



Mentiras, pandemia y Estado de derechos

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Lección Inaugural
del Curso Académico

2021/2022



Federico de Montalvo Jääskeläinen

MENTIRAS, PANDEMIA Y ESTADO DE DERECHOS

Lección Inaugural del Curso Académico 2021-2022
de la Universidad Pontificia Comillas

Pronunciada el 8 de septiembre de 2021



2021

© Universidad Pontificia Comillas

ISBN: 978-84-8468-890-7

Deposito Legal: M-22255-2021

Edita: Secretaría General

Imprime: R.B., S.A.

A Carlos Alonso Bedate, SJ, que nos abandonó al principio de la pandemia.

*A mi mujer, Rocío, que tanto me cuidó cuando contraí el Covid-19
al principio de la pandemia.*

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
CAPÍTULO PRIMERO.	
Las mentiras	7
CAPÍTULO SEGUNDO.	
La pandemia	28
CAPÍTULO TERCERO.	
El Estado de derechos	52
CAPÍTULO FINAL.	
Conclusiones, en las que se incluye un reconocimiento	99

CAPÍTULO PRIMERO

Las mentiras

1. ¿Por qué mienten los profesores de Derecho Constitucional?

El poeta contemporáneo Luis García Montero en uno de sus últimos libros de género mixto, prosa y ensayo, con apuntes biográficos en los que se funden ética y estética, nos confiesa que “Vivo la mutación de la historia que me ha tocado vivir en el espectáculo impune de unas mentiras que apenas se molestan en maquillarse. La globalización ha santificado una realidad de fronteras hirientes... Al principio de los años ochenta quise poner en duda las mentiras que hay dentro de la Verdad. Ahora, en la era de la posverdad, intento encauzar mi melancolía optimista en el esfuerzo de adivinar la verdad que hay detrás de las Mentiras”¹. Para el poeta, en clave distópica, la mentira, pues, no es ya la excepción, sino, en cierto modo, una regla muy generalizada.

La verdad, como conformidad entre entendimiento y la cosa, ha dejado de ser, siguiendo las reflexiones de Santo Tomás, el fin último de todo el universo. El valor ontológico de la verdad como guía de la conducta humana parece que no respondería ya a nuestra realidad cotidiana.

Y esta ausencia de verdad, esta mentira, parece haberse adueñado de las aulas de nuestra Facultad de Derecho o, al menos, de las que predicán el Derecho Constitucional. Ello, no porque, el derecho en sí sea una gran mentira como denunciara provocadoramente y con pose de *enfant terrible* el maestro Alejandro Nieto en una de sus epístolas al otro gran maestro del derecho público, Tomás Ramón Fernández², sino porque las sólidas afirmaciones del pasado son permanentemente puestas en entredicho, desmentidas, por la realidad, la cotidianidad política y social.

Aquellas frases que los profesores del Área de Derecho Constitucional pronunciábamos con rotundidad, tales como que la moción de censura solo servía, en su caso, para “desgastar” al Gobierno, pero que nunca suponía un cambio inmediato de Presidente ni de Gobierno, o aquella otra que minusvaloraba el

¹ GARCÍA MONTERO, L., *Las palabras rotas*, Alfaguara, Barcelona, 2019, p. 87.

² NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T. R., *El Derecho y el revés*, Ariel, Barcelona, 1998.

papel del Rey en la investidura del Presidente, más allá de un mero símbolo histórico del ejecutivo dualista del siglo XIX, o la afirmación de que el Decreto-Ley solo cabía en la urgente y extraordinaria necesidad, pero no en situaciones ordinarias, resuenan ahora como grandes embustes.

Cierto es que algún compañero, en particular, el sabio profesor Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, ya nos advirtió e, incluso, denunció con ahínco, algunos de los cambios que se nos avecinaban, sobre todo, en lo que se refiere a las fuentes del derecho y, en especial, a los citados Decretos-leyes que habían alterado su carácter extraordinario en uno de absoluta cotidianeidad. La Ley se estaba transformando en una *rara avis*, en una figura excepcional frente a la eclosión del Decreto-ley. Estos habían pasado a campar a sus anchas por las páginas del BOE en detrimento de la Ley³.

La mentira había, inicialmente, encontrado su hábitat natural de expansión en la asignatura de primero (en terrible expresión de nuestros alumnos, Consti I), es decir, la que versa sobre la división de poderes y las fuentes del derecho. Sin embargo, la pandemia ha provocado ahora que aquélla alcance también a las explicaciones sobre derechos fundamentales de la asignatura de segundo de Grado.

Esa recomendación, con el ánimo de aliviar la carga de aprendizaje de los alumnos, de que los estados de alarma, excepción y sitio entraban en el examen pero que no eran, precisamente, la materia más importante de la asignatura en la medida que sería raro que tuvieran que enfrentarse a ellos ni como profesionales ni como ciudadanos, parecen ahora fruto de la más absoluta ingenuidad. Aunque no tan ingenua se nos muestra ahora la profesora María Isabel Álvarez Vélez cuando hace pocos años se animó a escribir sobre el estado de alarma declarado con ocasión de la encubierta huelga de los controladores aéreos⁴, aunque, quizás, bajo la premisa o la esperanza de que el próximo que se declarara lo sería muchos años después o, incluso, décadas.

O esa otra clase en la que se mostraba con orgullo al alumno la perfección de nuestro sistema de resolución constitucional de los conflictos entre derechos individuales y el interés colectivo, lo que era complejo, eso sí, por la propia materia sobre la que versa, pero no porque careciéramos de robustas normas que le permitieran al jurista, al menos, seguir un camino lógico-jurídico de argumentación, parece ahora un mero sarcasmo.

Algunos profesores nos atrevíamos, quizás con ánimo de simular ante los alumnos cierto halo de modernidad que ocultara parcialmente la proecta edad que ya íbamos alcanzando, a hablar del principio de precaución como fórmula

³ Como resumen más reciente de su advertencia, puede verse su discurso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, bajo el título de “La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador”, Madrid, 2020.

⁴ ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., “Sistema de fuentes del Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016, de 8 de abril”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 34, año 2016, pp. 325 a 340.

jurídica para la toma de decisiones en tiempos de incertidumbre, pero ello, siempre, bajo la excusa de lo anecdótico, ya que, si bien los tiempos eran inciertos, no lo eran tanto como para poner en duda nuestro impecable sistema de garantías de la limitación de los derechos fundamentales. Y, hablando por cierto de la palabra mágica de la precaución que tan en boca de nuestros responsables políticos ha estado estos largos meses de pandemia, fue otro profesor del Área de Derecho Constitucional, el profesor Borja Sánchez Barroso⁵, quien con gran tino supo predecir, no como hiciera Bill Gates, la llegada de la pandemia, pero sí el papel estelar que vendría a ocupar el precitado principio de precaución. Y paradojas de la vida, dicha tesis doctoral sobre la precaución se defendería antes del verano de 2020 en un contexto presidido por las medidas de seguridad inspiradas por aquel principio.

La realidad política, como decimos, nos ha mostrado como unos verdaderos embusteros que hablan a sus alumnos de un mundo ideal, irreal, de un ordenamiento jurídico perfecto, pero que se muestra incapaz de responder a las verdaderas necesidades que le pone delante la realidad, por muy compleja que esta sea, más aún, cuando lo que nos vino encima a principios de 2020 no fue precisamente una crisis sin precedentes en la humanidad.

¿Es la mentira, en sí misma, un acto reprochable y, por tanto, castigable? ¿Lo son todas las mentiras o solo algunas? ¿Son nuestras mentiras intencionadas o, más bien, fruto de la ignorancia o la ingenuidad? ¿Somos merecedores de castigo por mentir? ¿Es nuestro destino, según dispone el Libro del Apocalipsis 21:8, el lago que arde con fuego y azufre?

El debate sobre la mentira es uno de los más antiguos de la filosofía y la teología y, también, ha sido objeto de análisis por el derecho. Señala Gabriel Albiac en su introducción al debate entre Kant y Constant sobre si existe un deber incondicionado de decir la verdad que “Uno dice a otro: miento. Y enuncia lo imposible. Así nació la filosofía en Grecia. O así narraban los atenienses que nació: con la enunciación de aquello que, al ser dicho, se aniquila... Solo se piensa en interrogaciones. Y no hay interrogación, si no hay mentira. La mentira sostiene el pensar”.

Y si la verdad es una mera convención, y, por tanto, la verdad no es un absoluto, la mentira tampoco lo debería ser⁶. El lenguaje es un gran juego de convenciones donde la mentira aparece como una convención más que debe ser aprendida, porque según el *Tractatus*, el lenguaje disfraza el pensamiento⁷, aunque ya Platón dijo que la mentira es la falsedad que se genera en el lenguaje.

⁵ SÁNCHEZ BARROSO, B., *El principio de precaución en España. Precisiones sobre el papel de los poderes públicos frente al riesgo en un Estado constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2021 (en imprenta).

⁶ CAMPS, V., “La mentira como presupuesto”, en CASTILLA DEL PINO, C., *El discurso de la mentira. Compilación*, Alianza, Madrid, 1988, p. 29.

⁷ WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, núm. 4.002.

Incluso, en el ámbito jurídico, existe un derecho fundamental positivizado a mentir que consagra, actualmente, el artículo 24.2 de la Constitucional, a través del derecho a no confesarse culpable. Igualmente, el médico tiene la facultad de mentir, siempre que ello sea por necesidad terapéutica del paciente (art. 5.4 de la Ley 41/2002).

En todo caso, y al margen de disquisiciones filosóficas o excepciones jurídicas, la mentira no es considerada, en general, una conducta virtuosa, y ejemplo de ello es nuestro Octavo Mandamiento. Además, decir la verdad es, en todo caso, mucho más cómodo, y así, el propio Nietzsche sostenía que tendemos a la verdad porque eso es más fácil, pues la mentira exige invención, disimulo y memoria⁸.

La RAE define mentira, en su primera acepción, como expresión o manifestación contraria a lo que se sabe, se piensa o se siente ¿Es que, como cual queja del mercader de Venecia, los profesores del Constitucional no sabemos, no pensamos, o no sentimos?

Quizás la respuesta a esta primera pregunta la encontremos en uno de los autores clásicos que mejor ha abordado el concepto de la mentira, San Agustín, y que escribió un verdadero catálogo de mentiras, distinguiendo con precisión hasta ocho modalidades: las mentiras en la enseñanza religiosa; las mentiras que hacen daño y no ayudan a nadie; las que hacen daño y sí ayudan a alguien; las mentiras que surgen por el mero placer de mentir; las mentiras dichas para complacer a los demás en un discurso; las mentiras que no hacen daño y ayudan a alguien; las mentiras que no hacen daño y pueden salvar la vida de alguien, y las mentiras que no hacen daño y protegen la “pureza” de alguien.

Para el Santo de Tagaste, la mentira es un gran problema que, con frecuencia, nos inquieta en nuestro quehacer cotidiano, porque tal vez denunciemos, temerariamente, como mentira lo que no es mentira, o pensemos que, a veces, se puede mentir con una mentira honesta, oficiosa o misericordiosa. Y es que, no todo el que dice algo falso miente, si cree u opina que lo que dice es verdad. Quien expresa lo que cree o piensa interiormente, aunque eso sea un error, no miente. Cree que es así lo que dice, y, llevado por esa creencia, lo expresa como lo siente. Y, por tanto, miente el que tiene una cosa en la mente y expresa otra distinta con palabras u otros signos. Por eso, se dice que el mentiroso tiene un corazón doble, es decir, un doble pensamiento: uno el que sabe u opina que es verdad y se calla, y otro el que dice pensando o sabiendo que es falso. Se puede decir algo falso sin mentir, si se piensa que algo es como se dice, aunque, en realidad, no sea así. Y se puede decir la verdad, mintiendo, si se piensa que algo es falso y se quiere hacer pasar por verdadero, aunque, de hecho, lo sea. Al veraz y al mentiroso no hay que juzgarles por la verdad o falsedad de las cosas en sí mismas, sino por la intención de su opinión.

⁸ Vid. Introducción a WILDE, O., *La decadencia de la memoria*, Langre, San Lorenzo del Escorial, 2001, p. 19.

Creo que las sabias palabras del Santo permiten rechazar ya cualquier tipo de castigo, sanción o, incluso, reproche para aquellos que hemos venido contando la cosas como eran o como, al menos esperábamos, que deberían ser en una democracia, como la española, que, presuntamente, ganaba en madurez. A los profesores de Constitucional deben juzgarnos no por la verdad o falsedad de nuestras explicaciones, sino por nuestra intención.

Para Victoria Camps, lo que distingue a la mentira reprobable de la que no lo es la no consideración del otro como un igual, la utilización del otro como un medio, la doblez, la dominación total del otro cuando éste es incapaz de detectar el engaño⁹. En palabras de Nietzsche, no huimos tanto de ser engañados como de ser perjudicados por la mentira¹⁰.

También, Santo Tomás se planteaba si toda mentira puede ser considerada pecado porque es evidente que los evangelistas, al escribir el evangelio, no pecaron, pese a que relatan las palabras de Cristo y las de los demás unos de una manera y otros de otra, de donde parece deducirse que alguno de ellos no ha dicho la verdad. Luego no toda mentira es pecado. Y Dios no recompensa a nadie por haber cometido un pecado. Pero Dios recompensó a las parteras de Egipto por decir mentiras, pues leemos en Ex 1,21 que *dio prosperidad a sus hogares*. Luego la mentira no es pecado. Y algunos varones santísimos se nos dice que mintieron. Abraham, por ejemplo (Gén 12,13-19; 20,2-5), dijo que su esposa era su hermana; y Jacob mintió asimismo diciendo que era Esaú, y, con eso y todo, obtuvo la bendición (Gén 27); y Judit también es alabada, a pesar de haber mentido a Holofernes. Luego no toda mentira es pecado, aunque ello lo matiza sabiamente, a continuación, el propio Santo.

2. ¿Por qué las verdades constitucionales se transformaron repentinamente en mentiras políticas?

Aclarado pues que el comportamiento de los profesores de Derecho Constitucional no supone pecado ni merece reproche alguno, debemos preguntarnos, entonces, por qué lo que contábamos y afirmábamos con rotundidad ha perdido su verdad.

Acudir a otro gran sabio, Aristóteles, podría darnos una respuesta a través de su teoría de los ciclos de las formas de gobierno. Su pensamiento político consideraba que las tres formas, monarquía (gobierno de una persona), aristocracia (gobierno de pocas personas) y república (gobierno de muchas personas) se sucedían en el tiempo, degradándose en tiranía, oligarquía y demagogia. De este modo, nuestra república avanzaría hacia la demagogia y, en ella, aparecería un líder que, bajo la promesa de encaminar al pueblo hacia el camino correcto, sería

⁹ CAMPS, V., "La mentira como presupuesto", en CASTILLA DEL PINO, C., *op. cit.*, p. 40.

¹⁰ NIETZSCHE, F., *El libro del filósofo*, Taurus, Madrid, 1974, p. 88.

investido como gobernante único. Pero éste acabaría cayendo en la tiranía, lo que daría paso a la aristocracia y así sucesivamente.

¿Es que los profesores de Constitucional no hemos sido capaces de predecir, según las enseñanzas aristotélicas, que estábamos ya un nuevo ciclo? ¿Es la explicación del filósofo suficiente? ¿Debemos conformarnos con una sucesión de hechos y formas de gobiernos que se van sustituyendo de manera irremediable? La contestación es, obviamente, no. Pero tampoco podemos negar que el panorama al que estamos asistiendo en nuestra realidad política no parece dejar al es-tagirita como otro mentiroso.

Ya José Esteve Pardo había predicho algo de lo que se venía produciendo y que la crisis económica de finales de la primera década de este siglo está acen-tuando. En su aproximación al trasfondo de la crisis, nos avanza que la singula-ridad de la transformación que ahora se atisba se diferencia de las demás en que no tiene en el Estado a su protagonista principal, sino que viene impulsada por el extraordinario fortalecimiento de la sociedad. Y este nuevo cambio no es fácil de percibir para los juristas, aquejados como estamos de un autismo que nos re-cluye en el complejo sistema normativo e institucional cuando los cambios de ca-lado se producen fuera, en la sociedad, y producen un desajuste o desconexión en su relación con el Estado de modo tal que el entramado institucional existente pierde su sintonía con la nueva realidad social¹¹.

Así pues, nuestra miopía encuentra su razón de ser, como podemos ver, en que estamos habituados más a centrar nuestro análisis en el Boletín Oficial del Estado, en la lectura de extensas sentencias jurisprudenciales, y, como mucho, en el análisis de los debates en las Comisiones y Plenos parlamentarios, etc. Sin embargo, el cambio se produce *ad extra* para llegar abruptamente, a con-tinuación, *ad intra*. Y es que, quizás, a los juristas no siga faltando en gran medida el ojo clínico, la capacidad previsor de los sociólogos que miran más allá de los muros de las instituciones y analizan en detalle los cambios en la so-ciedad.

En todo caso, al margen de miopías, también parece ser cierto que el cambio se ha producido mucho más rápido de que ninguno pudiera ser capaz de prever y, además, se ha expresado a través de una alteración sustancial de muchos de los rituales, formas y lealtades que han caracterizado nuestra democracia consti-tucional. Porque el sistema constitucional, como el propio derecho parlamentario, no es esencialmente forma, en el sentido positivista de reglas escritas, sino for-mas, en el sentido de conductas, más allá de la regla escrita, y esto es precisa-mente lo que está fallando, junto a otras circunstancias que iremos tratando de explicar. La democracia es cultura democrática, es decir, un conjunto de creencias y prácticas compartidas.

¹¹ ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 20.

Y recordemos al filósofo surcoreano-alemán Byung-Chul Han cuando nos dice que los ritos son acciones simbólicas que transmiten y representan aquellos valores y órdenes que mantienen cohesionada una comunidad. Los ritos generan una comunidad sin necesidad de comunicación, cuando lo que ahora impera es la comunicación sin comunidad¹². Y la desaparición de ritos y símbolos remite a la progresiva atomización de la sociedad. Y, al mismo tiempo, la sociedad se vuelve narcisista. El proceso narcisista de interiorización desarrolla una animadversión hacia las formas¹³. Los ritos son, en definitiva, repetición y recuerdo, de manera que funden en un solo acto pasado, presente y futuro.

El rechazo a los ritos supone una doble ruptura con diferente intención: la de aquellos que promueven una nueva cultura política, en la que los rituales suponen recuerdo del modelo de democracia liberal que es el que se quiere destruir. Un cambio de cultura y moral, un verdadero programa de ingeniería social, que interpreta que los rituales de nuestras democracias operan hacia el apego de la ciudadanía a las formas de la misma. Rompiendo las formas de la democracia liberal, se destruye esta misma.

Por otro lado, está también la de aquellos otros más apegados ahora a otros rituales menos solemnes y profundos, más ligeros, que vienen de la mano de esta posmodernidad y del mercado de consumo y en la que el ritual tradicional, longevo, es expresión de antigüedad, de caducidad. Es como si el libre mercado y la economía de consumo que han ido de la mano de nuestras democracias liberales fueran ahora capaces de promover y generar, en forma de verdadero oxímoron, posiciones que ponen en duda los rituales que son esencia de dichas democracias.

Las narrativas, los símbolos, las celebraciones y los rituales arropan el sentido último de las comunidades políticas. Se trata de la dimensión afectiva de la democracia que se desarrolla a través de espacios compartidos y no de polarizaciones y transformación de meros adversarios en enemigos. La lealtad constitucional se promueve a través de la participación colectiva de los rituales y símbolos que nos unen, y eso, precisamente ha estado muy abandonado en España, o, en su caso, se ha sustituido por un nacionalismo más propio del siglo XIX que del siglo XXI. No se trata de reivindicar el Estado, la Patria, como expresión de la exclusión de otros, sino, todo lo contrario, como su inclusión, a través del compartir los rituales y símbolos.

Adela Cortina, explica, siguiendo a Levitsky y Ziblatt, que para que una democracia funcione son necesarias dos reglas básicas: primera, la tolerancia mutua que consiste en aceptar que los oponentes tienen igual derecho a competir, que son decentes y patriotas. Segunda, el autodominio, la idea de que los políticos han de restringirse al desarrollar sus prerrogativas institucionales, han de practicar

¹² HAN, B.-C., *La desaparición de los rituales*, Herder, Barcelona, 2019, p. 11.

¹³ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

el autocontrol paciente, la moderación y la tolerancia, la convicción de que no se deben realizar acciones que, aunque sean legales, ponen en peligro el sistema¹⁴.

Y añade la misma autora que nuestro gran problema es que hemos convertido al adversario político en enemigo, no en alguien a quien hay que derrocar, sino a quien hay que destruir¹⁵. Aunque tampoco podemos olvidar que, como expresara en la primera mitad del siglo XX Carl Schmitt, lo político es una de las formas que tiene la capacidad de unir a un grupo humano y de oponerlo a otro, es decir, que lo político se basa, en cierto modo, en la construcción del enemigo. La lógica política actúa, a diferencia de la moral, no en el binomio bien/mal, sino en el de amigo/enemigo¹⁶.

En todo caso, el desarrollo de nuestras democracias constitucionales en la segunda mitad del siglo XX evolucionó hacia un binomio de no adversario/ adversario o, en similares palabras, de amigo/enemigo amistoso, tratando de superar el paradigma anterior. Y, a la vista de la reciente eclosión del populismo en las viejas democracias, el paradigma *schmittiano* parece retomarse, con el riesgo del recurso al conflicto bélico como presupuesto, no objetivo, de la política.

En todo caso, y antes de explicar los signos y síntomas que han provocado una alteración de la fisiología de nuestro sistema constitucional, podemos encontrar cierto alivio en el consuelo que, aunque sea de tontos, algo de consuelo es. Si observamos a nuestro alrededor, no parece que hablemos de una patología propiamente hispana. El populismo, el nacionalismo, la polarización, la xenofobia, la aporofobia o la senofobia, con “s” y no “X”, como expresión del desprecio hacia nuestros mayores, también denominada gerontofobia, se aprecian en la mayoría de las comunidades y regímenes políticos de nuestro entorno. Como expresa Peter Mair, lo relevante del contexto actual es que las nuevas tendencias no sólo apuntan en la misma dirección, sino que lo hacen en todas partes¹⁷.

Parece que el fenómeno de la globalización trae consigo el temor a perder la identidad, la propia cultura, pero, sobre todo, a perderlo todo. La globalización desplaza los elementos de producción, no sus productos, más allá de nuestras fronteras. El capital se ha vuelto extraordinariamente móvil, organizando la producción a nivel global. Y ello, genera distorsiones y dificultades en la solvencia de nuestros robustos Estados sociales y el efecto de los que han sido denominados, metafóricamente, *Left Behinds*, los dejados atrás. El informe del Instituto británico Demos, bajo el título, *Nothing to fear but fear itself?*¹⁸, que incorpora

¹⁴ CORTINA, A., *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*, Paidós, Barcelona, 2021, p. 47.

¹⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹⁶ MELICH, J.-C., *La fragilidad del mundo*, Tusquets, Barcelona, 2021, pp. 118 y 119.

¹⁷ MAIR, P., *Gobernando el vacío: la banalización de la democracia*, Tecnos, Madrid, 2015.

¹⁸ Puede accederse a dicho Informe a través de la página web de Demos, en el siguiente enlace: <https://demos.co.uk/project/nothing-to-fear-but-fear-itself/>.

y explica con detalle dicho concepto de *los dejados atrás*, señala que el problema de la crisis de nuestras democracias contemporáneas radica esencialmente en que los ciudadanos de toda Europa se muestran pesimistas y ansiosos por el futuro, y una minoría significativa de personas se siente “abandonada” por el sistema actual. Los gobiernos nacionales y de la UE necesitan promover políticas que busquen disipar los temores y fomentar la cohesión social. Esto requiere un liderazgo moral e intervenciones políticas específicas para abordar los factores económicos, sociales y culturales que generan inseguridad.

Y, en relación con ello, no debemos confundir vulnerabilidad con precariedad, y el problema radica en lo segundo, porque frente a lo primero no hay solución y puede que nunca la haya. Lo precario no es ontológico¹⁹.

Aquellos que creyeron en el Estado social construido por las socialdemocracias y aceptado por los conservadores y liberales en la segunda mitad del siglo XX, esa gran *Administration Publique* prestadora de bienes y servicios como salvavidas para tiempos de tormenta o esa propuesta formulada por el británico William Beveridge, ahora asisten con temor a la incertidumbre y precariedad de la economía, a la posibilidad de perderlo todo. Parece, pues, que el pacto político entre libertad e igualdad se difumina. La prudencia en el voto se diluye en pos del voto destructor. No hay ya miedo a perderlo todo con la opción electoral y el voto, porque parece que el todo ya lo han perdido o están a punto de hacerlo.

La crisis que sufrimos hace algo más de una década, provocó un nuevo desequilibrio de la solución de compromiso entre la libertad y la igualdad (el contrato social). Y debemos recordar que la libertad se respeta mientras que garantice un mínimo de igualdad, al igual que la igualdad se promueve cuando se garantiza un mínimo de libertad. Ni las fuerzas sociales han sabido desarrollar una racionalidad alternativa a la democracia representativa, ni las fuerzas económicas quieren desarrollarla. Paradójicamente, aquéllas abandonan los parlamentos, promoviendo fórmulas de democracia directa, mientras que las fuerzas económicas quieren entrar en ellos a través de los *lobbies*.

Y el Estado y sus poderes ya no parecen ser capaces de devolver a unas y otras al camino del entendimiento. Los espacios que deja el Estado al replegarse son ocupados, bien por estructuras sectoriales de interés económico, bien por el individualismo más primario (populismo). Sin embargo, como recuerda Manuel Arias Maldonado, es la democracia liberal, que también es constitucional y acumula ya una cierta experiencia histórica, la que ha patentado la mejor fórmula para aunar estos dos elementos positivos: la protección de la diversidad social y la salvaguarda de la libertad individual²⁰.

Y la solución que se nos ofrece, siguiendo una vez más a Byung-Chul Han, es una nueva democracia paliativa que no es capaz de tener visiones ni de llevar a

¹⁹ MÉLICH, J.-C., *La fragilidad del mundo*, op. cit., p. 57.

²⁰ ARIAS MALDONADO, M., *Nostalgia del soberano*, Catarata, Madrid, 2020, p. 156.

cabo reformas profundas que pudieran ser dolorosas. Esta nueva democracia prefiere echar mano de *analgésicos* que surten efectos provisionales y que no hacen más que tapar las disfunciones y los desajustes sistemáticos. La política paliativa no tiene el valor de enfrentarse al dolor, de manera que todo es una mera continuación de lo mismo²¹, como si nada o nadie estuviera cambiando.

Y no es que nuestros políticos sean cortoplacistas, es que la sociedad no quiere mirar al largo plazo. El suicidio demográfico al que asistimos sin alterarnos ni querer realmente remediarlo es ejemplo de ello. En unos Estados de bienestar fundamentados en unas pirámides poblacionales que han de ser claramente pirámides y no jarrones posmodernos, el envejecimiento de la población crea no pocos problemas, desde la sostenibilidad financiera de los sistemas públicos de pensiones hasta las previsiones de aumento exponencial del gasto socio-sanitario.

Pero es que, además, como nos recuerda Markus Gabriel, el problema es más profundo y afecta al propio comportamiento ético de los individuos, ya que las exigencias morales solo se pueden satisfacer cuando creamos las condiciones económicas necesarias a tal efecto, porque no podemos partir de la premisa de que todas las personas se comportarán como héroes morales en todas las circunstancias. A la inversa, es tarea de la economía crear las condiciones necesarias para que resulte posible actuar moralmente sin heroísmos, a cualquier persona y en la vida normal y cotidiana. Es la economía la que debe perseguir objetivos morales y no al revés, la moral someterse a la lógica del mercado²².

Garantizar ciertas precondiciones materiales supone, más allá de garantizar la supervivencia de los ciudadanos más vulnerables, permitirles su participación efectiva en el procedimiento democrático²³. Y no es posible hablar de un auténtico Estado social de derecho si éste no es democrático, y para que lo sea realmente, los ciudadanos deben gozar de un mínimo vital que preserve su dignidad y les permita participar, en la práctica del mundo real, en el juego democrático²⁴, porque el enfermo o el pobre quedan habitualmente excluidos del ejercicio efectivo de los derechos de sufragio activo y pasivo, entre otros.

La incertidumbre sobre el futuro del Estado social se acentúa, además, no solo en toda Europa, sino, más aún, en los países del sur europeo, en los que la incorporación al modelo se hizo algo más tardíamente y en los que lleva poco más de cincuenta años implantado, no habiendo permitido generar, de manera sustancial, los correspondientes cambios económicos y sociales que postulan un equi-

²¹ HAN, B., *La sociedad paliativa*, Herder, Barcelona, 2021, p. 12.

²² GABRIEL, M., *Ética para tiempos oscuros*, Pasado y Presente, Barcelona, 2021, p. 47.

²³ MORALES, L., *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 303.

²⁴ PONCE SOLÉ, J., "Reforma constitucional y derechos sociales: La necesidad de un nuevo paradigma en el Derecho público español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, septiembre-diciembre, año 2017, p. 70.

librio entre igualdad y libertad. Y en este escenario de vulnerabilidad e incertidumbre, el populismo campa a sus anchas.

Todo este panorama se desarrolla, además, en un momento en el que la Red y nuevos medios no tradicionales de información permiten que la mentira, la calumnia se divulgue de una manera que ni encuentra fronteras ni pueden ponerse. El discurso se transforma en puro odio y cualquier forma de agravio del otro se justifica por una desmedida libertad de expresión que, aunque como magistralmente defendió en su tesis doctoral el profesor Francisco Valiente²⁵, si bien es un presupuesto ineludible de nuestra democracia, debe encontrar también límites en función de la dimensión objetiva e instrumental que ocupa tal libertad en nuestra sociedad. Sin libertad de expresión no hay democracia, es verdad, pero con algunas expresiones se acaba fácilmente con la democracia, y ahí se halla la gran paradoja de nuestras democracias contemporáneas.

El análisis y reflexión se hace ahora a golpe intelectual de tuit. La Red construye ahora, a través de la conversación pública de masas, una nueva repolitización²⁶. Una vuelta a la libertad de los antiguos, pero ahora, *on line*.

Una Red que, como dijera hace pocos meses el Comité de Bioética de España²⁷, en párrafos redactados por mi compañero el profesor Vicente Bellver, se ofrece neutral, cuando precisamente este es un rasgo del que carece. Porque el entorno digital no es neutral, ni inexorable. Es el resultado de un diseño que persigue unos fines determinados. Y estos pueden resumirse, principalmente, en dos: uno orientado a proveer una valiosa ayuda al ciudadano, sin obtener de él nada a cambio que él no conozca y acepte; y otro que busca extraer el mayor número de datos para predecir e incluso orientar el comportamiento de los ciudadanos, a base de tenerlos permanentemente conectados mediante el poderoso señuelo de un sinnúmero de servicios gratuitos sumamente atractivos. Ambos diseños se diferencian tanto por el fin (servir al consumidor o aprovecharse de él) como por los métodos (recabar datos con permiso y con límites en el acceso, o recabarlos sin restricción en el acceso).

Desafortunadamente, y tras una apasionante pugna que, sobre todo, se desarrolló en los años noventa del pasado siglo, se impuso el segundo modelo sobre el primero. Con su ilimitada capacidad para acumular nuestros datos, el entorno digital llega a conocer nuestras preferencias mejor que nosotros, y le resulta enormemente sencillo dar con aquellos pequeños y sutiles empujones (*nudges*, en inglés) que harán que nos comportemos de la forma más conveniente a los

²⁵ VALIENTE MARTÍNEZ, F., *La democracia y el discurso del odio. Límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020.

²⁶ ARIAS MALDONADO, M., *Nostalgia del soberano*, op. cit., p. 128.

²⁷ Vid. Comité de Bioética de España, Informe sobre el borrador de carta de derechos digitales, Madrid, 2021. Puede accederse a dicho borrador a través del siguiente enlace:

<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20sobre%20el%20Borrador%20de%20Carta%20de%20Derechos%20Digitales.pdf>

intereses de otros, pudiendo ser utilizado como un instrumento de ingeniería social. Este modelo resulta tan eficaz como insidioso, porque coloniza nuestra capacidad de autodeterminación a partir de nuestro (aparente) consentimiento. Una verdadera prisión bajo la premisa de la libertad.

Y por ello, Adela Cortina nos dice que el gran peligro en nuestro tiempo consiste en vivir en la extimidad, dejarse gobernar por lo que se transmite a través de las redes, en los medios de comunicación, en el infinito bombardeo de la desinformación²⁸. En ninguna época se ha ejercido un dominio con tan buena conciencia como en la nuestra²⁹. El poder tecnológico pasa inadvertido, opera en la penumbra, pero está ahí, en todas partes. La tecnología no se usa, se vive, y parece que no hay alternativa³⁰.

Esteve Pardo nos recuerda que el modelo de democracia liberal que se desarrolló hace décadas y que parece estar ahora en peligro, lo hizo sobre la base, en gran medida, de la aparición de los medios de comunicación escrita que permitieron la formación de la opinión pública y de la sociedad civil que entorno a ella se articulaba³¹. Sin embargo, el papel ha sido sustituido ahora por lo digital.

Y no solo es que la desaparición de la función que la moral y la religión han ocupado durante siglos en nuestras sociedades, incluso, más allá de las revoluciones ilustradas, hayan dejado a nuestra sociedad vacía. Es que el vacío se rellena ahora con el hedonismo, el consumo y el ocio, como meros sustentos de la conducta del último hombre de Nietzsche, con todo aquello que suene a ligero. Esta era del *mindfulness* se muestra cada vez más como la del *mindemptiness*.

Y, además, en palabras de Víctor Lapuente, no solo hemos matado a Dios, sino también a su reemplazo secular, la Patria, y hemos acabado siendo presa de cultos a deidades menores y furiosamente enfrentadas entre sí. Y en España, ello, quizás, acrecienta nuestra crisis, porque el patriotismo es visto con sospecha o, incluso, peor aún, con hostilidad. España es ejemplo paradigmático de desafección emocional con la patria. Y sin patriotismo es difícil cimentar una buena democracia. Es imposible equilibrar intereses contrapuestos. Sin cultivar un sentimiento de sacrificio por el bienestar común, no podremos reconciliar las demandas inherentemente opuestas de diferentes partes de la sociedad³². Michael Sandel nos recuerda que el bien común es algo a lo que solo podemos llegar deliberando con nuestros conciudadanos sobre los propósitos y fines de nuestra comunidad política, de manera que la democracia no es indiferente al carácter de la vida en común³³, y al propio concepto de patriotismo, añadiríamos nosotros.

²⁸ CORTINA, A., *Ética cosmopolita ...*, op. cit., p. 66.

²⁹ ANDERS, G., *La obsolescencia del hombre*, Pre-Textos, Valencia, 2011, p. 203.

³⁰ MÈLICH, J.-C., *La fragilidad del mundo*, op. cit., pp. 153 y 154.

³¹ ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad ...*, op. cit., 2013, p. 37.

³² LAPUENTE, V., *Decálogo del buen ciudadano*, Península, Barcelona, 2021, pp. 53, 113 y 114.

El francés Lipovetsky nos aporta, sin embargo, cierta esperanza al rechazar la idea de que el escenario actual anticipe el declive de la democracia; por el contrario, en esa práctica hedonista queda claro que no hay desconfianza hacia la democracia. La indiferencia hacia la participación electoral, o en espacios decisivos, no es más que la demostración de aceptación de los procedimientos democráticos, aunque, sin duda, algo despreocupada. La sociedad ligera se muestra, al menos, como una sociedad pacífica. Y el epistolario de balas al que atendimos en las semanas que precedieron a las elecciones a la Asamblea de la Comunidad de Madrid pudieron ser mera expresión de esa ligereza pacífica. Las balas ahora, al menos, se intercambian, se disparan con cartas y no con armas.

José Antonio López Cerezo se expresa también en términos similares a los del filósofo francés en su análisis de *la sociedad de la desconfianza*, concepto que tanta actualidad ha recobrado en estos últimos meses de la pandemia, sobre todo, cuando la solución empezaba a vislumbrarse a través de la vacunación masiva de la población —insólita forma de protesta política la de vacunarse con la vacuna contraria a la indicada por la autoridad sanitaria—. Así, señala que el desacuerdo y la protesta, cimentados en la desconfianza institucional, son signos de una democracia saludable en el actual mundo tecnológico. Y defender el ejercicio de una crítica culta y el protagonismo social es contribuir al sostenimiento de los valores democráticos que están a la base de nuestro sistema. Así pues, la conciencia crítica y la desconfianza institucional no son un problema, sino un recurso muy valioso en el mundo contemporáneo³⁴.

3. ¿Es el patio de nuestra crisis política como los demás?

Si bien las palabras de Peter Mier son ciertas y esta crisis de la democracia representativa se produce a nivel global, coincidiendo paradójicamente con el momento de mayor expansión del propio modelo democrático surgido de la experiencia vivida en la primera mitad del siglo XX, hay también elementos específicos y patrios que pueden definir nuestra propia crisis democrática y que no coinciden necesariamente con los que se aprecian en nuestro entorno, ya que nuestra reciente Historia política es singular.

Por un lado, el fracaso del tardofranquismo y la caída del Muro de Berlín con ese pretendido fin de las ideologías anticipado con craso error por Francis Fukuyama, nos impidieron ver que la polarización, los extremismos, los populismos, encontrarían un campo propicio para hacer primar los sentimientos sobre la razón en España. La esperanza de un modelo asentado en la libertad de los modernos, en la que unos partidos de ideologías moderadas se fueran sucediendo en el tiempo era falsa o, al menos, no fue capaz de prever que estamos ante un

³³ SANDEL, M., *La tiranía del mérito ¿Qué ha sido del bien común?*, Debate, Barcelona, 2020, p. 291.

³⁴ LÓPEZ CEREZO, J. A., *La confianza en la sociedad del riesgo*, Sello, Barcelona, 2018, p. 181.

nuevo cambio de ciclo. Lo tradicional ya no gusta. Lo estable es visto, en tiempos de incertidumbre, como más incerteza.

Y, ciertamente, el castigo más que ejemplar a las décadas de corrupción en las que muchos vivieron, ingenuamente, bajo un presunto velo de impunidad e inmunidad, es buena muestra de que el sistema funcionó peor de lo que pensábamos, al menos en lo que se refiere a los mecanismos de control y prevención. No parece que haya sido algo extendido, pero tampoco demasiado contenido.

Por otro lado, quizás todo empezó a terminar cuando se rompió aquí en suelo hispano el pacto que se alcanzó en la Transición. Cuando nos obligaron a recuperar la Memoria. Cuando quisieron convertirnos en segundas víctimas de las que lo fueron muchas décadas atrás, olvidando, por cierto, a las víctimas que generó, no la lucha por aquella idolatrada democracia republicana, sino el sinsentido de una aspiración política y territorial manifiestamente infundada. Qué paradójico resulta, una vez más, recuperar la memoria para unos y perderla coetáneamente para otros.

Como escribiera el Roto en una de sus geniales viñetas, AVISO: RECUPERAR LA MEMORIA HISTÓRICA NO SIGNIFICA VOLVER A PENSAR COMO ENTONCES. Y es que puede que hayamos empezado, no a pensar como entonces, pero no a pensar como hace unos pocos años.

Herida la Transición, puesta en cuestión, ya no hay nada incuestionable y menos aún las bondades indiscutibles de nuestra actual democracia. Rechazamos nuestros éxitos históricos como nos atamos con ahínco a nuestros fracasos. Y como dijera el Padre Arrupe, no podemos responder a los problemas de hoy con soluciones de ayer.

Se ha dicho, también, que la distinción entre democracia y dictadura reside, esencialmente, en los partidos políticos que son el elemento central de la democracia moderna. Y puede que estén fallando los partidos, aunque resulta paradójico que la crisis de los partidos se resuelva, precisamente, en España, a diferencia de Italia, por ejemplo, con la creación de más partidos, con la eclosión del multipartidismo, de la diversidad, de la complejidad, del caos, como objetivo a alcanzar. Más, pero peores partidos, más, pero peores políticos. Y, aunque algunos políticos pueden sentir que están representando las opiniones de su gente inclinándose a la retórica populista en el corto plazo, el hecho es que los ciudadanos también esperan fundamentalmente un mayor liderazgo moral de sus políticos que de casi cualquier otra profesión. Tal déficit tiene que ver también con que, siguiendo la distinción que describe Max Weber, parece que tenemos más políticos que viven de la política, no todos, también es verdad, que para la política³⁵.

La reciente conquista del multipartidismo como objetivo para sanear nuestra aparente deteriorada democracia es un ejemplo paradigmático del papel que la

³⁵ WEBER, M., *El político y el científico*, Alianza, 3.ª ed., Madrid, 2012, p. 95.

fantasía ocupa ahora. Se sustituye la toma de decisión por una mayoría cualificada, eso sí, con luz y taquígrafos, por pactos políticos, muchos de ellos, contra natura, adoptados en la oscuridad de la *smoke-filled room*³⁶.

Como diría Levine, el reemplazo de la realidad por la fantasía y la consiguiente experiencia de la realidad como si fuera una fantasía es una poderosa fuerza en la política y fuera de ella³⁷.

La aparición de más partidos, no como tendencia espontánea o coyuntural del modelo, sino como verdadera virtud, como fin a alcanzar, puede enlazar también con lo que Giovanni Sartori denunciara hace años en su distinción entre pluralismo y multiculturalidad. Para el sabio italiano, el pluralismo es una característica de una sociedad buena, pero ello, no debe confundirse con la promoción de las diferencias étnicas y culturales, el multiculturalismo. De hecho, sostiene que pluralismo y multiculturalidad son concepciones antitéticas que se niegan la una a la otra, sobre todo, cuando la segunda es considerada, no un mero hecho, sino un valor³⁸. El pluralismo no es una fábrica de diversidades, mientras que el multiculturalismo es un creador de ellas, porque se dedica a hacer visibles las diferencias y a intensificarlas, llegando incluso a multiplicarlas. Y aquí se halla precisamente el peligro, en que el pluralismo atenúa las identidades, mientras que el multiculturalismo las extrema y para la concordia sin discordia que exige el juego de la democracia ello no es lo mejor³⁹.

Ciertamente, libertad de los modernos no encandila, porque sustituye las pasiones por la razón. Nuestra democracia quizás esté viviendo las consecuencias de su propio éxito. Una historia de éxito se sigue en muchas ocasiones por el pensar que todo está ya ganado. Una buena parte de nuestro malestar con la política corresponde a una nostalgia inadvertida por la comodidad en que se vive donde lo malo no es sabido y se reprimen los desacuerdos⁴⁰. El desencantamiento es una propiedad general del mundo moderno, en expresión weberiana. A la democracia

³⁶ El término *smoke-filled room*, habitación llena de humo, hace referencia a una sala de un hotel de Chicago, Blackstone, donde, según una leyenda que perduró en el tiempo, un pequeño grupo de poderosos senadores de Estados Unidos se reunía para organizar la nominación de Warren G. Harding como candidato republicano a la presidencia en 1920. Los acuerdos se adoptaban al margen de la correspondiente Convención. Y cuando *Associated Press* informó que Harding había sido elegido “en una habitación llena de humo”, la frase entró en el léxico político estadounidense. Desde entonces, “habitación llena de humo” ha significado un lugar, detrás de la escena, donde los jefes de los partidos fuman puros e intrigan para elegir candidatos.

³⁷ LEVINE, D. K., *Dark fantasy. Regressive movements and the search for meaning in politics*, Routledge, Abingdon, 2018, p. 47.

³⁸ SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001, pp. 123 a 128.

³⁹ *Ibidem*, pp. 7, 8 y 31.

⁴⁰ INNERARITY, D., “La decepción democrática”, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2015, p. 1. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web de la Fundación, en el siguiente enlace: <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/democracia-constitucional-0>

no se la quiere, se la necesita. Y, por ello, cuando ponemos en ella demasiadas expectativas, no solo se derrumba el amor, el encantamiento, el encandilamiento, que no ha existido nunca, sino la sensación de que la necesitamos, y ello, sí es muy peligroso. La democracia liberal termina por transformarse en *democracia agonista*, en término acuñado por Manuel Arias Maldonado⁴¹.

La democracia no reclama para sí el final de la historia. La democracia es la historia de la permanente crisis, porque la democracia no se deja querer y deja espacios amplios precisamente a los que no la quieren.

Como señalara Daniel Innerarity, la democracia es un sistema político que genera decepción y especialmente cuando se hace bien. Y a diferencia de los sistemas políticos en los que se reprime la disidencia o se ocultan los errores, un sistema donde hay libertad política tiene como resultado una batalla democrática en virtud de la cual el espacio público se llena de cosas negativas⁴².

En concepto acuñado por nuestro profesor Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, siguiendo a Pasquino, nuestra democracia es exigente. Es un culto hipermoderno que impone la exigencia de resultados inmediatos. Y ello, acrecienta la insatisfacción de la ciudadanía, y no solo de las minorías, sino de todos. Se ha abandonado la antigua cultura burguesa del aplazamiento de la satisfacción y el deseo no se piensa como algo que debe satisfacerse en el futuro, sino de inmediato, en idea tomada de Ruiz Soroa⁴³. La propuesta contemporánea de Joan-Carles Mèlich expresa que, viviendo una vida en la que se da un exceso de afirmación, sin casi límites, tendríamos que darnos cuenta de crear límites que no dependan de un poder político o moral, sino de uno mismo⁴⁴. Porque parece que la felicidad no se consigue satisfaciendo, sino disciplinando los deseos, supeditándolos a un propósito más elevado. Debemos ser, en palabras de Víctor Lapuente, maestros de nuestro ego, no sirvientes de él⁴⁵.

Sin embargo, en palabras ya nuestras, los compromisos no son tan inmediatos por parte de los ciudadanos. Democracia exigente, pero no, pues, exigible.

El proyecto español es triunfante, pero ha dejado de ser ilusionante, a lo que ayuda el someterlo a la crítica de la deslegitimación de su origen y a la desaparición del carisma en muchos de sus líderes. Sufrimos una cierta nostalgia del soberano, en los términos acuñados por Manuel Arias Maldonado. Una potencia política capaz de imponer orden en el presente amenazante e incierto. Restaurar

⁴¹ ARIAS MALDONADO, M., *Nostalgia del soberano*, op. cit., p. 158.

⁴² INNERARITY, D., “La decepción democrática”, cit., p. 1. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web de la Fundación, en el siguiente enlace:
<https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/democracia-constitucional-0>.

⁴³ ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., *El parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, lus-tel, Madrid, 2017, pp. 153 y 154.

⁴⁴ MÈLICH, J.-C., *La fragilidad del mundo*, op. cit., p. 31

⁴⁵ LAPUENTE, V., *Decálogo del buen ciudadano*, op. cit., p. 23.

la fuerza soberana del Estado Nación⁴⁶. Sin embargo, dicha aspiración se encuentra con el obstáculo de que el cuerpo social no es ya tan homogéneo como lo fuera hace dos siglos y, por tanto, no existe acuerdo posible sobre qué líder ha de ocupar dicha posición, más aún, cuando el carisma no es precisamente el adjetivo que acompaña a nuestros líderes. Y, por ello, en un mundo en Red lo importante no es ya el líder en sí, sino el relato, el mensaje. Cuando el político ofrece un relato carismático, el pueblo ve facilitado el camino para reencontrarse en torno al político. Y, quizás, sea precisamente la Comunidad Autónoma en la que nos encontramos ahora un ejemplo paradigmático de la importancia del relato, por encima del líder.

En todo caso, la ausencia de un verdadero líder, si es posible encontrarlo en una sociedad fragmentada, puede ser, en verdad, una mera ilusión en forma de añoranza de un pasado que nunca fue así o, peor aún, una excusa para reinstaurar la autocracia. Y tal búsqueda de liderazgo se hace más difícil en democracias parlamentarias como la nuestra que en los modelos presidencialistas. La forma de gobierno parlamentaria no ofrece un liderazgo carismático, sino todo lo contrario, uno burocrático. Tanto el monarca o presidente de la república como el primer ministro han visto diluidos sus poderes en una forma de tarea de administración y gestión. Una política reducida, en la sociedad de masas, a una hoja contable. Una política y políticos más tecnocráticos que permiten recuperar el mito del pueblo aparentemente unido contra el enemigo exterior⁴⁷, que termina por ser la propia democracia representativa.

Por ello, se ha considerado que, paradójicamente, siendo la democracia deliberativa y fragmentada la perfección, el contexto en el que nos hallamos exige una forma de gobierno presidencialista o, al menos, semipresidencialista, en la que una misma persona ocupa la jefatura de Estado y de Gobierno. Ello explica el éxito de la forma de gobierno de los Estados Unidos de América, tan copiada en su versión dulcificada no solo por la República Francesa, sino también por muchos de los últimos Estados europeos que se han incorporado a la democracia tras la caída del Muro de Berlín.

Y junto a la ya mencionada corrupción, la deslealtad hacia los representados expresada en términos crematísticos, sobre la que creo que no es necesario abundar más, aparecen otros fenómenos que han dañado el sistema de partidos, entre los que destacaría la fórmula de primarias para la elección de los líderes. Como señala Pasquino, la estrategia para el refortalecimiento de nuestras democracias no ha de pasar por la democratización de todas las instituciones y estructuras, sino en la multiplicación y potenciación de los instrumentos de control, de los contrapesos y de las sanciones. Cuando el principio de mayoría deja de ser un mero instrumento de resolución sencilla de opiniones y pareceres dispares y lo convertimos en fórmula de legitimación moral, el propio principio acaba por volverse en contra

⁴⁶ ARIAS MALDONADO, M., *Nostalgia del soberano*, op. cit., pp. 124 y 125.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 16.

de la democracia representativa. Ésta no es solo mayoría, es también protección de los derechos y libertades de todos, incluida la minoría. Es un equilibrio complejo entre satisfacción del interés mayoritario y respeto y protección del interés minoritario, sin olvidar que las decisiones mayoritarias no son, necesariamente, expresión de la virtud ética.

Asistimos a un aparente extraordinario fortalecimiento de la sociedad, en la que ésta se separa del Estado, pero no de la política. Y como advirtiera Alexis de Tocqueville hace ya casi dos siglos, cuando esta separación se muestra profunda podemos intuir un cambio de ciclo. O, como dice más recientemente, Van Reybrouck, un tiempo en el que el interés por la política aumenta, pero la confianza en ella disminuye es un tiempo con cierto componente explosivo⁴⁸.

Nuestra democracia conquistó el tan ansiado caos hace pocos años poniendo en solfa muchas de las instituciones que tantos esfuerzos nos habían llevado construir en nuestra aún algo joven democracia, como si el multipartidismo, la república, el laicismo o el federalismo fueran los garantes de una sociedad próspera y en paz y, más aún, ignorando algo de lo que, personalmente, puedo dar fe genética y culturalmente, que España no es ni Noruega, ni Suecia ni, menos aún, Finlandia. Los gobiernos de coalición que no son figura sencilla, ni siquiera en estos últimos lares, como bien nos muestra la extraordinaria serie de televisión, Borgen, lo son aún más difíciles en países como el nuestro. Y la deliberación y el consenso son aspiraciones épicas que, como tales, no pueden entenderse de manera descontextualizada y sin atender a las características de la comunidad en la que se promueven.

El profesor Sosa Wagner señala que el consenso como el diálogo es una encantadora disposición de ánimo, pero, para sentarse a la mesa e iniciarlo, es aconsejable partir de ciertas convicciones previas expresadas con rigor, a cambiar o a matizar, pero sólo si las razones que se ofrecen de contrario resultan más poderosas o plausibles. El diálogo y el consenso no pueden convertirse en el taparrabos de quien no tiene rabo que tapar⁴⁹. Y ese puede que sea el problema de nuestra política actual, que no tiene rabo que tapar, con perdón del auditorio.

Y no es que nos mostremos contrarios al contractualismo, como cambio en la percepción del pueblo acerca del origen y naturaleza del poder, siendo expresiones de ello el velo de la ignorancia de Rawls o las condiciones ideales de diálogo de Habermas. Lo que nos preocupa es que, en nuestra comunidad política, la aspiración de deliberación y consenso como verdadero valor, y no como meros instrumentos de resolución de sistemas complejos, exige una mínima preparación, lealtad y razón.

Aquí, en España, los ciudadanos hemos construido un modelo políticamente fragmentado como forma de recurrir al consenso y no a la inversa, recurrir al

⁴⁸ VAN REYBROUCK, D., *Contra las elecciones. Como salvar la democracia*, Taurus, Barcelona, 2017.

⁴⁹ SOSA WAGNER, F., "El Estado se desarma. Estudio introductorio", en DARNSTÄDT, T., *La trampa del consenso*, Trotta, Madrid, 2005, p. 12.

consenso ante un sistema que se ha fragmentado por diferentes razones. El multipartidismo, el multiculturalismo, la equidistancia, la polarización, se han construido como si fueran fórmulas virtuosas. Y en este modelo de fragmentos, la incompetencia de los líderes para alcanzar acuerdos y, por tanto, para resolver los problemas de los ciudadanos se hace demasiado patente y es fuente evidente de decepción y desafección política.

Y, además, muchos de los problemas que ahora debemos resolver no se refieren solo a conflictos sobre bienes susceptibles de reparto, en los que pueda plantearse la negociación o el consenso, sino conflictos entre esto y lo otro, conflictos que afectan no al repartir, sino al reconocer. En este ámbito, la formación del consenso social presenta verdaderas dificultades, enfrentándose la integración social a través del derecho a complejos retos⁵⁰.

No es que nosotros, los españoles no sepamos deliberar o consensuar —lo hemos hechos en periodos importantes de nuestra Historia, siendo ejemplos paradigmáticos las Cortes Constituyentes de Cádiz, o, más recientemente, la Transición—. El problema radica en que, para nosotros, es más difícil. En nuestra cultura, se confiere un enorme valor a tener opiniones firmes sobre prácticamente todo desde el principio y a ganar la discusión. En nuestra sociedad las conversaciones deliberativas sucumben muy rápidamente⁵¹.

Y, en palabras de Pérez Luño, si bien es cierto que el pluralismo propio de los Estados de derecho y la tolerancia que inspiró la formación de los derechos humanos no permite que se afirme una única y omnicompreensiva doctrina filosófica o moral como fundamento de las instituciones jurídicas y políticas, no admitiéndose en dicho Estado una tiranía de valores, ello no significa que se avenga con un relativismo político-cultural conducente a un nihilismo, una abstinencia o disolución de los valores. Las sociedades democráticas, añade, poseen un ideario conformado con sus valores éticos, jurídicos y políticos y unas virtudes cívicas que garantizan su propia conservación, aunque dicho ideario no puede imponerse a través de modelos educativos dogmáticos, sino de la comunicación y el consenso⁵².

Pero es que, además, el consenso o el propio principio de mayoría como forma de solución del desencuentro no nos deben hacer olvidar que determinadas opiniones son las buenas y otras no. En una concepción absolutista de la libertad de expresión como la que hemos construido estos últimos años por cierta bisoñez democrática, en la que acabe por aceptarse que cualquier opinión es igual de válida, se abre una puerta a posibilidades muy negativas. Porque el hecho de que

⁵⁰ DENNINGER, E. y GRIMM, D., *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 36 y 37.

⁵¹ ELSTER, J., "Introducción", en ELSTER, J. (Comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2009, p. 36.

⁵² PÉREZ LUÑO, A. E., "Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?", en PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 45 y 46.

podamos equivocarnos no significa que la verdad no exista. Todo lo contrario. Cuando uno se equivoca, no acierta con la verdad, ello significa que la verdad sí existe. Sin verdad, no hay ni errores ni mentiras, en explicación de Markus Gabriel⁵³.

En palabras ahora de Adela Cortina, en tiempos en los que el emotivismo domina el espacio público, desde los bulos, la posverdad, los populismos esquemáticos, las propuestas demagógicas, las apelaciones a emociones corrosivas, urge recordar que las exigencias de justicia son morales cuando entrañan razones que se pueden explicitar y sobre las que cabe deliberar abiertamente. Y, sobre todo, que el criterio para discernir cuándo una propuesta es justa no es la intensidad del griterío en la calle o en las redes, sino que consiste en comprobar que satisface intereses universalizables, no sólo los de un grupo, ni siquiera los de una mayoría. Este es el mejor argumento, el corazón de la justicia⁵⁴.

En nuestra democracia, ahora, cualquier deseo debe verse recompensado con la proclamación de un derecho. Confundimos ambas categorías y olvidamos lo que no todo deseo, por plausible que pueda ser, es una imperiosa necesidad y, además, debe convertirse ineludiblemente en derecho. El deseo de tener un hijo, por ejemplo, es absolutamente plausible, pero ello no supone reconocerle a los individuos que lo desean el derecho a un hijo que no responde al imperativo kantiano de que solo pueden tenerse derechos sobre cosas, objetos, no sobre personas. Y el deseo de que el hijo que va a nacer sea inteligente y apuesto también es plausible, pero ello no lo transforma en una especie de derecho de los padres a editar el genoma del embrión de su futuro hijo a tal fin de mejoramiento, por mucho que Savulescu exiga el reconocimiento de un principio ético de beneficencia procreativa.

Para que un deseo o una pretensión pueda transformarse en un auténtico derecho, es necesario poder situar dicha pretensión en el marco de las relaciones sociales como algo razonablemente exigible. Es decir, la existencia del derecho exige razones más allá de los meros deseos de la persona, ya que implica poner en sus manos un poder que le permite controlar la conducta de otros, determinar lo que éstos deben hacer o dejar de hacer, y hacerlo con el respaldo del Estado.

En palabras de una *alumni* de nuestra Universidad, María Eugenia Rodríguez Palop, los derechos individuales tendrían una importancia capital para la sociedad, pero no porque capacitaran a las personas para la consecución de sus propios fines, sino porque harían posible la comunicación social y el debate en una vida democrática. No se llega a una sociedad justa por garantizar solo la libertad de elección, por transformar los deseos, por plausibles que puedan socialmente ser, en derechos, cuando, sobre todo, afectan a terceros. Hay que avanzar hacia

⁵³ GABRIEL, M., *Ética para tiempos oscuros...*, op. cit., p. 239.

⁵⁴ CORTINA, A., *Ética cosmopolita ...*, op. cit., p. 39.

la calidad moral de la autonomía⁵⁵. Y en palabras ahora de uno de los padres de la Bioética, el médico y profesor en la Universidad de Georgetown, Edmund Pellegrino, los fines no son lo bueno, el bien, porque nosotros lo deseamos, sino que los deseamos porque ellos son el bien, lo bueno⁵⁶.

Para Víctor Lapuente vivimos en un *binomio* de deseos: el de enriquecernos, aun a costa de romper los usos y las costumbres de los negocios y las relaciones laborales, y el de la satisfacción personal, aun a expensas de romper las tradiciones culturales y religiosas. La nueva derecha nos ha dado licencia para enriquecernos como queramos, obviando los deberes hacia nuestra comunidad, y la nueva izquierda nos ha concedido licencia para adoptar la identidad cultural que queramos, evadiendo las obligaciones hacia los otros⁵⁷.

Algunos han postulado en estos tiempos de mentira recuperar el experimento de la Ilustración (Steven Pinker, Manuel Arias Maldonado, Markus Gabriel y muchos otros). Un nuevo Siglo de las Luces, a modo de Siglo de los Leds, en los que el ser humano vuelva a ponerse cuerpo a tierra para recuperar los límites de nuestra autosuficiencia y la común fragilidad, revelando nuestra dependencia tanto de otros seres humanos como respecto del mundo no humano⁵⁸.

Yo, al menos, me conformaría si fuéramos tan solo capaces de recuperar la prudencia, el entendimiento y la cordura de nuestra Transición, en definitiva, la concordia, como le escuchara el otro día expresar a un antiguo alumno nuestro que puede que algún día alcance la más alta jefatura de nuestro poder ejecutivo. Es decir, no necesitamos remontarnos en nuestras formas políticas, creo, más de dos siglos atrás, sino tan solo hacerlo unos pocos menos de cincuenta años.

Por ello, parece que la solución, en términos generales, se encuentre no en un nuevo Trilema de Rodrik, ni en un dilema, sino en la conjugación de un nuevo Estado social y un Estado democrático en el que los sistemas de control y la participación ciudadana se incrementen, sin alterar la libertad de los modernos y devolvérsenos a la de los antiguos, y recordando la concordia que presidió, precisamente, el inicio de nuestra algo joven, aún, democracia.

⁵⁵ RODRÍGUEZ PALOP, M. E., “Prólogo” en SANDEL, M., *Contra la perfección: La ética en la era de la ingeniería genética*, Marbot Ediciones, Barcelona, 2016, pp. 25 y 26.

⁵⁶ PELLEGRINO, E., “Medicine Today: Its identity, its Role, and the Role of Physicians”, *Itinerarium*, núm. 10, año 2002, p. 57.

⁵⁷ LAPUENTE, V., *Decálogo del buen ciudadano*, op. cit., pp. 16 y 36.

⁵⁸ INNERARITY, D., *Pandemocracia*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2020, p. 115.

CAPÍTULO SEGUNDO

La pandemia

Y si eran pocos los problemas por los que atravesaba nuestra democracia y cuando las heridas socioeconómicas de la crisis de 2008 no se habían aún curado, nos aparece este maldito virus, provocando una pandemia que está resultando ser tan intensa en su impacto como extensa en su duración y que lo ha alterado todo hasta lo que, hace pocos meses antes de declararse, era absolutamente insólito e imprevisible, como si de una catastrófica serie de Netflix o HBO se tratase.

Con el virus y la pandemia llegaron también nuevas sorpresas constitucionales, como ya anticipamos al principio. Y no solo éstas, sino muchas otras. Nos enfrentamos a un sinfín de fenómenos, no nuevos todos ellos, pero que ya creíamos superados o que, al menos, no pensábamos sensatamente que se iban a reproducir.

Antes de proceder a describir cuáles son estos principales fenómenos que nos trajo consigo la pandemia, es interesante recordar la pregunta que a los pocos meses de proclamarse la misma se hacía Ivan Krastev en su libro *¿Ya es mañana? Cómo la pandemia cambiará el mundo*: ¿por qué recordamos las guerras y las revoluciones y no las pandemias? —sorprendentes, por cierto, las imágenes tan actuales pero tomadas hace un siglo de los españoles con mascarilla y cómo quedaron olvidadas durante décadas—.

Y contesta Krastev a su pregunta de la siguiente manera: quizás no solo porque en aquéllas es más difícil contabilizar los muertos, sino, además, porque no es fácil convertir una pandemia en una buena historia, al no poder describirse sobre la base tradicional de la estructura de cualquier historia, con inicio, desenlace y final. En las pandemias, a diferencia de las guerras, no hay argumento claro, y las muertes no solo carecen de sentido, sino también de heroísmo⁵⁹. Por ello, las reflexiones que ahora pretendo afrontar quizás sean lo primero que queden en el olvido, como quedará olvidada esta pandemia en los anales de la Historia, no mereciendo más que una breve reseña o, incluso, una nota a pie de página.

⁵⁹ KRASTEVA, I., *¿Ya es mañana? Cómo la pandemia cambiará el mundo*, Debate, Barcelona, 2020, pp. 13 y 14.

Entre los hechos o fenómenos que han surgido en el marco de la pandemia, destacaría cinco que no solo han tenido un impacto ético muy relevante, sino también jurídico, poniendo en solfa muchos de los principios y valores de nuestro orden constitucional; a saber:

1. Los excesos del tecno-optimismo: cuando el Big Data no supo predecir la gran pandemia

La Inteligencia Artificial y el Big Data se nos han venido presentando, en estos últimos años, como los verdaderos impulsores de un cambio que se mostraba como inaudito y que vendría a marcar inexorablemente el futuro del ser humano e, incluso, a mejorarlo de manera ostensible.

Como recuerda la profesora Sara Lumbreras, el *tecno-optimismo* nos anticipaba que todos los problemas de nuestra sociedad y nuestra condición humana quedarían resueltos en un futuro cercano⁶⁰. Incluso, se nos había predicho que las pandemias desaparecerían o que sus terribles consecuencias serán fácilmente salvables gracias a la IA y al Big Data.

Yuval Noah Harari, mejor historiador que filósofo en mi opinión, con más aguda mirada retrospectiva que prospectiva, nos decía hace poco que las epidemias ya no son fuerzas incontrolables de la naturaleza. La ciencia las ha convertido en un reto manejable. Su análisis lo completaba imputando el fracaso en la gestión de la pandemia a los políticos y no a la Ciencia y a la Tecnología. Sin embargo, resulta a todas luces evidente que la primera que falló fue esa tecnología ya tan sofisticada que era capaz de predecirlo todo o casi todo. Y si bien la empresa BlueDot, que utiliza aprendizaje automático para detectar brotes de enfermedades infecciosas en todo el mundo, alertó a sus clientes, incluidos varios gobiernos, empresas y hospitales sobre un inusual aumento de casos de neumonía en Wuhan, para qué ha servido tal predicción y, además, ¿ha permitido y permitirá la IA paliar las consecuencias de la pandemia?

Como explica el MIT, el bombo en torno a la IA contra el coronavirus está superando a la realidad. De hecho, lo que ha aparecido en muchos informativos y comunicados de prensa (que la IA es una nueva y poderosa arma contra enfermedades) solo es cierto en parte y podría resultar contraproducente. Por ejemplo, confiar excesivamente en las capacidades de IA podría provocar la toma de decisiones incorrectas por información equivocada que llevaría el dinero público a compañías de IA no comprobada a expensas de las intervenciones verificadas como los programas de medicamentos. También es malo para el propio campo: no sería la primera vez que las expectativas exageradas con resultados decepcio-

⁶⁰ LUMBRERAS SANCHO, S., *Respuestas al transhumanismo. Cuerpo, autenticidad y sentido*, Digital Reasons, Madrid, 2019, p. 24.

nantes reducen el interés en la IA, lo que a su vez limita las inversiones⁶¹. Y como recuerda el Banco Interamericano de Desarrollo, BID, a pesar de que la IA puede tener varios usos, su alcance y efecto en esta pandemia puede ser muy limitado ante un contagio de crecimiento acelerado. De hecho, la narrativa que la IA es una nueva solución contra las enfermedades es solo en parte cierta y corre el riesgo de volverse contraproducente, ya que demasiada confianza en sus capacidades podría llevar a tomar decisiones mal informadas respecto al desarrollo, financiamiento y posterior despliegue de soluciones no comprobadas que puedan generar consecuencias no deseables en la sociedad⁶².

Esta crisis subraya todavía más los límites de nuestra autosuficiencia y la común fragilidad, revelando nuestra dependencia tanto de otros seres humanos como respecto del mundo no humano. Y el problema, añade Innerarity, es que nos hemos hecho más vulnerables a los riesgos globales sin haber desarrollado suficientemente los correspondientes procedimientos de protección⁶³. Una pandemia, algo con evidente regusto a antiguo, un resto de la premodernidad, en término acuñado por Manuel Arias Maldonado⁶⁴, es la que puede provocar muchos cambios y una vuelta al humanismo.

En palabras de la Pontificia Academia para la Vida, “En medio de nuestra euforia tecnológica y gerencial, nos encontramos social y técnicamente impreparados ante la propagación del contagio: hemos tenido dificultades en reconocer y admitir su impacto. E incluso ahora, estamos luchando fatigosamente para detener su propagación. Pero también observamos una falta de preparación —por no decir resistencia— en el reconocimiento de nuestra vulnerabilidad física, cultural y política ante el fenómeno, si consideramos la desestabilización existencial que está causando. Esta desestabilización está fuera del alcance de la ciencia y de la técnica del sistema terapéutico”⁶⁵.

Y esta vuelta al humanismo es algo que se nos ha ofrecido desde la propia tecnología. Ésta, incapaz de defender al ser humano del peligro que se ceñía sobre él, sí ha mostrado su cara más humana permitiéndonos mantener nuestras relaciones personales, familiares, sociales y profesionales. El móvil, la *tablet*, el portátil, han sido los hilos de conexión para que no solo el trabajo no cesara, sino también para que la afectividad estuviera presente en la distancia del confinamiento.

⁶¹ Vid. <https://www.technologyreview.es/s/12021/por-que-la-ia-nos-ayudara-combatir-la-proxima-pandemia-pero-no-esta>.

⁶² GONZÁLEZ ALARCÓN, N. y POMBO, C., “¿Cómo puede la inteligencia artificial ayudar en una pandemia?”, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Discusión, abril 2020, p. 4.

⁶³ INNERARITY, D., *Pandemocracia*, op. cit., p. 115.

⁶⁴ ARIAS MANDONADO, M., *Desde las ruinas del futuro*, Taurus, Barcelona, 2020, p. 96.

⁶⁵ Pontificia Academia para la Vida, *Pandemia y Fraternidad Universal*, Ciudad del Vaticano, 2020, p. 1. Puede accederse a dicha Nota a través de la web de la Pontificia Academia, en www.academyforlife.va.

Esta crisis no es el fin del mundo, sino el fin de un mundo y lo que se acaba (o se acabó hace tiempo y terminamos de aceptar su fallecimiento) es el mundo de las certezas, el de los seres invulnerables y el de la autosuficiencia. Entramos en un espacio desconocido, común y frágil, es decir, un mundo que tiene que ser pensado sistemáticamente y con una mayor aceptación de nuestra ignorancia irreductible. En un espacio en el que el humanismo se nos ofrece como el camino seguro que nos permite asumir nuestra fragilidad, es decir, nuestra autenticidad con ánimos de fortaleza para afrontar el futuro⁶⁶.

Aunque, también pueda que sea cierto que la incertidumbre no sea más que el término posmoderno que identifica o resume ahora la innata vulnerabilidad del ser humano. Su vulnerabilidad esencial o antropológica. La muerte, la enfermedad y el sufrimiento son las manifestaciones de nuestra radical finitud, de nuestro escaso poder, del valor de ese breve suspiro que es la vida. La muerte propia y la ajena nos hacen conscientes de la pérdida, de la amenaza constante. Y la muerte, el final, el dolor y la pérdida de posibilidades están ínsitas en el ser humano como radical y constitutivo elemento de su vida, pues están siempre presentes.

Puede, pues, que los tiempos que vivimos no sean realmente más inciertos que los ya pasados ni que el progreso conlleve la aparición de nuevos y complejos riesgos, sino que, pese a dicho progreso, seguimos siendo vulnerables. La paradoja no estaría el desarrollo simultáneo del progreso y sus riesgos, sino en que, pese al progreso, nuestra vulnerabilidad sigue ahí. Porque como dijera Albert Camus en *La peste*, nuestra alegría siempre está amenazada, ya que nunca habrá una victoria sobre la contingencia, la enfermedad y la muerte, porque el bacilo de la peste no desaparece jamás⁶⁷.

En definitiva, podría ya afirmarse que la profecía de Peter Sloterdijk en sus *normas para el parque humano*, por la que se considera superada la era del humanismo y se reclama una revisión genético-técnica de la humanidad, habiendo tomado las fantasías de selección biopolítica el relevo de las utopías de justicia parece haberse topado con el muro de una realidad tan natural y antigua como es una pandemia. Porque, una vez más, la naturaleza nos demuestra, nos parece dejar claro, una vez más, que no somos dueños de nuestro propio destino. La dialéctica hegeliana que ha venido enfrentando estos últimos años a tecnoservadores y tecnoliberales parece que ha llegado a su fin. No creemos que estemos ante *el final de la Historia*, pero al menos sí puede que la pandemia nos haya dado, al menos, la esperanza de empezar a construirla a través del fortalecimiento del humanismo, aunque ello se desarrolle en un contexto poco halagüeño como el que predice Krastev, con menos ideología y más inestabilidad⁶⁸.

Sobre el después, sobre la postpandemia, poco aún sabemos o somos capaces de predecir. Se habla de una vuelta a aquellos años locos que siguieron a la Pri-

⁶⁶ FEITO, L., "Vulnerabilidad", *An. Sist. Sanit. Navar.*, núm. 30 (Supl. 3), año 2007, pp. 7-22.

⁶⁷ CAMUS, A., *La peste*, Alianza, Madrid, 1996, p. 578.

⁶⁸ KRASTEV, I., *¿Ya es mañana?...*, *op. cit.*, p. 25.

mera Guerra Mundial. Pero, en todo caso, nos queda la esperanza de que, al menos, la Ciencia y la Tecnología sean instrumento de un mundo más humano, y se olviden de crear un mundo mejor que humano o, incluso, distinto a lo esencialmente humano.

La esperanza es en realidad el gran reto, el de recuperar e impulsar un nuevo paradigma que sin temor al avance de la tecnología sepa evaluar reflexivamente sus ventajas y riesgos y que comprenda que indispensablemente el ser humano debe estar en el centro de la reflexión, con su fragilidad y vulnerabilidad siempre presentes. Además, la pandemia nos muestra que la solución para un desarrollo científico y tecnológico reflexivo, en el que la dignidad del ser humano esté en el centro del debate, debe promoverse en un marco global y no local. Por ello, cobra sentido ahora el término panhumanismo, no solo para hacer referencia a la oportunidad que se nos ofrece con ocasión de la pandemia, sino también para destacar ese marco global de reflexiones y soluciones. Este panhumanismo ya estuvo presente en la propia Declaración de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, la cual justifica su aprobación manifestando que “Teniendo en cuenta los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología, que afectan cada vez más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos”.

Tiempos tan difíciles como los que estamos viviendo deben servir, en definitiva, también de aprendizaje. Y, entre éstos, destacaría que el ser humano recuerde la importancia que tiene, en expresión del Papa Francisco, el cuidado de la Casa Común, lo que nuestra soberbia poshumanista ha podido, en cierto modo, hacernos olvidar. También, la propia fragilidad y vulnerabilidad que nos caracteriza como seres humanos. La pandemia ha puesto de relieve con una dureza inesperada la precariedad que marca radicalmente nuestra condición humana, incluso, en aquellos lugares del mundo en los que los avances de la ciencia y la tecnología nos habían creado la ilusión, ya fulminantemente desvanecida, de que éramos invulnerables y que podíamos encontrar una solución técnica para todo. La pandemia no ha podido ser controlada ni siquiera en las sociedades más desarrolladas económica y tecnológicamente, donde ha superado la capacidad de los laboratorios y estructuras sanitarias. Nuestras optimistas proyecciones del poder científico y tecnológico a nuestra disposición nos permitieron quizás imaginar que seríamos capaces de prevenir la propagación de una epidemia mundial de esta magnitud, convirtiéndola en una posibilidad cada vez más remota. Sin embargo, la actualidad parece que nos muestra sin ambages que, junto con los extraordinarios recursos de protección y cuidado que nuestro progreso acumula, también hay efectos secundarios de la fragilidad del sistema que no hemos vigilado lo suficiente⁶⁹.

⁶⁹ Pontificia Academia para la Vida, *Pandemia y Fraternidad Universal*, Ciudad del Vaticano, 2020, p. 2. Puede accederse a dicha Nota a través de la web de la Pontificia Academia, en www.academyforlife.va

Premonitoriamente, una propuesta de desarrollo tecnológico ético, bajo el sugerente término de *RenAIssance*, fue impulsada por la Iglesia Católica pocos días antes de que la Organización Mundial de la Salud declarara la pandemia, y habiéndose iniciado ya con viral fuerza la epidemia en el norte de Italia. Así, el 28 de febrero de 2020, se firmó en la Ciudad del Vaticano, en el marco de unas Jornadas organizadas por la Pontificia Academia para la Vida bajo el título *The “good” algorithm? Artificial Intelligence, Law and Ethics*, el manifiesto *Rome Call for AI Ethics*, promovido por la Iglesia Católica y suscrito, entre otras instituciones, por Microsoft, IBM, la FAO y el Gobierno italiano. En el manifiesto se recuerda que, ahora más que nunca, debemos garantizar una perspectiva en la que la IA se desarrolle con un enfoque, no en la propia tecnología, sino por el bien de la humanidad y del medio ambiente, de nuestro hogar común y compartido y de sus seres humanos, que están inextricablemente conectados. Es decir, una visión en la que los seres humanos y la naturaleza están en el corazón de cómo se desarrolla la innovación digital, respaldada en lugar de ser reemplazada gradualmente por tecnologías que se comportan como actores racionales pero que de ninguna manera son humanos. Es hora de comenzar a prepararse para un futuro más tecnológico en el que las máquinas tendrán un papel más importante en la vida de los seres humanos, pero también un futuro en el que esté claro que el progreso tecnológico afirma la brillantez de la raza humana y sigue dependiendo de su integridad ética.

Y, por ello, añade el documento, los sistemas de IA deben ser concebidos, diseñados e implementados para servir y proteger a los seres humanos y el medio ambiente en el que viven. Esta perspectiva fundamental debe traducirse en un compromiso para crear condiciones de vida (tanto sociales como personales) que permitan que tanto los grupos como los miembros individuales se esfuercen por expresarse plenamente cuando sea posible.

Y concluye señalando que para que el avance tecnológico se alinee con el verdadero progreso para la raza humana y el respeto por el planeta, debe cumplir con tres requisitos. Debe incluir a todos los seres humanos, sin discriminar a nadie; debe tener el bien de la humanidad y el bien de cada ser humano en su corazón; finalmente, debe ser consciente de la compleja realidad de nuestro ecosistema y caracterizarse por la forma en que cuida y protege el planeta (nuestro “hogar común y compartido”) con un enfoque altamente sostenible, que también incluye el uso de la IA para garantizar sistemas alimentarios sostenibles en el futuro. Además, cada persona debe estar alerta cuando interactúa con una máquina. Porque las transformaciones actualmente en curso no son solo cuantitativas, sino, sobre todo, son cualitativas, porque afectan la forma en que se llevan a cabo estas tareas y la forma en que percibimos la realidad y la naturaleza humana misma, tanto que pueden influir en nuestros hábitos mentales e interpersonales. La nueva tecnología debe ser desarrollada de acuerdo con criterios que garanticen que realmente sirva a toda la “familia humana”, respetando la dignidad inherente de cada uno de sus miembros y todos los entornos naturales, y teniendo en cuenta las necesidades de aquellos que son más vulnerables. El

objetivo no es solo garantizar que nadie quede excluido, sino también expandir aquellas áreas de libertad que podrían verse amenazadas por el condicionamiento algorítmico.

A todo ello, puede y debe ayudar especialmente el derecho, sabiendo ponderar bien los derechos individuales y los intereses colectivos, y sin dejar de ocupar un papel central en la protección del individuo que ahora se ve expuesto, no ya a los peligros clásicos por parte del Estado, sino por parte de actores privados cuyo poder y capacidad de influir en los procesos de toma de decisión no encuentran precedente en nuestra Historia.

2. En tiempos éticos difíciles, el diablo se viste de Bentham

En marzo de 2020, recién declarada la pandemia por la Organización Mundial de la Salud, y siendo previsible una saturación de los medios hospitalarios de soporte vital (véase, respiradores), una sociedad científica publicaba, con gran impacto y repercusión en la opinión pública, unas recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos⁷⁰.

Las recomendaciones se justificaban, porque “una pandemia global, como la del SARS-COVID-19, puede abrumar la capacidad de las instalaciones ambulatorias, los departamentos de emergencias, los hospitales y los servicios de medicina intensiva (SMI). Impacta en los recursos disponibles, tanto a nivel de estructuras, de equipamientos y de profesionales, con graves consecuencias en los resultados de los pacientes, de sus familias, de los propios profesionales sanitarios y de la sociedad en general” y “se produce, temporalmente, un desequilibrio entre las necesidades clínicas y la disponibilidad efectiva de los recursos sanitarios”. Para la sociedad científica, “esta situación excepcional se debe manejar como las situaciones de “medicina de catástrofe... La falta de planificación en situaciones de escasez de recursos puede llevar a la aplicación inapropiada de la situación de crisis, al desperdicio de recursos, a la pérdida inadvertida de vidas, a la pérdida de confianza y a decisiones innecesarias de triaje / racionamiento”. Por ello, en palabras de las recomendaciones, “Es imprescindible establecer un triaje al ingreso, basado en privilegiar la “mayor esperanza de vida”, y unos criterios de ingreso claros y de descarga de la UCI, basados en un principio de proporcionalidad y de justicia distributiva, para maximizar el beneficio del mayor número posible de personas”.

Como puede deducirse de dicha explicación, en este contexto de “medicina de catástrofe”, debe planificarse la utilización de los recursos, partiendo no solo de criterios científicos, sino también de principios éticos y de las propias exigen-

⁷⁰ Puede accederse a dichas recomendaciones a través de la página web de la sociedad científica en <https://semicyuc.org>

cias del Estado de derecho, debiendo prevalecer “el principio de justicia distributiva”. Pese a tal advertencia de la importancia de los criterios éticos, además, de los estrictamente científicos, las recomendaciones sitúan a las personas con discapacidad y a las de mayor edad en una situación de evidente desventaja en el acceso a los recursos hospitalarios de medicina crítica e intensiva. Y sin bien es cierto es que las recomendaciones no establecen ningún criterio explícito de despriorización o peor prioridad de dicho colectivo, el problema radica en varios de los conceptos y criterios que incorporan las Recomendaciones, como el de “años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*)”, añadiendo a continuación que “en personas mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada”; la afirmación de que “cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva”; o la omisión expresa dentro de la descripción de los grupos vulnerables a las personas con discapacidad.

En todo caso, el criterio que incorporaban dichas recomendaciones y que tuvo mayor impacto fue el de, literalmente, “Tener en cuenta el valor social de la persona enferma”. El propio Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y el Defensor del Pueblo denunciaron que tales criterios no eran aceptables en nuestra sociedad democrática y de derechos, señalando este último que el combate contra la enfermedad no puede dejar de lado en ningún momento los principios básicos sobre los que se cimienta nuestra sociedad democrática, garantizando en todo momento la dignidad de las personas, cualquiera que sea su condición, y el respeto a sus derechos y libertades consagrados en la Constitución⁷¹.

¿Cómo debe interpretarse dicha mención al valor social? ¿Cómo puede evaluarse la utilidad social como parámetro para priorizar a unos pacientes frente a otros?

El Diccionario del Español Jurídico nos dice que un “bien de reconocida utilidad social” es aquel de primera necesidad, remitiéndose, además, a lo dispuesto en el artículo 250 del Código penal que dispone que el delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social. Así pues, siguiendo quizás la máxima kantiana sobre la dignidad, lo que nos viene a decir dicho Diccionario, y el propio ordenamiento jurídico, es que cuando hablamos de utilidad o valor social, nos estamos refiriendo a los bienes y no las personas, en respeto de la propia condición ontológica del ser humano.

Igualmente, el Diccionario de la Lengua Española define “valor” con varias acepciones, pero todas ellas referidas en el significado propio del término a los

⁷¹ Vid. <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/defensor-crisis-covid/>

bienes o cosas. Así, nos dice que valor es el “grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite”, “cualidad de las cosas, en virtud de la cual se da por poseerlas cierta suma de dinero o equivalente”, “importancia de una cosa”. Y cuando el término valor puede predicarse de las personas y no de las cosas lo es en su acepción de “cualidad del ánimo, que mueve a acometer resueltamente grandes empresas y a arrostrar los peligros” o “persona que posee o a la que se le atribuyen cualidades positivas para desarrollar una determinada actividad”. Esta última, quizás, es la acepción a la que ha podido querer referirse la sociedad científica en sus recomendaciones, aunque los términos serían, en todo caso, extraordinariamente vagos, porque la cualidad positiva para desarrollar determinada actividad sitúa la relevancia no tanto en la propia actividad sino en las cualidades de la persona para desarrollarla.

El término “valor social” es extremadamente ambiguo y éticamente discutible, porque todo ser humano por el mero hecho de serlo es socialmente útil, en atención al propio valor ontológico de la dignidad humana. Recurrir al concepto de valor social de los individuos significa, inexorablemente, que unos tendrán más valor que otros. Y si bien hay que esperar que la eficiencia presida toda buena elección social, no debemos olvidar que la eficiencia no es una varita mágica que hace desaparecer los conflictos morales ni está ella misma completamente libre de valores⁷². Y Pemán Gavín recuerda que las características de la actividad sanitaria asistencial —en la que las situaciones difíciles y dolorosas para los enfermos y sus familias no son en absoluto excepcionales— determinan también un perfil diferencial respecto a otros servicios y prestaciones públicos: hacen que la materia no pueda abordarse exclusivamente con meras pautas de gestión burocrática, ni tampoco de simple eficiencia gerencial, sino que se requiere un «suplemento de alma», una especial atención desde el punto de vista de la individualización, la dignidad y la humanidad en el trato a los pacientes y sus familiares⁷³.

Samuel R. Bagenstos recuerda que privar a las personas con discapacidad en tiempos de catástrofe del acceso a prestaciones sanitarias que puedan resultarles beneficiarias es igualmente injustificable que hacerlo en tiempos ordinarios. Pero advierte de una forma aparentemente más sutil de hacerlo que resultaría también discriminatoria: negar que esas personas con discapacidad resulten idóneas para recibir determinados tratamientos. En el primer supuesto aceptamos el beneficio del tratamiento, pero negamos el acceso a la prestación por razón de la discapacidad. En el segundo negamos la idoneidad de la persona con discapacidad para

⁷² PUYOL, A. “Ética y priorización en las listas de espera de sanidad”, en VVAA, *Listas de espera ¿Lo podemos hacer mejor?*, Cuadernos de la Fundación Victor Grifols i Lucas, núm. 10, Barcelona, 2009, p. 30.

⁷³ PEMÁN GAVÍN, J., “Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro”, *RAP*, n. 156, septiembre-diciembre 2001, pp. 110 y 111.

obtener un beneficio terapéutico de la prestación⁷⁴. No habría, pues, base científica para negar la asistencia a dichas personas, más allá de criterios económicos o puramente ideológicos.

Además, las decisiones de racionamiento médico se toman en tiempos de gran incertidumbre e implican pronósticos (sobre la posibilidad de recuperación y la calidad de vida después de la recuperación) que son inciertos. Es natural que cualquiera que decida bajo tales condiciones se guíe por sus valores y prejuicios, aunque solo sea inconscientemente, para resolver dichas incertidumbres. Y, además, existe una amplia evidencia de sesgo generalizado contra la discapacidad entre los profesionales médicos, un problema que se ve exacerbado por la representación insuficiente de las personas con discapacidad entre sus filas⁷⁵. Cuando los profesionales médicos determinan que una discapacidad limita la calidad de vida de una persona, están haciendo un juicio normativo controvertido que a menudo no refleja los puntos de vista de las personas discapacitadas⁷⁶.

Las recomendaciones parece también que asumen la doctrina de los *fair-innings*, de manera que todo el mundo tendría derecho a vivir el mismo número de años y con una calidad de vida saludable similar. Más allá de eso, ya no es un derecho, sino un regalo de la fortuna o un privilegio inmerecido para quien lo obtiene en detrimento de otros. El criterio de priorización por edad presupone una forma de vida “estructurada” en la que se han cumplido ciertas etapas y se ha entrado ya en el ocaso, siendo contingente que esto haya sido así y que, en la comparación, no sea el viejo de más de setenta años quien merezca su “fair-inning”. Así, una persona de cincuenta años ha podido vivir muy intensamente, cumplir muchos de sus propósitos juveniles y poder morir habiendo cerrado los capítulos más importantes de su existencia, mientras que el de ochenta pudiera ser en cambio el que justo ahora, por fin, empieza a disfrutar de una suerte de “edad dorada” después de una vida sujeta a infortunios diversos⁷⁷. Es una suerte de maltusianismo en el que se parte de la premisa de que la desaparición de ancianos generará un saludable rejuvenecimiento, revitalizará la demografía, en palabras de Adela Cortina⁷⁸.

Por tanto, el verdadero problema de las citadas recomendaciones, desde un análisis estrictamente ético, es que suponían una expresión manifiesta de una posición extremadamente utilitarista, cuando desde hace ya décadas parece que habíamos llegado al acuerdo de que el utilitarismo, para la solución de problemas

⁷⁴ BAGENSTOS, S.R., “May Hospitals Withhold Ventilators from COVID-19 Patients with Pre- Existing Disabilities? Notes on the Law and Ethics of Disability-Based Medical Rationing”, *Yale Journal Forum*, n. 130, 2020, pp. 1 a 15, p. 5.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 6.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁷⁷ DE LORA, P., “¿No es respirador para viejos? Sobre la “ética del bote salvavidas” y la COVID-19”, *Letras Libres*, 31 de marzo de 2020.

⁷⁸ CORTINA, A., *Ética cosmopolita...*, *op. cit.*, p. 92.

éticos complejos, era hartó insuficiente. El problema que presenta el utilitarismo, como regla principal para la toma de decisiones éticas, es la poca relevancia que concede a determinados valores y derechos humanos en pos de la eficiencia. A este respecto, resulta sumamente ilustrativo recordar la frase de uno de los padres del utilitarismo, Jeremy Bentham, cuando afirmaba que “natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense – nonsense upon stilts”⁷⁹. Por ello, para evitar que conceptos tan ambiguos como la dignidad o los propios derechos humanos afectaran a la eficacia en la toma de decisiones por las autoridades públicas, ofreció a la política, no una propuesta filosófica o ética, sino una mera solución pragmática que permitiera cuantificarlas numéricamente, basándose en datos empíricos⁸⁰, aunque con la plausible aspiración de lograr la mayor felicidad y bienestar para el mayor número de ciudadanos.

Porque, en palabras de Adela Cortina, el utilitarismo no distingue los dos lados de lo ético: lo justo y lo felicitante. Lo justo es aquello que se exige en una comunidad política; lo felicitante, aquello a lo que se invita. Y, por ello, más allá de la felicidad, es preciso encontrar los mínimos de justicia⁸¹.

Como señalara el Comité de Bioética de España en su Informe sobre el medicamento PrEP de 2017, el enfoque utilitarista cae en la falacia de la ausencia de separabilidad moral de las personas, es decir, asume que el valor moral de las personas es intercambiable: la salud que unos ganan compensa la que otros pierden siempre que el resultado sea una suma positiva. El enfoque utilitarista ignora el imperativo categórico kantiano, que ha conformado el concepto universal y secularizado de dignidad humana, y que prohíbe utilizar a las personas exclusivamente como medios para los fines de otros. La compensación interpersonal de las vidas humanas entre sí, con el fin de maximizar unos presuntos beneficios colectivos, es incompatible con la primacía de la dignidad humana. Y precisamente por ello, en una comunidad basada en el imperio de la ley, los derechos individuales no pueden quedar subordinados al objetivo de una agregación orientada hacia la maximización de los beneficios colectivos.

Y en palabras de Lydia Feito, la doctrina del utilitarismo, aun cuando se ha pretendido revestir de una aparente complejidad, es una mera expresión intuitiva que permite una respuesta moral casi inmediata, sin reflexión profunda de los valores en conflicto y, en especial, de la dignidad⁸². Para Jorge José Ferrer y Juan Carlos Álvarez, el utilitarismo clásico plantea, entre otros, el problema de olvidar que las personas tienen derechos inalienables e inadmisibles que no están sujetos a ningún cálculo⁸³. Y ello, porque el utilitarismo se construye como so-

⁷⁹ BENTHAM, J., “Anarchical Fallacies”, en Bowring, J. (ed.) *Works*, vol. 2 (1843).

⁸⁰ DAVIES, W., *The Happiness Industry: How the Government and Big Business Sold Us Well-Being*, Verso books, 2016, pp. 14 a 17.

⁸¹ CORTINA, A., *Ética cosmopolita...*, op. cit., p. 77.

⁸² FEITO, L., *Neuroética. Cómo hace juicios morales nuestro cerebro*, Plaza y Valdés, Madrid, 2019, p. 166.

lución a los dilemas éticos dejando a un lado la dignidad ontológica del ser humano, que es percibida como una abstracción o una creación ideológica.

Esta ausencia de verdadera reflexión ética profunda en la forma de resolución de conflictos que postula el utilitarismo conecta, además, con lo que vamos a comentar de inmediato, la incorrecta transformación de problemas en dilemas. Señala Diego Gracia que el ser humano tiende a reducir todos los posibles cursos de acción a dos, y además extremos, dejando en la penumbra todos los posibles cursos intermedios que son los más difíciles de ver, a lo que nosotros añadiríamos que además son los que requieren de mayor tiempo y profundidad en la reflexión para ser vistos. De este modo, para simplificar la toma de decisiones optamos por lo dicotómico, produciéndose lo que denomina sesgo del dilematismo⁸⁴.

Y curiosamente, este regreso a los postulados benthamianos no fue exclusivo de nuestro país, sino también de otros con una cultura ético-legal muy similar a la nuestra como Italia.

Así, las recomendaciones de la Sociedad Científica Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia Intensiva (Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva), publicadas el 13 de marzo de 2020, bajo el título de *Raccomandazioni di ética clínica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*⁸⁵, señalaban que la asignación en un contexto de grave escasez de recursos sanitarios debe tener como objetivo garantizar tratamientos intensivos a los pacientes que tienen mayores posibilidades de éxito terapéutico, es decir, para los que tienen una mayor expectativa de vida. Las Recomendaciones proponen recurrir al estado funcional del paciente pues lo que sería un proceso asistencial relativamente corto para un individuo sano podría convertirse en uno mucho más largo y, por lo tanto, de más consumo de recursos para pacientes frágiles o con comorbilidades graves. El problema no radica en que las recomendaciones italianas, como ocurre con las emitidas por las sociedades científicas patrias, pretendan atentar a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, sino que, bajo el fuerte aroma del utilitarismo, terminan por hacerlo.

⁸³ FERRER, J. J. y ÁLVAREZ, J. C., *Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*, 2.ª ed., Universidad Pontificia Comillas-Desclée de Brouwer, Madrid, 2003, p. 112.

⁸⁴ GRACIA GUILLÉN, D., *Bioética mínima*, Triacastela, Madrid, 2019, pp. 104 y 105.

⁸⁵ Puede accederse a dichas Recomendaciones a través de la página web de la citada Sociedad Científica italiana en el siguiente enlace:

<http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>

Puede también accederse a una versión no oficial en lengua inglesa de dichas Recomendaciones en el siguiente enlace de la OMS: <https://www.who.int/ethics/topics/outbreaks-emergencies/covid-19/en/index2.html>

Valerio Rotondo en su valoración jurídica de dichas recomendaciones señala que la aproximación utilitarista adoptado por las mismas en la solución del problema de la asignación de recursos no solo no convence, sino que, además, puede estar en contra del principio personalista que conforma nuestro ordenamiento jurídico, el cual asume que la persona es su valor máximo y su tutela el principio constitucional supremo, existiendo un derecho fundamental a la salud, ámbito inviolable de su dignidad, tal y como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina⁸⁶. Y Laura Palazzani considera que, si bien tales recomendaciones no pueden ser consideradas como explícitamente utilitaristas, de su línea argumentativa se derivan algunos elementos que pueden interpretarse en esta lógica⁸⁷. La misma conclusión alcanza Lorenzo D'Avack, presidente del Comité Nacional para la Bioética italiana: entre los modelos de referencia ética en la asignación de los recursos de salud, es evidente que Siaarti [la sociedad científica italiana autora de las Recomendaciones] se refiere al "utilitario", desarrollado por los países anglosajones, y recientemente, también incorporado por el Grupo de Bioética de la Sociedad Española de Unidades Intensivas, Críticas y Coronarias (Semicyuc)⁸⁸.

Las recomendaciones italianas no incluyen de manera expresa, como sí lo hacen las nuestras, el controvertido concepto del valor social, pero éste acaba por deducirse de los criterios que incorpora de edad, fragilidad o comorbilidad que sí emplean en su determinación de la prioridad⁸⁹.

Igualmente, el primer borrador de Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados de Medicina Crítica en Situación de Emergencia, del Consejo de Salubridad General de México, ofrece el mismo vicio de utilitarismo. Sin embargo, tras la polémica que en la opinión pública tuvo su contenido inicial, el borrador fue sustancialmente modificado, apartándose de criterios utilitaristas.

3. De repente, todos los problemas se transformaron en dilemas

Como ya hemos anticipado antes, otro de los fenómenos éticos que se apreció al inicio de la pandemia fue el de la transformación de todos los problemas en dilemas. Y si bien es cierto que la priorización, cuando se trata de la toma

⁸⁶ ROTONDO, V., "La decisión clínica en una situación de pandemia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, año 2020, p. 159.

⁸⁷ PALAZZANI, L., "La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?", *Biolaw journal*, núm. 2, año 2020, p. 364.

⁸⁸ D'AVACK, L., "CoViD-19: criteri etici", *Biolaw journal*, núm. 2, año 2020, p. 373.

⁸⁹ Además de las recomendaciones mencionadas de la Semicyuc, también el Observatorio de Derecho y Bioética de la Universitat de Barcelona publicó unas recomendaciones en las que recurría al criterio de la edad para priorizar; *Recomendaciones para la toma de decisiones éticas sobre el acceso de pacientes a unidades de cuidados especiales en situaciones de pandemia. Documento de consenso del OBD*, 27 de marzo de 2020, http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/doc_recom-pandemia.pdf

decisiones cuyo resultado pueden determinar que un paciente vea acortada su vida por ser peor en preferencia que otro cuyo pronóstico ofrece mayores posibilidades éxito, se torna en dilemática, mostrándose los dos cursos de acción como extremos, ello no significa que todo conflicto que surja en el contexto de esta crisis deba ser interpretado y resuelto en clave de dilema. Antes al contrario, algunos de los conflictos aún pueden resolverlos a través de cursos de acción intermedios.

En palabras de Markus Gabriel, hablamos de dilema ético cuando nos hallamos delante de alternativas que conducen todas ellas a la imposibilidad de cumplir con una exigencia moral. En el caso de un dilema, aunque hagamos algo bueno, al mismo tiempo, estaremos dejando de hacer una cosa buena y necesario, lo que moralmente estará mal⁹⁰.

Un ejemplo casi paradigmático de problema transformado en dilema es el de la casi absoluta exclusión del acompañamiento o de la asistencia espiritual durante el proceso de morir de muchos pacientes. Muchos de nuestros conciudadanos han muerto solos y sin asistencia espiritual porque la solución ha sido extrema, dilemática. Se ha partido de una regla general que se ha aplicado de manera taxativa a todos los casos, obviando una mínima reflexión acerca de las posibilidades de haber facilitado un mínimo acompañamiento o asistencia espiritual ¿Han sido idénticos todos los casos? ¿ha sido el peligro de transmisión del virus el mismo? no lo creemos. Y no pretendo en modo alguno minusvalorar la extraordinaria labor del personal sanitario que ha ido con creces más allá de sus deberes profesionales, incluso en el acompañamiento y cuidado de dichos pacientes, sino a los políticos y gestores.

Como señalara el Comité de Bioética de España en su Declaración sobre el derecho y deber de facilitar el acompañamiento y la asistencia espiritual a los pacientes con Covid-19 al final de sus vidas y en situaciones de especial vulnerabilidad⁹¹, más allá del esfuerzo que los profesionales sanitarios —cualquiera que sea su estatus— ya están haciendo para paliar esta carencia afectiva, se debe estudiar el modo de permitir el acceso de, al menos, un familiar, sobre todo, en los momentos de la despedida. Y si bien es cierto que las circunstancias forzadas por una infección con tan alta contagiosidad y letalidad hacen que sea imperativa la adopción de medidas muy estrictas para prevenir la transmisión de este virus, ello no obsta para que se reflexione sobre el modo de facilitar un entorno más compasivo en el morir de estos pacientes, lo cual forma parte de la auténtica calidad asistencial. En tiempos tan convulsos como los que se han vivido, la reflexión sobre valores debe encontrar un mínimo espacio y no caer en la mera asunción de patrones de conducta que se desentienden de deberes tan esenciales en el ámbito asistencial como los de beneficencia y no maleficencia.

⁹⁰ GABRIEL, M., *Ética para tiempos oscuros...*, op. cit., p. 20.

⁹¹ Puede accederse a dicha Declaración a través de la página web del Comité, en el siguiente enlace: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/CBE_Declaracion_sobre_acompanamiento_COVID19.pdf

Por lo tanto, no puede negarse que la pandemia nos coloca frente a dilemas, siendo el de la priorización un ejemplo de ello, pero, pese a ello, no podemos transformar toda cuestión a resolver en dilemática, con renuncia a la búsqueda de los cursos de acción intermedios.

4. En salud, ustedes, políticos, mandan pero no saben

Durante el verano del año 2020, un grupo de sociedades científicas españolas —55 sociedades científicas nacionales, que representaban a más de 170.000 profesionales sanitarios— aprobaron un decálogo por el que exigían de los poderes políticos dejar a un lado la contienda y el enfrentamiento y guiarse por criterios científicos claros y comunes⁹². El lema del manifiesto fue “En salud, ustedes mandan pero no saben”.

En el decálogo se recogen, entre otras afirmaciones, que “Sólo las autoridades sanitarias, sin ninguna injerencia política, deben ser quienes establezcan las prioridades de actuación con respecto a otras enfermedades, cambios organizativos y previsiones adecuadas a cualquier patología, sea cual sea la edad de los pacientes y su nivel socio-económico”, denunciando que “Aquí y ahora, la lentitud burocrática en resolver temas legales, técnicos y administrativos sólo consigue agravar las soluciones. Frenen ya tanta discusión y corran a la acción”.

Piden las sociedades científicas a los dirigentes y políticos que “Acepten, de una vez, que para enfrentarse a esta pandemia las decisiones dominantes deben basarse en la mejor evidencia científica disponible, desligada por completo del continuo enfrentamiento político”.

El decálogo, al margen de los acertado de varias de sus propuestas, olvida, sin embargo, que la resolución de una crisis como la que estamos viviendo, de origen sanitario, pero con impacto en otros ámbitos diferentes, como el económico, educativo o político, debe resolverse no solo por quienes tienen conferido por el pueblo su representación, los políticos y no los científicos, y de acuerdo con criterios y soluciones que atiendan al problema de una manera global. Sin educación no hay política. Sin política difícilmente puede existir una economía que atienda también el interés general. Y sin economía poca salud habrá, cuando, en palabras de la Organización Mundial de la Salud, lo económico es uno de los principales determinantes (sociales) de salud, debiendo ser, por tanto, las soluciones guiadas por acciones multisectoriales⁹³. Ya la Carta de Ottawa estableció que “Una buena salud

⁹² Puede accederse a dicho decálogo a través de la página web [change.org](https://www.change.org/p/partidos-pol%C3%ADticos-covid-19-manifiesto-de-los-sanitarios-espa%C3%B1oles-en-salud-mandan-ustedes-pero-no-saben?utm_source=share_petition&utm_medium=custom_url&recruited_by_id=a504c400-04a5-11eb-9c8f-0f1470973f90) a través del siguiente enlace: https://www.change.org/p/partidos-pol%C3%ADticos-covid-19-manifiesto-de-los-sanitarios-espa%C3%B1oles-en-salud-mandan-ustedes-pero-no-saben?utm_source=share_petition&utm_medium=custom_url&recruited_by_id=a504c400-04a5-11eb-9c8f-0f1470973f90

⁹³ Vid. Resolución de la 62.ª Asamblea Mundial de la Salud, de 22 de mayo de 2009, en https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/A62/A62_R14-sp.pdf?ua=1.

es la principal fuente de desarrollo personal, económico y social, y una dimensión importante de la calidad de vida. Todos los factores políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales, comportamentales y biológicos, pueden favorecer la salud o serle perjudiciales”⁹⁴.

Por ello, podemos afirmar que los científicos de salud saben, pero son manifiestamente insuficientes para resolver un problema de salud como actores únicos o, incluso, principales. La solución a crisis como la que estamos viviendo exige la conjugación de diferentes factores en juego y, para ello, no es que estén mejor preparados los políticos, sino que son los únicos que están democráticamente legitimados. Quizás la afirmación de Tolstoi de que la Ciencia carece de sentido puesto que no tiene respuesta para las únicas cuestiones que nos importan, las de qué debemos hacer y cómo debemos vivir, sea demasiado extrema. La Ciencia nos ayuda a comprender mejor el entorno y, con ello, nos puede ofrecer elementos para avanzar en la respuesta a aquéllas trascendentales preguntas, pero, ciertamente, no nos da la respuesta.

Ya Max Weber señaló que una cuestión es política y una decisión es políticamente condicionada cuando la respuesta a la cuestión o las condiciones de la decisión dependen directamente de los intereses en torno a la distribución, la conservación o la transferencia del poder, y en una crisis como esta pandemia, precisamente, esta es la cuestión por dilucidar⁹⁵.

Pero es que, además, pese a la denuncia de dichas sociedades científicas, de la que pudiera deducirse que han sido los políticos los que han tomado las principales decisiones, las referencias a los expertos, a lo que defienden o proponen los científicos y los técnicos, han sido permanentes en las comparecencias de las autoridades públicas. Incluso, muchas de dichas comparecencias han estado presididas, no por responsables políticos, sino por los propios expertos. De este modo, se ha producido una aparente sustitución de la política por la Ciencia, lo que creemos que obliga a reflexionar sobre cuál es el papel de la ciencia y cuál es el de la política, aunque ya acabamos anticipar algo.

En todo caso, no se trata de un debate nuevo ni en la filosofía, ni en la ética ni en el propio derecho público. José Esteve Pardo ha dedicado varios años de su más reciente investigación académica a dicha cuestión. Y así, denuncia que el carácter expansivo de la actividad científica y tecnológica no puede ir en detrimento del carácter jurídico-político de la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas. Son funciones de distinto contenido las que se encomiendan a los poderes científico y político. El poder científico tiene funciones de información, dictamen y, en definitiva, valoración de riesgos, pero no de decisión. La legitimación científica, por el conocimiento experto y especializado, no al-

⁹⁴ Puede accederse a la Carta de Ottawa en el siguiente enlace: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/Carta-de-ottawa-para-la-apromocion-de-la-salud-1986-SP.pdf>.

⁹⁵ WEBER, M., *El político y el científico*, op. cit., p. 84.

canza así al poder decisorio, que corresponde a las instancias públicas que tengan atribuidas —por determinación constitucional en último término— tales funciones⁹⁶.

Esteve Pardo añade que, más relevante tal vez que las determinaciones constitucionales sobre las funciones de la ciencia y el derecho, es la diferencia natural y de objetivos de estos dos poderes. Si a la ciencia no le compete la adopción de decisiones, ello no es sólo por falta de legitimación sino, sobre todo, porque ella misma no pretende decidir. No podemos esperar decisiones de la ciencia. No es solo que la ciencia es prudente por naturaleza, sino que sus investigaciones, sus informes, sus resultados frecuentemente expresados en probabilidades, en términos relativos, están permanentemente abiertos a la discusión y la controversia. Existen controversias científicas no resueltas en torno a muchos de los riesgos para la salud que son hoy objeto de debate político y social, y sobre los cuales el derecho, las instancias y órganos habilitados para ello, deben adoptar importantes decisiones. Esa facultad y obligación de decidir del derecho, concluye, son al mismo tiempo la grandeza y la servidumbre del derecho y de sus operadores⁹⁷.

Daniel Innerarity nos recuerda que una democracia es un sistema en el que no son los expertos quienes tienen la última palabra, sino la ciudadanía, lo que se traduce en el hecho de que por encima de la administración están los políticos, es decir, quienes nos representan⁹⁸. Pero para dicho autor el problema no solo es de legitimidad, sino también de autoridad y complejidad. Delegar la toma de decisiones políticas en los expertos puede resultar un recurso persuasivo, pero no parece ni que éstos tengan suficiente autoridad cuando sus opiniones son fácilmente contestables desde la propia ciencia ni paradójicamente reducen la complejidad del problema a resolver, antes al contrario, lo aumentan al producir mayor imponderabilidad y contingencia⁹⁹.

En el ámbito de la Bioética, Diego Gracia Guillén ha llevado a cabo una crítica similar bajo el término de la falacia tecnocrática. Y así nos dice que dicha falacia reduce los problemas éticos a meros problemas técnicos, trasladando, incluso, la gestión del propio poder a los expertos, de manera que éstos no solo tendrán la capacidad de gobernar su propio sector productivo sino, más allá, la sociedad en general¹⁰⁰. Para Gracia Guillén, esta forma de ejercicio del poder es una herencia del positivismo, donde los fenómenos morales son meras cuestiones de hecho, de modo que la ética queda disuelta en la ciencia o en la técnica. En esta tecno-

⁹⁶ ESTEVE PARDO, J., “Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”, *Documentación Administrativa*, nn. 265-266, enero-agosto 2003, p. 142.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ INNERARITY, D., *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020, p. 189.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 256.

¹⁰⁰ GRACIA GUILLÉN, D., *Bioética mínima*, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

cracia moral todo conflicto moral será un problema técnico mal planteado y peor resuelto, siendo su máxima expresión la teoría de la elección racional¹⁰¹.

A través de esta referencia a la teoría de la elección racional podemos, además, conectar el fenómeno que estamos ahora analizando con los demás fenómenos que hemos descrito que se han producido durante la pandemia, como son el sesgo del dilematismo y la abrupta irrupción del utilitarismo. Así es, la teoría de la elección racional supone una aproximación puramente dilemática a los problemas morales de manera que de los dos posibles cursos de acción habría que optar por el correcto, que coincidiría con el más altamente probable o con el que tiene mayor posibilidad de éxito, y excluir el que no lo es, no existiendo alternativas a las soluciones extremas, conectando al mismo tiempo, como puede verse, con el utilitarismo.

También se ha referido a esta confusión entre política y ciencia, con palabras muy elocuentes, la Pontificia Academia para la Vida, en su Nota sobre la emergencia Covid-19, bajo el título de *Pandemia y Fraternidad Universal*, de 30 de marzo de 2020. En la Nota, la Pontificia Academia advierte de que “las decisiones políticas tendrán ciertamente que tener en cuenta los datos científicos, pero no pueden reducirse a este nivel. Permitir que los fenómenos humanos se interpreten sólo sobre la base de categorías de ciencia empírica sólo produciría respuestas a nivel técnico. Terminaríamos con una lógica que considera los procesos biológicos como determinantes de las opciones políticas, según el peligroso proceso que la biopolítica nos ha enseñado a conocer. Esta lógica tampoco respeta las diferencias entre las culturas, que interpretan la salud, la enfermedad, la muerte y los sistemas de asistencia atribuyendo significados que en su diversidad pueden constituir una riqueza no homologable según una única clave interpretativa tecnocientífica”¹⁰².

La metáfora sobre la Nueva Atlántida de Francis Bacon, en relato apropiado del de Platón, de una perfecta isla, Bensalem, gobernada por científicos, la Casa de Salomón, es la metáfora del desastre, como ya nos lo ha mostrado con creces la Historia y no tal lejana. Y el problema no es solo que el derecho como expresión formalizada de la decisión política ceda su espacio de decisión a la Ciencia, sino peor aún que trate de emular ésta, la deriva cientifista, porque ya la primera mitad del siglo XX nos dejó una importante herida en la dignidad humana a la que contribuyó, aunque en algunos casos fuera sin intención de ello, el positivismo.

Además, el cientifismo provoca, en muchas ocasiones, la pretensión de alcanzar el riesgo cero, es decir, la sociedad sin riesgo y, precisa y paradójicamente, que en el riesgo se encuentra el progreso de nuestras actuales sociedades. Aspirar a la supresión absoluta del riesgo en nuestras sociedades no solo no es posible,

¹⁰¹ Ibidem, p. 38.

¹⁰² Pontificia Academia para la Vida, *Pandemia y Fraternidad Universal*, Ciudad del Vaticano, 2020, p. 4. Puede accederse a dicha Nota a través de la web de la Pontificia Academia, en www.academylife.va. Último acceso el 12 de abril de 2020.

sino que, además, puede ser visto como un objetivo que no debe ser perseguido. El riesgo es expresión de progreso y como dice la estrofa de una conocida canción mejicana de los Tigres del Norte, en lo más seguro hay riesgo. La clave estaría, pues, no en la eliminación absoluta del riesgo, alternativa imposible e, incluso, indeseable, sino en la búsqueda de un equilibrio, del riesgo tolerable o, en similares términos, de la eliminación del riesgo inaceptable. Lo que Mary Douglas denominó *aceptabilidad del riesgo*.

Y la determinación de qué riesgos son o no aceptables nos exige, no tanto formularnos directamente dicha pregunta, sino preguntarnos, en primer lugar, qué tipo de sociedad queremos construir, y, a partir de ahí, en segundo lugar, hacer depender la política de gestión del riesgo de las ideas políticas aceptadas acerca de la justicia. No se trataría, en consecuencia, de determinar cuáles son los riesgos que podemos aceptar, sino reflexionar sobre quiénes recae soportar dichos riesgos y si ello es conforme con el principio de justicia. El asunto de los niveles aceptables de riesgo forma parte de la cuestión de los niveles aceptables de vida y de los niveles aceptables de moralidad. Porque, habitualmente, la sociedad del riesgo cero lo que hace es consolidar o, incluso, agravar la vulnerabilidad y precariedad de una parte de la sociedad y, en su defecto, preguntémonos si medidas como el confinamiento o el cierre perimetral afectan por igual a todas las clases sociales, a todos los trabajadores, profesionales. Y como recordara el Padre Kolvenbach en su discurso de celebración de los ciento cincuenta años de la Universidad de Santa Clara en Estados Unidos de América, el 6 de octubre de 2000, citando la Congregación General 32, “el camino hacia la fe y hacia la justicia son inseparables.

En palabras ahora de Sheila Jasanoff, el determinismo tecnológico responde a tres falacias. La primera derivada de la creencia de que el cambio tecnológico es una fuerza autónoma que depende de una lógica interna de desarrollo y es responsable principal del cambio social. La segunda, derivada de la anterior y basada en la idea de que solo los ingenieros y los expertos deberían desempeñar la tarea de control de dicho cambio. Y, por último, la tercera basada en la convicción de que cuando el cambio tecnológico tiene efectos sociales adversos estos son inevitables y solo mediante más tecnología, no menos, puede corregirse¹⁰³.

Michael Sandel conecta, en su crítica a la meritocracia, ésta con el cientifismo. Y señala que la nueva versión tecnocrática de la meritocracia corta el vínculo entre mérito y juicio moral. Y así, el valor de las aportaciones de las personas equivale al valor del mercado, de los bienes o servicios que venden. Y en el terreno del gobierno, presupone que el mérito significa un conocimiento experto tecnocrático¹⁰⁴.

¹⁰³ JASANOFF, S., *The ethics of invention: technology and the human future*, Norton, Nueva York, 2016. Vid., también, LÓPEZ CEREZO, J. A., *La confianza en la sociedad del riesgo*, op. cit., pp. 176 y 177.

¹⁰⁴ SANDEL, M., *La tiranía del mérito...*, op. cit., p. 41.

En definitiva, nuestras democracias que se mueven en las movedizas arenas de lo que Ulrich Beck tildara de sociedad del riesgo¹⁰⁵ han de enfrentarse a nuevos retos complejos y en los que la ignorancia ocupa un gran protagonismo. Sin embargo, la nueva democracia del conocimiento no supone el gobierno por sistemas expertos, sino mediante la integración de dichos sistemas en procedimientos de gobierno más amplios. La ciencia no es el proceso de formulación de políticas, sino solo una parte de él¹⁰⁶.

Un ejemplo de la radical insuficiencia de la ciencia para resolver nuestros problemas tuvo lugar a finales del pasado mes de mayo, con ocasión de la aparición de una serie de trombocitopenias, evento muy grave, en unas pocas personas vacunadas con la primera dosis de una de las primeras vacunas autorizadas por la Agencia Europea del Medicamento. Con ocasión de dichos eventos adversos muy graves pero infrecuentes, en muchos países europeos, y entre ellos España, se inicia un debate y la consiguiente toma de decisiones sobre la conveniencia o no de seguir vacunando con dicha vacuna y, en su caso, a quiénes vacunar. En medio del revuelo social generado por la toma de diferentes decisiones por parte de las autoridades en pocos días que se presentaban como contradictorias, y ante la dificultad de alcanzar un acuerdo, si bien, no unánime, pero sí muy mayoritario en el órgano colegiado de coordinación del Sistema Nacional de Salud, el ya muy conocido Consejo Interterritorial, por el Ministerio de Sanidad se solicita que, por parte del Comité de Bioética de España, se emita un informe acerca de la posibilidad de que las personas a vacunar en segunda dosis de dicha vacuna y menores de sesenta años (las trombosis se habían producido casi exclusivamente en menores de dicha edad) puedan elegir la vacuna en pauta heteróloga, es decir, con una segunda dosis de una vacuna diferente, las de ARNm, o con una pauta homóloga, es decir, con la misma vacuna, pese al riesgo de trombocitopenia.

Tal petición de pronunciamiento del Comité de Bioética de España que es bueno recordar que no constituye un órgano decisor, sino meramente consultivo, pero independiente y de carácter oficial, al haber sido creado mediante previsión legal contenida en la Ley de investigación biomédica de 2007, suscitó un interesante debate acerca de si la bioética, a través del Comité, tenía realmente palabra u opinión alguna en esta compleja decisión. Filósofos y pensadores de la categoría de Fernando Savater plantearon sus dudas acerca de dicha posición protagonista del Comité, aunque sin verdadero demérito de la ética en la toma de decisiones complejas (véase, la Tribuna publicada en la contraportada del diario El País, en su edición del sábado 29 de mayo de 2021).

Y, ciertamente, dicho debate resultó, una vez más sorprendente, dado que volvía a poner en duda la presencia de la Ética, a través de su aparente hermana

¹⁰⁵ BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

¹⁰⁶ Anthony King en cita de Peter Gluckman. Vid. KING, A., "Science, politics and policymaking. Even though expert knowledge has become indispensable for policymaking, providing scientific advice to governments is not always easy", *EMBO Rep.*, 2016 Nov; 17(11), pp. 1510 a 1512.

menor, la bioética, como si la decisión fuera, bien solamente científica, o bien exclusivamente política. Y no es difícil pensar que si, en lugar de Fernando Savater, hubiera sido Max Weber el que hubiera analizado dicho episodio, poca duda hay de que hubiera apelado, una vez más, a la ética de la responsabilidad para evitar decidir sobre la base de una mera ética de la convicción, en la que la decisión es una mera cuestión de cálculo que en el debate de mayo de 2021 se traduciría en una mera comparación entre los números que arrojaría el cálculo de las vidas y salud a perder por las trombocitopenias de los vacunados con la misma pauta homóloga y las vidas y salud salvadas por haber vacunado a los salvados de dicho evento adverso grave.

Sin embargo, una vez más, puede ser bueno recordar que el marco de la toma de decisiones complejas es precisamente en el que se mueve habitualmente la bioética, por lo que precisamente la decisión por la que se le preguntó es su hábitat natural. Como dijera hace años Carol Levine, recordando como surge la bioética en relación como reacción a la experimentación con seres humanos sin contar con su consentimiento, ocurrida, por cierto, décadas después de las atrocidades nacionalsocialistas, la bioética “nació en el escándalo y creció en el proteccionismo”. Este es su papel, proponer soluciones a conflictos y dilemas en los que la vida, integridad y salud de los seres humanos pueda verse desprotegida o comprometida. Y el debate de la segunda dosis era precisamente de dicha naturaleza.

Pero es que, además, la bioética ofrece en la toma de dichas decisiones complejas o difíciles una cara amable que no es otra que atender al lado humano de la toma de decisión. La bioética como expresión de humanismo o de contención de un cientifismo meramente utilitarista o basado en la ya citada ética de la convicción supone colocar al ser humano y su dignidad en el centro de la toma de decisión. El debate sobre la segunda dosis, no era sustancialmente sobre vacunas, sino sobre personas a las que se va a vacunar y sobre la salud colectiva. Por ello, la ciencia ni tiene ni debe tener, una vez más, la última palabra, aunque su voz sea muy relevante en este campo, porque de personas se trata. Y menos aún, puede tenerla, cuando la ansiada evidencia científica se ve envuelta de mucha incertidumbre.

Y no es que las pandemias sean algo nuevo en la humanidad ni las vacunas la última invención del ser humano. Hablamos de contextos y herramientas de salud bien antiguas. Pero la ciencia avanza, a pasos agigantados, y ello genera nuevos logros, nuevas evidencias, pero también nuevas incertezas, nuevos riesgos, como expresaran hace unas pocas décadas Ulrich Beck y Mary Douglas. Y ese panorama donde los *logos* y *pathos* se muestran insuficientes para la toma de decisiones, el *ethos*, que nunca debe de dejar de estar presente, cobra, si quiera, un mayor protagonismo.

En definitiva, uno de los aprendizajes de esta pandemia y que nos abre una ventana hacia la esperanza en un mundo de postpandemia que no estará tampoco exento de muchas incertidumbres, es que la Bioética ha estado presente

en la toma de las decisiones de salud más difíciles de la pandemia, sobre todo, en lo que ha sido el complejo debate de la priorización y planificación del acceso a unas vacunas tan necesarias para poder volver a la añorada normalidad, pero aún escasas. La sombra de Bentham ha acechado la toma de decisiones no solo al inicio de la pandemia, con la crisis de los respiradores, sino, incluso, más tarde, cuando la incertidumbre de alguna de las vacunas y la meta de vacunar cuanto a más gente mejor, podían hacer pensar que la decisión era un mero cálculo de beneficio frente a perjuicio. Y puede que bioética no acierte siempre, pero, sus errores, al menos, serán humanos, como los son nuestros problemas y a quienes afectan las decisiones, también seres humanos.

5. El control de los ciudadanos a través de la salud: una vuelta a la biopolítica de Foucault

Ya nos advertía Michel de Montaigne hace varios siglos que el miedo supera en intensidad al resto de los desórdenes. Y parece que ahora los poderes públicos o, al menos, algunos de ellos, pueden haberse percatado que la salud y sus riesgos constituyen un instrumento extraordinario de control de los ciudadanos. La propia reacción de nuestros ciudadanos este largo año y medio puede ser interpretada en un doble sentido: bien como una expresión de responsabilidad ciudadana y madurez cívica, o bien como una expresión de miedo. Para determinar cuál ha sido la verdadera razón aún nos quedan años para el análisis y conclusión definitiva.

Esta aparición de la salud como posible instrumento de control de los ciudadanos coincide temporalmente con el desarrollo de la salud como mero bien de consumo, de la salutogénesis, es decir, con una visión de la salud holística que incorporaría también al bienestar e, incluso, al mero mejoramiento y con la *eHealth*, como expresión anglosajona que haría referencia a la aparición de diferentes artilugios y tecnologías vinculadas a control personal, directo o indirecto, de la salud del individuo (wearables, apps, etc.).

Y tal eclosión de la tecnología de consumo diario y ordinario en el ámbito de la salud reviste una sustancial importancia en el contexto de la pandemia, porque al temor que infunde el virus, se une la posibilidad de establecer un sencillo mecanismo de difusión de dicho temor y de control del comportamiento de los individuos.

El Comité Nacional de Bioética de Italia, en su Informe sobre los aspectos bioéticos de las aplicaciones móviles de salud de 28 de mayo de 2015¹⁰⁷, ya nos advirtió de que, si bien dichas aplicaciones presentaban unos beneficios indudables

¹⁰⁷ Puede accederse a dicho Informe a través de la página web del Comité Nacional de Bioética de Italia, en <http://bioetica.governo.it/it/>.

para la salud individual y colectiva, también podían suponer riesgos importantes. En primer lugar, porque pueden generar fácilmente adicciones. Una simple y sola pulsación es todo lo que se necesita para entrar en el mundo del potencial infinito que ofrece la salud móvil para la protección de la salud y la construcción de la identidad individual mediante la comparación continua con el propio cuerpo, incluso respecto a partes del cuerpo más ocultas e impalpables, como cambios en los niveles de glucosa en sangre o arritmias cardíacas. Ello, puede dar lugar a diversas formas de adicción, tanto individuales como sociales y políticas. La dependencia personal se expresaría a través de la atención a los cambios continuos en la propia condición física y psicológica, que podrían conducir a una patología genuina de la conciencia de la salud, exacerbando el miedo a la enfermedad y la atención permanente a detalles insignificantes y la consiguiente medicalización, lo que se ha denominado “quantified self”, que puede traducirse como “yo cuantificado”. Este concepto expresa una tendencia a incorporar la tecnología en la vida cotidiana con el registro y comparación de datos en tiempo real sobre la actividad humana¹⁰⁸.

Esta tendencia se enmarca en un contexto en el que la prevención se entiende cada vez más en un sentido individualista, desvalorizando la dimensión colectiva de la salud. Tiene como resultado la inducción de estilos de vida específicos, con énfasis en el control, la autogestión de la salud y la responsabilidad individual por la propia salud. Una tendencia similar puede contribuir a exacerbar formas de fanatismo de la salud y medicalización de la vida, poniendo un énfasis particular en la salud entendida reductivamente como solo bienestar físico.

Pero es que, más allá, de la dependencia individual, puede también vislumbrarse un futuro escenario de dependencia política, convirtiendo la utilización de estas tecnologías en obligatoria, reduciendo el espacio para la autonomía individual y justificando una intrusión cada vez más intensa en la esfera personal. Y también una dependencia económica, de manera que el precio de estas tecnologías, al principio insignificante, tenderá a aumentar en la medida en que la demanda aumenta junto con su uso generalizado y sistemático. Es principalmente el mercado el que estimula y alimenta la proliferación de la salud móvil y, por lo tanto, será el mercado, sin una regulación adecuada, el que decida los precios y las condiciones de uso.

Para Byung-Chul Han, el régimen biopolítico de vigilancia que puede permitir la pandemia es el final del liberalismo. El liberalismo no habrá sido más que un episodio. Y ello, porque el último hombre profetizado por Nietzsche, no es un defensor de la democracia liberal. El confort representa para él un valor superior a la libertad. La psicopolítica digital, que hace fracasar la idea liberal de la libertad, no perturba su bienestar. Y la histeria por la salud hace que constantemente se esté vigilando a sí mismo. Erige en sí una dictadura interior, un régimen de control interior. Cuando

¹⁰⁸ Sobre este interesante concepto, vid., en especial, el ya citado antes trabajo de LUPTON, D., *The quantified self*, Polity Press, Cambridge, 2016.

la dictadura interior se topa con la vigilancia biopolítica, esta última no se percibe como opresión, pues viene en nombre de la salud. Por eso, el último hombre se siente libre en el régimen biopolítico¹⁰⁹, pese a estar bajo su estricto control.

Incluso, añadiría Byung-Chul Han, unos años después, que el Big Data, bajo el presunto imperativo de la transparencia, en el que puede asentarse esta nueva forma de control biopolítico, es el fin de la Ilustración, porque genera un saber dominador que hace posible intervenir en la psique humana y manejarla¹¹⁰.

El panóptico de Bentham en el que un único vigilante podía observarlo todo y a todos se muestra como una nueva realidad, resonando como actuales las palabras de Kant cuando respondía a la pregunta de qué es la Ilustración¹¹¹:

La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡Sapere aude! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón! he ahí el lema de la ilustración.

La pereza y la cobardía son la causa de que una tan gran parte de los hombres continúe a gusto en su estado de pupilo, a pesar de que hace tiempo la Naturaleza los liberó de ajena tutela; también lo son de que se haga tan fácil para otros erigirse en tutores. Es tan cómodo no estar emancipado. Tengo a mi disposición un libro que me presta su inteligencia, un cura de almas que me ofrece su conciencia, un médico que me prescribe las dietas, etc., etc., así que no necesito molestarme. Si puedo pagar no me hace falta pensar: ya habrá otros que tomen a su cargo, en mi nombre, tan fastidiosa tarea. Los tutores, que tan bondadosamente se han arrogado este oficio, cuidan muy bien que la gran mayoría de los hombres (...) considere el paso de la emancipación, además de muy difícil, en extremo peligroso. (...)

¹⁰⁹ HAN, B.-C., *La sociedad paliativa*, op. cit., p. 88.

¹¹⁰ HAN, B.-C., *La desaparición de los rituales*, op. cit., p. 106.

¹¹¹ KANT, I., “¿Qué es la ilustración?”, *Filosofía de la historia*, FCE, México, 1981, pp. 25 a 27.

CAPÍTULO TERCERO
El Estado de derechos

1. Los derechos fundamentales como fin de la democracia

En el fondo, la crisis constitucional que nos está mostrando la pandemia estos meses, si bien no es fruto de ella, ya que se inicia años antes, sí que, al menos, pone en duda que nuestro sistema constitucional y legal disponga de las herramientas jurídicas e institucionales que permitan afrontar un contexto tan complejo y dramático como del que tenemos delante de nosotros. O quizás, siguiendo las palabras de Santiago Muñoz Machado, este desconcierto jurídico, político y administrativo que nos rodea es parte consustancial de la historia de las epidemias, como ocurriera dos siglos antes con la fiebre amarilla que llegó a Cádiz en 1800 en la goleta Delfín, procedente de La Habana y que se reprodujo virulentamente a partir de 1808, tras una tregua de cuatro años, afectando a los propios protagonistas de una de las gestas más importantes de nuestra historia constitucional, el proceso constituyente de Cádiz¹¹².

También, el profesor Pedro Cruz Villalón, quien fuera, además, presidente del Tribunal Constitucional entre finales del siglo pasado y comienzos de éste, señalaba en una interesante Tribuna, publicada en el diario El País, que la dura realidad es que la presente emergencia es de una magnitud tal que difícilmente podríamos encontrarla acabadamente reflejada en ninguno de los estados de emergencia previstos, sea el estado de alarma, el de excepción o el de sitio. La extensión de estas medidas a todo el territorio nacional, su extensión a toda la población, sin olvidar ahora su prolongación en el tiempo, hacen difícil su descripción con arreglo a las categorías constitucionales disponibles¹¹³.

Debemos empezar recordando que los derechos fundamentales y las libertades públicas constituyen la clave de bóveda del propio Estado constitucional. Son su fin. Los derechos son concebidos como límites al poder sin los cuales no cabe el contrato social que representa la Constitución. Son una condición *sine qua non* (un *prius*) para la celebración del pacto social y, por ello, aparecen en primer

¹¹² MUÑOZ MACHADO, S., “El poder y la peste de 2020”, *El Cronista*, núm. 90-91, año 2021, pp. 117, 118 y 128.

¹¹³ Tribuna que bajo el título de “La Constitución bajo el estado de alarma” fue publicada en la edición de El País del 17 de abril de 2020.

lugar, antes que la parte orgánica, es decir, que la propia división de poderes, que sería el medio para lograr la garantía y promoción de aquéllos. El poder constituido es el que se divide, no el poder constituyente, en garantía de los derechos y libertades, precisamente, de éste.

Son también, en palabras de Luigi Ferrajoli, fragmentos de soberanía que conforman la esfera de lo no decidible por el poder constituido, de manera que en nuestra democracia es imposible la disociación entre la posibilidad de ejercicio de un poder político y el reconocimiento de derechos y libertades públicas. El fin último del derecho constitucional es la garantía de los derechos, y no simplemente la ordenación del poder.

Los derechos fundamentales son, en palabras de Robert Alexy, profundamente antidemocráticos, en el sentido de ser freno o límite a las decisiones democráticas¹¹⁴. Los derechos son más fuente de deslegitimación que de legitimación¹¹⁵. Porque en nuestras democracias una ley es válida, no solo cuando presenta la apariencia de regularidad formal en su producción, sino, sobre todo, cuando respeta los derechos fundamentales y libertades públicas¹¹⁶. Aunque tal confrontación entre derechos y democracia, entre minoría y mayoría no sea del todo correcta, según el propio principio democrático de la doctrina habermasiana, ya que la democracia sería la búsqueda del justo equilibrio para asegurar el correcto tratamiento de las minorías y evitar cualquier abuso de posición dominante¹¹⁷. Es, en sentido estricto, equilibrio, pues, no enfrentamiento.

En palabras de Prieto Sanchís, los derechos expresan esa reserva de “derecho natural” que, al constituir la sociedad política en una recreación del hipotético y legitimador contrato social, hacen los ciudadanos para identificarse como tales en el seno de una organización política autónoma y diferenciada. Una norma de competencia es simplemente una norma secundaria de organización y distribución del poder, que además puede traer causa de cualquier otra norma sobre la producción jurídica; una norma de derechos fundamentales es, en cambio, una norma sustantiva capaz de expresar esa *emoción constituyente de quien, como parte en un contrato, da vida a una institución que se explica y justifica precisamente en la salvaguarda y realización de tal horizonte normativo*¹¹⁸.

Y tal es la conexión entre derechos y comunidad política que en aquéllos no solo se reconoce una dimensión subjetiva, sino también objetiva, siendo, en pa-

¹¹⁴ ALEXY, R., “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en CARBONELL, M. (Edit.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 37 y 38.

¹¹⁵ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 37 y 38.

¹¹⁶ PRIETO SÁNCHEZ, L., *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, p. 69.

¹¹⁷ GARAT DELGADO, M. P., *Los derechos fundamentales ante el orden público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 33.

¹¹⁸ PRIETO SÁNCHEZ, L., *El constitucionalismo de los derechos*, op. cit., p. 69.

labras del propio Tribunal Constitucional (Sentencia 25/1981) algo más que meros derechos subjetivos que garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia, sino, más allá, elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica. El problema del ciudadano preocupado por esta convivencia no es solo que no le vulneren sus derechos, sino que no vulneren el de ninguno de sus conciudadanos. Los derechos son, así, no meros mecanismos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico, debido a que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política (STC 53/1985). Así, nuestro Alto Tribunal se hace eco de las ideas de Rudolf Smend, el jurista, no el teólogo —su padre—, expresadas en su obra *Constitución y Derecho Constitucional en 1928*.

Como recuerda otro alemán, Peter Häberle, los derechos fundamentales son rasgos esenciales de la democracia, sin cuyo reconocimiento y ejercicio ésta no puede existir¹¹⁹.

Así pues, cuando hablamos de derechos, hablamos del núcleo de nuestro sistema constitucional. En expresión tradicional de Ronald Dworkin, los derechos importan, y añadido, porque la democracia importa.

Por todo ello, el debate suscitado en el marco de la pandemia y en relación con la limitación de los derechos fundamentales nos sitúa en la propia esencia de nuestra democracia constitucional. No es un problema de los individuos que puedan verse afectados más directamente por dichos límites, sino es un problema que debe concernirnos a todos, estemos más o menos confinados, o más o menos enmascarados. La puesta en cuestión de los derechos, la comprensión del estado de excepcionalidad como lo ordinario, no solo debilitan al individuo, sino a la comunidad política.

Y han sido varias las cuestiones que se han suscitado con ocasión de la limitación de derechos fundamentales, como vamos a ver de inmediato, a salvo de una segunda cuestión general que creemos que también debe ser abordada, aunque sea brevemente.

2. ¿Puede operar la salud pública como un límite a los derechos individuales y, más concretamente, a la libertad de los individuos?

Como ha proclamado de manera reiterada nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de la doctrina de los límites

¹¹⁹ HÄBERLE, P., „Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz“, p. 17; citado por SOLOZÁBAL, J. J., en “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *REDC*, núm. 32, p. 93.

inmanentes, ningún derecho es absoluto, de manera que todos los derechos son limitados. Y tales límites pueden derivar tanto de la necesidad de asegurar un disfrute universal y simultáneo de los derechos, pudiendo entrar en conflicto con los derechos de terceros (conflictos entre derechos) como de la de conjugar el respeto a los derechos con el respeto a otros bienes o valores constitucionales (conflictos entre derechos e intereses generales). Y en cuanto al segundo de estos conflictos, la salud pública, debemos recordar, constituye uno de los títulos más clásicos y robustos de limitación de los derechos y libertades, formando parte de una conocida tríada junto al orden y la moralidad públicas. Y, si bien, como señala César Cierco Seira, tiene también su parte resbaladiza¹²⁰, pudiendo ser la mera excusa de la autoridad pública para limitar y suprimir derechos de manera generalizada, también es cierto que la salud pública puede, dentro de la imprecisión de los intereses colectivos, sujetarse a unos mínimos de acreditación fáctica de las razones que exigen acudir a las medidas limitadoras en pos del mismo. El propio método de la Medicina y de la Salud Pública, como disciplina, en concreto, permite que la invocación de dicho interés no sea un mero *horror vacui*, rellenando con el término la nada. La toma de decisiones de limitación y suspensión puede proveerse de datos estadísticos, opiniones de expertos, predicciones científicas de causalidad, lo que no es tan fácil con los dos otros dos límites de la tríada, el orden público y la moralidad pública.

Quizás el concepto *foucaultiano* de biopolítica ha generado cierto temor hacia la invocación de la salud colectiva, aunque ello podía ser más propio de regímenes autocráticos o venir referido, más que a la adopción de medidas extraordinarias en tiempos extraordinarios, como los que precisamente estamos viviendo, a la mera situación de ordinariedad en la que a través del control permanente de la salud y del bienestar del individuo se ejerce una especie de nuevo control político.

Y debe recordarse que, por lo que al ámbito de los derechos y la salud se refiere, si bien el principio vertebrador de nuestro modelo, como del de la casi totalidad de los países de nuestro entorno, es el de la autonomía, que se manifiesta en la garantía del consentimiento informado, ello encuentra como principal excepción la salud pública.

El artículo 2 de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, dispone que “1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica”, añadiendo, a continuación, que “2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”. Tales disposiciones se completan con la consagración del con-

¹²⁰ CIERCO SIERA, C., *Vacunación, libertades individuales y Derecho público. Ensayo sobre las principales claves para la regulación de la vacunación pública en España*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 85.

siguiente derecho a rechazar el tratamiento: “4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”.

Y, en el ámbito de la salud pública, el artículo 5.2 de la *Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública* establece que “Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública”.

Tal principio de autonomía y los derechos que se derivarían del mismo han sido, además, consagrados como verdaderos derechos fundamentales por la doctrina del Tribunal Constitucional, esencialmente, en la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, en la que el Alto Tribunal estableció que el derecho del artículo 15 de la Constitución no solo protege contra ataques dirigidos a lesionar el cuerpo o espíritu del individuo, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Y estos derechos, destinados a proteger la “incolumidad corporal”, han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada.

Así pues, para el Tribunal, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda, con carácter general, comprendido en el derecho a la integridad personal que consagra el citado artículo 15.

Este derecho fundamental conlleva, en palabras también del Tribunal Constitucional, una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida. Por esa razón, el máximo intérprete de la Constitución afirma que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que tenga una justificación constitucional.

Y concluye el Tribunal señalando que, aunque el precitado artículo 15 no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, ello no implica que la figura del consentimiento quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral. Y, por tanto, cualquier actuación médica que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada. De ahí que el legislador deba establecer los mecanismos

adecuados para la obtención del consentimiento del sujeto que se ha de ver sometido a una intervención médica, así como los supuestos que, desde una perspectiva constitucional permitirían prescindir del mismo, conforme a intereses generales consagrados en la Constitución o derechos de terceros que puedan verse afectados.

Así pues, el consentimiento del paciente respecto de cualquier intervención sanitaria sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad o de riesgo para su salud.

Pero para que tal derecho pueda ejercerse con verdadera autonomía, se exige, como condición *sine qua non*, que el paciente cuente con la información médica y de salud adecuadas sobre las medidas terapéuticas. Sólo si dispone de dicha información, el individuo podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.

El propio Tribunal Constitucional considera, en la misma Sentencia 37/2011, que tal derecho a autorizar o rechazar el tratamiento alcanza también al derecho a elegir entre las opciones terapéuticas disponibles: “Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas”. Y, a continuación, la misma Sentencia se refiere a la libertad de elección “entre las opciones que se le presenten”.

Tal derecho de elección se encuentra regulado también en la citada Ley 41/2002, en su artículo 2: “3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas

disponibles”. Por lo tanto, el derecho no se expresaría solamente a través de la posibilidad de autorizar o rechazar el tratamiento médico, sino también de elegir entre las opciones que pudieran existir. Ello reviste toda lógica, porque si el individuo tiene un derecho a la incolumidad corporal, ello implica no solo el de autorizar o rechazar que su integridad se vea afectada por el tratamiento, sino que, además, lo sea por aquél, dentro de las opciones elegibles, que considera mejor para sus propios intereses.

Así pues, nuestro ordenamiento jurídico no solo consagra el derecho a la autorización o rechazo del tratamiento, sino también el derecho a elegir entre las opciones disponibles.

Sin embargo, la misma Ley 41/2002 dispone como límite a dichos derechos en el ámbito de la salud, el de la salud pública. El artículo 9.2 dispone que “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”.

Así pues, la salud pública constituye no solo un límite que goza de suficiente cobertura normativa, con carácter general, sino que se proclama como tal en el propio ámbito del derecho a autorizar el tratamiento médico.

Y ello, no puede sujetarse a debate o controversia alguna, en la medida que el interés colectivo de la salud pública persigue, lisa y llanamente, no solo la protección de la salud de la comunidad, consagrada en el artículo 43 de la Constitución, sino, sobre todo, la vida e integridad, consagradas en el artículo 15 de la Constitución. Y así, el Auto 239/2012, de 12 de diciembre, del Tribunal Constitucional recuerda que “la garantía del derecho a la salud no sólo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual de las personas” (Fj 5.º). Y añade que existe una vinculación entre protección de la salud como principio rector, y vida e integridad como derechos fundamentales, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos, asunto *VO c. Francia* de 8 de julio de 2004), por lo que resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles.

3. ¿Estado de alarma o de excepción? ¿Limitación de derechos o verdadera supresión?

Siguiendo un orden cronológico en lo que se refiere al debate de la limitación de los derechos fundamentales, la pandemia se inauguró en clave de derecho cons-

titucional con la declaración del estado de alarma y ello ya generó el primer debate académico acerca de su constitucionalidad y de su oportunidad. Algunas voces prestigiosas consideraron, probablemente con acierto que, si bien era necesaria la adopción de una medida tan extrema (que ha sido calificada tradicionalmente en términos metafóricos como la dictadura constitucional), ante un supuesto de hecho tan extremo y con tal impacto en la vida e integridad de las personas, la fórmula escogida no fue la más correcta, la de la alarma, porque la situación implicaba la necesidad no solo de limitar derechos, sino, más allá, suspenderlos.

El debate, pues, se tradujo, de lo que dieron buena cuenta los medios de comunicación con la publicación de múltiples Tribunas de reflexión legal firmadas por nuestros más insignes juristas en los primeros meses de la pandemia, en determinar si el estado a declarar era el de alarma o, en su defecto, el de excepción (dejamos a un lado a algunos negacionistas estrafalarios que postulaban la adopción de medidas menos coercitivas sobre la base de una inexistencia de una verdadera emergencia sanitaria) y si las primeras medidas adoptadas, en especial, el estricto confinamiento domiciliario constituía una medida de mera limitación o de verdadera suspensión de los derechos fundamentales.

Ambas cuestiones están directamente interrelacionadas, porque, si atendemos a los términos en los que se expresa el artículo 55. 1 de la Constitución, en el mismo se nos dice que los derechos reconocidos (cita varios de ellos), podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Es decir, la aparente suspensión, que no limitación, por ejemplo, de la libertad de circulación que se acordó en el Real Decreto 463/2020, artículo 7, difícilmente puede entenderse que tenga encaje constitucional en el estado de alarma.

Hay que recordar que la Ley Orgánica que regula tales excepcionales, 14/1981, de 1 de junio, no ha optado por una fórmula gradualista, y, por lo tanto, los diferentes estados excepcionales no vienen predeterminados por la intensidad de la crisis, sino por tener unos presupuestos fácticos o habilitadores de naturaleza o sustancia cualitativamente (y no cuantitativamente) distinta¹²¹. Lo relevante, pues, es el supuesto fáctico y no la intensidad exigida a la hora de limitar y/o suspender derechos en pos de la situación de gravedad.

Sin embargo, frente a ello, tampoco parece adecuado optar por proclamar el estado de excepción, como alternativa. Y ello, porque si bien, el estado de alarma habrá de traer causa de una alteración grave de la normalidad provocada por catástrofes, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud, o por crisis sanitarias, como serían como epidemias y situaciones de contaminación graves, el de excepción responde a un supuesto de hecho más político que natural (cuando el libre ejercicio de los derechos y li-

¹²¹ CUENCA MIRANDA, A., "Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la Covid-19 y el derecho de excepción", en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 9.

bertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo). Y el problema radica, pues, en que el supuesto de hecho que supone una pandemia no encaja en el que describe el estado de excepción como causa justificadora. Por el contrario, el mismo encuentra pleno encaje, incluso, literal —el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, habla explícitamente de “crisis sanitarias, tales como epidemias”—, en el que se describe como habilitador para estado de alarma.

Sin embargo, no le falta razón a Javier Díaz Revorio cuando en nota a pie de página afirma que no deja de parecerle una increíble pirueta argumentativa, utilizar el argumento de que teniendo en cuenta la antigüedad de la ley y su imposibilidad de prever la situación actual, es lícita la adopción de esas medidas bajo la cobertura del estado de alarma. Eso, supone para el autor, lisa y llanamente, decir que cabe ignorar la Ley en el punto de las previsiones sobre las medidas legítimas que cabe adoptar. Y es curioso que a veces este tipo de argumentación viene acompañada de una utilización cerrada, estrecha e intangible de la Ley en lo que atañe al supuesto habilitante para la declaración del estado de excepción, como veremos más adelante. Parece que los preceptos de la LO 4/1981 que establecen las medidas que cabe adoptar en cada estado han quedado superados por las circunstancias o no pueden aplicarse estrictamente, pero en cambio los relativos al supuesto habilitante son de estricta aplicación¹²².

Es un debate sobre el que se han emitido diferentes opiniones, tanto desde la Academia como de diferentes instituciones públicas. Así, por ejemplo, una Resolución del Defensor del Pueblo de 3 de septiembre de 2020, señala que el confinamiento, masivo, largo en el tiempo, constituye, por su propia naturaleza, una severa restricción de lo que pueden hacer las personas en su vida cotidiana. Y afecta, como no podía ser de otra manera, al ejercicio de los derechos fundamentales. Pero, en modo alguno, significa o significó durante el estado de alarma la suspensión de los mismos (sic!).

La diferencia entre limitación y suspensión de un derecho fundamental es ciertamente sutil y sometida a un arduo debate doctrinal. Sin embargo, algún autor sí que nos ha ofrecido cierta luz sobre esta oscura distinción. Así, Javier Díaz Revorio sostiene, creo con acierto, que la diferencia entre ambos conceptos que inciden sobre las facultades de ejercicio del derecho radicaría en que solo mediante la suspensión de un derecho podría afectarse a su contenido esencial¹²³. Y, por ello, el autor afirma que el Decreto por el que se decretó el estado de alarma en marzo de 2020 sí afectó al contenido esencial de la libertad de circulación, al es-

¹²² DÍAZ REVORIO, F. J., “Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales”, en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 24.

¹²³ *Ibidem*, p. 14.

tablecer un principio general de prohibición de ésta, que es incompatible con la preservación de este contenido esencial¹²⁴.

En todo caso, al margen de la riqueza de los debates, habrá que esperar, pues, a que el Tribunal Constitucional apacigüe el debate doctrinal y nos ilumine con su doctrina.

El debate, más allá del interés estrictamente académico que pueda tener, no creo que revista sustancial importancia, salvo en lo que se refiere a que, si bien el estado de alarma solamente exige un control a posteriori del Congreso de los Diputados, el estado de excepción lo exige a priori. Sin embargo, pienso que ya nadie puede discutir, conociendo como se desarrollaron los hechos durante los primeros meses de la pandemia, que la urgencia en su declaración estaba plenamente justificada y que nuestro ordenamiento constitucional y los poderes públicos tienen como fin principal proteger la vida y la integridad de los ciudadanos, derecho fundamental con el que, precisamente, se inaugura el catálogo de los proclamados en la Constitución.

El debate creo que está concluso, visto tan solo, por interés más académico, para valoración por el Tribunal Constitucional, y que no merece la pena ni ser materia de un TFG, aunque mostrara, si bien, no la más relevante, pero sí la primera fisura o incongruencia de nuestro aparentemente perfecto sistema normativo constitucional.

4. ¿Cabe limitar derechos fundamentales al margen del estado de alarma? ¿Pueden hacerlo las Comunidades Autónomas?

El segundo problema que ha sacado a la luz la pandemia sí que tiene mayor calado (de hecho ha entretenido a nuestros mandatarios nacionales y autonómicos durante muchos meses y a los propios medios de comunicación) y es el de la posibilidad de que, al margen de un estado de alarma, o extinguido y no prorrogado éste, puedan las Comunidades Autónomas limitar derechos fundamentales, si tales limitaciones pueden ser de carácter general, es decir, no individualizadas, sino recaer sobre una generalidad no individualizada pero individualizable de individuos (véase, por ejemplo, una población, localidad, provincia o, incluso, Comunidad Autónoma concreta y no personas concretas) y si, además, para ello son suficientes las cláusulas legales de habilitación que contienen las actuales leyes que regulan las situaciones de crisis de salud pública, en concreto, la Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública, la Ley General de Sanidad, la Ley General de Salud Pública y la Ley de cohesión y calidad del sistema nacional de salud.

Antes de empezar a desarrollar esta cuestión, es interesante recordar que en el ordenamiento español, las situaciones de grave riesgo contra la salud pública

¹²⁴ *Ibidem*, p. 15.

—y, en particular, las epidemias ocasionadas por enfermedades infecciosas— pueden abordarse tanto con la declaración del estado de alarma por el Gobierno de la Nación, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, para “crisis sanitarias, tales como las epidemias” (artículo 4.b), como mediante el ejercicio de las potestades ordinarias atribuidas a las autoridades sanitarias competentes por la legislación estatal —la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública— o autonómica que resulte de aplicación al ámbito territorial concernido¹²⁵. Es decir, no solo cabe afrontar una grave crisis de la salud pública desde el estado de alarma. Más aún, éste debe superar el principio de proporcionalidad, es decir, ser necesario, lo que significa que la crisis no pueda afrontarse por una medida que altere menos el sistema normal de funcionamiento de las instituciones. El estado de alarma constituye, en términos muy clásicos en el derecho penal, la *ultima ratio*, no la *prima ratio* o una *ratio* alternativa más.

Incluso, ambos órdenes de competencias no son alternativos ni excluyentes. La declaración del estado de alarma no impide que las autoridades sanitarias puedan acordar, al amparo de la legislación sanitaria estatal o autonómica, otras medidas distintas de las acordadas por el Gobierno en dicha declaración. La Ley Orgánica 4/1981, prevé, para los estados de alarma declarados con ocasión de una crisis sanitaria, que “la autoridad competente podrá adoptar, por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores (las específicas del estado de alarma), las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas” (artículo 12). De lo expuesto se derivan dos consecuencias: la primera, que, con independencia de las medidas contenidas en la declaración del estado de alarma, las autoridades sanitarias competentes, estatales o autonómicas, pueden acordar durante la vigencia del mismo otras previstas en la legislación sanitaria; y la segunda, que tales medidas han de ser compatibles con las previstas por la declaración del estado de alarma y no pueden, por tanto, contravenir las, sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad¹²⁶.

Por otro lado, debe mencionarse también que el debate se sitúa en lo que se circunscribe a las medidas que afectan a derechos fundamentales, es decir, los previstos en los artículos 15 a 29 de la Constitución y no a los derechos contenidos en los artículos 30 y siguientes.

De los artículos 53 y 81 de la Constitución se deduce que la limitación de los derechos fundamentales y las libertades públicas se sujetan a tres garantías: su desarrollo por Ley Orgánica, su sometimiento al principio de proporcionalidad (respeto del contenido esencial) y reserva de jurisdicción, es decir, que, al margen del estado de alarma, la limitación debe ser previamente autorizada judicialmente.

¹²⁵ Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2021, exp. núm. 213/2021.

¹²⁶ Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2021, exp. núm. 213/2021.

En cuanto a los derechos ordinarios, como puede ser la libertad de empresa, el ordenamiento jurídico en el ámbito de la salud pública (véase, en especial, artículo 54, apartados 1 y 2, de la Ley General de Salud Pública), establece diferentes medidas limitadoras, tales como la inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias, la intervención de medios materiales o personales, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias y la suspensión del ejercicio de actividades.

Tales medidas pueden ser adoptadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en materia de salud pública (artículo 148.1.21 CE) sin necesidad de previa autorización judicial.

En palabras del profesor Santiago Muñoz Machado, “es improcedente convertir a la jurisdicción contencioso-administrativa en una institución cogobernante de la crisis, requiriendo su autorización y aprobación de medidas anti pandemia decididas por las Administraciones Públicas, cualquiera que sea su nivel. La Constitución y algunas leyes, de forma muy específica en relación con determinados derechos, establecen la exigencia de autorizaciones judiciales previas para suspender o limitar derechos y no hay razón para eliminarlas en casos de emergencia (por ejemplo, respecto de las entradas en un domicilio, ex artículo 18.2 CE, en materia de protección de datos o de defensa de la competencia). Pero no tiene el menor sentido que se extiendan a supuestos en los que no haya una regulación que la imponga, que no existe en la legislación sanitaria, ni impliquen una restricción singular de derechos o libertades. Ninguna justificación tiene eliminar con carácter general, por razón de la emergencia sanitaria, los principios de ejecutividad y de ejecución forzosa de los actos administrativos. Las garantías no han de consistir en autorizaciones judiciales previas, sino en el control *a posteriori*, y la utilización de los procedimientos cautelares”¹²⁷.

Por tanto, el panorama de la lucha contra una pandemia desde la perspectiva de las medidas que ofrece el ordenamiento jurídico español sería el de las medidas adoptadas en el marco de un estado de alarma, que no exigirían previa autorización judicial, sino meras prórrogas y control del propio estado, esencialmente, por el Congreso de los Diputados; medidas adoptadas fuera del marco del estado de alarma y que incidan sobre derechos fundamentales y libertades públicas, las cuales deben estar reguladas por una Ley Orgánica, es decir, una norma del legislador nacional, no autonómico, y su adaptación exige previa autorización judicial; y, por último, medidas que incidan sobre los derechos de los artículos 30 y siguientes de la Constitución, en cuyo caso, no se precisa de una norma de naturaleza orgánica que las ampare, correspondiendo su regulación tanto al legislador nacional, estableciendo las bases legales que sustentan las acciones de coordinación y cooperación (artículo 149.1.16^a CE), como al legislador autonómico en el ejercicio de sus competencias en materia de sanidad e higiene (artículo 148.1.21 CE).

¹²⁷ MUÑOZ MACHADO, S., “El poder y la peste de 2020”, *cit.*, p. 128.

Nosotros como ya hemos apuntado antes, vamos a centrar nuestra reflexión en la cuestión de si las Comunidades Autónomas puede limitar (no regular, aclararemos ahora) derechos fundamentales y libertades públicas.

En cuanto a esta primera cuestión, el profesor Tomas de la Quadra Jannini nos aporta mucha luz, al distinguir, en su análisis de la cuestión, entre la competencia de regulación de la limitación de los derechos fundamentales, que solamente puede corresponderle al legislador estatal y la reserva de la competencia de ejecución, en relación con la cual, habrá que atender a las diferentes normas competenciales. Y en materia de protección de la salud pública, con carácter general, estas recaen en las Comunidades Autónomas.

Así pues, a la pregunta de si una Comunidad Autónoma puede limitar derechos fundamentales habrá que contestar que, si se trata, no de regular directamente los límites, sino de ejecutarlos bajo una competencia en materia de protección de salud pública, estando prevista en la ley tanto la competencia como el propio límite, obviamente, sí puede.

El profesor Santiago Muñoz Machado afirma al respecto que “todas las autoridades sanitarias, cualquiera que sea su nivel territorial, están habilitadas para adoptar las medidas de respuesta, proporcionadas y motivadas, a la emergencia. La situación de grave crisis permite un desplazamiento de la legalidad ordinaria y su sustitución por una legalidad de excepción adecuada”¹²⁸.

Ello, también lo corrobora el Consejo de Estado en su Dictamen emitido el 22 de marzo de 2021, con ocasión de la propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicita del Sr. Presidente del Gobierno la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la *Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia*. Así, se señala en el citado Dictamen que la Comunidad Autónoma siempre puede adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas —como ha hecho y hacen todas las autoridades autonómicas en situaciones de grave riesgo para la salud pública— con base en la *Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública*. Por tal razón, la regulación de un procedimiento de adopción de estas medidas está justificada y, en cuanto respeta los principios establecidos en la legislación estatal, no es contraria al marco constitucional¹²⁹.

También, varios Tribunales Superiores de Justicia han sostenido que la autoridad sanitaria autonómica es competente igualmente para limitar derechos fundamentales sobre la base del interés colectivo de la salud pública. Así, puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de agosto de 2020 que dispone que “los citados textos legales [cita la Ley General de Sanidad, de Salud Pública y la Ley Orgánica de medidas es-

¹²⁸ Ibidem, p. 127.

¹²⁹ Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2021, exp. núm. 213/2021.

peciales] permiten afirmar que las autoridades sanitarias en cada Comunidad Autónoma, a través de sus órganos competentes, pueden intervenir en las actividades públicas y privadas, para proteger la salud de la población y prevenir la enfermedad. Por ello, en situaciones de pandemia como la que atravesamos, para garantizar el control de brotes epidemiológicos y el riesgo de contagio, tienen competencias para adoptar medidas preventivas de contención y otras que supongan limitación de actividades y desplazamiento de personas, adecuándose al principio de proporcionalidad en el respeto de las libertades y derechos fundamentales”.

También, el algo más reciente Auto del mismo Tribunal Superior de 7 de mayo de 2021 señala que “Por tanto, la cobertura legal y la competencia de las autoridades sanitarias autonómicas para adoptar las medidas que se consideren necesarias para evitar la extensión de la enfermedad y que supongan limitación o restricción de derechos fundamentales en una situación de pandemia como la actual motivada por razones de urgencia o necesidad, ya ha sido afirmada por esta Sala, siempre que dichas medidas lo sean para el control de enfermedades transmisibles, sean las imprescindibles para conseguir tal finalidad y se ajusten al principio de proporcionalidad en la limitación que establezcan de derechos y libertades fundamentales”.

Y añade, de interés para el debate que nos ocupa, que “no tratándose de suspensión de derechos fundamentales que, por supuesto, requeriría de la utilización de otros instrumentos jurídicos, concretamente la declaración del estado de excepción o de sitio, como prevé el artículo 55.1 CE, la limitación de los derechos fundamentales por la autoridad autonómica, sin acudir a la declaración de estado de alarma que prevé la LO 4/1981, es perfectamente posible siempre que su previsión se contenga en una ley Orgánica, de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional”. Para el Tribunal de Madrid dicha Ley Orgánica es la de medidas especiales y, el precepto a aplicar, su artículo 3.

En cuanto a la segunda cuestión, la respuesta se muestra más compleja, porque aquí la doctrina no ha sido tan pacífica, aunque quien ahora les habla sostiene aquella posición para la cual, la regulación jurídica de las medidas especiales en materia de salud pública sí permitiría la adopción de medidas que tengan por destinatarios a una pluralidad de personas, no solamente a un individuo concreto, siempre que dichas personas puedan ser individualizadas. Cuando se propone una medida tal como el confinamiento de un barrio, zona básica de salud, o una población, la medida no es obviamente individual, por el carácter más genérico de los sujetos sobre los que recaen las mismas, pero sí permite hacer una determinación de quiénes serán los afectados.

Frente a tal posición, el profesor Javier Barnes considera que de la Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública se deduce que, dados los términos en los que se expresan sus preceptos, únicamente cabrían medidas individualizadas o más genéricas, pero, en este último caso, siempre que supusieran una ablación o limitación menor del derecho o libertad (véase, normas sobre aforos, desinfección, horarios, distancias). Es decir, medidas que configuran unas con-

diciones de ejercicio del derecho, pero sin que se aprecie una verdadera limitación extensa del mismo¹³⁰.

La posición que mantiene este último autor creo que no se corresponde con la propia naturaleza y consecuencias de las crisis de salud pública. Serían medidas que, en cuanto a la exigencia de individualización, estarían pensadas solamente para unos supuestos concretos de riesgos para la salud pública colectiva muy específicos, tales como la negativa al ingreso o tratamiento médico (véase, por ejemplo, vacunación) de un individuo concreto con posible detrimento de la salud de terceros. Sin embargo, este supuesto no constituye *per se* una crisis de salud pública, sino meramente una situación de riesgo para la salud. Pretender que nuestro sistema de protección de la salud pública se encuentra únicamente armado a través de la Ley Orgánica de medidas especiales para situaciones de riesgo puntual y concretas, pero no para cuando hablamos de una situación de grave riesgo para la colectividad, como lo es una epidemia y, más aún, una pandemia, es ignorar no solo el tenor literal de la precitada Ley Orgánica cuyo fin es proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro en un sentido necesariamente amplio, sino también, que la variedad de supuestos es muy amplia y que trasciende al mero riesgo derivado de un individuo o de un caso puntual. Lo relevante para la aplicación de la Ley Orgánica y de las correspondientes medidas es que concurren razones sanitarias de urgencia o necesidad. Lo que gradúa el tipo de medida a adoptar no es la norma competencial, es decir, la Ley Orgánica de estados de alarma, excepción y sitio o la Ley Orgánica de medidas especiales, de manera que las medidas más generales solo se aplicarían en el marco de la primera y las individuales en el de la segunda norma, sino la necesidad sanitaria y el propio juicio de proporcionalidad.

Por otro lado, como señala Gabriel Domenech, si la propia Ley Orgánica de medidas especiales distingue entre dos modalidades de medidas, en su artículo 3, las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, y las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible, resulta contradictorio que el segundo inciso reitere la misma idea que se recoge en el primero, es decir, que se interprete el segundo inciso como una segunda mención, repetición, de lo ya dispuesto en el inciso primero que se refiere a medidas individuales. Si las que el artículo 3 denomina “medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” solo se pudieran adoptar para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, ello sería totalmente redundante¹³¹.

¹³⁰ Tribuna de Javier Barnes en El País, el 14 de agosto de 2020, bajo el título de “Un falso dilema”. Puede accederse a la Tribuna a través del siguiente enlace: <https://elpais.com/opinion/2020-08-13/un-falso-dilema.html>.

¹³¹ DOMENECH PASCUAL, G., “Comunidades Autónomas, derechos fundamentales y Covid-19”, El Almacén del Derecho, 21 de julio de 2020. Puede accederse a dicho trabajo a través del siguiente enlace: <https://almacenderecho.org/comunidades-autonomas-derechos-fundamentales-y-covid-19>.

Y añade el mismo Gabriel Doménech que el artículo 3 no hace distinción alguna en función del número de afectos, de manera que operaría el aforismo que nos dice que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*¹³².

Cuando, por ejemplo, un confinamiento perimetral se refiere, no a individuos concretos, pero sí a una zona determinada en que se detecta, sin poder concretar los focos de contagio, unos índices claramente graves y superiores a la media del territorio del que se trata, sí cabría entender que concurre la suficiente previsibilidad en relación con la medida que se adopta y encontraría encaje en la propia Ley Orgánica de medidas especiales, al mencionar ésta el control de las personas enfermas y de quienes hayan estado en contacto con ellas¹³³.

El propio Consejo de Estado en su Dictamen de 22 de marzo de 2021, ya citado, señala que, si bien la medida contenida en dicha norma autonómica de “limitación o restricción de la libre circulación de las personas”, no está expresamente recogida en la Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública, es, sin embargo, indudablemente una de “las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato” a que se refiere su artículo 3. Precisamente por ello, tras la finalización del primer estado de alarma y antes de la declaración del segundo, es decir, cuando no estaba vigente el estado de alarma, el Ministerio de Sanidad, previo Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, estableció medidas de confinamiento perimetral autonómico que, con alguna excepción, fueron ratificadas por los Tribunales Superiores de Justicia¹³⁴.

De este modo, la manera de interpretar el citado artículo 3 sería en el sentido de que, al amparo del mismo, se permite la adopción de medidas individuales (inciso primero) y también, en formulación más amplia por la dificultad de tasar unos supuestos y medidas concretas, unas medidas sobre una generalidad (inciso segundo).

Por otro lado, puede también mantenerse que dicho artículo 3 se corresponde con el derecho de necesidad, por el que se otorgan unas habilitaciones amplias a las autoridades públicas, con la garantía de previo control judicial, dado que en contextos como los de grave riesgo para la salud pública como sería una pandemia es imposible prever por la autoridad pública cuáles son las medidas que exige la contención del riesgo. No es que las medidas no puedan preverse a priori, dado que estamos en el marco de crisis sanitarias que ya han tenido lugar en el pasado y sobre el que ofrecen muchos conocimientos la epidemiología y la propia salud pública como áreas de conocimiento científicas y sanitarias. El problema

¹³² Ibidem.

¹³³ Véanse, declaraciones del Fiscal Jefe de la Sección de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Pedro Crespo Barquero, al diario El País, en su edición del 10 de mayo de 2021.

¹³⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2021, exp. núm. 213/2021.

radica que cada crisis puede exigir la adopción de unas u otras medidas. Así, en los últimos años hemos asistido a diferentes crisis de salud pública de mayor o menor calado, y, en todas ellas, ha habido que adoptar diferentes medidas en función del riesgo inicial y de su evolución. El salubrista e, incluso, cualquier ciudadano es capaz de describir cuáles son las medidas de contención a adoptar, pero para ello hay que conocer qué tipo de crisis sanitaria debe hacerse frente.

De hecho, las propuestas que se han hecho desde alguna Comunidad Autónoma y, especialmente, desde la de Galicia, detallando de manera precisa las medidas a través de un amplísimo y detalladísimo catálogo de medidas constituye no una norma de carácter general, sino una mera norma *ad hoc* para este momento concreto, el de la pandemia de la Covid-19, pudiendo perder, con bastante probabilidad cualquier virtualidad para la próxima crisis de salud pública o similar.

Además, el propio debate al que hemos hecho referencia antes, sobre el encaje de las medidas adoptadas en el Real Decreto por el que se declara el estado de alarma en marzo de 2020, y, en concreto, si tales medidas suponían una limitación o verdadera suspensión de la libertad de circulación, pueden extraerse también una idea de interés para el debate que ahora nos ocupa.

Con ocasión de aquel debate se señaló, entre otros, por Javier Díaz Revorio que el confinamiento general adoptado en el primer estado de alarma supuso una verdadera suspensión de la libertad de circulación y no una mera limitación, por afectar al contenido esencial del derecho, lo que solamente cabría en los estados de excepción y sitio, pero no en el de alarma¹³⁵. Y, siguiendo con dicho argumento, puede afirmarse también que el único límite a la facultad de incidir sobre los derechos fundamentales sobre la base de la salud colectiva y en el marco legal que ofrece la habilitación general del artículo 3 *in fine* de la Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública, sería, precisamente, el del contenido esencial y no el de la afectación de sujetos individuales o individualizables. De este modo, un confinamiento sobre una población en general —en el caso concreto, fue toda la nación española— y no sobre sujetos individuales al amparo de la salud colectiva como el decretado a mediados de marzo de 2020 solo cabría dentro de un estado excepcional, por quedar afecto el contenido esencial.

Sin embargo, cuando el contenido esencial del derecho se respeta, admitiéndose, por ejemplo, el ejercicio de la libertad de circulación, pero limitada, como ocurrió con los confinamientos perimetrales decretados en el reciente estado de alarma que cesó el 9 de marzo de 2021, mucho menos intensos que el acordado al inicio de la pandemia, y algunas medidas adoptadas con posterioridad a dicha fecha por las Comunidades Autónomas, no cabría formular objeción alguna. El

¹³⁵ DÍAZ REVORIO, F. J., “Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales”, *cit.*, pp. 14 y ss.

problema, pues, no se sitúa en clave del carácter individual o individualizable de la medida limitadora, sino de en qué medida se salvaguarda el contenido esencial del derecho.

En todo caso, la discusión no solo no es pacífica en sede académica, sino tampoco en sede judicial. Así, encontramos tanto resoluciones del Tribunales que avallan la posibilidad de adoptar, al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica de medidas especiales, medidas más generales y no estrictamente individualizadas, como las que lo rechazan de plano. Como ejemplo de estas últimas, podemos citar el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de octubre de 2020 que declara que “el artículo 3 se está refiriendo siempre (...) a personas concretas y determinadas, que presentan una clara relación o asociación con el agente causante de la intervención administrativa, esto es, la enfermedad. Se habla de enfermos y personas que se han relacionado con ellos... En todo momento se ha entendido (...) que las medidas de control de enfermedades transmisibles adoptables por la Administración eran medidas sobre personas concretas y determinadas, por su relación directa o indirecta con la enfermedad, pero en ningún caso con el territorio o núcleo de población afectado” (FJ 6).

También, puede citarse el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de octubre de 2020 que señaló que “la referencia del artículo 3 LO 3/86 de 14 de abril a las medidas que se consideren “necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” han de entenderse referidas a aquellos a quienes se dirige el precepto, que son los “enfermos” y las “personas que han estado en contacto con los mismos”, respecto de los que cabrían medidas de “control” y las que resulten necesarias si el riesgo es transmisible y que estaban en relación con el artículo 8.6 Ley 29/98, como antes se ha apuntado, en la redacción previa a la Ley 3/2020. A quien no se dirige es a un colectivo de ciudadanos indeterminado y que no pueda afirmarse que sean enfermos o personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos. No puede perderse de vista que en la interpretación de restricciones de derechos fundamentales se ha de ser estricto, no voluntarista, sin desconocer que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria que pudiera justificar la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, en abstracto, pero habrían de ser adoptadas conforme a derecho, bien con una ley que las contemple y posibilite, bien mediante los mecanismos constitucionalmente previstos para dar base jurídica a dichas restricciones y con las garantías que los mismos prevén. En suma, la LO 3/1986 no debería aplicarse para limitar derechos fundamentales más allá de lo expresamente previsto en su artículo 3, por lo que para amparar limitaciones de alcance más general es preciso que se concreten dichas medidas y los supuestos para su aplicación, lo que haría precisa una reforma de la citada ley orgánica”.

Incluso, las reformas de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-administrativa llevadas a cabo por la Ley 3/2020 y el más reciente Real Decreto-ley 8/2021, permiten sostener que cabe la adopción de medidas limitadoras de los derechos fundamentales de personas no individualizadas pero individualizables.

La citada Ley 3/2020 reformó tanto las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo como, especialmente, las de la Sala de Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia. Así, en cuanto a la competencia de ratificar las medidas limitadoras de los derechos fundamentales adoptadas por las autoridades públicas en protección de un interés general, dispuso lo siguiente:

Los citados Juzgados conocerán (artículo 8.6) de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada.

El Tribunal Superior de Justicia lo hará (artículo 11.8) de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

Y, por último, la Audiencia Nacional (artículo 11.1 i), en términos prácticamente idénticos a los de los Tribunales de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria estatal considere urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

Así pues, la reforma supone atribuir a estos dos últimos Tribunales la competencia para conocer de dichas medidas cuando los destinatarios no estén identificados individualmente y en función de que las medidas hayan sido adoptadas por el Ministerio de Sanidad (Audiencia Nacional) o las Comunidades Autónomas o Administración local (Tribunal Superior de Justicia).

Esta reforma se ha completado varios meses después con el ya citado Real Decreto-ley 8/2021 que viene ahora a atribuir a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la competencia para resolver los recursos de casación que se interpongan contra las resoluciones de la Audiencia Nacional o los Tribunales Superiores de Justicia en el ejercicio de su competencia de autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria considere urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente. El plazo para la resolución de la casación se establece en cinco días.

En la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley se señala, como objetivo de la reforma, posibilitar que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo pueda entrar a conocer sobre los autos adoptados por las refe-

ridas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional en esta materia y pueda, además, fijar doctrina legal, con intervención de las administraciones públicas autonómica y estatal, además de la del Ministerio Fiscal, sobre el alcance de la legislación sanitaria en relación con las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales de los ciudadanos impuestas por las autoridades sanitarias, y todo ello, en un plazo muy breve de tiempo, que es lo que requiere una situación sanitaria tan grave y extraordinaria como la que obliga a esas autoridades a tener que adoptar esta clase de medidas y para la que no resultan eficaces los dilatados plazos que precisa el recurso de casación ordinario.

Y añade, además, la misma Exposición que es imprescindible, por tanto, que, en el momento de expiración de la vigencia del estado de alarma, el sistema procesal previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuente con un mecanismo idóneo que permita a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo resolver las dudas y divergencias que, sobre la interpretación y aplicación del marco normativo estatal, se puedan generar en los procedimientos de autorización y ratificación judicial de las medidas sanitarias. Y esta modificación del recurso de casación prevista en este real decreto-ley no puede ser aprobada mediante el procedimiento ordinario de tramitación parlamentaria, pues ello implicaría que, finalizado el estado de alarma y hasta la aprobación de tales reformas legislativas, las distintas interpretaciones y aproximaciones judiciales al marco sanitario estatal aplicable se seguirán produciendo, sin posibilidad de que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo pueda entrar a conocer de las mismas y pueda fijar jurisprudencia sobre las cuestiones suscitadas en los procedimientos de autorización y ratificación judicial de las medidas sanitarias restrictivas o limitativas de derechos fundamentales.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de junio de 2021 (núm. 788/2021), señala, en relación al control que le corresponde a los Tribunales de Justicia sobre las medidas limitadoras de los derechos y libertades con ocasión de los riesgos para la salud pública y en el marco de las facultades que les atribuye la ya citada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que “debe rechazarse la afirmación de que la Sala de instancia no debía ir más allá de un control de la competencia de la Administración actuante, la invocación de las normas habilitantes, la identificación del peligro y el ámbito de aplicación (subjetivo, espacial y temporal) de las medidas”.

En definitiva, las citadas reformas legales permiten sostener, como venimos haciendo, que la limitación de derechos fundamentales sobre la base de la salud pública podrá ser adoptada por las Comunidades Autónomas y no solo por la autoridad sanitaria estatal y que dichas medidas pueden recaer sobre personas individualizadas o no. Y ello, sin perjuicio de recordar que, en todo caso, se trataría de un argumento más que vendría a completar los anteriores, ya que, como nos recuerda el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su Auto de 7 de mayo de 2021, “la adopción de medidas sanitarias limita-

tivas de libertades y derechos fundamentales no puede tener únicamente soporte en una norma adjetiva, sino que debe quedar sostenida y alimentada por una norma sustantiva. Parece que ello no debería provocar debate dado que la causa y finalidad de las medidas procesales (atribución de competencias, regulación del procedimiento...) nada tiene que ver con la regulación material necesaria para habilitar el establecimiento de facultades sustantivas. Las normas adjetivas o formales son las que poseen una existencia dependiente y subordinada, pues solo tienden a facilitar los medios para que se cumpla la regla establecida, garantizando el respeto a las facultades y deberes atribuidos por las normas sustantivas. Precisamente las normas materiales o sustantivas son las que tienen una finalidad propia y subsistente por sí, fijando —entre otras cosas— la regla de conducta y las facultades y deberes de cada cual. Por eso, la atribución competencial a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de competencia para conocer “de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no resulten identificados”, contenida en el art. 10.8 LJCA, no puede sustentar por sí sola —dado su carácter adjetivo— la procedencia material de medidas como las que nos ocupan, lo que nos conduce a indagar cuál o cuáles normas sustantivas pueden amparar tales medidas”.

La misma Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2021 que hemos citado antes señala, en relación a “si la restricción de derechos fundamentales impuesta por medidas sanitarias en la lucha contra la pandemia sólo puede hacerse al amparo del estado de alarma”, y “si la legislación ordinaria —incluido el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986— da cobertura o fundamento normativo suficiente para restricciones de derechos fundamentales de personas distintas de los enfermos y de su entorno inmediato, de manera que puedan afectar a toda la colectividad”, que “la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma”, ya que “al menos en ciertos supuestos, la legislación sanitaria proporciona fundamento normativo suficiente”. Más aún, dicha Sentencia recuerda que “La restricción o limitación de derechos fundamentales, por necesidades sanitarias o por cualquier otra causa, está prevista y regulada en la Constitución española con alcance general. La restricción de derechos fundamentales —y más aún su suspensión— en los estados previstos en los arts. 55 y 116 de la Constitución no deja de ser, afortunadamente, algo excepcional. El medio normal para aprobar normas que impliquen la restricción o limitación de un derecho fundamental se encuentra, como es sabido, en los arts. 53 y 81 del texto constitucional: dicho medio es la previsión por ley que, en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental restringido y, por ello mismo, superar el juicio de proporcionalidad; y es la ley orgánica cuando la restricción prevista suponga desarrollo de alguno de los derechos proclamados en la Sección 1a del Capítulo II del Título I”.

5. ¿Respetar el principio de seguridad jurídica la habilitación general contenida en la Ley Orgánica de medidas especiales?

El tercer debate se ha planteado en relación, como ya apuntábamos antes, del carácter de la habilitación para la adopción de la medida en favor de la autoridad competente. Esta cuestión ya ha sido parcialmente respondida en relación con el segundo debate que acabamos de desarrollar, pero sí podríamos añadir, siguiendo nuevamente la posición de Gabriel Doménech, que la constitucionalidad de habilitaciones más generales ha sido admitida por el propio Tribunal Constitucional, Sentencia 69/1989, estando vedado que la indeterminación sea excesiva, que carezca de justificación. Y en el caso del artículo 3 de la Ley Orgánica de medidas especiales, es muy probable que, en situaciones de graves crisis sanitarias, para las que está pensado dicho precepto, surjan problemas imprevistos e imprevisibles, que el legislador no pueda anticipar y regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata y, con frecuencia, drástica. Semejante habilitación genérica confiere a las autoridades administrativas la flexibilidad precisa para dar una respuesta adecuada a estas situaciones de extraordinaria y urgente necesidad. Es cierto que el legislador podía haber concretado algo más el elenco de medidas que cabe adoptar en estas situaciones y que seguramente sería deseable que lo hiciera en un futuro próximo a fin de despejar dudas. Pero, por las razones expuestas, no parece conveniente que el correspondiente listado tenga un carácter cerrado y exhaustivo, sino, por el contrario, abierto y ejemplificativo, que incluya una cláusula general como la contenida en el artículo 3¹³⁶.

En palabras de Alba Nogueira, son, pues, los principios generales de proporcionalidad y *favor libertatis* y las garantías judiciales existentes los contrapesos más evidentes a esa parquedad normativa¹³⁷ y, añadimos nosotros, más útiles para proteger los valores e intereses generales en conflicto y riesgo en dichos contextos extraordinarios.

Y si bien es cierto que la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019 que es objeto de cita frecuente por las resoluciones dictadas por Tribunales Superiores de Justicia que han denegado medidas limitadoras por la presunta falta de taxatividad en la norma legal que las regula, señala que tales limitaciones pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación, y ello, porque la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Con ello, la ley ya no cumpliría su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues dejaría que en su lugar opere

¹³⁶ DOMENECH PASCUAL, G., *cit.*. Puede accederse a dicho trabajo a través del siguiente enlace: <https://almacenederecho.org/comunidades-autonomas-derechos-fundamentales-y-covid-19>.

¹³⁷ NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, *El Cronista*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, p. 30.

simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla. Se lesionaría el principio de seguridad jurídica, concebido como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el derecho, y también el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio.

Sin embargo, la previsibilidad que exige el Tribunal Constitucional no solo creo que sea normativa, y, menos aún, en el contexto de un fenómeno como es una pandemia, que no puede ser tildado ni de insólito ni de novedoso, sino, todo lo contrario, que nos retrotrae varias décadas y siglos atrás. Considerar que, medidas tales como cuarentenas, confinamientos o limitaciones en general, de la libertad de circulación no son previsibles para la ciudadanía sobre la que operarían porque no se recogen de manera explícita y detallada en una norma que habilita con carácter general para la adopción de medidas en el contexto de una grave crisis de salud pública, en protección de la vida e integridad de dicha ciudadanía, no responde, con todos los respetos para quienes sostienen dicha postura, a la realidad. Plantear que el confinamiento general no cumple los requisitos de previsibilidad, cuando cualquier ciudadano que fuera preguntado de manera hipotética al respecto la describiría como la primera medida que se adopta en una pandemia, parece poco verosímil. Y precisamente, la fortaleza jurídica que nos ofrece los términos en los que se redacta el inciso segundo del artículo 3 es que se adapta perfectamente a un contexto como el que, desgraciadamente, nos ha tocado vivir, nuevamente, un siglo después de la pandemia de la mal llamada gripe española.

Cuando se desarrolla una pandemia existen una serie de medidas absolutamente previsibles y situar, por tanto, la previsibilidad de las medidas que son habituales y de general conocimiento en dichos contextos en un mero hecho normativo supone volver al positivismo extremo y al mundo en el que solo valen las reglas, lo que en tiempos de incertidumbre hace que la Ley se convierta en algo absolutamente inútil, algo insólito cuando la protección de la vida e integridad de los ciudadanos es el principal deber del Estado y es, precisamente, el que abre nuestra propia declaración constitucional de derechos fundamentales y libertades públicas.

Cuando Tribunal Constitucional considera que una norma es previsible y que, por tanto, su redacción permitiría al individuo regular, con la suficiente precisión, su conducta conforme a ella y predecir sus consecuencias, no creemos que esté olvidando que la previsibilidad es un elemento también fáctico que derivaría no solo de la propia lectura de la norma, sino también de los hechos o consecuencias que pueden ser previsto de acuerdo con los conocimientos a los que fácilmente puede acceder el individuo. Como lo define la Real Academia Española, previsible es que lo que entra dentro de las previsiones normales, es decir, lo que puede ser visto con anticipación. Y ello, añadimos nosotros, no solo por la norma, sino, fundamentalmente, por el ciudadano que es el principal destinatario de la norma y la medida limitadora.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad como test de enjuiciamiento del conflicto entre el derecho individual y el interés colectivo no exige que la medida esté necesariamente prevista en el ordenamiento. El principio de legitimidad de la medida que es la primera pregunta del test exige que sea precisamente el interés colectivo que se pretende proteger el que esté reconocido constitucional y legalmente pero no la medida en sí. La medida se somete a continuación a las otras tres preguntas del test o subprincipios, es decir, si es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto. En definitiva, se puede estar confundiendo el subprincipio de legitimidad en cuanto a exigir una previsión expresa de la medida, cuando se refiere al interés colectivo, es decir, se confunde el medio con el fin o el ya antes mencionado presupuesto material.

La medida debe responder a un fin legítimo, y ello, supone, no que la medida, en concreto, esté detalladamente descrita en la norma, sino que el fin a proteger por la medida pueda encontrarse en la propia Constitución. Y, a este respecto, resulta harto difícil sostener que, no ya la protección de la salud, sino al vida e integridad de la comunidad que es lo que se protege con la salud pública, no encuentre amparo en el texto normativo de la Constitución.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordó la cuestión de la previsibilidad normativa de la limitación del derecho fundamental en el caso *Cisse v. Francia*, de 9 de abril de 2002, en el que se señala que la previsión contenida de manera que se faculte a la autoridad local para supervisar las ceremonias religiosas a iniciativa propia o a petición del correspondiente sacerdote, permite afirmar que la injerencia —desalojo de unos ocupantes de una iglesia— está prescrita por la Ley (ap. 43). La alegación del demandante de que no había nada en las disposiciones antes mencionadas para demostrar que los poderes de la Comisión de Policía incluían la protección del culto religioso o que tenía derecho a desplegar las fuerzas armadas para afectar al derecho de asilo mediante el desalojo forzoso de personas que se habían, como último recurso, refugiado en un lugar de culto no es aceptada por el Tribunal.

Como puede verse en dicho caso, el Tribunal Europeo no exige una descripción de la medida concreta para mantener el orden público —desalojo de una iglesia ocupada—, sino la descripción de la facultad que se otorga a la autoridad pública y el interés colectivo a proteger a través de dicha facultad.

El mismo criterio mantiene en *Oya Ataman c. Turquía*, de 5 de diciembre de 2006, donde considera que la medida controvertida persiguió al menos dos de los fines legítimos previstos en la norma, en concreto, la prevención del desorden y la protección de los derechos de los demás y la libertad de circulación (aps. 31 y 32).

En otra conocida Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el proselitismo en el marco de la libertad religiosa, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993, declara que la redacción de muchas leyes no tiene una precisión absoluta. Debido a la necesidad de evitar una rigidez excesiva y adaptarse a los

cambios de situación, muchas de ellas se sirven de fórmulas más o menos flexibles, cuya interpretación y aplicación depende de la práctica (ap. 40).

El propio Tribunal Constitucional ya expresó en su Sentencia 150/1990 que no cabe admitir que se infringe el principio de seguridad jurídica cuando un texto normativo no se plantea y resuelve por sí mismo de modo explícito todos los problemas que puede suscitar su aplicación. Sin perjuicio de la conveniencia de apurar, en la medida de lo posible, la regulación y solución de tales problemas con arreglo a estrictos criterios de técnica legislativa, su silencio en la ley no supone en todo caso un atentado contra la seguridad jurídica que el art. 9.3 de la Constitución garantiza. Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten. Sólo si, en el contexto ordinario en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica (FJ 8.º).

¿Puede afirmarse que las medidas adoptadas en el contexto de esta pandemia, ninguna extraña a un suceso como el que estamos viviendo y como el que vivieron muchas de nuestras anteriores generaciones y así se relata en la propia Historia, carecen de una certidumbre razonable? ¿Pudieron pensar nuestros ciudadanos, vistos los primeros efectos del virus cuando llegó a nuestro país y el número diario de contagiados, ingresados y fallecidos, que el confinamiento y las cuarentenas no eran medidas razonables cuando, además, la Organización Mundial de la Salud declaró que estábamos ante, no una epidemia, sino una pandemia?

El propio ordenamiento jurídico no contiene como norma protectora de la salud colectiva la ya tantas veces mencionada Ley Orgánica de medidas especiales, sino también, la Ley General de Sanidad, la de Salud Pública y la propia Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

En la alocución del Director General de la OMS de 11 de marzo de 2020, se expresó lo siguiente, lo que puede que sea de interés recordar a la hora de valorar la seguridad y previsibilidad de las medidas que se fueron adoptando a continuación:

“... Desde la OMS hemos llevado a cabo una evaluación permanente de este brote y estamos profundamente preocupados tanto por los alarmantes niveles de propagación y gravedad, como por los alarmantes niveles de inacción.

Por estas razones, hemos llegado a la conclusión de que la COVID-19 puede considerarse una pandemia.

«Pandemia» no es una palabra que deba utilizarse a la ligera o de forma imprudente. Es una palabra que, usada de forma inadecuada, puede provocar un miedo irracional o dar pie a la idea injustificada de que la lucha ha terminado, y causar como resultado sufrimientos y muertes innecesarias.

Nunca antes habíamos visto una pandemia generada por un coronavirus. Esta es la primera pandemia causada por un coronavirus.

Al mismo tiempo, nunca antes habíamos visto una pandemia que pudiera ser controlada.

Y cada día hemos hecho un llamamiento a los países para que adopten medidas urgentes y agresivas.

Hemos hecho sonar la alarma de forma alta y clara”

¿No hacía previsible el estruendo de esa “alarma” las medidas que a continuación se adoptaron?

Por otro lado, debemos recordar que la medida que se proponga adoptar no solo queda sujeta al estricto control que ofrece la valoración de su fin, en cuanto al análisis de su legitimidad constitucional, sino también al principio de proporcionalidad y, por tanto, debe responder a la pregunta de su adecuación y necesidad. Si la medida es adecuada para garantizar un interés colectivo que no solo está previsto en una Ley Orgánica, sino que se deduce directamente de la propia Constitución y que, incluso, más allá, entronca directamente con el frontispicio de la regulación de los derechos fundamentales, es decir, con el derecho a la vida, veo harto difícil que dicha medida no cumple con el principio de seguridad.

El propio Tribunal Constitucional, en el Auto 40/2020, de 30 de abril, dictado con ocasión del recurso de amparo interpuesto por una organización sindical contra resolución de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra por la que no se autorizaba la celebración de una manifestación en la ciudad de Vigo durante el primer confinamiento de la pandemia, resolución administrativa confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, nos recordó el valor que cobra el derecho a la vida en un contexto como el que estamos viviendo.

Así, el Alto Tribunal justifica la prohibición de la manifestación al considerar que ello tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde [para el Tribunal] la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que, en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida, pueda tener la propagación de la Covid-19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen cer-

tezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales son las únicas que se han adverbado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981”.

Y ¿no resultan estas palabras plenamente aplicables al debate que nos ocupa? ¿Cabe poner en duda el propio tenor de la Ley Orgánica de medidas especiales y ser inflexibles en la exigencia de una absoluta seguridad jurídica y previsibilidad de las medidas en un contexto, como dice el Tribunal Constitucional, no solo de máxima incertidumbre (aún hoy, pese a que ya ha transcurrido más de un año desde que se declaró la pandemia por la OMS) y de máximo riesgo, como lo demuestran las frías estadísticas, para la vida e integridad de las personas?

La contestación que diera el Tribunal Constitucional hace ya más de un año no creemos que haya perdido virtualidad alguna en la actualidad: “En todo caso, parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. La adecuación entre la finalidad pretendida por la limitación y la herramienta jurídica empleada en este caso, no parece por tanto inexistente”.

Porque, en definitiva, “no se trata aquí de garantizar del orden público o de asegurar la no alteración del orden público. Tampoco la declaración del estado de alarma se ha basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas. Por eso nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente”.

Incluso, como puede verse en el siguiente párrafo del Auto, el Tribunal Constitucional se ha mostrado mucho más sensible a los datos que nos proporciona la pandemia que algunos Tribunales Superiores de Justicia o algunos juristas que, sin mala intención, ponen en duda la virtualidad de la Ley Orgánica de medidas especiales: “El impacto de la infección de la COVID-19 en la ciudad de Vigo tampoco es un dato despreciable a la hora de formular el juicio de proporcionalidad que nos planteamos. Según los datos oficiales fechados el 29 de abril de 2020 y publicados por la Xunta de Galicia, la Dirección General de Salud Pública de la

Consellería de Sanidad informa que el número de casos activos de coronavirus en Galicia asciende a 3.526, de ellos 880 son del área de A Coruña, 244 de la de Lugo, 715 de la de Ourense, 215 de la de Pontevedra, 808 del área de Vigo, 505 de la de Santiago, y 159 de la de Ferrol. Por tanto la ciudad de Vigo es la segunda población de Galicia en número de casos activos identificados, siendo este dato de suma importancia también a la hora de valorar el riesgo que sobre la salud de las personas puede tener la autorización de una manifestación en la que no se han previsto adecuadamente medidas de prevención de contagios, ni de limitación de asistentes, ni de garantía del libre tránsito de vehículos sanitarios, ni de salida o retorno escalonado, con lo que no es imposible imaginar una concentración de personas en el momento previo a la convocatoria y en el momento sucesivo, de retorno a los lugares de origen, que contribuyese a activar la escalada exponencial de contagios que sabemos posible y que no cabe evitar más que con la limitación del ejercicio del derecho en las condiciones solicitadas por los convocantes”.

El propio Real Decreto 63/2020, por el que se declaró el primer estado de alarma en la pandemia, nos dice en su exposición de motivos, literalmente, que “La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos”.

Y añade, a continuación, que “En este marco, las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico”.

Si a la norma que ha de regular las medidas para salvar una situación extrema como una pandemia, pero un evidente regusto a antiguo, le exigimos tal capacidad de precisión expresa y detallada de cada una de las medidas adoptar, qué ocurrirá cuando la crisis no sea de salud y tampoco clásica, sino más conectada con el ingente avance de las tecnologías, véase, un ciberataque masivo ¿actuaremos de la misma manera, sometiendo a la norma a un riguroso escrutinio de previsibilidad, o esperaremos a regular por vía de reforma legal orgánica una nueva Ley *ad hoc*? Creo que sobran más comentarios al respecto.

Incluso, la postura que vengo defendiendo queda corroborada por la propia Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, en cuyo artículo 12 recurre, igualmente, a cláusulas de habilitación genéricas cuando dis-

pone que en los supuestos de crisis sanitarias, tales como epidemias, la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales.

Así pues, resulta manifiestamente contradictorio que se admita una cláusula de habilitación genérica en un estado absolutamente extraordinario y excepcional, en el que se altera la propia división de poderes, excluyendo del control a priori de las medidas limitadoras de los derechos fundamentales a los Tribunales de Justicia y la propia operatividad inicial del principio de proporcionalidad, pero que, por el contrario, se ponga en duda su constitucionalidad cuando el recurso a la misma que sujeta a un estricto control judicial a priori, basado en el principio de proporcionalidad y de racionalidad formal.

Y otro ejemplo de que la propia Constitución no impide la limitación de derechos e, incluso, del ejercicio del poder por Instituciones sobre la base de cláusulas de habilitación generales, es su artículo 155.1, relativo a la facultad del Gobierno de obligar a una Comunidad Autónoma al cumplimiento forzoso de sus obligaciones o para la protección del interés general de España. El citado precepto se limita a expresar que el Gobierno, con la previa aprobación de la mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias. Es la propia Constitución la que constitucionaliza una cláusula general, por la conveniencia de adaptar las correspondientes medidas al supuesto de hecho efectivamente ocurrido.

También, el artículo 21.1 de la Constitución limita el derecho de manifestación sobre la base del orden público, con peligro para personas o bienes. Y en el Auto del Tribunal Constitucional 40/2020 que acabamos de comentar se señala, en relación a dicho interés general, que “este Tribunal ha advertido que ni es necesario ni es correcto entrar a definir de modo abstracto y general el concepto de orden público, pues el precepto constitucional se refiere al orden público con peligro para personas o bienes, lo que lo convierte en un elemento sustantivo que debe ser analizado en cada caso en el contexto del art. 21 CE, a partir de los criterios que el propio Tribunal ofrece: que esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político; y que las concentraciones tan sólo pueden prohibirse, en aplicación del límite previsto en el art. 21.2 CE, cuando existan razones fundadas para concluir que de llevarse a cabo se producirá una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiéndose por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados, en el bien entendido que peligro no es sinónimo de utilización de violencia sobre personas y bienes”.

Añade a continuación el mismo Auto que “Todo ello se traduce en una labor de ponderación que han de realizar en cada caso los poderes públicos en función de las circunstancias concurrentes, de manera que si decidiera prohibirla, como es el caso, debe hacerlo motivada y fundadamente, y justificando la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para permitir el efectivo ejercicio del derecho, proponiendo, en su caso, las modificaciones que sean precisas, en función de la programación realizada por los promotores”. Porque, “de lo que se trata es de identificar *ad casum* la noción de “orden público” con peligro para las personas, como elemento que ha servido para prohibir la celebración de la manifestación comunicada por la actora, sin perjuicio de reconocer que se trata de una peculiar y cualificada situación, ya que se pretende desarrollar la manifestación en una situación de pandemia, con riesgo no sólo para la salud, sino incluso para la vida de las personas, y estando vigente una medida de confinamiento adoptada por el Gobierno al decretar el estado de alarma a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo”.

Por tanto, previsto el supuesto habilitante en la propia Constitución, como lo está la protección de la vida y la salud, y existiendo una norma de naturaleza orgánica que lo regula mínimamente en ambos casos, nos dice el Alto Tribunal, como acabamos de transcribir, que lo relevante, pues, es la labor de ponderación que debe realizar el Tribunal en el caso concreto.

Y debemos recordar, además, que el citado artículo 21 de la Constitución ha sido objeto de desarrollo por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, y en ésta se dispone, en relación a tal límite del orden público que “La autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos:... b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes” (artículo 5).

El siguiente artículo 10 de la misma Ley Orgánica 9/1983 también se refiere explícitamente al límite del orden público, pero en términos igualmente lacónicos: “Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada y notificarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la comunicación prevista en el artículo 8, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Como puede verse nada nuevo se aporta a lo que prescribe la Constitución. No se detalla el presupuesto habilitante, convirtiéndose en una cláusula abierta que habrá que valorar en cada caso concreto, ya que las circunstancias o hechos que deben ser objeto de enjuiciamiento son habitualmente muy variados y, en muchas ocasiones, difícilmente de prever por el legislador orgánico como para

anquilosarlos en una lista cerrada. Es una cláusula habilitante general que se viene aplicando por los Tribunales con cierta regularidad, dado que el derecho de manifestación es de habitual ejercicio y respecto del que nadie ha propuesto una modificación que precise dicho presupuesto habilitante ni las medidas más allá de dicha previsión general del interés colectivo, orden público, proclamado por la Constitución como límite al ejercicio de tal importante libertad pública que no solo entronca con el Estado de derecho, sino que, en palabras una vez más del Tribunal Constitucional, es cauce del principio democrático participativo.

Así pues, puede afirmarse que las cláusulas generales no son una *rara avis* constitucional, cuando el supuesto de hecho en el que se plantea la necesidad de limitar derechos sobre la base de un interés colectivo prevalente es difícil de prever de manera detallada, siendo, por tanto, también harto difícil describir a priori con detalle las medidas y, sobre todo, cuando el interés a tutelar es extraordinariamente prevalente, como lo sería el que pretende garantizar el artículo 3 de la Ley Orgánica de Medidas Especiales (vida e integridad de los ciudadanos) o el artículo 155.1 de la Constitución (lealtad institucional o indisoluble unidad de la Nación española).

Por ello, traer a colación como doctrina jurisprudencial sobre la materia un conflicto relativo al derecho a la protección de datos de carácter personal, como la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, creo que no responde a las exigencias del recurso a la analogía en el argumentación jurídico-formal.

Pero es que, además, la citada Sentencia señala en su Fundamento Jurídico 5.º *in fine* que la seguridad jurídica opera sobre “los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental” y la pregunta que habrá que formularse, al margen de una aplicación casi automática de las consideraciones jurídicas recogidas en dicha Sentencia, es qué debe entenderse por tal concepto.

El término presupuesto material hace referencia al motivo, causa o pretexto bajo el cual se decide algo, de manera que puede concluirse que la exigencia va referida al motivo que fundamentaría la adopción de medidas y no a la medida en sí mismo. Lo relevante desde la perspectiva de la seguridad jurídica no serían las medidas concretas, sino el contexto o causa que permite adoptar las medidas. Y ello, además, es congruente con que la medida en concreto se sujete al estricto canon de proporcionalidad en el que se valora la legitimidad del presupuesto habilitante (véase, en nuestro caso, grave crisis sanitaria o pandemia) y la adecuación y necesidad de la medida. El pretexto se sujeta *ope legis* al principio de seguridad jurídica a través de su previsión en la norma, y las medidas concretas al escrutinio de los subprincipios de adecuación y necesidad.

El propio Tribunal Constitucional en sus Sentencias 49/1999 y 169/2001 declaró que “por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de Ley Orgánica a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos

fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los jueces y magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del derecho (STC 27/1981, -F. 10)”.

Así pues, la requerida previsibilidad conecta, en palabras del Tribunal, con la garantía de que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes ¿Y no han autorizado los representantes, a través de la Ley Orgánica de medidas especiales, afectar los derechos individuales cuando concurre un riesgo de la magnitud que supone una pandemia?

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en su Auto de 5 de marzo de 2021, sobre la solicitud de ratificación de la medida para la protección de la salud pública consistente en exigir la cuarentena a los viajeros procedentes de Brasil y Sudáfrica, acordada por Orden SND/181/2021 de 2 de marzo, parece responder afirmativamente. En el Auto, la Audiencia reconoce, sin ambages, que la cobertura legal de dicha medida se encuentra en la *Ley Orgánica 3/86, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública*, artículos 2 y 3. Y recuérdese que la libertad de circulación en el caso que nos ocupa no puede encontrar diferencias entre los ciudadanos españoles y extranjeros, porque éstos últimos estarían entrando en nuestro territorio nacional con pleno cumplimiento de los requisitos legales exigibles a los no nacionales y a los que se impone un límite *ad hoc* como consecuencia del riesgo para la salud colectiva que supone la pandemia de la Covid-19.

Así pues, resulta manifiestamente contradictorio que se admita una cláusula de habilitación genérica en un estado absolutamente extraordinario y excepcional, en el que se altera la propia división de poderes, excluyendo del control a priori de las medidas limitadoras de los derechos fundamentales a los Tribunales de Justicia, pero que, por el contrario, se ponga en duda su constitucionalidad cuando el recurso a la misma que sujeta a un estricto control judicial a priori, basado en el principio de proporcionalidad y de racionalidad formal.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 2021 considera que el artículo 3 de la Ley Orgánica de medidas especiales cumple con los requisitos exigidos desde la perspectiva de la seguridad jurídica exigida por la doctrina constitucional. Señala dicho Auto que “En el supuesto que nos ocupa estos presupuestos constitucionales se encuentran cumplidos en su doble vertiente: tanto por la previsión contenida en dicha ley orgánica sobre los bienes y

derechos constitucionalmente protegidos, la salud pública e integridad física, como por los supuestos y fines que aparecen definidos en la ley orgánica habilitante, L.O. 3/1986, especial de salud pública, puesto que en ella se prevé los elementos esenciales que han de concurrir para la adopción de tales límites (en palabras del TC “ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” (STC 49/1999, FJ 4 y STC 76/2019 de 22 de mayo) y que se resumen en el ámbito material a que se circunscribe, salud pública; la exigencia de estas razones sanitarias se califiquen como urgentes y necesarias y, por lo que ahora nos ocupa, traten de controlar y /o evitar la transmisibilidad una enfermedad. en definitiva, la propia Ley Orgánica delimita las condiciones esenciales que han de concurrir para la adopción de tales medidas limitativas”.

Para el citado Tribunal Superior de Justicia, “la cobertura legal y la competencia de las autoridades sanitarias autonómicas para adoptar las medidas que se consideren necesarias para evitar la extensión de la enfermedad y que supongan limitación o restricción de derechos fundamentales en una situación de pandemia como la actual motivada por razones de urgencia o necesidad, ya ha sido afirmada por esta Sala, siempre que dichas medidas lo sean para el control de enfermedades transmisibles, sean las imprescindibles para conseguir tal finalidad y se ajusten al principio de proporcionalidad en la limitación que establezcan de derechos y libertades fundamentales”.

Y concluye el mismo Auto que “En definitiva, la exigencia de que estas medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales, adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria por las autoridades sanitarias por considerarse urgentes y necesarias para la salud pública, se encuentren sometidas a la necesaria autorización o ratificación judicial, ex arts. 8.6, 10.8 y 11.1.i) de la ley jurisdiccional, constituye una garantía jurisdiccional previa de sujeción de las mismas a los límites de la habilitación legal contenida en aquella legislación y de su proporcionalidad, a la que se condiciona su eficacia que no se contempla cuando las autoridades gubernativas actúan en ejercicio de las potestades conferidas por la declaración de estado de alarma”.

En términos también interesantes se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su Auto de 7 de mayo de 2021, sobre lo que califica, explícitamente, de debate de “moda”. Y así, declara que “No podemos, por lo que acabamos de ver, participar de la idea de que estemos ante un precepto abierto. Además, el hecho de que no se especifiquen en el artículo tercero las concretas medidas limitativas de derechos fundamentales que pueden acordarse lo o único que revela —lo que no está exento de lógica— es que estamos ante un precepto adaptable a las circunstancias particulares de cada caso y a la situación epidemiológica de que se trate. Pero no que no puedan adoptarse medidas. Otro entendimiento dejaría vacío de contenido el artículo tercero, lo que no puede entenderse factible. Por lo demás, no hemos visto que la constitucionalidad de tal norma —la LO 3/1986— haya sido puesta en cuestión (y esta es una norma que no puede obviar, por consiguiente, este órgano jurisdiccional)”.

Y añade a continuación que “Relacionado con lo anterior, tampoco asumimos —aunque, desde luego, respetamos esta interpretación— que las posibles medidas a tomar queden restringidas a personas concretas y determinadas que queden concernidas claramente por la enfermedad (esto es, enfermos y personas relacionadas con ellos). Las medidas que pueden adoptarse según tal precepto, conforme el mismo viene redactado y de acuerdo con nuestro entendimiento de la ortodoxia gramatical, son las relativas, de un lado, al control de los enfermos, de las personas que hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, y, de otro, las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Así nos parece que resulta de la estructura gramatical del precepto y, en particular, de la locución conjuntiva “así como”, que funciona como conjunción distributiva (‘correlativa’) con predicado único, que es el que va a continuación de “las que se consideren necesarias” y es el de “en caso de riesgo transmisible”.

Para el Tribunal valenciano, lo relevante es evaluar el equilibrio entre los derechos individuales y el interés colectivo: “conceptuamos estas medidas como equilibradas, por derivarse de ellas más beneficios para el interés general —contención de la pandemia— que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

Igualmente, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 7 de mayo de 2021 señala que “Nadie podrá negar que la pandemia, con sus innegables riesgos para la salud, ha sido —y sigue siendo— un riesgo para la vida, con lo que es apreciable con naturalidad que está en juego el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución. La efectividad de la debida protección del derecho fundamental a la vida se entrecruza en esta pandemia con otros derechos fundamentales, como la libre circulación y la reunión. En la colisión de esos derechos fundamentales, la cuestión es qué nivel de limitación es preciso y qué rango de norma permite adoptarlo o proporcionarlo”.

Y el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 10 de mayo de 2021, considera que “se advierte la existencia de un riesgo importante de transmisión comunitaria y, por tanto, un riesgo para la salud. En el momento actual y ante la inexistencia de tratamiento que permita la curación de la enfermedad y de un número elevado de dosis de vacunas puestas que prevenga el contagio, la gravedad de la enfermedad o disminuya el riesgo de su transmisión, las únicas medidas que se han demostrado eficaces en el control de la propagación son medidas de protección personal, medidas de higiene, distanciamiento social, limitación de aforos y reducción de desplazamientos”.

Y concluye: “En definitiva, adquiere una especial importancia lo que se denomina intervención temprana, esto es, actuar sobre la situación actual siempre que, sobre la base de datos reales (como es la tasa acumulada de contagios) pueda hacerse un juicio prospectivo de la situación epidemiológica que se trata de evitar. La experiencia nos demuestra que, en la actualidad, la única forma eficaz de atajar la transmisión comunitaria es, como se decía anteriormente, mediante la protec-

ción personal, medidas de higiene, medidas de distanciamiento social y medidas relacionadas con los viajes”.

En relación con la resolución del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, se ha pronunciado en casación el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de junio de 2021, a la que ya hemos hecho referencia. En esta Sentencia que casa parcialmente la resolución del Tribunal autonómico, el Tribunal Supremo, pese a considerar que sería conveniente disponer de una regulación más completa de las medidas limitadoras de derechos fundamentales en contextos de grave riesgo para la salud pública como sería una pandemia, reconoce, sin embargo, que el carácter escueto y genérico del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, no le priva “de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011”. Y la medida de “toque de queda” adoptada por el Gobierno Balear y ratificada por el Tribunal Superior de Justicia es revocada en casación, no porque, dada su generalidad no encuentre encaje en el citado artículo 3, sino porque se considera cuestionable que para combatir un pequeño brote infeccioso localizado en un pueblo pueda la Administración sanitaria obligar a los vecinos a confinarse en sus domicilios. El problema no es para el Tribunal Supremo, la intensidad, el problema es, más bien, la extensión. Y es precisamente en este punto donde el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 suscita dudas como fundamento normativo o norma de cobertura.

Así pues, en palabras de dicho Alto Tribunal, no puede concluirse “que medidas restrictivas tan severas y extensas como el «toque de queda» o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales no pueden adoptarse al amparo del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Éste puede utilizarse como fundamento normativo siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias —a la vista de las circunstancias específicas del caso— esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate. Y ni que decir tiene que, cuando se está en presencia de restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día o de reunirse con más de seis personas, la justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública”. Por tanto, “No bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución”.

En definitiva, el Tribunal Supremo da por válida la adopción de medidas limitadoras de los derechos fundamentales por razones de salud pública, al margen del estado de alarma, y pese a que las medidas recaigan, no sobre sujetos individuales, sino sobre sujetos no inicialmente individualizables (véase, un barrio, una zona básica de salud, una localidad, etc), y todo ello, en el marco legal que ofrece la Ley Orgánica de medidas especiales. Sin embargo, cuando de medidas generales se trata y que tengan una incidencia muy notable en los derechos de las personas, como sería la vulgarmente denominada “toque de queda”, se exige un plus muy cualificado que acredite la racionalidad y proporcionalidad de la medida.

En la Sentencia de 3 de junio de 2021, dicha medida se anula, no por falta de cobertura legal, sino por no respetar la proporcionalidad.

Para concluir con nuestro debate, debemos recordar que las cláusulas de habilitación tienen encomendada, como principal fin, no la protección del interés colectivo en un sentido genérico, sino del interés de la salud colectiva, que se deriva directamente de la Constitución, y no solo del artículo 43 de la misma, que incorpora, como principio rector, el derecho a la protección de la salud, sino, más allá, el derecho a la vida e integridad de los ciudadanos. Y así, una vez más, debemos recordar que las medidas del artículo 3 resuelven un conflicto entre un derecho o libertad (véase, libertad de circulación, reunión, manifestación, propia imagen,...) y el interés colectivo de la salud pública, siendo éste, el interés colectivo, el bien común, una suma de los derechos de un grupo de ciudadanos o de todos los ciudadanos cuya vida e integridad queda expuesta en un contexto pandémico.

El artículo 3 expresa la protección constitucional del más alto valor que incorpora nuestra Carta, la vida. No se protege, a través del mismo, ni un concepto genérico o abstracto, ni menos aún el propio interés de la Administración interviniente. Cierta discrecionalidad o flexibilidad en la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas en salvaguarda de la salud de la colectividad, no solo es adecuada, sino exigible, y ello, en aras, no de la defensa de la discrecionalidad y, menos aún, de la arbitrariedad, sino de la vida e integridad de los ciudadanos. La cláusula de habilitación puede ser algo genérica en su exposición de las medidas a adoptar, pero claramente no lo es en cuanto a la legitimidad de los intereses y valores a proteger y al estricto enjuicamiento que se opera en aplicación del principio de proporcionalidad.

Y tan peligroso es dotar al interés colectivo de un valor y eficacia tales que sean capaces de limitar los derechos de los individuos sin someter el conflicto a un riguroso escrutinio constitucional, como sostener que la vida e integridad que se protegen a través de la protección del interés colectivo han de ceder en favor de otros derechos y libertades verdaderamente relevantes, pero, obviamente, no tanto como el derecho a la vida que constituye no sólo un derecho, sino un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos, y por ello, se proclama en primer lugar en nuestro texto constitucional.

En palabras de Gabriel Doménech, es difícil adivinar por qué razón este conflicto ha de resolverse escogiendo la interpretación más favorable a los primeros (las libertades que antes hemos citado) y más perjudicial para los segundos (vida e integridad). No se entiende por qué hay que interpretar restrictivamente una disposición legal que protege la vida y la integridad física de millones de personas, máxime cuando la interpretación restrictiva postulada es manifiestamente contraria a su tenor literal y tampoco viene respaldada por otras normas o principios

de nuestro ordenamiento jurídico¹³⁸. En estos casos, lo que hay que hacer es escoger la interpretación que logre un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses legítimos afectados, es decir, una solución que no limite o desproteja inútil, innecesaria o desproporcionadamente ninguno de ellos.

A favor de las cláusulas habilitantes generales se ha pronunciado también el Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, César Tolosa, quien afirmara en un artículo científico sobre la posibilidad de aplicar la vacunación obligatoria al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica de medidas especiales que no parece conveniente que el correspondiente listado de medidas limitadoras tenga un carácter cerrado y exhaustivo, sino, por el contrario, abierto y ejemplificativo, que incluya una cláusula general como la contenida en el art. 3¹³⁹. Y esta opinión resulta de especial interés, en cuanto el ya citado Real Decreto-ley 8/2021 atribuye a la Sala que preside Don César Tolosa la competencia para evaluar en casación las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia que denegaran total o parcialmente las medidas limitadoras propuestas por una Comunidad Autónoma.

También, debemos recordar que las previsiones contenidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica de medidas especiales se complementan con lo dispuesto en otras Leyes en materia sanitaria y, en especial, con las contenidas en la Ley General de Sanidad, cuyo artículo 28 dispone que todas las medidas preventivas contenidas en el presente capítulo deben atender a los siguientes principios: a) Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias; b) No se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida; c) Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan; d) Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados.

Y también por el artículo 54.3 de la *Ley General de Salud Pública* que establece que “Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable. Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad”.

Por otro lado, desde fuera del mundo del derecho, Adela Cortina nos alumbró con la siguiente frase: una sociedad abierta, más aún en un mundo global, no puede legislar todas las conductas necesarias para alcanzar las metas propias de

¹³⁸ DOMENECH PASCUAL, G., *cit.*. Puede accederse a dicho trabajo a través del siguiente enlace: <https://almacendederecho.org/comunidades-autonomas-derechos-fundamentales-y-covid-19>.

¹³⁹ TOLOSA TRIBIÑO, C., “Problemas legales de la vacunación en España”, *Diario La Ley*, núm. 9784, año 2021.

cada una de sus actividades, no solo porque es físicamente imposible, no solo porque sería una sociedad encorsetada, sino sobre todo porque la inteligencia humana consiste precisamente en actuar atendiendo a lo conveniente en las situaciones concretas. No es una inteligencia especial, computarizada, sino una inteligencia general que aplica las orientaciones a cada situación¹⁴⁰. Porque, añade, citando una frase del doctor Johnson: en mala situación se halla un país solo gobernado por leyes, porque ocurren mil cosas no contempladas por las leyes¹⁴¹.

Para Alejandro Nieto, el abandonar las banderas del derecho para pasarse a las de la ley es muy rentable, ya que, mientras que el derecho solo puede manejarse con la cabeza humana, combinando la inteligencia y el sentimiento de justicia, para las leyes no hace falta cabeza humana, bastando con una máquina inteligente (Carta Segunda). Y parece que en estos momentos de la pandemia los juristas hemos olvidado, en cierto modo, el derecho, la cabeza humana, y caemos rendidos a la ley, es decir, a ser fácilmente suplidos en un próximo futuro por una máquina inteligente que cumpla de manera estricta con la pretendida seguridad jurídica.

Y el problema radica una vez en la incertidumbre que marcan los tiempos que vivimos. Nuestro derecho de corte positivista se ha construido sobre el paradigma contrario al que presenta la realidad, el de la certidumbre de las referencias que ofrecen las normas. Tal déficit puede, sin embargo, paliarse a través del desarrollo de los principios y del valor de la interpretación. En palabras de Muñoz Machado, la concentración del derecho en la Ley, con total eliminación de cualquier otra fuente de creación de reglas jurídicas, aunque buscada como un desiderátum de máximos en los mejores tiempos de la creencia positivista tanto en la capacidad ordenadora de la Ley como en la falta de legitimidad de cualquier otra razón jurídica externa a la misma, quizás no tuvo nunca una plasmación completa en la práctica. La Ley, aún en la hipótesis de una codificación bien sedimentada y completa de las reglas aplicables a un sector o materia determinada, siempre deja anchos espacios vacíos de normas y es incapaz de prever por adelantado, todos los problemas que sus propias regulaciones plantearán en el futuro¹⁴². Ahora, la sola pura subsunción se presenta como un método insuficiente dentro de la complejidad social y la escasa predictibilidad respecto a los casos que puedan ocurrir en el futuro.

Y no es que la Ley sea incapaz de prever todo aquello a lo que ha de enfrentarse, sino que, además, como hemos venido manteniendo, no creemos que sea bueno, porque la norma se aplica a una realidad cada vez más compleja y cambiante y si la norma es extraordinariamente rígida, precisa, minuciosamente detallada, la posibilidad de que sea útil a los fines o intereses para los que fue aprobado

¹⁴⁰ CORTINA, A., *Ética cosmopolita...*, op. cit., p. 47.

¹⁴¹ CORTINA, A., *Ética cosmopolita...*, op. cit., p. 51.

¹⁴² MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Tomos I y II, Lustel, Madrid, 2011, p. 738.

es harto discutible. La extrema generalidad y flexibilidad del texto normativo puede ofrecer cierta inquietud desde la perspectiva de la previsibilidad de las consecuencias legales y, por tanto, de la seguridad jurídica. Pero tampoco una norma extremadamente detallada y ajustada estrictamente a un supuesto de hecho, la pandemia, que pasará y que puede que no retorne hasta dentro de un siglo, es la solución. Ahora salvaremos, ya a posteriori, esta pandemia, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, con un articulado preciso y minucioso de medidas a aplicar en limitación de derechos individuales frente a una pandemia. Sin embargo, puede que ésta sea la última que vivamos en muchos años. De este modo, ante la próxima crisis habremos de actuar de la misma manera, creando extensos listados de medidas para sentir el confort jurídico de la seguridad, pero con absoluto olvido de que el derecho es, por la complejidad de la realidad a la que debe ser aplicado, no solo subsunción, sino también interpretación, es decir, algo más que un automatismo en la aplicación de una norma a un supuesto de hecho. Habremos olvidado los principios y seguiremos operando con reglas poco útiles.

Y, precisamente, ha sido dos principios, no reglas, los que nos han permitido afrontar con cierta solvencia esta grave crisis de salud desde una perspectiva jurídica, el principio de precaución, tantas veces invocado en la pandemia, y el principio de proporcionalidad que se nos ofrece como una herramienta robusta de la difícil resolución de los conflictos entre los derechos individuales e intereses colectivos.

El Padre Adolfo Nicolás nos hacía en 2008 la siguiente reflexión que creo aplicable al debate que nos ocupa: en un mundo complejo y cambiante es muy importante la flexibilidad, la capacidad de cambio y de innovación. Pero todo esto es importante si está al servicio de metas de largo alcance y de compromisos serios que superan las dificultades, los desánimos y las ofertas tentadoras que desvían del objetivo perseguido¹⁴³.

Así pues, situando dichas reflexiones en el marco del debate sobre los límites a los derechos fundamentales, puede concluirse que encorsetar la toma de decisiones sobre la constitucionalidad de las medidas limitadoras de los derechos individuales sobre la base del interés público que supone la salud colectiva, y ello, a través de una verdadera panoplia de unas reglas *ad hoc* muy detalladas, es transformar a los jueces en meros computadoras que, como cual caja de Searle (aquella caja en la que un individuo era capaz de ordenar, con total precisión, mensajes en lengua china, sin hablarla ni entenderla, sino simplemente siguiendo una serie de manuales y diccionarios que le indican las reglas que relacionaban los caracteres chinos), se limiten a comprobar si la correspondiente medida limitadora está el *check list* que le muestra la norma.

¿Queremos, realmente, meter a nuestros jueces en esas cajas chinas, de manera que se dediquen, únicamente, a aplicar automáticamente unas medidas per-

¹⁴³ NICOLÁS, A., *Raíces de futuro*, Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2017, p. 16.

fectamente descritas, en detrimento de un análisis riguroso de su adecuación y necesidad? ¿es un modelo de *check list* de medidas más seguro y, sobre todo, más justo?

¿Esa es la forma de afrontar los problemas y dilemas complejos que la vida, cada vez, más nos irá ofreciendo en nuestra realidad y que requieren de una contestación jurídica?

Algunos preferirán, quizás con razón, la seguridad de la norma que todo lo abarca. Yo, por el contrario, como nos dice la profesora Cortina, prefiero la habilitación más general que ofrece un marco que, al menos, en esta pandemia claramente se nos presenta más oportuno para lo que verdaderamente importa que es salvar vidas humanas.

Tal modo de legislar, bajo la excusa de la seguridad jurídica, genera, no lo olvidemos, sesgos en el propio enjuiciador que, menos preocupado ya por analizar en detalle y profundidad la proporcionalidad de la medida en cuestión, aligerará su tarea, limitándose a una mera labor de búsqueda en el *check list* de medidas limitadoras que le ha configurado el legislador y a la aceptación automática o causi automática de la misma.

Ya el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 141/2012, relativo al ingreso involuntario de las personas con enfermedad mental, sobre la base de la mención expresa a dicha condición contenida en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nos advirtió del riesgo del razonamiento judicial basado en meros formularios, sin efectuar una valoración específica y detallada del caso concreto, lo que hace indebida su asunción acrítica por el Juzgado.

Y el problema, ya son ideas nuestras, no del Alto Tribunal, es que, en muy raras ocasiones, la actividad del juez consiste en la mera subsunción de un supuesto de hecho a la norma, sino que, la toma de decisiones, sobre todo, en relación con conflictos complejos y dilemas, exige interpretación y argumentación.

La mención expresa de la medida limitadora en la Ley, por Orgánica que esta sea, no puede ocultar la labor de inteligencia que debe hacerse en cada caso, cuando, más aún, se trata de derechos individuales que, como ya anticipamos, son los que especialmente importan al Estado constitucional. La inteligencia legislada es, esencialmente, ofrecerle al juez herramientas para hacer una verdadera valoración de los derechos y valores en conflicto, pero no eliminar dicho razonamiento.

La seguridad jurídica ya no nos la ofrece solo la regla precisa, sino, en contextos de incertidumbre, la misma argumentación jurídico-formal que han de seguir todos los Tribunales, a través de principios tan asentados en nuestra cultura jurídica como el principio de proporcionalidad. El éxito de este principio que puede considerarse ya un verdadero ejemplo de *ius comune*, aplicable en cualquier jurisdicción del mundo (salvo en la norteamericana, aunque, en ocasiones, la doctrina del *balancing* no difiere mucho de aquél), radica en su ductilidad y aplicabilidad a diferentes supuestos y contextos en los que se ha de evaluar si el

derecho individual puede ser limitado por un interés colectivo. La proporcionalidad ofrece como seguridad jurídica el que somete al juzgador, no a la misma solución necesariamente, sino a la misma estructura y lógica de razonamiento. El control de la decisión del Tribunal no se hace a partir de la regla, sino del propio principio que ha tenido que aplicar y argumentar para resolver el conflicto.

Decía uno de los mejores constitucionalistas contemporáneos, en una interesante Tribuna publicada a finales de abril en El País, el profesor Javier Tajadura, que, decaído el estado de alarma, la fatídica fecha del 9 de mayo, nuestro Estado legislador vendría a ser sustituido por un Estado judicial y creo, sinceramente, que su advertencia en clave de preocupación, no lo es tanto o, incluso, tal sustitución no es que sea preocupante, es que es, precisamente, lo natural. Nuestro Estado de derecho se asienta en un Poder Judicial cuya misión principal es ser garante de los derechos y libertades de los individuos. Excluir la participación de los jueces en la toma de decisiones sobre la limitación de derechos, extendiendo de manera artificiosa el estado de alarma, no respeta ni la división de poderes, ni menos aún el orden constitucional. No estoy abogando por un Estado de Jueces, pero sí al menos recordando que, precisamente, la ausencia de un robusto poder judicial, y la autoatribución de competencias omnímodas por parte de los poderes legislativo y ejecutivo es la que nos llevó en la primera mitad del siglo XX precisamente a un desastre mayor que esta pandemia y, además, creado por el propio hombre. La eclosión del Tribunal Constitucional Federal alemán como institución y poder hegemónico en la segunda mitad del siglo XX, como lo fue el de muchos otros Tribunales Constitucionales en toda Europa, superando el estricto modelo legislativo de corte afrancesado (al que, por cierto, renunció parcialmente en 2008 con una reforma constitucional de calado del Texto de la V República, la propia Francia), es una buena muestra de que la confianza de nuestros derechos y libertades reposa en manos de nuestros jueces.

La confianza en los jueces no deriva ya de una posición elitista, sino en la mera necesidad, en la dificultad de hacerlo de otra manera. El juez quedará, como garantía de la seguridad jurídica, sujeto por los principios y por la exigencia de la argumentación de acuerdo con unos estándares preestablecidos, como, por ejemplo, ocurre con el principio de proporcionalidad. Estaremos, una vez más, ante una legitimidad, la del juez, que se fundamenta no en el principio democrático, sino en la argumentación y motivación de las decisiones. La racionalidad jurídica de su trabajo lo legitima y se expresa sustancialmente a través de la motivación, es decir, indicando las razones objetivas, los motivos de justificación, no susceptibles de reducirse al mero hecho del conocimiento afectivo.

El problema, por tanto, no está en la seguridad jurídica, sino, una vez más, en la falta de lealtad, en la falta de confianza y de diálogo entre los poderes del Estado. Ni nuestras Administraciones Públicas confían en los jueces, ni éstos tampoco en las advertencias que aquéllas les hacen sobre los riesgos que para la salud colectiva supone esta pandemia. El problema no está, una vez más, en la finura de la norma, sino en la conducta, en las formas.

El problema es de mucho mayor calado y no reside, esencialmente, en una falta de seguridad jurídica o de finura legislatora de manera que, como Nuñez Feijoo *dixit*, la reforma de las normas legales que regulan estas situaciones sería suficiente. La fórmula galaica de desarrollar a nivel autonómico o, incluso, mejor, a nivel estatal, una pléyade de medidas limitadoras de los derechos y libertades, perfectamente definidas y descritas con precisión, no creo, sinceramente, que resuelva el verdadero problema, o, peor aún, creo que puede desacerbarlo, porque a la crisis de la división de poderes se uniría una crisis del Estado de derecho que es, esencialmente, Estado de derechos, como ya hemos explicado al inicio de este Capítulo.

Y el problema que pone a flote la pandemia, donde el ciudadano asiste atónito a la presunta falta de articulación de un sistema que, con cierta seguridad, permita resolver, en derecho, los conflictos entre los derechos individuales y el interés general, es decir, salud colectiva, que expresa como concepto general la propia protección del derecho a la vida e integridad de la comunidad, es el de la falta de confianza entre los diferentes poderes del Estado. No es tanto, en mi opinión, un problema de redacción, como han señalado, quizás con mas acierto que yo, muchos, sino un problema de relación.

En palabras de Manuel Atienza, la vía legislativa tiene indudables ventajas (que se incrementan cuando los órganos que establecen las reglas poseen una legitimidad indiscutida —por ejemplo, por su origen democrático— que podría faltar en los jueces), pero también algunos inconvenientes. En particular, no parece que éste sea el procedimiento —o el único procedimiento— a seguir cuando las reglas tienen que referirse a circunstancias altamente imprevisibles (como ocurre cuando dependen de cambios científicos o técnicos) o que envuelven juicios de valor, opiniones morales, etcétera, que están lejos de suscitar un consenso por parte de los legisladores. El riesgo en estos casos es que las normas producidas no alcancen el nivel de concreción deseable y/o resulten excesivamente rígidas. Para el autor, el desarrollo de la bioética ofrece algunos ejemplos de este vano empeño por seguir única o preferentemente una vía “legislativa”¹⁴⁴.

El propio Tribunal Constitucional en una temprana Sentencia 58/1982 nos recordó que, aunque el Estado de derecho tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso” (FJ 2).

Y como advirtiera con su habitual inteligencia el Padre Francesc Abel, SJ, en 2008: “creo que por orden de importancia es fundamental en nuestra sociedad recuperar la confianza en el poder judicial, deteriorada en los últimos tiempos, por la excesiva dependencia del poder político; la provisión de plazas de jueces,

¹⁴⁴ ATIENZA, M., “Juridificar la bioética”, *Isonomía. Revista de teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1998, p. 97.

realmente insuficiente, aunque hay un número más que elevado de opositores, que por intereses particulares o de grupo no se permite que superen las dificultades de las oposiciones; la baja de los jueces que no están en condiciones de continuar ejerciendo sus responsabilidades, en condiciones económicas que no les permite aceptar su renuncia; frenar la producción de leyes, normativas y regulaciones que se muestran repetitivas, innecesarias y excesivas con el fin de garantizar la seguridad jurídica”¹⁴⁵.

En una legislación fragmentada, casuística, cambiante, con partes que caen con frecuencia en obsolescencia por desajustes sistemáticos, el papel del juez necesariamente se realza. Pero el realzar su papel no puede llevarle nunca a una independencia respecto de la Ley. Le lleva, necesariamente, a un uso más apurado y refinado de los principios generales del derecho. La vinculación del Juez a la Ley no se vulnera ni se reduce por el empleo de los principios generales del derecho en el proceso interpretativo, siempre que tales principios se utilicen por juristas expertos y se inserten en el sistema jurídico como el aceite que facilita su funcionamiento y como una alternativa o una excepción o ruptura del mismo¹⁴⁶.

En palabras de Luis Prieto Sanchís, que el juez adquiera más poder no significa que ese poder suplementario sea arbitrario ni deba abandonarse a una reflexión puramente personal. Al contrario, el juez queda sometido más de lo que ya estuviera bajo una perspectiva legalista, porque no solo deberá ya obediencia a las normas jurídico-positivas, sino a las exigencias morales de la razón práctica. Se le exigirá más actividad, pero no activismo¹⁴⁷.

No se trata de proclamar la libre creación judicial del derecho, ni la rebelión del juez contra la Ley, ni de optar por una interpretación ilimitada de la norma. Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino solo su capacidad para expresar las normas que la sociedad democráticamente se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance¹⁴⁸.

Los jueces no son ahora los señores del derecho en el mismo sentido que lo era el legislador en el siglo pasado. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre Ley, derechos y justicia¹⁴⁹.

¹⁴⁵ ABEL, F., “El aborto desde la perspectiva de la ética médica”, *Bioética & Debat*, vol. 4, núm. 14, 2008, p. 7.

¹⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 92 y 93.

¹⁴⁷ PRIETO SANCHÍS, L., “Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica”, en GASCÓN ABELLÁN, M., *Argumentación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 88 a 89.

¹⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *El Derecho, la Ley y el juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 49 a 52.

¹⁴⁹ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, 9.ª ed., Trotta, Madrid, 2009, p. 153.

La certeza jurídica es la certeza de la acción a través del derecho. Certeza de conocimiento y certeza de orientación. No se trata de dotar a los jueces de valores extrajurídicos que prescindan de la técnica jurídica con la pretensión de imponer como axiomas preceptos de naturaleza moral, sino, todo lo contrario, de dotarles de unas herramientas jurídicas previamente determinadas y exigirles sujetarse a los mismos en la solución de los casos difíciles y abiertos. Como señalara García de Enterría hace ya casi sesenta años, la superioridad del derecho romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes (acaso las de Licurgo, o las de cualquier otro de los grandes legisladores mitificados, fuesen superiores), sino en que sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza, frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta¹⁵⁰.

El derecho se encarga de gobernar el mundo de la incertidumbre, no de la certidumbre como ocurre con los conocimientos sobre hechos verificables. Porque lo verdaderamente relevante es que la solución adoptada en cada caso por los operadores jurídicos sea, aunque no la única posible, al menos la que puede reconocerse como legítima y no arbitraria, en cuanto que es la mejor argumentable a la luz y en coherencia con los principios en los que el derecho se fundamenta¹⁵¹.

Porque, en el fondo, la gran pregunta que nos formula la gestión jurídica de la pandemia no es tanto si el ordenamiento jurídico está preparado para hacer frente a esta grave crisis, si las normas son lo suficientemente precisas como para incorporar, sin incertidumbre, el supuesto de hecho al que deben ser aplicadas, aspiraciones a mi modo de ver incongruentes con la propia incerteza que nos envuelve, sino si los operadores jurídicos están formados para asumir la importante labor que les toca desempeñar en estos tiempos. Es un problema de normas, reglas, o de jueces y funcionarios públicos.

Y no abogamos por una nueva ingeniería social dirigida a los jueces, de manera que se provea a estos de conocimientos científicos o tecnológicos, como propusiera hace unas décadas Maxine Singer, ante el temor de que los Tribunales obstaculizaran las posibilidades que el avance de la biología podía ofrecer. No deben incluirse en las pruebas de acceso a la judicatura incluir preguntas relacionadas con la ciencia, como igualmente propusiera dicha autora¹⁵², sino en unos jueces que conozcan bien la ley y la jurisprudencia y que entiendan que, en muchos de los nuevos y difíciles casos a los que se van a enfrentar, la subsunción de

¹⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho", *RAP*, núm. 40, año 1963, p. 202.

¹⁵¹ LUNA SERRANO, A., *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 415.

¹⁵² JASANOFF, S., *La arrogancia de la biología*, Alianza, Madrid, 2021, p. 104.

la consecuencia jurídica en el supuesto de hecho ya no es forma de decisión, debiendo adentrarse en los más complejos y ricos caminos de la interpretación y la operatividad de los principios y las normas más abiertas. Porque al igual que los bioéticos se forman en la aplicación de principios, la magistratura debiera seguir el mismo camino, es decir, tomarse la formación en principios en serio.

El profesor Álvarez García concluía un artículo jurídico publicado en mayo con ocasión del fin del estado de alarma el 9 de mayo de 2021 señalando que ya han pasado catorce meses desde que se inició la lucha jurídica contra el COVID-19. Hemos ensayado dos vías jurídicas a tal fin, y las dos han dejado bastante que desear. Las dos plantean serios problemas jurídicos, pero lo peor es que no hemos mejorado en nada nuestro marco normativo durante este tiempo, sino, quizá, todo lo contrario. Y es que, por un lado, la regulación del estado constitucional de alarma presenta las mismas deficiencias que tenía el día 14 de marzo de 2020 (y ahora somos bien conscientes de ellas); y, por otro, la aplicación del derecho sanitario ordinario se ha visto notablemente perturbada durante la duración de la pandemia mediante la atribución de unos poderes de autorización o de ratificación a los jueces, que no sólo no han traído una mayor seguridad jurídica, sino que los propios jueces ponen en duda su viabilidad constitucional.

Y terminaba su artículo diciendo que creía que dados los serios problemas que plantean las dos vías jurídicas utilizadas para la lucha contra la pandemia, ya va siendo hora de que, con catorce meses al menos de retraso, y de una vez por todas, el legislador se disponga a estudiar y a aprobar una legislación meditada y moderna para hacer frente a unas situaciones de emergencia, tan duras y tan particulares, como son las epidemias. ¿Qué problema hay para ello?

Pues, el problema quizás sea tan profundo, como ya hemos anticipado antes, que su solución no pueda lograrse a través del sencillo y rápido recurso al cambio meramente normativo. Creo, sinceramente, que el cambio es más complejo y no es de norma en sí, sino de funcionamiento institucional. Y ello, sin perjuicio de que, en lugar de legislar en caliente, lo que no suele acabar bien cuando no hay espacio ni tiempo para la reflexión, tan importante a la hora de redactar normas, creo preferible formar a nuestro jueces y operadores jurídicos para aplicar en frío los principios y la argumentación jurídico-formal.

Y, a la vista de ello, la siguiente pregunta es si nuestras Facultades de Derecho están formando a los alumnos para asumir la función que les tocará desempeñar en un marco de gran incertidumbre, siendo la vacilación y la dificultad de previsibilidad, algo que no nos ha traído el virus, sino que lleva con nosotros algo más de tiempo. Esta crisis no es el fin del mundo, sino el fin de un mundo y lo que se acaba (o se acabó hace tiempo y terminamos de aceptar su fallecimiento) es el mundo de las certezas, el de los seres invulnerables y el de la autosuficiencia. Entramos en un espacio desconocido, común y frágil, es decir, un mundo que tiene que ser pensado sistemáticamente y con una mayor aceptación de nuestra ignorancia irreductible. En un espacio en el que el humanismo se nos ofrece como el

camino seguro que nos permite asumir nuestra fragilidad, es decir, nuestra autenticidad con ánimos de fortaleza para afrontar el futuro¹⁵³.

Y para que el derecho constitucional pueda asumir ese nuevo papel, la teoría constitucional debe dotarse de una textura flexible, de manera que sus respuestas y soluciones no se fundamenten ya solo en la solidez del poder legislativo y de sus las reglas. Se necesita un nuevo Estado fuerte, y en él son indispensables unos jueces ilustrados y con gran capacidad de argumentar en términos constitucionales, por el papel principal que les toca ostentar en el mar de la incertidumbre. Como señalara Manuel García Pelayo a finales de la primera mitad del siglo XX, hoy es tan endeble la existencia del derecho y tan mutables sus contenidos que forzosamente se ha de acudir para su captación a esas esferas limítrofes, que constantemente le condicionan, cuando no le determinan. Mas la superación de esta situación no es función del jurista, pues el jurista teórico apenas contribuye a la creación de la realidad jurídico-positiva; lo único que hace es comprenderla e interpretarla, y lo primero que necesita, para crear concepciones firmes, es tener ante sí un objeto firme¹⁵⁴.

Recordemos la profética frase que, según la leyenda, le espetara el molinero de Sanssoucci al Rey de Prusia, Federico II el Grande, ante la amenaza de éste de expropiarle sin justo precio su molino al no aceptar su generosa oferta de compra: “hay jueces en Berlín”. Y es que, al final, la gran garantía de nuestros derechos es que hay jueces en Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Bilbao, e, incluso, en Bollullos Par del Condado.

En definitiva, abogo por seguir mintiendo a los alumnos, por hacerles creer que existen unos valores y principios que merecen la pena explicar, estudiar y defender y que cada uno de ellos puede aportar mucho, porque como dijera el Padre Adolfo Nicolás en 2008, se trataría de formar no a los mejores del mundo, sino formar a los mejores para el mundo, de manera que la excelencia de un profesional se midiera ante todo con el parámetro del mayor servicio a la familia humana¹⁵⁵, palabras estas que tantas veces nos ha recordado nuestro Rector estos últimos nueve años, el Padre Julio L. Martínez, y también en su discurso de toma de posesión nuestro nuevo Rector el Padre Enrique Sanz. Formarles para un mundo complejo y lleno de incertidumbres, más allá de esta pandemia. Y como afirma Markus Gabriel, el Estado social y democrático de derecho sigue representando una forma adecuada para desempeñar su aspiración de no limitarse a ofrecer procedimientos y mecanismos de votación, sino crear un espacio para el progreso moral¹⁵⁶, y para ese progreso moral parece que, quizás debamos seguir mintiendo.

¹⁵³ INNERARITY, D., *Pandemocracia*, op. cit., p. 42.

¹⁵⁴ GARCÍA PELAYO, M., “Constitución y Derecho constitucional: evolución y crisis de ambos conceptos”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 37-38, año 1948, p. 122.

¹⁵⁵ NICOLÁS, A., *Raíces de futuro*, op. cit., p. 8.

¹⁵⁶ GABRIEL, M., *Ética para tiempos oscuros...*, op. cit., p. 350.

Y concluyo este capítulo con cita de un breve poema de Jorge Luis Borges, titulado “Eternidades”, incluido en su obra *La rosa profunda*, donde nos dice, al final, que

*“Solo perduran en el tiempo las cosas
que no fueron de este tiempo”*

Quizás, solamente perdurará como norma jurídica que resolverá nuestros problemas, ahora y en el futuro, una que no haya sido redactada meramente a imagen y semejanza de estos tiempos tan extraños que estamos viviendo.

Conclusiones, en las que se incluye un reconocimiento

En todo caso, existe una esperanza, ya que como señala Markus Gabriel, toda crisis conlleva, además de sus riesgos, una posibilidad de mejora de las circunstancias sociales y esta crisis del coronavirus nos ha situado delante del espejo, nos muestra quiénes somos, como gestionamos la economía, cómo pensamos y sentimos y con eso abre margen para una transformación humana positiva¹⁵⁷. En el plano, al menos, bioético algo hemos aprendido. De la crisis de los respiradores a la que pudiera haber sido una nueva crisis ética de la priorización de las vacunas pocos meses después hay un mundo, casi un siglo de avance ético, y han sido pocos meses. Y hemos aprendido que la ética no nos vale tanto para saber qué debemos hacer, sino para lo que no debemos hacer, lo que debemos renunciar a hacer.

Y es que, en la toma de decisiones en tiempos convulsos como los que estamos viviendo, y en los que está en juego, no ya la democracia, no ya la economía, sino la vida de personas, el Estado tiene, en palabras del Comité Nacional de Ética de Alemania, el deber no solo de salvar tantas vidas humanas como sea posible, sino también, y, sobre todo, de salvaguardar los fundamentos del sistema legal¹⁵⁸. Porque, como nos recuerda Adela Cortina, la heurística de la dignidad salva vidas y, además, previene frente a la gerontofobia, que es un riesgo de presente y de futuro¹⁵⁹. Y añade, además, que la ética es rentable, porque las actuaciones justas, las que satisfacen las expectativas legítimas de los afectados por ellas, generan confianza, que es el principal activo de una sociedad¹⁶⁰.

Y, además de la confianza, podemos añadir que generan beneficios, no hipotéticos, para el individuo y la colectividad. Dejándose guiar por la Bioética no solo se salvan nuestros principios y valores, consagrados la mayoría de ellos en el texto constitucional, recurriendo de nuevo a las palabras del Comité alemán,

¹⁵⁷ GABRIEL, M., *Ética para tiempos oscuros...*, op. cit., p. 11.

¹⁵⁸ Comité Nacional de Ética alemán (Deutscher Ethikrat), Recomendación ad hoc sobre la solidaridad y la responsabilidad durante la crisis del coronavirus, de 27 de marzo de 2020. Puede accederse a dicha Recomendación a través del siguiente enlace: <https://www.ethikrat.org/en/press-releases/2020/solidarity-and-responsibility-during-the-coronavirus-crisis/>

¹⁵⁹ CORTINA, A., *Ética cosmopolita...*, op. cit., p. 15.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 77.

sino que se salvan vidas. Y ejemplo paradigmático de ello son los estudios sobre el número de vidas salvadas en la tercera ola que se inició en enero de este año con la decisión, de fundamento eminentemente ético, de vacunar primero a nuestros mayores que vivían en residencias sobre la base de los principios de equidad y protección frente a la vulnerabilidad que se proclaman normativamente en el artículo 9.2 de la Constitución.

Esta experiencia que ha sido muy traumática debe servirnos, creo, a los universitarios para replantear la formación que estamos dando a nuestros estudiantes. Y, a este respecto, me atrevo a hacer, a modo de conclusión, dos propuestas directamente interconectadas:

En primer lugar, una propuesta para todos los estudios de grado y posgrado:

Si la pandemia nos ha devuelto al lado más humano, y nos obliga a recuperar una suerte de panhumanismo, ello también exige otorgar un papel relevante a los estudios de humanidades. Con la Ética no se nace. La Ética no es, simplemente, ser buenos, no es simplemente meditar, sino aprender y desarrollar unas capacidades, habilidades y virtudes para el discernimiento y saber resolver difíciles conflictos y dilemas en los que el ser humano está en el centro de la cuestión. La Ética se estudia y aprende, con sus principios y valores que, como herramientas útiles, sirven para resolver aquéllos. La Ética es, según nos dijera Sócrates, es comportamiento, pero también conocimiento. Y, así, cobra todo el sentido la pregunta que recientemente nos ha lanzado Adela Cortina: ¿no es relegar las humanidades una pérdida en humanidad? ¿no es más inteligente y humanizador potenciar el trabajo conjunto de ciencias, técnicas y humanidades?¹⁶¹. Y nos preguntamos nosotros, ¿cómo podemos recuperar ese humanismo sin otorgar una participación destacada a las humanidades en los currículos formativos de todos nuestros estudios?

Y para ello, además, debemos superar el tradicional mito que, por obra del tecno-optimismo, hemos venido aceptando estas últimas décadas de que las humanidades son menos productivas que las ciencias y las técnicas. El mito, como tal, no solo es falso, sino que responde nuevamente a un paradigma utilitarista que olvida que las sociedades se construyen y avanzan más allá del progreso científico y tecnológico, sobre la base de la promoción de los valores, principios y derechos en los que se asientan. Las humanidades son útiles porque proporcionan beneficio económico, siendo fuente de innovación, ofreciendo soluciones a problemas concretos, y son fecundas, porque diseñan marcos de sentido que permiten a las sociedades autocomprenderse y orientar los cambios hacia un auténtico progreso y propician el cultivo de cualidades sin las que es imposible alcanzar la altura humana a la que las sociedades democráticas se han comprometido¹⁶². No se trata, pues, de comprender el entorno que nos rodea, sino también de autocomprendernos, más allá, de meros hechos biológicos, sino también como

¹⁶¹ Ibidem, p. 106.

¹⁶² Ibidem, pp. 112 y 113.

seres conscientes y, por tanto, espirituales. Un ser biocultural en palabras de Graciano González R. Arnaiz¹⁶³. La gran pregunta no es la de qué podemos hacer, sino las de qué queremos y, sobre todo, debemos hacer, para responder a estas dos últimas la ciencia y la técnica se muestran harto insuficientes.

La metáfora creada, una vez más, por el jurista antes que científico, Francis Bacon de que la Biblia y la naturaleza son dos libros que hay que leer y, si bien el primero nos permite entender la voluntad de Dios, el segundo nos permite obedecerla a través de la comprensión del mundo natural que nos envuelve, constituyó el nacimiento de la separación entre humanidades y ciencias. Sin embargo, el propio Bacon redujo al mínimo tal separación al considerar que ambos libros eran complementarios, debiendo interrelacionarse siempre el deber moral de las personas y el cultivo de la ciencia¹⁶⁴. Y que Giambattista Vico trató poco después de reparar o de limitar, al menos, la separación.

El Padre Adolfo Nicolás nos recordó en 2008 que las competencias no pueden estar orientadas solamente al mercado, pero pueden también ser comprendidas en el marco de un humanismo que las lleve a ser elementos de una formación integrada e integral de la persona humana. Y, por ello, los jesuitas y laicos implicados en la educación universitaria hablan de cuatro características de la persona humana íntegra e integral, a partir de cuatro cualidades que empiezan por la letra “C”. El espíritu humanista genera personas conscientes, competentes, compasivas y comprometidas. Conscientes de sí mismas y del mundo en el que viven, con sus dramas, pero también con sus gozos y esperanzas. Competentes para afrontar los problemas técnicos, sociales y humanos a los que se enfrenta un profesional. Personas también movidas por una fuerte compasión¹⁶⁵ ¿Podemos, pues, cumplir nuestra misión sin las humanidades?

Junto al mito de la presunta falta de productividad de las humanidades frente a las “fecundas” ciencias, debemos desterrar otro más: lo cuantitativo, los datos, el análisis matemático son importantes, pero el dataísmo, el cuantitativismo son ciertamente peligrosos, además, de poco útiles para lo que deberían realmente servir, predecir y prevenirnos con cierta precisión de los riesgos que nos acechan, como este de la pandemia.

Porque, en definitiva, combinar analfabetismo ético con conocimiento tecnológico y científico es un viaje hacia ninguna parte. El propio Descartes, gran defensor de una manera mecánica de entender el mundo, admitía también que este no era el único modo de pensar y que lo importante era pensar tanto dentro como fuera del taller científico¹⁶⁶.

¹⁶³ GONZÁLEZ R., ARNAIZ, G., *Bioética y Biopolítica. Aproximaciones desde el trans/posthumanismo*, Comares, Granada, 2021, p. 22.

¹⁶⁴ CREASE, R. P., *Los científicos y el mundo*, Crítica, Barcelona, 2020, p. 33.

¹⁶⁵ NICOLÁS, A., *Raíces de futuro*, Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2017, p. 12.

¹⁶⁶ CREASE, R. P., *Los científicos y el mundo*, op. cit., p. 90.

Las palabras de Byung-Chul Han Han son muy alumbradoras cuando nos advierte de que el giro antropológico copernicano que elevó al hombre a productor autónomo del saber es ahora sustituido por un giro dataísta, en virtud del cual, el hombre empieza a regirse por datos. Abdica como productor de saber y entrega su soberanía a los datos. Porque el dataísmo pone fin al idealismo y al humanismo de la Ilustración. El saber pasa a ser producido maquinalmente¹⁶⁷. Y la transparencia como imperativo dataísta no declara libre al hombre, sino a los datos y las informaciones¹⁶⁸.

El Padre Julio Martínez nos decía hace poco más de año, en su Introducción al Libro publicado por nuestra Cátedra de Bioética, bajo el título de *La humanidad puesta a prueba. Bioética y Covid-19*, que tratar hoy sobre el humanismo es tener que vérselas con la tecnología y con sus casi infinitas potencialidades, pero también con la posibilidad de que ésta no abduzca a lo humano, sino que lo proteja y lo potencie. Porque, si bien la tecnología nos ayuda a decidir, pero finalmente siempre debería ser la persona quien elige y eso pide la comparecencia de la ética¹⁶⁹.

Y una segunda propuesta, ya dirigida hacia mis estudios, los de Derecho:

Creo, sinceramente, indispensable formar a nuestros estudiantes de Derecho, no como individuos dotados de una inteligencia computarizada, sino de una inteligencia general que aplica las orientaciones a cada situación, siendo sabedores de que la función del jurista, no sólo del académico, sino también del profesional de la Justicia, no es la de mero *subsumidor*. El derecho no es un montón de conocimientos revueltos, científicamente sospechosos y literalmente raquíuticos.

Como explica con gran magisterio Alejandro Nieto (con él empezaba esta lección y con el casi ya la termino), el jurista, el abogado, sabe que la solución tiene que encontrarse en la Ley, aunque no viene dada en la ley¹⁷⁰. El abogado no es un mero buscador del derecho legalmente correcto para convertirse en un creador del derecho, y esto es lo apasionante¹⁷¹. Y por ello, lo que tenemos que enseñar y nuestros estudiantes aprender es a discurrir, porque luego, desde arriba, se puede aterrizar en cualquier campo. El que sabe pensar y sabe escribir, lo único que necesita es información y esfuerzo. Se trata, pues, de una inmersión en la cultura jurídica, ya que todas las ramas acaban en el mismo tronco¹⁷². Se trata, en cierto modo, de recuperar algunas de las ideas que defendiera también el pre-

¹⁶⁷ HAN, B.-C., *La desaparición de los rituales*, op. cit., p. 105.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 106.

¹⁶⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J. L., "Introducción", en AMO USAMOS, R. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (eds.), *La humanidad puesta a prueba. Bioética y Covid-19*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2020, p. 22.

¹⁷⁰ NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T.-R., *El Derecho y el revés*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 45.

¹⁷¹ Ibidem, p. 46.

¹⁷² Ibidem, p. 214.

citado Giambattista Vico en su crítica a la formación exclusivamente científica y fragmentada.

Y termino con algo que no es habitual en una lección como es la inaugural de un curso, pero es que tampoco estamos viviendo tiempos habituales: un reconocimiento.

En toda crisis como la que estamos viviendo, hay muchos héroes anónimos, gente que ha hecho mucho en favor de todos, y entre todos ellos, me gustaría destacar al equipo de salud pública del Ministerio de Sanidad con el que he tenido la suerte de colaborar en la Estrategia para la vacunación frente a la Covid-19. Con este reconocimiento, logro, además, por vía conyugal, un lazo de unión entre esta lección inaugural y la que se nos impartió con mucho más magisterio por el profesor Doctor Tomás Gómez, en la inauguración del curso pasado. Unión entre pasado, presente y futuro que es lo que constituye un ritual, repetición y recuerdo, como el que estamos hoy celebrando, en palabras nuevamente de Byung-Chul Han, tomadas prestadas de las ideas del filósofo danés Kierkegaard¹⁷³.

¹⁷³ HAN, B.-C., *La desaparición de los rituales*, op. cit., p. 20.

