo segundo que corresponde hacer es analizar la política sanitaria general adoptada por un Estado para paliar y combatir la pandemia, una vez que la misma se instaló.

Ambos razonamientos tienen que ver, pues, con la legalidad del obrar, con el “funcionamiento normal” de la Administración. Tienden a indagar sobre los datos que permitan determinar si hubo o no hubo “falta de servicio”. Se espera de la Administración un comportamiento diligente que tenga en cuenta todo lo necesario para la eficiencia, para la prevención; para evitar lo evitable en términos de contagios.

Y, por fin, corresponderá analizar el caso concreto de cada víctima. En efecto, aun cuando se considere razonable tanto lo actuado de modo general para prevenir

la pandemia, como también lo actuado para combatirla, habrá que analizar cada caso concreto. Puede suceder que en un caso concreto no se hayan seguido los protocolos generales que hubieran permitido salvar una vida. Por ejemplo, si no se dispone a tiempo de un respirador en el marco de una situación clínica de cuidado intensivo.

Para analizar los primeros dos interrogantes (prevenir y combatir) hay que tener en cuenta las recomendaciones, cuando las haya, de los organismos multilaterales vinculados con la salud y la seguridad sanitaria. Y, también, los criterios científicos emitidos por los cuerpos especializados de la Administración, los que, ya lo quiero dejar dicho, deben ser públicos desde su emisión.

III. PODER DE POLICÍA DE SEGURIDAD SANITARIA: ¿OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADO? Una reflexión ante un caso que guarda cierta analogía, el de la seguridad en las rutas/carreteras; lo atinente al caso fortuito y la fuerza mayor

En situación de pandemia estamos ante el ejercicio del poder de policía sanitario, que podríamos llamar también “poder de policía de seguridad sanitaria”.

Esto nos conduce a la teoría general del derecho administrativo en la cual el derecho civil tiene una influencia importante. Por eso comienzo con el pensamiento de un civilista.

Y antes de entrar en su pensamiento, aclaro que sus razonamientos nada tienen que ver con la pandemia, pero sí con la efectiva prestación del poder de policía de seguridad. Y nos será útil, como lo veremos después, ya que en ambos casos se trata de ver qué se hizo para evitar un siniestro.

Al comentar un caso de seguridad en las rutas (carreteras), el civilista Jorge Bustamante Alsina, en una postura que no comparto, consideró que “el poder de policía instituido para preservar el bien común constituye un atributo irrenunciable del Estado. Es una función esencial que la autoridad pública tiene el deber de ejercer para que se cumplan aquellos objetivos. Si, como en el caso resuelto, se trata del ejercicio del poder de policía en orden a la seguridad de las

personas en el tránsito por las rutas del país, ese poder consiste en la vigilancia y custodia de ellas imponiendo en sus reglamentos todas las restricciones a la libertad de circulación que sean necesarias para lograr esa finalidad de bien común”. Agrega, a continuación, que “esa actividad del Estado no solamente es lícita, sino que su ejercicio constituye un deber implícito en la Constitución y explícito en las respectivas leyes orgánicas de las policías provinciales. De allí que el incumplimiento de ese deber, omitiendo hacer aquello que es indispensable para preservar la seguridad pública, convierte en ilícita esa abstención (Art. 1074, Código Civil). El daño que resulte para terceros de aquellas omisiones, responsabiliza al agente u órgano del Estado que no cumplió su deber absteniéndose de ejercer la vigilancia y custodia de las rutas para que se observen los reglamentos de seguridad del tránsito”¹

Como puede observarse, coloca en la categoría de resultado fallido a la configuración de un hecho dañoso en la ruta.

Por su parte, al analizar el mismo caso, Juan Carlos Cassagne, compartiendo la postura precedente, consideró que se trataba de una cuestión de hecho de naturaleza opinable pero que no se configuraba, a su modo de ver, el caso fortuito por cuanto el hecho dañoso no se habría producido de haber adoptado la provincia las medidas necesarias de vigilancia y de seguridad en las rutas. Así, consideró que “si el hecho era susceptible de ser previsto y, si además, la provincia no demostró que se encontraba en situación de impotencia para impedirlo, ni tampoco en la imposibilidad relativa de hacerlo, no se dan las condiciones de imprevisibilidad e inevitabilidad que requiere el Artículo 514 del Código Civil” (se refiere al antiguo código). A su modo de ver, entonces, “la provincia debió ser condenada a reparar los perjuicios ocasionados por no haber dispuesto las providencias mínimas e indispensables para hacer efectiva la vigilancia de las rutas, lo que resulta exigible por cualquier particular que invoque un interés legítimo, no obstante las dificultades procesales que pudieran presentarse en la práctica”²

1. Bustamante Alsina, Jorge, “La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía”, *La Ley*, tomo 1990-C, pp. 430 y sigs.

2. Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 10ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 424 y sigs., pese a la discrepancia con mi postura –a la que aludiré seguidamente– acoge favorablemente el concepto de omisión antijurídica que expuse en su día: “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia”, *La Ley* 1990-E-617; ver también Cassagne, “La responsabilidad de los concesionarios viales”, cit., publicado en: *La Ley* 2006-F, 1141.

Explico a continuación mi postura –crítica de las anteriores– en relación a ese caso de seguridad en las rutas (carreteras) y, en el punto siguiente, haré la extrapolación de mis consideraciones al caso de la pandemia COVID-19.

Le corresponde al Estado –a sus órganos y dependencias– tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los ciudadanos que transitan por ellas (hablo de las rutas ahora y en lo que sigue). Así, por ejemplo, debe existir una correcta señalización que indique las distintas circunstancias que debe tener en cuenta el conductor para no incurrir en riesgos mientras transita.

Se trata del ejercicio del poder de policía de seguridad que constituye un deber insoslayable de la Administración. Estimo que el ejercicio regular de esta potestad no genera, en principio, responsabilidad estatal, lo que sí ocurrirá, en cambio, si el ejercicio resulta irregular.

Debe poder valorarse, entonces, si fue regular el ejercicio del poder de policía de seguridad, aunque más no sea de un modo conjetural. Así, he de decir que resulta difícil sino imposible reflexionar sobre qué tipo de medidas se tomaron o pudieron haberse tomado para evitar el accidente ocurrido (en el que un animal suelto colisionó contra la víctima). Es una cuestión de hecho de complicado debate por la carencia de información que suele tener lugar. Vuelvo sobre ello más adelante.

Sin embargo, algo podremos considerar. A veces, en determinadas zonas de las rutas aparecen carteles que indican la existencia de animales sueltos. Ellos tienen su razón de ser en la localización de mercados o zonas de comercialización de ganado. Pero a lo largo de una ruta esa indicación no es permanente y es lógico que así sea. Ese aviso obliga a los conductores a reducir la velocidad aumentando, con ello, la prudencia en el manejo.

Además de las señalizaciones, habrá también otro conjunto de medidas que tienden a satisfacer la seguridad en las rutas, cuyo detalle no conocemos con rigor, y constituye una materia esencialmente técnica vinculada con el tránsito. Pero el sentido común y la lógica nos permiten intuir esas medidas. Así, por ejemplo, es obligatorio que todas aquellas tierras colindantes tengan un cerco perimetral que impida la salida de animales. Estas normas están establecidas,

normalmente, en los códigos rurales. En los distintos aspectos que tienen que ver con el control del tránsito en las rutas pueden coexistir, también hay que decirlo, normas regulatorias municipales, provinciales y nacionales.

En mi análisis anterior del caso³ consideré que había que tener en cuenta, aparte de lo ya dicho, que la relación de causalidad –como presupuesto esencial para que se configure la responsabilidad estatal– entre el hecho u omisión y el daño, resultó comprometida con la existencia de lo que consideré como una situación asimilable al caso fortuito en los términos en que es definido por el Código Civil.

Volví a reflexionar a la luz del pensamiento de Cassagne⁴ sobre el particular, quien, como expuse, sostiene que no se presentan los requisitos legales para considerar que hubo caso fortuito. Expresa que el hecho dañoso no se habría producido de haber adoptado la provincia demandada las medidas necesarias de vigilancia y de seguridad en las rutas.

Por un lado, Cassagne no afirma categóricamente que el hecho dañoso fue susceptible de ser previsto al usar el condicional (“si el hecho era susceptible de ser previsto...”). Esa afirmación permite colegir que no en todos los casos el hecho pudo ser susceptible de ser previsto. En este sentido, alude a que pudo no haber situación de impotencia o de imposibilidad relativa para impedir el hecho dañoso. En este punto coincido: no hay certeza sobre esta circunstancia por lo acotado del debate procesal. Si eso fue así, razona, no se habrían presentado las condiciones de imprevisibilidad e inevitabilidad que requiere el Artículo 514 del Código Civil.

Lamentablemente, para la provincia (es la Provincia de Buenos Aires, la demandada) no fue necesario demostrar su situación de impotencia para impedir el hecho dañoso. Es posible que haya alegado en ese y en otros sentidos en la contestación de demanda, pero el debate y la prueba sobre este extremo no se llegaron a producir.

3. “Algunas reflexiones...”, cit.

4. Cassagne, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado por omisión y la seguridad en las rutas. A propósito del caso Ruiz”, publicado en la obra *Máximos precedentes. Derecho Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 577 y sigs.

De la postura defensiva de la Provincia de Buenos Aires que se conoce por la sentencia sólo sabemos que se limitó a considerar, en lo esencial y por vía de excepción, que ésta no era la dueña ni guardián del animal, lo que nos permitiría colegir, no con certeza, que no se argumentó en la línea que sugiere Cassagne en torno a la imprevisibilidad e inevitabilidad. Pudo hacerlo, como acabo de decir, en la contestación de demanda, pero no se sabe si así fue. Tampoco surgen del fallo los fundamentos de la demanda más allá del argumento central ya indicado: omisión del deber de custodia de las rutas provinciales que le incumbe a la provincia. A estar por lo que allí se expresa, la actora habría invocado también la responsabilidad del Estado por actividad lícita.

Entiendo que para Cassagne, por la conclusión a la que arriba, el hecho debió ser previsto. Es decir que la provincia debió arbitrar unos medios que no desplegó para evitar este accidente. A su modo de ver, entonces, la provincia debió ser condenada a reparar los perjuicios ocasionados por no haber dispuesto las providencias mínimas e indispensables para hacer efectiva la vigilancia de las rutas. Desde esta perspectiva, el resultado dañoso sería la prueba de la no previsión sin que se haya verificado judicialmente que la actividad omitida fuera materialmente posible.

En esta nueva reflexión, y colocándome en la posición de la parte actora del pleito, pienso que pudo resultarle difícil, sino imposible, identificar al dueño del caballo, lo que le hubiera permitido tener un codemandado. Es posible que en el acta policial correspondiente al accidente este dato no se consignara. Sin este argumento, la actora solo pudo basar su reclamo en la idea de falta de servicio, calificada o no como tal, en el ejercicio del poder de policía de seguridad. Cassagne, que comienza por afirmar que las circunstancias de hecho son opinables –yo diría que más bien son desconocidas– razona asumiendo que resulta inoponible la imprevisibilidad. La provincia, ya se dijo, pudo esgrimir esa defensa al contestar su demanda.

Sin embargo, la única manera de valorar el ejercicio regular del poder de policía de seguridad es a la luz de unos hechos y de unos razonamientos que este pleito no nos exhibe. Solo así se podría juzgar la razonabilidad de las medidas desplegadas por la Provincia de Buenos Aires para prevenir accidentes.

Por ello, y de manera conjetural, me planteo, ya fuera del caso, el siguiente ejemplo: ¿qué pasaría si la Provincia de Buenos Aires en aras a prevenir accidentes tiene prevista una o dos recorridas diarias de la ruta? Si así fuera, supongamos que minutos después de que el móvil de control haya pasado por un punto determinado un propietario allí localizado deja una tranquera abierta, sin querer, y se escapa un animal que no está marcado. En ese supuesto podríamos decir que la Administración ha tomado recaudos que lucen como razonables para prevenir accidentes, pero éstos, claro está, no resultan infalibles.

Entonces, concluyo que la forma en que se resolvió el caso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que hemos analizado a lo largo de este comentario, nos ha impedido un mejor análisis de una situación que se sigue produciendo en las rutas argentinas y también en otros países.

Si la Corte hubiera rechazado la excepción de falta de legitimación planteada por la Provincia de Buenos Aires permitiendo que se tratara su contestación de la demanda, con la consiguiente producción de prueba por las partes, otra pudo ser la solución. Quizás se hubiera llegado también al rechazo de la demanda, pero ello hubiera ocurrido luego de ponderar una serie de elementos objetivos vinculados con el ejercicio del poder de policía de seguridad en las rutas. En otros términos, se hubiera podido analizar la posibilidad real que tuvo la Provincia de Buenos Aires de prever el accidente atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Para que ello ocurra es necesaria una rectificación jurisprudencial en la que se reconsideren dos aspectos. El primero es el vinculado con la propiedad del animal suelto que produce un accidente en la ruta. Fundamento que, por cierto, no concita adhesiones. Los animales que circulan accidentalmente por las rutas difícilmente pertenecerán a las provincias por las que pasan. El segundo aspecto tiene que ver con el vaciado de contenido del poder de policía de seguridad en las rutas que trasunta el fallo en tanto supone que la provincia se desentiende de la vigilancia de las mismas y prescinde de estimar las conductas omisivas que pueden dar lugar a la falta de servicio.

Señalo, para terminar, que la efectiva identificación de los animales que podría resultar como producto del cumplimiento efectivo de la obligación legal de tenerlos marcados, nos colocaría en otro escenario para la discusión jurídica.

IV. DE LA SEGURIDAD EN LAS RUTAS A LA SEGURIDAD SANITARIA: EXTRAPOLACIÓN DE CRITERIOS. ¿FUE Y ES ADECUADA LA LUCHA CONTRA LA PANDEMIA? ¿OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADO? ¿CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR?

Creo, y por eso lo hice, que razonar con un caso de seguridad en las rutas (carreteras) nos ayuda a hacer lo propio ante el caso de la pandemia COVID-19.

En ambos casos son necesarias medidas de seguridad concretas por parte de las administraciones. Aunque estas medidas no tengan nada que ver entre sí en cuanto a la sustancia, tanto en uno como en el otro supuesto, deben resultar adecuadas y proporcionales para prevenir siniestros y daños. Son la consecuencia del ejercicio de un poder estatal, el de policía. La falta de adecuación, razonabilidad o proporcionalidad tendrá, naturalmente, consecuencias en el plano resarcitorio.

En el punto anterior he realizado una serie de razonamientos conjeturales sobre las medidas dispuestas para evitar los accidentes en las rutas. Es verdad que resulta más fácil visualizar ese tipo de medidas. Lo mismo habrá que hacer al considerar el buen o mal ejercicio del poder de policía sanitario, pero no tenemos elementos suficientes, ahora, para ello.

Cuando se tenga esa información habrá que analizar si lo que se hizo para prevenir y controlar la pandemia COVID-19 fue lo correcto y adecuado en cada momento: desde el inicio hasta el final. Y ese juicio, que será de naturaleza técnica y científica, será revisable, naturalmente, en la jurisdicción contencioso administrativa si se inician acciones.

Es importante, también, tener en cuenta el debate precedente en torno a la seguridad en las rutas por lo que arroja de útil en torno a la posible configuración del caso fortuito o fuerza mayor, ya que su presencia viene a excluir la configuración del presupuesto de la relación de causalidad entre el hecho o la omisión antijurídica y el daño. Por ello corresponde formular el siguiente interrogante: ¿es la pandemia COVID-19 un supuesto de caso fortuito o un caso de fuerza mayor?

Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

Evidentemente, la pandemia COVID-19 pudo ser, hasta cierto punto, prevista por su origen en China (conocido en diciembre de 2019), a la que le siguió una rápida propagación en otros países.

En cuanto a la aludida evitabilidad, debemos considerar, para comenzar, que esta no pudo ser, parece que en ningún caso, total. Ello nos lleva a pensar en un determinado grado o nivel de evitabilidad posible. Por lo que la ausencia de una evitabilidad completa y absoluta genera aún mayores complicaciones para el intérprete.

En efecto, la consecuencia de una configuración plena de la evitabilidad tiene una enorme gravitación en el supuesto analizado, ya que eximiría de responsabilidad, en este caso la del Estado, al romperse la relación de causalidad entre el hecho o la omisión y el daño. Pero si no es plena, la ruptura de la relación de causalidad tampoco lo es. Lo que nos coloca ante complejas circunstancias de hecho que no facilitan el análisis de cara a la determinación de la responsabilidad estatal.

En otras palabras, necesitamos, como ya lo anticipé, el auxilio de los científicos y de los técnicos. Parecería que la magnitud del COVID-19 tomó por sorpresa al mundo entero. Pero es necesario matizar esa afirmación. Quiero decir que no nació de la noche a la mañana (y en todos los países a la vez), aunque casi. Fue muy veloz todo el proceso. Se dio como un tsunami viral de gran alcance y de movimiento vertiginoso.

La clave del análisis reposa, entonces, en la segunda parte del concepto: habiendo sido previsto (el hecho), ¿no ha podido ser evitado total o parcialmente?

Si miramos lo ocurrido en España, a partir de los primeros casos que se fueron conociendo, resultaba obligatorio y razonable, me parece, tener en cuenta lo ocurrido en Italia (y en China) y, en especial, la respuesta sanitaria allí organizada y dispuesta que consistió, en lo esencial, en el confinamiento (cuarentena) de la población. Y muchas otras medidas complementarias, de cuya existencia y

alcance no se sabía mucho. Prueba de ello fue que la humanidad no conocía la idea de confinamiento global, del que se habla y se hablará muchísimo.

El gobierno español presume de buen obrar (tanto en la prevención como en la lucha contra el virus), pero es cuanto menos dudosa la política de prevención desde que se autorizó el “8M” cuando una agencia europea (Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades, ECDC) desaconsejaba, desde principios de marzo, ese tipo de eventos multitudinarios. Ya se hablaba de evitar las aglomeraciones y del distanciamiento social. Como ya dije, los organismos multilaterales juegan un papel muy importante en estas situaciones. Pero hay que hacerles caso, o, en su defecto asumir las consecuencias.

Con la pandemia ya instalada en los países, todo nos conduce, entonces, a la consideración de la determinación de la “evitabilidad” de los daños (contagios y muertes) para analizar si resulta excluida la responsabilidad estatal, lo que conecta, inexorablemente, con el concepto de “funcionamiento normal”, o, lo que es lo mismo, ante la inexistencia de la configuración de un obrar o una omisión irregular (falta de servicio). Y en este análisis habrá que contar, lo digo una vez más, con el necesario aporte científico y técnico y determinar lo que se hizo, cómo se hizo –si bien o mal– y lo que dejó de hacerse.

Una omisión de obrar cuando el mismo debió tener lugar es tan antijurídica como una acción que no corresponde o que resulta defectuosa. No estamos ante una “obligación de resultados”, y sí ante una “obligación de medios” por parte de las administraciones, pero estos medios deben ser eficientes. Como ya lo dije, los informes de los expertos deben ser de acceso público, y deben serlo desde el momento en que se emiten. Ya sabemos que cuando los estados son llevados a juicio, todas las pruebas que no les convienen pueden desaparecer o ser de casi imposible obtención.

Con las precisiones precedentes, que requieren de un mayor desarrollo, habrá que determinar la variedad de supuestos que se presentarán.

A modo de ensayo, propongo dos ejemplos:

1. La persona muere sin saber cómo ni cuándo se contagió y luego de que se le aplicaran todos los protocolos sanitarios disponibles sin que fuera posible salvarla.

2. La persona muere sin saber cómo ni cuándo se contagió y no logra acceder a tiempo a una Unidad de Cuidados Intensivos.

Algo que debe tenerse en cuenta es que cuanto más tarde en el tiempo se haya producido el contagio (por ejemplo, ahora, en comparación con marzo), mayor será, en abstracto, y sin considerar las circunstancias particulares del caso, el porcentaje de culpa que se podrá atribuir a la víctima, porque a medida que pasa el tiempo todos estamos mucho más advertidos de la peligrosidad y contagiosidad del COVID-19.

V. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que no hay claridad en torno a las características detalladas y a la eficiencia de las medidas adoptadas para enfrentar el COVID-19, resulta difícil considerar si hubo buen o mal ejercicio del poder de policía sanitario, entendiendo al mismo como consistente en una obligación de medios; si hubo, en definitiva, funcionamiento anormal de la Administración o “falta de servicio”, o normal.

Por ello, la revisión judicial que pueda realizarse tendrá que atenerse a las circunstancias acaecidas en el momento en que se produjo el daño y a lo que se consideraba, con base científica y técnica, como útil para evitar o paliar los efectos de la pandemia. Labor difícil, auguro, con la falta de transparencia que puede haber en los países.

Por ello, el gran problema de la responsabilidad del Estado será el de determinar la relación de causalidad existente en cada caso concreto. Y avizoro desde ya que será muy difícil determinar si el contagio se produjo por una omisión estatal o una acción estatal concreta calificable de funcionamiento anormal (por ejemplo, si se suministraran a la población mascarillas defectuosas). Si así lo fue, será cuestión ardua determinar qué incidencia tuvo esa acción u omisión en la cadena

de causalidad que culmina con el daño o si medió culpa concurrente de la víctima. Será también difícil saber en qué magnitud y con qué alcance consecuencial acaeció la evitabilidad de un contagio determinado en el marco del concepto del caso fortuito y la fuerza mayor. Gravitará, por fin, el momento del contagio, por lo que supone el conocimiento de la peligrosidad y contagiosidad del COVID-19 cuando su presencia se fue consolidando.

Sin embargo, como dije al principio, pensar en la responsabilidad del Estado por la pandemia que estamos viviendo puede resultar desde prematuro hasta de dudoso éxito en algunos países afectados por las circunstancias económicas graves por las que atraviesan.