

Bioética y derecho de la salud pública

FUNDACIÓ
VÍCTOR
GRÍFOLS
i LUCAS

Con la colaboración de:



Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas
Bioética y derecho de la salud pública Nº 64 (2023)
Edita: Fundació Víctor Grífols i Lucas. c/ Jesús i Maria, 6 - 08022 Barcelona
fundacio.grifols@grifols.com www.fundaciogrifols.org
ISBN 978-84-09-49505-4 Depósito Legal: B 6686-2023

Bioética y derecho de la salud pública

Cuadernos
de la Fundació 64
Víctor Grífols i Lucas

SUMARIO

Pág.

Presentación

Juan del Llano y Núria Terribas 7

El marco jurídico de la pandemia

Josefa Cantero 11

La perspectiva ética: ¿cómo ponderar libertad y salud pública?

Libertad frente a seguridad

Lydia Feito 34

La salud también es libertad

Àngel Puyol 41

La perspectiva jurídica: la intervención del Estado por motivos de salud pública: luces y sombras

Limitaciones y restricciones de derechos por motivos de salud pública

David Larios 52

COVID-19. Cinco retos y un modelo de respuesta democrática

Josep M. Vilajosana 60

La perspectiva desde los poderes públicos: de la teoría a la acción

Excepcionalidad pandémica y toma de decisiones: Ciencia, Política y Derecho

Joaquín Cayón 72

Las frágiles costuras

Javier Segura 83

La gestión de la pandemia en Catalunya

Carmen Cabezas 91

Relación de autores 100

Títulos publicados 102

PRESENTACIÓN

La Fundació Gaspar Casal cumplió 25 años durante el 2021 y la Fundació Víctor Grífols i Lucas los cumple este año 2023. Ambas, en su trayectoria docente, investigadora, de difusión del conocimiento científico y de comunicación pública, han aportado pensamiento, reflexión crítica y análisis en muchos temas de salud pública. Pueden encontrar todos los Cuadernos de la Fundació en su página web de libre acceso en el apartado Cuadernos (fundaciogrifols.org) y también las publicaciones de la FGC, a destacar su libro *Sociedad entre pandemias*, también de libre acceso: Sociedad Entre Pandemias – Fundació Gaspar Casal (fundaciongasparcasal.org).

Ante un tema acuciante como la interfaz bioética y el derecho de la salud pública tras la pandemia de la COVID-19, quisimos propiciar un espacio de debate compartido, sereno (con prognosis y distancia temporal), interdisciplinar (con pluralidad de acercamientos y disciplinas) y reflexivo (con un tono más próximo al ensayo en los saberes y prácticas de experiencia).

El programa generó una gran expectativa. Parafraseando a Dani Rodrik y su trilema, podemos pensar que en la pandemia se han planteado un buen número de dilemas de todo tipo, políticos, jurídicos, sociales, económicos y de salud pública. Los debates se han ido caracterizando según evolucionaba la pandemia en torno a una serie de dilemas: salud-libertad, salud-economía y libertad-economía, que llevó a la tensión, todavía existente, entre la salud, la economía y la preservación de las libertades y la democracia.

Además, el miedo y la incertidumbre que han rodeado a la pandemia ha hecho que se expanda la desinformación. Quedan muchas preguntas de calado por ser respondidas, como algunas de las que se plantearon en este seminario, centrado en la bioética y el derecho de la salud pública, mimbres para entender mejor esta pandemia y ser capaces de hacer autocrítica y aprender alguna lección.

Para contextualizar el debate que tuvo lugar en el seminario, podemos hacer a «vuela pluma» una mirada a los cuatro principios tradicionales de la bioé-

tica. Ni beneficencia ni maleficencia se cumplieron en la primera ola. Existió una enorme incertidumbre ante el curso clínico del SARS-Cov-2. Se utilizaba mucho arsenal terapéutico del que no se sabía si funcionaría pues no había evidencia. Con el paso de las olas mejoró en paralelo al mayor conocimiento que se iba adquiriendo.

La autonomía, con una autoridad sanitaria central incapaz de intentar una gobernanza colegiada con las CC. AA. que resultó poco operativa, descoordinada, con un consejo interterritorial que solo servía para la protección de los políticos y sin contar para nada con la ciudadanía, a la que se le imponían las pautas y las actuaciones de modo autoritario y sin rendición de cuentas, tampoco se ha cumplido.

Y si vamos a revisar el principio de justicia, teniendo muy grabado el dantesco panorama vivido en las residencias de mayores, con esos protocolos no participados, la eficiencia entendida como evitar el despilfarro con las compras efectuadas y las medidas tomadas de tan larga duración y sin evidencia, como los confinamientos, la distancia social, la limitación de desplazamientos y del número de asistentes a reuniones, etcétera, parece obvio que tampoco se ha cumplido.

Y, todo ello sin entrar en el tema que centró el seminario: la ponderación de la libertad individual frente a las medidas coercitivas que tomaban los poderes públicos y que han disminuido, sin duda, la calidad de nuestra democracia. Este análisis se abordó desde una triple perspectiva: ética, jurídica y política.

Esperamos que su lectura les resulte de interés y aprovechamos para agradecer a los respectivos equipos de ambas fundaciones el esfuerzo de organización para hacer posible el evento del que les ofrecemos los contenidos.

Juan del Llano

Director de la Fundación Gaspar Casal

Núria Terribas

Directora de la Fundació Víctor Grífols i Lucas

El marco jurídico de la pandemia

Josefa Cantero

Catedrática de Derecho Administrativo de la UCLM

1. Introducción

Han pasado ya más de dos años de pandemia y desde entonces se han elaborado una cantidad considerable de normas que están dispersas en los distintos ordenamientos autonómicos y en el estatal. Como muestra, basta traer a colación la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, que legisla el deber de cautela y protección para todos los ciudadanos a fin de evitar la generación de riesgos de propagación de esta enfermedad. Esta ley establece el marco jurídico del coronavirus, previendo medidas de prevención e higiene en los diversos ámbitos, la obligación de la Administración de controlar el cumplimiento en los distintos establecimientos de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que aquellas determinen y la obligación de adoptar medidas organizativas que resulten necesarias para evitar aglomeraciones y garantizar que clientes y trabajadores mantengan una distancia de seguridad de, al menos, 1,5 metros, etc.

Existen normas más intensas de intervención o de policía administrativa sanitaria. Cuando se trata de afectar a las cosas, a los derechos de naturaleza económica o patrimonial de las personas, el marco jurídico previsto en nuestras normas ordinarias ofrece una respuesta detallada. El art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, prevé que, en el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, se puedan adoptar las medidas que se estimen pertinentes, entre otras la incautación o inmovilización de productos, la suspensión del ejercicio de actividades, el cierre de empresas o sus instalaciones y la intervención de medios materiales y personales. Estas medidas se reproducen también como medidas cautelares y medidas especiales en el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que habilita a la Administración General del Estado (AGE) y a las Administraciones autonómicas, incluidas las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, a «adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley», con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, previa resolución motivada. Además de las medidas de intervención expresamente tipificadas, podrá adoptarse «cualquier otra medi-

da ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud». Las medidas se implementan previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población, en cuyo caso no es preciso respetar esta obligación de audiencia previa. Como es lógico, su duración no debe exceder del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad. Como suele decirse, cuando se quema la casa, no hay que esperar autorización judicial para enviar a los bomberos.

Hoy en día, el problema, al igual que entonces, se plantea cuando se trata de implementar medidas de salud pública que suponen una limitación de los derechos fundamentales. Hasta ahora, la Administración ha obtenido su cobertura legal para incidir en los derechos fundamentales por una doble vía. Ambas han convivido y se han aplicado en paralelo para hacer frente a la misma situación, pero con consecuencias jurídicas muy distintas para la ciudadanía y para la Administración, lo que no deja de ser disfuncional.

La primera posibilidad de actuación consiste en la vía excepcional de la declaración del estado de alarma, regulada en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Sus consecuencias no son desdeñables. En virtud del valor y fuerza de ley que tiene la declaración del estado de alarma y sus prórrogas, las modalidades de intervención administrativa que tipifican no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción ordinaria (STC 83/2016, de 28 de abril). Asumen automáticamente el valor de ley y solo pueden ser controladas ante el Tribunal Constitucional.

La segunda posibilidad consiste en la utilización de la vía ordinaria prevista en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Su art. 3 establece una cláusula genérica de habilitación para la autoridad sanitaria, disponiendo que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Se trata de una cláusula

genérica habilitante, sin restricción ninguna, para adoptar cualquier tipo de medidas y que no requiere ningún tipo de intervención judicial previa. Esta vía fue complementada con la Ley 3/2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que ha establecido una importante reforma en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para introducir la necesidad de que las medidas sanitarias que se adopten en aplicación de esta ley orgánica no serán eficaces hasta que no sean previamente autorizadas o ratificadas por los Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

La situación puede decirse que ahora es mucho más grave porque las dos vías utilizadas durante la pandemia para afectar a los derechos fundamentales se han declarado inconstitucionales, por lo que puede afirmarse que, a día de hoy, no existe un marco jurídico adecuado para adoptar las medidas más severas de intervención sanitaria. Los dos estados de alarma (o más bien, algunas de sus medidas) que se declararon a nivel estatal para adoptar las medidas de confinamiento domiciliario, cierres perimetrales, limitación del derecho de reunión o toques de queda nocturnos han sido declarados inconstitucionales. La otra vía ordinaria también se ha visto recientemente afectada por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 2 de junio de 2022, recurso 6283/2020, que ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de esta intervención judicial previa porque supone una vulneración del principio de separación de poderes.

La atribución de competencias a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo para que autoricen medidas sanitarias de alcance general limitativas o restrictivas de derechos fundamentales excede de los márgenes previstos en el art. 117.4 de la Constitución española y suponen un menoscabo de la potestad reglamentaria atribuida al poder ejecutivo. La garantía de derechos fundamentales no justifica la atribución al juez contencioso de una competencia que es ajena a la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La autorización judicial dificulta la exigencia de responsabilidades a los Gobiernos, afecta de modo intenso al principio de eficacia de la actuación administrativa y choca con los principios de publicidad de las normas y seguridad jurídica.

Como resultado de ello, si volviera a plantearse una situación grave de crisis sanitaria no dispondríamos de un marco jurídico claro y adecuado, adaptado a las exigencias de nuestro Estado de derecho, para limitar derechos fundamentales, más allá de la cláusula en blanco que plantea la legislación orgánica.

2. Los principios básicos a tener en cuenta para conformar el marco jurídico de intervención administrativa en los derechos fundamentales ante una crisis sanitaria grave

Partimos de dos elementos básicos que han de tenerse en cuenta a la hora de conformar el marco jurídico de la pandemia: el principio de legalidad y la reserva de ley. El principio de legalidad se establece en diversos preceptos constitucionales. Cuando se trata de la adopción de medidas sanitarias resulta fundamental lo establecido en el art. 103.1 de la Constitución, esencial para regir el funcionamiento de la Administración, especialmente cuando se trata de la actividad más intensa, que es la que incide de modo directo en la esfera jurídica del particular, en la actividad de la llamada «policía sanitaria». En estos casos, la ley actúa como técnica de atribución de potestades de intervención administrativa. Es lo que legitima la actuación de la Administración sanitaria. El principio de legalidad significa que el Parlamento debe enfrentarse directamente a la regulación de esta materia y asumir el coste político que ello implica. Como explica Javier Barnés, se ha producido una auténtica abdicación por parte del poder legislativo con respecto al ejercicio de la «potestad legislativa del Estado» (art. 66.2 CE) que causa la desprotección de los derechos, quiebra principios básicos como el Estado democrático de derecho y genera innecesariamente otros graves problemas constitucionales, trasladando al juez funciones que no le corresponden (Barnés, 2021). La falta de la ley ha motivado una auténtica situación de desorientación y confusión regulatoria que se habría tratado de remediar con la intervención judicial. Muñoz Machado califica la situación que hemos vivido como de «desconcerto jurídico, político y administrativo» (Muñoz Machado, 2022).

El principio de legalidad se complementa con la reserva de ley. Nuestra Constitución establece un marco muy claro para la incidencia en los derechos fundamentales y libertades públicas. Su art. 53.1 es tajante al establecer que «solo por ley» podrá regularse el ejercicio de estos derechos y libertades, que deberá respetar su contenido esencial y que su art. 81 exige una ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

En esta materia puede decirse que seguimos en el mismo punto de partida que en aquel momento inicial, agravado, a mi juicio, por varias circunstancias que se han producido desde entonces. Tenemos un marco todavía más complejo porque las dos vías utilizadas para limitar derechos fundamentales presentan aspectos que han sido declarados inconstitucionales por no ser acordes con nuestro modelo de Estado de derecho, con el principio de separación de poderes ni con nuestro sistema de descentralización política. De hecho, dos importantes y controvertidas sentencias del Tribunal Constitucional de julio y de octubre de 2021 han declarado la inconstitucionalidad de algunas medidas previstas en los dos estados de alarma que se decretaron en marzo y en octubre de 2020. La otra vía ordinaria, la de la Ley Orgánica 3/1986 de medidas especiales en materia de salud pública, que se había complementado con la intervención judicial, también ha sido declarada inconstitucional, a pesar de que el Tribunal Supremo la había considerado adecuada y suficiente para limitar derechos fundamentales. Ello implica que, dos años después de la pandemia, aunque ya no se puedan alegar las razones de urgencia y necesidad que justifican la invocación de esta norma, la Administración sanitaria puede adoptar cualquier tipo de medida limitativa de derechos fundamentales sin que tal injerencia tenga que estar previamente prevista y tipificada por el legislador.

A partir de ahí podríamos destacar algunas ideas esenciales al respecto. Tenemos un marco jurídico muy extenso y complejo, pero, a mi juicio, poco apropiado para gestionar una pandemia tan intensa y extensa como la que hemos vivido, que requiere limitar derechos fundamentales. Pasada la urgencia, la limitación de derechos fundamentales necesita de una ley, orgánica u ordinaria, que tipifique todas y cada una de las posibilidades de actuación de la Administración, que establezca sus límites, condiciones y garantías jurídicas para los ciudadanos afectados.

La falta de un marco jurídico adecuado está causando un desequilibrio entre los poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial– tal como ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de junio de 2022. Como es propio de este tipo de normas de emergencia, los arts. 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986 se limitan, sin más, a habilitar a la autoridad sanitaria «por razones de urgencia y necesidad» a adoptar las medidas de control de enfermos que expresamente tipifica y todas aquellas otras medidas «que se consideren necesarias» ante un riesgo de carácter transmisible. Pasado el momento inicial de premura, la confusión y la desorientación sigue siendo máxima porque la Administración no está acostumbrada a ejercer funciones de policía sin una ley previa que le diga lo que puede hacer y cómo hacerlo. Necesita su «caja de herramientas», si se me permite esta expresión. Hemos estirado el concepto de «urgencia» cuando este se refiere exclusivamente a una situación temporal de necesidad que requiere de forma apremiante una acción inmediata. En rigor, la ley solo habilitaría para este momento inicial de inmediatez y premura. Es incomprensible, en mi opinión, que tras dos años de pandemia no hayamos recogido expresamente en el texto de una ley ni siquiera lo que es el confinamiento, un toque de queda o una cuarentena. En el derecho administrativo esto es inaudito. Y ello crea importantísimos problemas para el control judicial y para la propia actuación de la Administración, pues sitúa a los funcionarios y autoridades sanitarias que deben adoptar decisiones con premura ante una situación de desconcierto y desorientación.

Buen ejemplo de ello lo tenemos con el confinamiento de estudiantes que se produjo en un hotel balear en el mes de julio de 2021. La Directora de Salud Pública del Gobierno balear, ante el «megabrote» de contagios que se había producido entre estos estudiantes madrileños que se encontraban de viaje de fin de curso en la isla, dictó una «instrucción» para ordenar su confinamiento en el hotel. Se había detectado un 26% de positividad en los test realizados. El Juzgado de Instrucción número 12 de Palma citó a la directora como investigada por el confinamiento obligatorio ante la denuncia de varios padres por el delito de detención ilegal y de prevaricación. Este tipo de imputaciones son especialmente peligrosas porque minan la credibilidad de las Administraciones sanitarias y dificultan la adopción de medidas urgentes. Pueden tener un grave efecto disuasorio para los profesionales sanitarios a la hora de adoptar medidas

si son conocedores del riesgo que asumen de ser imputados (o investigados) en un proceso penal por las medidas técnicas que proponen. Asimismo, limitan la discrecionalidad necesaria que debe tener la Administración para actuaciones urgentes e inaplazables y generan desconfianza en la población hacia las instituciones que tienen encomendadas la protección de su salud.

La adopción de este tipo de medidas ha dado lugar a un intenso debate en nuestra doctrina sobre el marco para la limitación de derechos fundamentales, que ha oscilado entre aquellos autores que han considerado que no era suficiente la declaración de un estado de alarma para adoptar algunas de las medidas que se tomaron y se requería un estado de excepción, y entre aquellos otros que consideran que nuestro régimen sanitario –con el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986– ya contiene posibilidades de actuación que no requieren de ninguna otra habilitación específica (Muñoz Machado, 2022; Baño León, 2021). Estos autores entienden que nuestra legislación sanitaria, antes y después de aprobada la Constitución, atribuye poderes suficientes para luchar contra la pandemia sin que requiera la Administración de ninguna otra habilitación imprescindible, ni siquiera para limitar derechos fundamentales. El Estado y las comunidades autónomas tienen sobradas competencias para adoptar medidas extraordinarias de policía sanitaria que permiten restringir algunas libertades fundamentales, por lo que el recurso al estado de alarma solo procede utilizarlo como mecanismo de coordinación cuando la situación requiera de una nueva gestión centralizada de la pandemia por parte del Gobierno central. También lo ha considerado así el Gobierno, que tras dos años de pandemia no ha realizado ninguna iniciativa legislativa para modificar este marco jurídico e incluso cuando introdujo el nuevo recurso de casación sanitario, al que después nos referiremos, con el Real Decreto-Ley 8/2021 señalaba con total naturalidad que la actual legislación sanitaria constituye «un marco jurídico suficiente y adecuado para dar respuesta a la situación de crisis sanitaria en las actuales circunstancias epidemiológicas y de control de la enfermedad».

No obstante, otros autores se han mostrado muy críticos con la inactividad del Parlamento para establecer una legislación de pandemias, lo que dificulta el control judicial, que se presenta como un «control» abstracto de normas basado en la proporcionalidad de la medida, cuando debería corresponder al

legislador hacer previamente su apreciación técnica y fáctica (Javier Barnés, 2021; y De la Quadra-Salcedo, 2020). Esta situación de desorientación e incertidumbre se habría intentado colmar con la intervención judicial, potenciando el papel constitucional del juez también como garante de derechos individuales al que se refiere el art. 117.4 de la Constitución, aunque ello provoca graves distorsiones en nuestro ordenamiento jurídico: en concreto, la dilución y confusión de las responsabilidades sobre la restricción de los derechos fundamentales entre los tres poderes del Estado, que se verían afectados.

En mi opinión, acierta Barnés cuando señala que la cuestión no termina con la mera habilitación legislativa. Ante situaciones de emergencia sanitaria –*salus populi suprema lex est*–, la Administración está obligada a actuar a favor del interés general de la salud de la población, del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, del derecho de todos a sobrevivir. Ahora bien, no se trata solo de una habilitación legal (cómo obtener la luz verde), pues el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 nos sirve a estos efectos, sino que «se extiende inescindiblemente al marco o regulación legal en que esa acción ha de moverse en la lucha contra la pandemia (concedido el permiso, qué cabe hacer)». Con la ley orgánica tenemos la norma habilitante que permite actuar, pero nos falta la norma que nos diga lo que hay que hacer.

También el Tribunal Supremo se ha referido a esta insuficiencia del marco normativo en algunas de sus sentencias. Aunque ha dado el espaldarazo al sistema, no ha desaprovechado la ocasión en algunas sentencias para poner de relieve el problema y dar un toque de atención al legislador. Así, por ejemplo, en la primera sentencia que dictó en el nuevo recurso de casación sanitaria, la núm. 719/2021, de 24 de mayo, a propósito de las limitaciones de viajes entre las distintas islas del archipiélago canario ya dijo que «sin ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica». Esta falta de marco normativo adecuado y suficiente ha sido generador de numerosos problemas y, al fin y al cabo, es lo que se intenta remediar con este peculiar sistema de intervención judicial que ha introducido el legislador y que finalmente se ha declarado inconstitucional.

3. Un debate zanjado (¿en falso?) por la jurisprudencia del Tribunal Supremo

A falta de una mayor concreción por parte del legislador orgánico, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo –dictada con ocasión del nuevo recurso de casación sanitario– la que ha venido a zanjar el debate sobre la naturaleza que ha de tener la norma que limita derechos fundamentales. Aunque ha elaborado una jurisprudencia muy casuística, ha interpretado que, en principio, el art. 3 de esta Ley Orgánica 3/1986 es suficiente para limitar derechos fundamentales, aunque todo depende, en última instancia, de la intensidad y la extensión de la limitación.

Así lo sostuvo desde la STS de 24 de mayo de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, núm. 719/2021, a propósito de las medidas aprobadas por el Acuerdo del Gobierno de Canarias que limitaban el derecho a la libre circulación por cuanto que restringían los viajes entre las islas. En concreto, se limitaba el acceso a las islas que llegaran a estar en los niveles de alerta 3 y 4. Las medidas no fueron ratificadas por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias ni por el Tribunal Supremo al considerar que carece de justificación la limitación de la libertad de circulación propuesta. En ella sostuvo que la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia de la COVID-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma. La legislación sanitaria proporciona fundamento normativo suficiente. El hecho de que el Gobierno y el Congreso de los Diputados considerasen necesario, en marzo y en octubre de 2020, declarar el estado de alarma y que con base en el mismo se restringieran determinados derechos fundamentales no significa que, una vez levantado el estado de alarma, no exista ninguna base constitucionalmente idónea para adoptar medidas sanitarias de lucha contra la pandemia que restrinjan algunos derechos fundamentales.

Se pueden restringir derechos fundamentales mediante medios normativos ordinarios, como son la ley orgánica y, en su caso, la ley ordinaria. Ha considerado la sala 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 el desarrollo de alguno de los derechos proclamados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I».

Ha aplicado la doctrina del Tribunal Constitucional, que desde la temprana STC 5/1981, de 13 de febrero, advirtió de la necesidad de aplicar un criterio estricto o restrictivo para determinar el alcance de la reserva que se contiene en el art. 81.1 CE, no solo en lo referente a la «materia» objeto de reserva sino también en lo referente al término «desarrollar», a fin de evitar petrificaciones del ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas. «Desarrollo», a efectos de este precepto, es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo. Y ello, como es obvio, «solo puede verificarse examinando cada norma que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación».

En consecuencia, ha considerado que, dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las comunidades autónomas (STS de 21 de mayo de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, núm. 719/2021).

Ahora bien, ha realizado un análisis particularizado de las distintas medidas limitativas de derechos fundamentales que se han planteado y la respuesta en cuanto al grado normativo de la ley habilitadora ha sido dispar, dependiendo de las concretas circunstancias del caso planteado. Así, en la STS de 3 de junio de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, núm. 788/2021, se ha considerado que las medidas adoptadas requerían la habilitación de una ley orgánica. En este caso se ha pronunciado sobre la ratificación de las medidas

adoptadas en las islas Baleares para luchar contra la pandemia consistentes en un toque de queda nocturno y las limitaciones del derecho de reunión de las personas en las reuniones familiares y sociales. Solo ratificó las medidas relativas a la limitación de viajeros provenientes de otros lugares del territorio nacional y en lo relativo a la limitación del aforo en los lugares de culto.

En este caso ha considerado que los derechos fundamentales no son exactamente los mismos que limitaban las medidas que se adoptaron por el Gobierno canario. En aquel supuesto se limitaba únicamente la libertad de circulación en el territorio nacional por imponer restricciones entre las islas (art. 19 de la Constitución), mientras que aquí están en juego también los derechos a la intimidad familiar y el derecho de reunión (arts. 18 y 21 de la Constitución). Además, por lo que respecta específicamente al llamado «toque de queda» probablemente está en juego algo más que la libertad de circulación, pues no es lo mismo prohibir desplazarse entre dos lugares determinados que obligar a todos a permanecer en su domicilio durante ciertas horas, que impide desplazarse a cualquier parte. Con todo ello quiere ponerse de relieve que la intensidad (la fuerza con que se incide en los derechos fundamentales) y la extensión (el número de personas afectadas en sus derechos fundamentales) no son equiparables en una limitación de viajes entre islas y en el «toque de queda», por no hablar del número máximo de personas en reuniones familiares y sociales: estas últimas restricciones son considerablemente más intensas y extensas.

Ello tiene relevancia a la hora de determinar tanto la cobertura normativa requerida como la justificación sustantiva de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales. En dicha sentencia ha considerado la sala que estas medidas sanitarias, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible. A partir de ahí, dirá el TS que el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 es un precepto innegablemente escueto y genérico. «Desde luego, no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia de la COVID-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente». Se explica así que el Tribunal Supremo deslice sutilmente y sugiera en sus sentencias que «las dificultades jurídicas

serían mucho menores, tanto para la Administración sanitaria como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual».

Ahora bien, como tal regulación articulada no existe, la sala no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas. Esta constatación, sin embargo, no conduce a concluir 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. El precepto 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, sin que basten meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

En la STS de 26 de enero de 2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, núm. 62/2022, se ha sido todavía más explícito al proclamar que el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, el art. 26 de la Ley General de Sanidad y el art. 54 de la Ley General de Salud Pública ofrecen un marco jurídico suficiente para que la Administración pueda adoptar medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales. Ahora bien, para que sean conformes a derecho y puedan contar con esta cobertura normativa, deben cumplir los siguientes requisitos: justificar la realidad de que haya una enfermedad que comporte un riesgo grave de transmisibilidad; justificar también que esas medidas restrictivas o limitativas son idóneas o adecuadas e imprescindibles por no haber otros medios más eficaces, lo que se concreta en un triple juicio: de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad; y, por último, deben fijar un ámbito territorial atendiendo a la población afectada, así como el tiempo que considera imprescindible atendiendo a la gravedad de la enfermedad.

4. El papel del Tribunal Constitucional: la inconstitucionalidad de los estados de alarma y del sistema de intervención judicial previa

La actuación del Tribunal Constitucional ha puesto en jaque todo este sistema al declarar la inconstitucionalidad de algunos aspectos elementales de estas dos posibles vías de actuación. Así lo ha hecho con la declaración del estado de alarma.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declaró el estado de alarma y permitió hacer frente a la situación de emergencia sanitaria con la aplicación de intensas medidas de intervención que supusieron limitaciones de deambulación y un estricto confinamiento domiciliario que permitía salir del domicilio solo para realizar actividades tasadas. Por vez primera en nuestra etapa constitucional se aplicaban estas medidas de forma generalizada a toda la población al considerarse que resultaban imprescindibles para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública, evitando su colapso. Unos meses más tarde se decretó el segundo estado de alarma para todo el territorio nacional a través del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. La norma establecía un listado de posibles medidas de intervención que podían ser moduladas y flexibilizadas en atención a las concretas circunstancias de cada territorio. El estado de alarma se prorrogó automáticamente durante seis meses y se declaró a los presidentes de las comunidades autónomas como autoridades competentes delegadas. Estas medidas de intervención podían consistir en el llamado toque de queda nocturno; en el cierre perimetral autonómico; en la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, y del ejercicio colectivo del derecho de libertad religiosa consagrado en el art. 16 de la Constitución, consistente en la restricción a la permanencia de personas en lugares de culto.

Ambos estados de alarma han sido declarados inconstitucionales, al menos algunas de sus medidas más importantes y polémicas. La STC 148/2021, de 14 de

julio, ha declarado inconstitucional la medida de confinamiento domiciliario establecida por el primer estado de alarma por su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales. Aunque no descarta que se tratara de una medida adecuada, entiende que no se podía utilizar la vía del estado de alarma. Las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales que pueden imponerse en el Real Decreto declarativo de un estado de alarma, «aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho,¹ so pena de vaciar igualmente de sentido el artículo 55.1 CE». Solo resulta posible la suspensión en los estados de excepción y de sitio. Ello comporta, para futuras ocasiones, que una limitación especialmente intensa y general de un derecho fundamental supone una suspensión de este derecho y, por tanto, requiere la previa declaración del estado de excepción dentro de los límites que establece el artículo 55.1 CE. Y ello a pesar de que la situación de crisis sanitaria está expresamente tipificada como uno de los supuestos habilitantes del estado de alarma.

Unos meses después, la STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, ha declarado también la inconstitucionalidad de varios preceptos del segundo estado de alarma. En este caso, a diferencia de la anterior, considera que todas las medidas limitativas de derechos fundamentales tienen cobertura dentro del marco de la declaración del estado de alarma porque no suponen una «suspensión» de derechos fundamentales, sino una mera «restricción o limitación». Sin embargo, se han declarado inconstitucionales la prórroga de seis meses y la delegación de las competencias para la gestión del estado de alarma a los presidentes autonómicos.

Esto nos sitúa ante una compleja situación profuturo si tuviera que darse por este coronavirus –o por otro– una situación similar a la vivida en marzo del 2020. El estado de alarma no nos permitiría decretar un confinamiento domiciliario extremo como el que pasamos. Sí permitiría el resto de las medidas limitativas, pero desde una gestión centralizada de la pandemia y poco coherente con el desarrollo del Estado autonómico. El panorama resultante es poco claro. Como ha destacado el voto particular de María Luisa Balaguer, las sentencias provocan confusión en los destinatarios de la norma respecto de cuál es el modelo normativamente definido por la Constitución para adoptar este tipo de medidas en relación con los estados excepcionales.

También el modelo de intervención previsto en la vía ordinaria del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, se ha visto afectada por la doctrina del Tribunal Constitucional. Aunque esta ley atribuye potestades directas de intervención y no remite al juez, como es propio del funcionamiento ordinario de la Administración, se ha interpretado que la utilización de esta última vía requiere la previa intervención del poder judicial, toda vez que las medidas no van a producir ningún efecto jurídico hasta que un juez o tribunal de lo contencioso-administrativo las controle y las autorice expresamente. Convierte al juez en codecisor de las medidas limitativas de los derechos fundamentales, lo que supone una ruptura del equilibrio entre los tres poderes del Estado: el poder legislativo, ejecutivo y judicial. Si bien es cierto que ya existía en nuestro ordenamiento jurídico la autorización judicial para adoptar medidas que inciden en los derechos fundamentales de las personas, ha sido a raíz de las reformas procesales que se han llevado a cabo en el año 2020 y 2021 cuando hemos empezado realmente a ser conscientes de las consecuencias jurídicas que ello tiene y de los riesgos que, a mi juicio, puede suponer la introducción de esta práctica.

El protagonismo constitucional que tiene la Administración para la tutela de la salud se sustituye por el juez, que adquiere un papel esencial en la medida en que las decisiones que tome la autoridad sanitaria quedan paralizadas en un limbo jurídico hasta que sean autorizadas o ratificadas por los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo. Supone prácticamente desplazar su prerrogativa de autotutela declarativa en un ámbito que es especialmente delicado porque, lo que está en juego, es el derecho a la protección de la salud, el derecho de todos a sobrevivir, esto es, el derecho fundamental a la vida y a la integridad física de las personas. El juez se nos muestra como codecisor de las medidas sanitarias, toda vez que estas no se pueden aplicar hasta que no se autoricen o ratifiquen.

Este peculiar sistema se ha introducido exclusivamente a través de normas procesales y de urgencia y, a mi juicio, de forma poco meditada por los importantes efectos que puede ocasionar en el ámbito de la salud pública. Para Barnés, la autorización judicial parece «una verdadera maniobra de distracción para generar la ilusión de un control judicial» que, sin embargo, no puede suplir la ausencia de regulación legal. En definitiva, tal como apunta

este autor: «el legislador ha presionado al poder judicial haciéndolo corresponsable –ante la sociedad– con las comunidades autónomas de la respuesta jurídica a la COVID-19 como si el problema fuera de los jueces y tribunales, y no del legislador estatal» (Barnés, 2021).

Este modelo se ha implementado en nuestro ordenamiento a través de varias reformas procesales que han modificado la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, ha generalizado la intervención judicial, extendiendo la competencia para autorizar o ratificar las medidas sanitarias con destinatario indeterminado a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y a la Audiencia Nacional y ha creado un procedimiento exprés que ha de resolverse en el plazo de tres días hábiles y en el que interviene el Ministerio Fiscal.²

Las dudas que genera este modelo autorizatorio han llevado al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con sede en Zaragoza. El auto de 10 de octubre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón tenía que ratificar la decisión autonómica de cierre perimetral del municipio de La Almunia de Doña Godina. El Pleno del Tribunal Constitucional ha declarado finalmente la inconstitucionalidad del modelo a través de su Sentencia de 2 de junio de 2022.

Dirá el Tribunal que la exigencia de autorización judicial para que puedan ser aplicadas las medidas generales adoptadas por la Administración para proteger la salud pública supone atribuir a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia una competencia que desborda totalmente la función jurisdiccional de los jueces y tribunales integrantes del poder judicial (art. 117.3 CE), sin que pueda encontrar acomodo en la excepción prevista en el art. 117.4 CE.

La previsión contenida en el art. 117.4 de la Constitución, aunque matiza el principio de reserva jurisdiccional (art. 117.3 CE), tiende a asegurar el principio de separación de poderes, lo que excluye una interpretación extensiva de dicho precepto que conlleve una desnaturalización del poder judicial. Tal

desnaturalización se produce si el legislador atribuye a los jueces y tribunales, en garantía de cualquier derecho, cualquier tipo de función no jurisdiccional, desbordando los cometidos propios del poder judicial. El juez anula este mecanismo a fin de evitar el desequilibrio institucional que conllevaría la intromisión del poder judicial en las tareas constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, con la consiguiente quiebra del principio constitucional de separación de poderes, consustancial al Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE).

Señala la sentencia la necesidad de acotar las funciones de los distintos poderes del Estado, a fin de evitar fórmulas de actuación que, al involucrar a un poder en las funciones propias de otro, puedan impedir o dificultar la exigencia de las responsabilidades, políticas o jurídicas, que a cada cual correspondan, comprometiendo con ello el principio de responsabilidad de los poderes públicos, proclamado por el art. 9.3 CE y estrechamente vinculado con el principio de división o separación de poderes. La garantía de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 117.4 CE no puede justificar la atribución a los Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo de una competencia ajena por completo a la función jurisdiccional, reservada en exclusiva a jueces y tribunales, lo que determina un inconstitucional conmixtión de la potestad reglamentaria y la potestad jurisdiccional.

El sistema de autorización judicial previa supone también un menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución (y los respectivos Estatutos de autonomía) atribuye al poder ejecutivo (art. 97), de forma exclusiva y excluyente, sin condicionarla al complemento o autorización de los jueces o tribunales para entrar en vigor y desplegar eficacia, bastando para ello la publicación en el correspondiente diario oficial. Por ello, no cabe que el legislador la convierta en una potestad compartida con el poder judicial, lo que sucede si se sujeta la aplicación de las normas reglamentarias al requisito previo de la autorización judicial. Asimismo, supone un menoscabo cierto para el principio constitucional de eficacia al que está sujeto la actuación de las Administraciones públicas (art. 103.1), pues la exigencia de autorización judicial dificulta y demora la aplicación de unas medidas orientadas a la protección de la salud pública que se pretenden urgentes y que por tanto requieren una aplicación inmediata.

En fin, tras dos años de pandemia sería conveniente repensar todo este marco a la luz de estos pronunciamientos constitucionales. Al desaparecer el sistema de autorización judicial, cualquier Administración puede adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales sin orientación y sin límite alguno. Creo que ello es excesivo, fuera de los supuestos realmente excepcionales de urgencia. A mi juicio, las herramientas limitativas de derechos que pueden adoptarse son lo suficientemente conocidas para establecer al menos un listado y las condiciones más esenciales de su régimen jurídico. Así cumpliríamos con los cánones de previsibilidad y certeza que exigiría una intervención administrativa tan incisiva de los derechos fundamentales y facilitaría la labor de control judicial *ex post* por parte de jueces y tribunales. Como recordó la STC 76/2019, de 22 de mayo, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ya incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ya limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Dicha ley «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención» ya que, en caso contrario, la «ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla». Por tanto, urge dotarnos de un marco jurídico menos complejo y más clarificador.

Notas

1. Los términos «suspensión» y «limitación» de derechos fundamentales «son nociones jurídico-constitucionales que deben ser perfiladas». En una primera aproximación, se parte de la idea de que la limitación es un concepto «más amplio que el de la suspensión, como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico». En el concreto ámbito de los derechos fundamentales, la suspensión «parece configurarse como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos; y que solo en ciertos casos, y respecto de ciertos dere-

chos, puede venir amparada por el artículo 55.1 CE. Por el contrario, la limitación admite muchas más formas, al margen de la suspensión».

2. Ante las resoluciones contradictorias que se empezaron a producir se introdujo un nuevo recurso de casación exprés en materia sanitaria a través del Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Bibliografía

- Álvarez García V. Los medios jurídicos necesarios para la lucha frente a las futuras pandemias. *Revista General de Derecho Administrativo*. 2022; 59.
- Baño León, J. M. Confusión regulatoria en la crisis sanitaria. *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 209, octubre-diciembre 2020.
- Barnés J. La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19. *Revista de Administración Pública*. 2021; 216: 101.
- De la Quadra-Salcedo Janini T. Estado autonómico y lucha contra la pandemia. En: Biglino Campo P, Durán Alba F. Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Zaragoza: Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad; 2020.
- Muñoz Machado S. El poder y la peste (2020-2022). Madrid: Iustel; 2022.
- Nogueira López A. Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. 2020; 86-87.
- Salamero Teixidó L. Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19. *Diario LA LEY* de 22 de mayo de 2020; 9.638.
- Tajadura Tejada J. El Estado de derecho frente al Covid: reserva de ley y derechos fundamentales. *Revista Vasca de Administración Pública*. 2021; 120.

**La perspectiva ética:
¿cómo ponderar libertad
y salud pública?**

Libertad frente a seguridad

Lydia Feito

*Profesora de Bioética y Humanidades Médicas
de la Universidad Complutense*

Decía Hannah Arendt en 1965 que «la historia conoce varios períodos de oscuridad donde el reino público se vio oscurecido y el mundo se tornó tan dudoso que la gente cesó de pedirle a la política otra cosa que no fuera demostrar una verdadera consideración por sus intereses vitales y la libertad personal. [...] Si todo sale bien en esas épocas, se desarrolla un tipo de humanidad especial».¹

En el contexto de la pandemia se ha coartado la libertad de las personas, las libertades individuales, de diversas maneras: con las aplicaciones de rastreo instaladas en los móviles, con el rastreo de contactos directos de personas contagiadas, limitando nuestra capacidad de movimiento y estableciendo restricciones para la libre circulación, limitando nuestras posibilidades de reunirnos con otras personas o incluso obligándonos a llevar mascarillas, etc. Para muchos, con la pandemia se ha exacerbado una restricción de la democracia, que ya se había diagnosticado previamente, en favor de sistemas más totalitarios, al reducir la transparencia, limitar la información o llevar a cabo acciones represivas.²

Estas medidas han sido excepcionales. Nos encontrábamos en un escenario trágico que nos obligaba a emprender acciones en un momento de gran incertidumbre. Y la situación de excepcionalidad permite que se hagan algunas cosas que en contextos normales no estarían permitidas. Estábamos en una situación funesta, ante una pandemia que afectaba –y sigue afectando– a nivel mundial, donde, además, no estábamos preparados para lo que se nos venía encima, y hemos tenido que improvisar muchas veces las soluciones en aras de la seguridad.

Se nos ha impuesto un criterio supuestamente válido universalmente: que la salud es lo más importante. Y aunque ha habido voces discrepantes que han

planteado que la economía, por ejemplo, también era importante, la mayoría de las medidas han sido en favor de la salud, intentando lograr la contención del contagio. Muchos sospechaban que, principalmente, el interés era la protección del colapso del sistema sanitario, y no tanto la prevención y la preocupación por la supervivencia de los individuos. Parecía que, al hablar de salud pública, más bien se estaba teniendo en cuenta el número de pacientes que era posible aceptar en los hospitales sin llegar a una saturación insostenible. Estas sospechas y la falta de transparencia han generado desconfianza.

Por otro lado, poco a poco nos hemos ido dando cuenta de que no se puede defender el valor de la salud sin atender a otros factores. Que la salud como mera ausencia de patología o como minimización del número de afectados y fallecidos era un enfoque reduccionista y que también teníamos que atender a la salud mental de las personas, porque la mera supervivencia quizá no es suficiente si se pierde calidad de vida, si no podemos relacionarnos con otros, si tenemos que vivir encerrados o si se instala el miedo en nuestra vida.

También nos hemos dado cuenta de que si perdemos el trabajo o se hunden las empresas se produce un sufrimiento por pérdidas económicas y por degradación de los sistemas de supervivencia de los individuos, que también afecta, de un modo global, a la vida de las personas. Por eso, resulta importante afirmar que los enfoques dicotómicos no son adecuados. No se trata de hablar de libertad o salud, sino de intentar salvaguardar y potenciar los dos elementos, en un ejercicio complejo de articulación que tendrá que vérselas con las decisiones concretas en cada momento.

Conviene también prestar atención al hecho de que la libertad de la que hablamos es una libertad muy frívola o trivial. Probablemente hay otros tipos de libertad. Aunque este es un tema muy largo en el que no podemos detenernos aquí, baste decir que la libertad que se ha defendido con más ahínco durante la pandemia parecía tener más que ver con la ausencia de restricciones, con el derecho a poder hacer cosas sin limitaciones. Sin embargo, esta libertad como «ausencia de limitación» hace referencia exclusivamente a una libertad externa, referida a barreras o acotaciones para nuestros movimientos o acciones. La libertad es un espacio mucho más complejo que atañe a algo que puede entenderse como la posibilidad de optar para construir y elaborar un modo de ser propio, un proyecto de vida auténtico y coherente con la perspectiva de cada

uno. Por tanto, conviene tener en cuenta que la libertad no es nunca carente de condicionantes e influencias, que las posibilidades que nos son dadas no son infinitas ni ilimitadas, sino que tienen constricciones históricas, geográficas, sociales, etc. Podemos ser en el contexto de una vida que se da en un tiempo y un espacio, donde la defensa de la libertad es, sobre todo, por extender al máximo las capacidades y posibilidades de desarrollo según el criterio de cada uno.

La libertad tiene más que ver con un ideal compartido de que todos tengamos capacidades y posibilidades de satisfacer nuestras necesidades y deseos. Es decir, exige una serie de garantías básicas que protejan a los individuos frente a los eventos negativos, y exige también igualdad. Por eso la libertad necesita la seguridad. En su obra *Desarrollo y libertad*, Amartya Sen afirma que ambos conceptos están unidos.³ Habla de cinco libertades básicas, aunque estas pueden diferir en cada sociedad: 1) libertades políticas o participativas (como la libertad de expresión), 2) seguridad y protección, 3) facilidades económicas (empleo, libre mercado), 4) oportunidades sociales y 5) garantías de transparencia (ausencia de corrupción, confianza).

Detrás de esto subyace todo un debate, que aquí no podemos abordar, sobre si el mejor modelo de Estado para garantizar estas libertades es uno ligado a la economía capitalista o un sistema más social y proteccionista. Pero en cualquier caso es un sistema democrático social y de derecho, donde se pueden reclamar derechos fundamentales.

La libertad cuenta, por tanto, con ciertas garantías que aseguran el ejercicio de esas libertades concretas en las que se manifiesta. Aunque seamos ciudadanos del mundo, lo somos siempre en un contexto que puede ser posibilitante o no, y estamos influidos por esa realidad en la que nos toca vivir. Por eso necesitamos entendernos como seres circunstanciados, esto es, condicionados por la circunstancia, como nos recordaba, en 1914, Ortega y Gasset: «Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo».⁴ Y eso quiere decir que la libertad es un concepto complejo y no una defensa de una vida sin restricciones.

Con todo, buena parte de las preocupaciones por la pérdida de libertad vienen de las restricciones que se han establecido. Conviene decir que la libertad y sus límites tienen que ver con un régimen de proporcionalidad, es decir, se pue-

den limitar las libertades de los individuos en la medida en que esa limitación sea proporcional a la magnitud del daño que se está intentando evitar, que, en el caso de la pandemia, tenía que ver con evitar muertes y contagios que pudieran propagar aún más la epidemia.

Por otro lado, también es necesaria la transparencia y la información al público. Cualquier limitación de la libertad no puede esperar el consenso de todos los ciudadanos, pero al menos tiene que ser explicada de modo suficiente como para que pueda ser entendida. Y es imprescindible que no haya intereses ocultos u otro tipo de elementos que puedan hacer sospechar y generen desconfianza en la población cuando se van a afectar derechos básicos y libertades fundamentales de los individuos. En la época de la posverdad y de las redes sociales, paradójicamente, el peligro de la desinformación es más acuciante.

En buena medida, la cuestión importante en relación con la información es cómo se transmite. Valga un ejemplo: en Alemania se hizo un esfuerzo por explicar la enfermedad a la población con dos objetivos: por un lado, dar información para hacer un llamamiento a la responsabilidad colectiva y, por otro lado, explicar los derechos fundamentales y el porqué de las restricciones excepcionales. Es decir, primero se explican los derechos y su existencia, luego se concretan las limitaciones. Sin embargo, en otros lugares se ha hecho al revés: no se ha informado ni se han limitado los bulos, generando así desinformación y pánico. Y primero se han anulado los derechos y después se han hecho algunas excepciones para permitir algunas cosas (por ejemplo, limitar la libre circulación y permitir después paseos con los niños que padecen un síndrome del espectro autista, porque alguien había olvidado que sus necesidades son diferentes). Esto es, más bien, una forma de autoritarismo. Hay que profundizar en la cultura democrática. Los derechos fundamentales deben ser preservados, también en situaciones problemáticas. Se trata de prevenir los abusos de poder.

Y, por supuesto, al mismo tiempo hay que enfatizar la cooperación y la solidaridad como claves de las sociedades de convivencia. Porque el concepto más importante en todo esto, a nuestro modo de ver, es la vinculación que tiene la libertad con la responsabilidad. No es posible hablar de la libertad como una categoría única, desprendida de otros valores, que se alce como si fuera abso-

luta. Es como si no tuviera ningún tipo de limitación y como si no pudiera ceder ante otros valores que también consideramos importantes.

La libertad, como se ha indicado, no puede entenderse desvinculada de los demás, desentendiéndose de lo que afecta a otros, desde una suerte de individualismo feroz. Las acciones de cada uno repercuten en el bienestar de todos. En la pandemia esto se ha hecho evidente en múltiples ejemplos: el uso de mascarillas, la vacunación, la restricción de las reuniones, etc. Una libertad «ciega» es no solo egoísta, sino además absurda porque, al no contribuir al bien común, puede producir daño a todos. Igual ocurre con la crisis climática. Es lo que Garret Hardin denominó en 1968 la «tragedia de los bienes comunes»,⁵ una situación en la que los individuos actúan motivados exclusivamente por el interés personal, de modo racional, pero acabando por destruir un recurso compartido común y perjudicándose a sí mismos.

La responsabilidad es fundamental en el ejercicio de la libertad, de tal manera que, en la pandemia, se nos ha pedido un esfuerzo compartido y colectivo a la hora de intentar salvarnos a todos frente a una enfermedad que podía extenderse de una manera indiscriminada. La responsabilidad es una categoría nuclear que tiene que ver con un ejercicio de la libertad en el marco de una sociedad donde hay valores compartidos. Y donde, además, existe un vínculo con otros seres humanos.

Precisamente por esa relación, otro enfoque interesante para hablar de la libertad y la responsabilidad es el marco de lo que llamaríamos una autonomía relacional o un enfoque relacional. No es posible pensar la libertad desprendida de la relación que tenemos con otros seres humanos. Así, los enfoques que en bioética han intentado enfatizar y elevar a categoría suprema la autonomía, han perdido en muchos casos de vista la necesaria interdependencia que tenemos todos los individuos. Es pertinente subrayar los elementos de contexto y relación en que se inscriben las decisiones de las personas. Esto no significa liberar de responsabilidad al individuo o considerarlo incapaz de tomar decisiones por sí mismo, sino, más bien al contrario, enfatizar el contexto en el que se inscriben sus actuaciones, lo que permite interpretarlas y dotarlas de sentido. En el marco de una pandemia y con un problema de salud pública tan grave es absolutamente necesario hacer referencia a esa dimensión relacional

en donde las acciones de cada uno de los individuos tienen repercusiones sobre el bien común, sobre la salud pública. De ahí que la libertad no pueda ser considerada como algo independiente, sino comprenderse como un valor dentro de este enfoque relacional, en el cual tenemos que enfatizar las relaciones que hay entre los individuos.

Desde este enfoque relacional conviene decir que no somos islas, no estamos en condiciones de poder sobrevivir sin ciertas garantías que hacen que podamos desarrollar esas opciones autónomas en las que nos sentimos tan soberanos. Antes bien, necesitamos esas medidas de protección y esas garantías fundamentales que, en buena medida, tienen que ver con ceder parte de nuestra libertad y de nuestros derechos en aras, por ejemplo, de la seguridad. Esto tampoco quiere decir que esté todo permitido y que la seguridad tenga que anteponerse a la libertad. La seguridad es un elemento fundamental, pero, a su vez, es garantía para el desarrollo de otros elementos básicos para la vida de los individuos. Tampoco estaríamos dispuestos a ceder todo nuestro espacio de libertad para sentirnos seguros sin poder desarrollar nuestras vidas. Por tanto, es necesario encontrar una manera de articular los dos elementos.

Es importante no plantearlo de modo dicotómico, como un dilema sin solución, como se ha querido presentar. Como si hubiera que elegir uno u otro, de modo que fueran irreconciliables. Es más adecuado un enfoque deliberativo.⁶ De hecho, las democracias deliberativas ahondan en una perspectiva de mayor diálogo, transparencia, participación y búsqueda de vías intermedias donde no sea necesario abandonar ningún valor, sino buscar la articulación de todos los que se encuentran amenazados. Elegir entre la libertad y la seguridad es, aparentemente, tener que renunciar a algo sustancial, establecer una jerarquía, tener que elegir qué es más importante. Pero ambas cosas lo son. Por eso es esencial dedicar todo el esfuerzo necesario para encontrar un concierto entre valores.

Y en esa articulación es esencial adoptar una perspectiva amplia que no se limite a los intereses del primer mundo. La red de relaciones en que nos inscribimos como habitantes del planeta Tierra nos obliga a tener en cuenta el problema de la justicia global. El ejemplo más flagrante de nuestra ceguera negligente y culpable se ha puesto de manifiesto con la insolidaridad que han

demostrado los países más ricos en relación con las vacunas para los países más desfavorecidos. Nos hemos olvidado de que este era un problema de todos y que todos importaban. Nos han preocupado más los intereses de las empresas farmacéuticas y el mantenimiento de nuestro modelo económico.⁷ Esta y otras lecciones de la pandemia deberían servir para revisar nuestras acciones.

En resumen, el enfoque principal es este de la responsabilidad colectiva, de la búsqueda de un bien común compartido, del compromiso con determinados valores que consideramos importantes, como la salud y la seguridad. Y resulta especialmente adecuado ese enfoque relacional en el cual la libertad es reinterpretada a la luz del marco de interdependencia. Es preciso enfatizar la necesidad de la información, de la transparencia y también de la educación, como claves para alcanzar sociedades más solidarias, más democráticas, más comprometidas y responsables.

Notas

1. Arendt H. Sobre la humanidad en tiempos de oscuridad. Barcelona: Gedisa; 1990. p. 21-22.
2. Informe Freedom in the world 2021. Democracy under siege. Disponible en: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2021/democracy-under-siege>.
3. Sen A. Desarrollo y libertad. Barcelona: Planeta; 2000.
4. Ortega y Gasset J. Meditaciones del Quijote. Obras Completas. Tomo I. Madrid: Fundación José Ortega y Gasset/Taurus; 2004.
5. Hardin G. The Tragedy of Commons. Science. 1968; 162: 1.243-1.248.
6. Gracia D. Teoría y práctica de la deliberación moral. En: Feito L, Gracia D, Sánchez M, editores. Bioética: el estado de la cuestión. Madrid: Triacastela; 2011.
7. Espinoza R, Riba J. 33 conceptos para disolver las medidas político-sanitarias en la pandemia. Barcelona: Terra Ignota; 2022.

La salud también es libertad

Àngel Puyol

Catedrático de Ética de la Universitat Autònoma de Barcelona

No hay duda de que uno de los temas estrella de la pandemia provocada por la COVID-19 ha sido el conflicto entre la salud pública y la libertad, debido a las restricciones que han tenido por objetivo frenar la expansión del virus; entre ellas, el confinamiento domiciliario y territorial, el uso de mascarillas, las cuarentenas, el cierre de comercios y lugares de trabajo, la prohibición de visitar a enfermos y mayores en las residencias, el pasaporte de inmunidad para viajar o entrar en espacios cerrados, etc. Tales restricciones han supuesto la suspensión y/o limitación –podría pensarse que también la violación– de libertades individuales fundamentales como la libertad de movilidad, la libertad de reunión, la libertad económica, la libertad religiosa y de culto –con la prohibición de asistir a funerales y misas–, el derecho a la privacidad y la confidencialidad –por ejemplo con el uso de *apps* de rastreo o con la declaración obligatoria de haberse vacunado–, etc.

Este tipo de conflicto no es nuevo. Incluso en las democracias liberales comprometidas con la protección de las libertades fundamentales ha habido –y sigue habiendo– restricciones que se justifican con la protección de la salud pública. Algunos ejemplos de ello son las cuarentenas en los barcos ante un brote de enfermedades contagiosas, el uso obligatorio de mascarillas en el acceso a plantas de hospitales, el cierre obligatorio de locales comerciales que incumplen normativas de salud pública, o las vacunas obligatorias para viajar a determinados países. La novedad de esta pandemia es que la limitación de libertades a menudo se ha generalizado a toda la población (y no a un grupo de individuos concretos) y que han tenido una repercusión a escala mundial.

La ética de la salud pública hace tiempo que se ha pronunciado sobre estas cuestiones. En los últimos años, algunos expertos como Ross Upshur,¹ Daniel Callahan,² Lawrence Gostin,³ James Childress⁴ o Nancy Kass⁵ han elaborado

listas de principios éticos que deben guiar las restricciones recomendadas por la salud pública con objeto de interferir lo menos posible en las libertades individuales.⁶ Kass, por ejemplo, habla de cinco principios o condiciones éticas que debe cumplir cualquier medida de salud pública con el fin de proteger la libertad individual, y que son perfectamente aplicables a la pandemia actual: *eficacia* (que las medidas realmente contribuyan a eliminar el problema de salud que afecta a la comunidad), *proporcionalidad* (no imponer más medidas de las necesarias), *necesidad* (que no haya una alternativa mejor para la protección de la salud deseada), menor atropello o *least infringement* (dentro de la proporcionalidad y la necesidad, hay que escoger las medidas que causan menos restricciones a la libertad individual), y *justificación pública* (transparencia pública y democrática, y exponerse a evaluación por parte la ciudadanía).

En este contexto típico de ética de la salud pública, pero también singular de la pandemia, mi tesis es que, aunque tendemos a entender el debate como una pugna entre la libertad y la salud pública, en realidad el debate se entiende mejor si nos preguntamos qué restricciones a las libertades individuales debe haber para proteger la calidad y la extensión de las propias libertades fundamentales. Tal planteamiento puede parecer una paradoja, pero no lo es tanto si pensamos que la salud, como la vida, son una condición de la libertad y no un mero complemento de ella, de modo que atentar contra la salud de terceros es atentar contra su libertad en un sentido fundamental, es decir, contra una de las capacidades necesarias de las personas para poder ejercer la libertad de movimientos, de reunión, económica, etc.⁷

Cabe señalar, antes de avanzar en la argumentación, que, en este conflicto, no tiene sentido invocar el principio bioético de la autonomía para rechazar las medidas sanitarias de salud pública. La razón es que, cuando el problema de salud afecta a un solo individuo, se busca un equilibrio entre el respeto a la autonomía de la persona y el derecho a la salud, de modo que el afectado tiene la potestad de rechazar desde su autonomía los tratamientos médicos garantizados por el derecho a la salud; sin embargo, cuando el problema de salud es colectivo, como ocurre en una epidemia infecciosa, la libertad del enfermo para rechazar una medida sanitaria preventiva puede afectar gravemente a la salud de los demás y, por tanto, también a la libertad de estos. Por

ejemplo, invocar la autonomía de las personas para rechazar el uso de la mascarilla puede poner en peligro, incluso gravemente, la salud de terceros, y no solo la del agente autónomo.

Así pues, en vez de simplificar el debate estableciendo un conflicto de valores entre la libertad individual y el bien de la salud pública, resulta más relevante conceptualmente señalar qué tipo de restricciones a las libertades individuales son éticamente lícitas para preservar la calidad y la extensión de las libertades para el conjunto de la población afectada por tales restricciones. Para ello, hay que aclarar qué se entiende por libertad en el contexto de la salud pública y de qué modo se puede justificar un recorte de libertades para preservar esas mismas libertades.

Desde luego, la libertad éticamente relevante no consiste en un simple poder hacer lo que uno quiere hacer. Esta es una idea de libertad populista que no aguanta ningún examen serio. Por ejemplo, el mero hecho de tomarse unas cañas en un bar no otorga libertad al consumidor; algunas restricciones de salud pública son imprescindibles para garantizar la libertad de beberse esas cañas. Así, tanto el consumidor como la ciudadanía en general son más libres de tomarse las cañas si restringimos la libertad del propietario del bar de engañar con lo que vende, explotar a los trabajadores, o no respetar la higiene del local y la manipulación de alimentos; también se es más libre de tomarse las cañas si restringimos la libertad de los vecinos de robar o molestar al consumidor mientras disfruta plácidamente de la caña. Todas esas restricciones son medidas de salud pública que tienen como fin la protección de la libertad del consumidor de tomarse unas cañas. Por supuesto, también se necesitan otras restricciones de la libertad para preservar la libertad de terceros en este caso, como restringir la libertad del consumidor de irse sin pagar o de molestar a otros consumidores. En general, no se puede garantizar la libertad de las personas (incluida la libertad negativa de que a uno no le impidan hacer lo que desea, de la que hablaba Isaiah Berlin para contraponerla a la libertad positiva de ser uno capaz, por sí mismo, de llevar a cabo los propios planes)⁸ sin restringir, de algún modo, la libertad de los demás. Así, conviene regular o limitar cierta libertad de movimientos para ordenar, es decir, para preservar, la libertad de movimientos de todos: eso es lo que hacemos, por ejemplo, con las señales de tráfico. De lo contrario, si cada uno hace

lo que le viene en gana sin ningún tipo de restricción, se produce la conocida tragedia de los comunes señalada por el matemático inglés William Foster Lloyd en 1833 y popularizada por el biólogo Garret Hardin en 1968. Hardin la aplicó a la sobreexplotación de los recursos que son de todos (si todos intentamos maximizar el beneficio de un recurso público y escaso, el resultado es que nos quedaremos sin el recurso por sobreexplotación), pero también la podemos aplicar al ejercicio de la libertad: si todos usamos nuestra libertad sin límites o restricciones, nadie podrá ser realmente libre porque los demás estarán invadiendo constantemente nuestra libertad.

La tragedia de los comunes nos recuerda que las acciones de las personas en el espacio público están interconectadas. En el caso de la libertad, la libertad de unos afecta a la libertad de otros. Y es que la libertad, incluidas las libertades individuales, no es un asunto individual que se pueda resolver o garantizar sin tener en cuenta a los demás, sino que es un asunto de relación de unos con otros. Solemos imaginar la libertad como una propiedad personal, como algo que no tiene que ver con los demás, sino tan solo con uno mismo: yo decido mi felicidad, cómo quiero vivir, en qué creo..., pero no recordamos que la libertad de un ser solitario es una idea absurda desde un punto de vista social. Los contractualistas de estilo hobbesiano han supuesto que, en el estado de naturaleza, somos libres, y que cedemos parte de nuestra libertad al Estado para ingresar en sociedad. Sin embargo, si nos quedamos con esa primera imagen, la idea de libertad que se desprende es irreal. Es la libertad del salvaje. Rousseau ya advirtió de que la verdadera libertad (o la verdaderamente importante en ética y política) no es la natural, sino la civil, es decir, el respeto a la libertad igual de todos dentro de la sociedad, cuando estamos todos juntos. La libertad es un asunto social, relacional, al menos para la ética, pero también para el derecho y la filosofía política.

Eso significa dos cosas. La primera es que la preservación de las libertades individuales significa preservar las libertades de todos. No tiene sentido tener la libertad de votar si los demás no la tienen también. No tiene sentido invocar la libertad de no usar la mascarilla en un lugar cerrado con mucha probabilidad de transmisión de una infección mortal si con ello anulamos la libertad de los demás de estar libres de esa infección. Por lo tanto, para preservar la libertad de todos hay que impedir, con restricciones, que los demás

utilicen su libertad para negar o invadir la mía. Es la idea de John Stuart Mill de que mi libertad acaba donde empieza la de los demás. Así pues, en una sociedad de iguales hay que ponerse de acuerdo con los demás para ver cuáles deben ser los límites de la libertad individual compatibles con la máxima libertad igual de todos y cada uno. Eso se puede hacer votando en una asamblea democrática (aunque existe el riesgo de que las mayorías impongan más restricciones a las minorías) o se puede hacer imaginando qué decidiría un observador imparcial (al estilo de las propuestas de David Hume o de John Rawls). Rawls, por ejemplo, nos invita a imaginar que estamos tras un velo de ignorancia que nos impide saber nuestra posición de poder en la sociedad y así poder determinar con imparcialidad cuáles deberían ser unas restricciones a la libertad que optimicen la libertad de todos y cada uno. Así, tras el velo de ignorancia, una persona egoísta querría que se construyesen calles adaptadas a discapacitados porque ella podría ser una de ellos, querría que hubiese una inspección de sanidad pública en el bar de cañas al que desea ir porque ella podría ser víctima de una intoxicación, o querría el uso obligatorio de mascarilla si así se evita una enfermedad mortal porque ella podría ser la más vulnerable a dicha enfermedad. Tanto los observadores imparciales como los seres morales pero egoístas que desconocen su poder real en la sociedad acaban prefiriendo restricciones razonables a la libertad individual para preservar precisamente la calidad y la extensión de esa libertad.

La segunda consecuencia de la libertad social o interconectada (que muchos llaman hoy «autonomía relacional») es que las libertades individuales se sostienen unas con otras. Por ejemplo, de poco sirve la libertad de votar si no existe la libertad de reunirse previamente para deliberar; y de poco sirve la libertad de salir a tomarse unas cañas si no existe la seguridad de que no me van a intoxicar con cerveza adulterada. Si llevamos nuestra libertad personal al límite (o sin límite), no solo estamos perjudicando la salud de los más vulnerables, sino también su libertad.

Así pues, la protección de la libertad (y no solo de la salud) es la justificación última de las restricciones a las libertades individuales.

Aquí el argumento enlaza la defensa de la libertad con la de la justicia, porque la protección de la libertad de terceros debe priorizar la libertad de los más

vulnerables, que son los más expuestos a perder su igual libertad cuando se produce o se permite un abuso de la libertad. La prioridad de la libertad de los más vulnerables debería ser la guía ética de la pandemia o de cualquier medida de salud pública: priorizar a aquellos cuya libertad está más amenazada, e infligir el menor daño posible a la libertad individual para lograr la eficacia deseada. Por ejemplo, para evitar accidentes de movilidad en las ciudades colocamos señales de tráfico como los semáforos, que restringen la libertad de movimiento. Para saber si eso es ético no hay que pensar que se trata de un atentado contra la libertad sin más o *per se*, sino que aumenta la libertad de todos los que quieren circular en vehículos o pasear por la ciudad. Si pudiésemos circular con seguridad y sin señales de tráfico sería ideal. Si no es así, debemos incrementar las restricciones (poner un ceda el paso, una señal de stop, un semáforo, una policía que regula el tráfico...) hasta lograr el punto óptimo de una libertad igual de circulación. Análogamente, para saber si un confinamiento es ético, hay que compararlo con las alternativas: primero con la de no confinar en absoluto; pero si eso provoca una expansión descontrolada del virus y muertes innecesarias, debemos buscar otras formas de lograr el mismo objetivo de salud pública sin confinar (distancia social obligatoria, mascarilla, actividades al aire libre...); finalmente, si las medidas anteriores no garantizan la igual libertad de todos, podemos plantearnos confinamientos de menos a más severos. Lo que no tiene sentido es afirmar que todo confinamiento es inmoral porque viola la libertad de movimientos. Las libertades deben ponderarse entre ellas y no tomarlas como absolutas.

Ahora bien, la ponderación entre libertades no está libre de valores, es decir, no es un asunto meramente técnico o de técnica jurídica. Voy a señalar tres elementos de complejidad relacionados con los valores. El primero es que no siempre se tiene toda la información necesaria o suficientes evidencias para restringir libertades. En esas situaciones, hay que *valorar* el riesgo, y la aversión al riesgo no es siempre la misma en todos los individuos: esta depende de circunstancias personales (si se es joven o viejo, por ejemplo), aspectos culturales e ideológicos (cultura del riesgo, del cuidado...), y aspectos psicológicos y morales (condicionados por la valentía, la esperanza, el miedo, la experiencia, etc.). El segundo elemento de complejidad es que los ciudadanos

y ciudadanas no siempre comparten los mismos *valores* sobre lo que de verdad importa en la vida. Por ejemplo, ¿cuántas muertes son tolerables por la COVID-19? ¿debemos priorizar los intereses de los mayores, con mejor economía en general, pero más expuestos a la muerte por el coronavirus? ¿debemos priorizar la economía a corto o a largo plazo? ¿debemos priorizar la salud a corto o a largo plazo? Estos debates son legítimos y no hay una verdad moral *a priori*, sino que se deben decidir democráticamente y asumir las consecuencias. En tercer lugar, se añade un problema de relación difícil entre los profesionales cuyo principal cometido es defender las libertades individuales entendidas como derechos (por ejemplo, los jueces) y aquellos otros cuya principal misión es la protección de la salud pública entendida como derecho a estar protegido de las enfermedades (médicos, epidemiólogos). Ambos profesionales, por razón de su actividad, tienden a poner la carga de la prueba de lo que debe ser justificado en extremos diferentes de la ponderación entre libertades. Así, mientras unos exigen demostrar por qué se recortan ciertas libertades (reunión, movilidad...), otros exigen demostrar por qué no somos más precavidos.

Este tercer elemento de complejidad, que tiene que ver con *valores* epistémicos, se puede minimizar si todos los actores realizan examen de conciencia. Así, la epidemiología *debe entender* que el principio de precaución no es un deber absoluto y que hay que contrastarlo con los efectos colaterales que tiene tanto en la lesión de algunas libertades fundamentales como en la propia salud pública, puesto que una excesiva precaución en salud pública produce riesgos asociados. Por ejemplo, el confinamiento puede producir problemas de salud mental y aumento de la violencia machista; monopolizar hospitales para la COVID-19 puede crear mayor mortalidad por otras enfermedades graves desatendidas; parar la economía puede producir problemas de salud a medio y largo plazo; cerrar los colegios perjudica la justicia social, etc. Por su parte, el derecho *debe entender* que las libertades fundamentales también se ven seriamente lesionadas si no frenamos la expansión de un virus potencialmente mortal, a pesar de que eso no encaje en la interpretación habitual de la jurisprudencia en caso de conflicto de libertades; debe hacerse cargo de los deberes que tiene una sociedad de proteger su salud aunque no se disponga de evidencias incontestables o de leyes pensadas para

determinados riesgos que el legislador no había previsto. Hay que huir de la idea que Max Weber atribuye a ciertos funcionarios de la ley de que *fiat iustitia et pereat mundus*.

Por su parte, los Gobiernos *deben* aprobar las restricciones en salud pública siempre con la guía ética de usar esas medidas para aumentar la libertad de los ciudadanos, sobre todo de los más vulnerables. En terminología jurídica y ética, se trata de guiarse por el principio del *least infringement*: tomar medidas que inflijan el menor daño posible a la libertad individual, a la igualdad (que no perjudique más a unos que a otros; y si no hay más remedio, que existan compensaciones justas) y a la salud (que no empeoren, por ejemplo, la salud mental u otras patologías, o la salud a largo plazo, a cambio de mejorar la de la COVID-19). Finalmente, los ciudadanos *deben* colaborar cívica y solidariamente con el bien común, y pensar en los demás tanto como en ellos mismos (y no solo en ellos mismos, y no solo en los demás, porque a nadie se le debe pedir que sea un héroe).

Por otra parte, no se nos debería escapar que uno de los temores que ha sobrevolado durante la época de mayores restricciones a las libertades individuales en esta pandemia (confinamientos largos y estrictos...) es la posibilidad de abuso de esas restricciones, es decir, que estas se perpetúen injustificadamente en el tiempo, que den alas a los enemigos de la libertad individual, que la ciudadanía se acostumbre a que les recorten las libertades por motivos poco claros o de forma permanente, o que se erosione el valor simbólico, ético y jurídico de la libertad a favor de otros valores como la seguridad y la protección de la salud. Para evitar eso, quiero concluir con algunos comentarios.

En primer lugar, no hay que ver la libertad individual como algo opuesto al bien común de la salud pública, sino como parte indispensable del bien común. Si la salud pública es valiosa es, como ya he mencionado, porque nos da libertad a todos y cada uno, la libertad de estar sano para poder realizar nuestros proyectos vitales. En segundo lugar, hay que peritar y evaluar en todo momento las restricciones a la libertad individual y comprobar que estas afectan a todos por igual. Esto significa que tales restricciones no deben discriminar a nadie injustificadamente, ni directa ni indirectamente (por

razón de edad, género, condición social o de otro tipo), que no deben exigir más sacrificios a una parte de la sociedad sin una compensación justa, y que se debe garantizar un acceso equitativo a todos los recursos sanitarios implicados en el problema de salud pública. En tercer lugar, se debe fomentar la solidaridad ciudadana para minimizar la necesidad de restringir con la coerción. Y, finalmente, hay que estar vigilantes para que las restricciones excepcionales no se incorporen permanentemente en las legislaciones.

Notas

1. Upshur REG. Principles for the justification of public health intervention. Canadian Journal of Public Health. 2002; 93(2): 101-103.
2. Callahan D, Jennings B. Ethics and Public Health: Forging a Strong Relationship. Am. J. Public Health. 2002; 92: 169-176.
3. Gostin LO. Public health, ethics, and human rights: A tribute to the late Jonathan Mann. J. Law Med. Ethics. 2001; 29(2): 121-130.
4. Childress JF, Gaare Bernheim R. Public health ethics. Public justification and public trust. Bundesgesundheitsbl, Gesundheitsforsch, Gesundheitsschutz. 2008; 51: 158-163.
5. Kass NE. An ethics framework for public health. Am. J. Public Health. 2001; 91: 1.776-1.782.
6. Para un repaso de algunas de estas teorías, véase: Meneu R. Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas. 2012; 27.
7. Martha Nussbaum ha teorizado con acierto la vinculación entre las capacidades humanas (entre ellas la salud básica) y la libertad de las personas para llevar a cabo sus planes de vida. Véase: M. Nussbaum. Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades. Barcelona: Herder; 2002.
8. I. Berlin. Dos conceptos de libertad. Madrid: Alianza; 1996.

**La perspectiva jurídica:
la intervención del Estado
por motivos de salud
pública: luces y sombras**

Limitaciones y restricciones de derechos por motivos de salud pública

David Larios

Abogado. Presidente de la Asociación Juristas de la Salud (AJS)

La pandemia de la COVID-19 está suponiendo una prueba de esfuerzo también para nuestro ordenamiento jurídico. Los poderes públicos, responsables últimos de la protección de la salud colectiva, han tenido que afrontar la delicada cuestión de imponer limitaciones y restricciones a los derechos fundamentales de la población en aras a la protección de un interés superior: la salud pública.

Sin olvidar el enorme esfuerzo realizado por las Administraciones para poner a disposición de la ciudadanía prestaciones públicas dirigidas a combatir, reducir y paliar los efectos nocivos de la pandemia (prestaciones sanitarias, económicas, sociales, etc.), nos centraremos ahora en las esferas de la intervención administrativa dirigidas a la prohibición, limitación y control de las actividades de la vida pública y privada susceptibles de poner en riesgo la salud colectiva.

El debate jurídico

En un contexto cambiante y con alto grado de incertidumbre, la pandemia ha obligado a revisar los cimientos jurídicos de la intervención de los poderes públicos a través de técnicas de policía y limitación de derechos y libertades consagrados constitucionalmente.

En las fases más duras de esta crisis nos hemos enfrentado a las restricciones de derechos individuales y colectivos más extensas y prolongadas de nuestra historia constitucional, habiéndose afectado, en mayor o menor medida, el pleno ejercicio de la libertad de circulación y de residencia (arts. 7 y 19 de la

Constitución), el derecho de reunión y manifestación (art. 21), el derecho de sufragio (art. 23, al suspenderse las elecciones autonómicas gallegas y vascas) y el derecho a la libertad de culto (art. 11), así como de las garantías constitucionales sobre el derecho del trabajo (art. 35) y sobre la libertad de empresa (art. 38, con motivo de las restricciones de actividades y horarios de establecimientos comerciales).

Más allá de los debates en torno a la pertinencia, la proporcionalidad o el grado de adecuación a la evidencia científica disponible de las restricciones de derechos impuestas por las autoridades sanitarias, nos interesa ahora el debate sobre su adecuación al ordenamiento jurídico: ¿qué poderes públicos son competentes para limitar los derechos y libertades de los ciudadanos por razones de salud pública? ¿Qué papel deben ejercer las autoridades estatales y autonómicas? ¿Cuál es el alcance de las atribuciones del poder judicial para el control de las restricciones de derechos y en qué momento debe producirse tal control? ¿Qué medidas suponen una limitación y cuáles una suspensión de derechos y libertades fundamentales? ¿Existe una base normativa suficiente o es necesaria una legislación especial?

Estas fueron las principales cuestiones en torno a las que se centró el debate sobre los aspectos jurídicos de la limitación de derechos por razones de salud pública que tuvo lugar durante el Seminario Bioética y Derecho de la Salud Pública organizado por las Fundaciones Víctor Grífols i Lucas y Gaspar Casal, de cuyas principales ideas pretende dar cuenta el presente resumen.

¿Qué normas permiten limitar o restringir derechos y libertades individuales por motivos de salud pública?

En un Estado de derecho la imposición de limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales ha de contar con suficiente amparo normativo. Para fundamentar medidas tales como las restricciones a la movilidad en horario diurno o nocturno, los confinamientos domiciliarios y perimetrales, la prohibición de reuniones públicas o privadas, el uso obligatorio de mascarillas, o las restricciones de actividades y horarios de los establecimien-

tos comerciales, los poderes públicos han invocado dos bloques del ordenamiento jurídico: la legislación sobre estados excepcionales (de alarma, excepción y sitio)¹ y la legislación sobre salud pública.²

El primero de esos bloques ha sustentado la restricción de los derechos fundamentales que enumera el art. 55.1 de la Constitución durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, algo no siempre pacífico y que el Tribunal Constitucional ha terminado por considerar insuficiente para adoptar medidas de suspensión de tales derechos con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad contra varios preceptos de los Reales Decretos que declararon el primer y segundo estado de alarma.³

En los periodos en que no actuaban bajo el paraguas del estado de alarma, las Administraciones públicas han invocado el bloque de la legislación sobre salud pública, preceptos «en blanco» que habilitan para adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control ante indicios racionales de la existencia de un peligro para la salud de la población debido a una situación sanitaria concreta, así como para la adopción de cualesquiera otras medidas que se consideren oportunas para el control de enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medioambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo por enfermedades transmisibles.⁴

Cronología jurídica de la pandemia

En marzo de 2020, durante la *primera ola* de la pandemia, el Gobierno declaraba el primer estado de alarma (RD 463/2020, de 14 de marzo). Con ello daba cobertura a las medidas restrictivas de derechos y libertades adoptadas por las autoridades para la contención del virus. En otoño de ese mismo año sobrevino la *segunda ola* y en octubre se declaraba el segundo estado de alarma (RD 926/2020, de 25 de octubre), que se prolongaría durante la *tercera ola* hasta el mes de mayo de 2021.

A partir de ese momento ha sido la legislación de salud pública la que ha dado cobertura jurídica a las restricciones de derechos y libertades.

El control judicial

En un Estado de derecho tanto las acciones del poder legislativo como las del ejecutivo que afecten a derechos fundamentales están sujetas al control judicial. Las primeras por la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Las segundas mediante la revisión por los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo de los reglamentos y actos de las Administraciones públicas y sus agentes.

El control judicial ha producido un sinnúmero de sentencias con soluciones dispares, unas veces ratificando y otras revocando las disposiciones de las autoridades sanitarias. Esta variabilidad, consustancial a la independencia y responsabilidad en el ejercicio de la jurisdicción, no ha impedido sin embargo que dispongamos de una incipiente doctrina sobre algunos de los elementos determinantes para el análisis jurídico de la adecuación a derecho de las restricciones a los derechos fundamentales por razones de salud pública.

El poder judicial no es cogobernante

Como regla general, el control judicial de la actuación de los poderes públicos durante la pandemia se ha venido produciendo *ex post*, es decir, el poder judicial ha «revisado» las medidas de los otros dos poderes del Estado una vez que dichas medidas ya son efectivas.

No obstante, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, atribuyó a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades autonómicas y locales considerasen urgentes y necesarias para la protección de la salud pública y que implicasen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente tras la finalización del segundo estado de alarma. Con ello el legislador optaba por la solución de que todas las medidas sanitarias generales que pudiesen suponer una injerencia en un derecho fundamental debían contar con la intervención de la voluntad de dos poderes: el ejecutivo y el judicial, para su entrada en vigor y aplicación,

de forma que la autorización judicial se erigía en condición necesaria para otorgar eficacia a esas disposiciones.⁵

Este control judicial *ex ante* ha sido una de las reformas más polémicas adoptadas durante la pandemia; no en vano ha sido anulada recientemente por el Tribunal Constitucional por considerar que quebranta el principio de separación de poderes al atribuir a los órganos judiciales funciones ajenas a su cometido constitucional, con menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al poder ejecutivo sin condicionarla al complemento o autorización de los jueces para entrar en vigor y desplegar eficacia, bastando para ello la publicación en el correspondiente diario oficial. Entiende el Tribunal Constitucional que la autorización judicial *ex ante* de las medidas sanitarias de alcance general no tiene respaldo en ninguna ley sustantiva, provoca una reprochable confusión entre las funciones propias del poder ejecutivo y las de los tribunales de justicia que menoscaba tanto la potestad reglamentaria como la independencia y reserva de la jurisdicción del poder judicial, contradiciendo así el principio constitucional de separación de poderes consustancial al Estado social y democrático de derecho.⁶

De las sentencias de los diferentes tribunales que se han pronunciado sobre la adecuación a derecho de las restricciones, limitaciones y prohibiciones adoptadas por razones de salud pública, podemos extraer algunas conclusiones:

- La declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, algo que sí sería posible si se hubiera declarado el estado de excepción, aunque sí la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio.⁷
- La adecuación a derecho de cada medida ha de superar el juicio de idoneidad (que resulte adecuada) y el de proporcionalidad (que resulte ponderada en atención a la finalidad legítima pretendida).⁸
- Las limitaciones y restricciones de derechos por razones de salud pública han de basarse en la necesidad y no en la mera prudencia, principio que inspira la legislación de salud pública. No bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.⁹
- Se admite que la escueta legislación sobre salud pública puede utilizarse como fundamento normativo para la restricción de derechos (toques

de queda, confinamientos perimetrales, uso obligatorio de mascarillas, etc.) aunque sería deseable una regulación articulada que no existe en la actualidad.¹⁰

- La ausencia de esa regulación específica ha de compensarse con una muy intensa justificación de la necesidad y la proporcionalidad, incluyendo la explicación de por qué otras medidas menos restrictivas no pueden adoptarse.
- Dada la gravedad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales estas han de ser adoptadas por cortos periodos de tiempo, sometidos a prórroga y a nueva ratificación judicial.
- Se definen como elementos reglados para el control por parte de los tribunales: la competencia y la habilitación de la autoridad que adopta la medida; los peligros a evitar, y la extensión subjetiva, especial y temporal del riesgo, así como la proporcionalidad y la posible existencia de alternativas. A mayor población y territorio afectado por la medida, más justificación y necesidad deben probarse.¹¹
- Las restricciones de reuniones y agrupaciones humanas no solo afectan al derecho de reunión, sino también al derecho a la libertad y a la intimidad personal y familiar. Por ello se requiere una especial exigencia en su justificación por los Gobiernos en la adopción y por los tribunales en su ratificación, con una base probatoria y argumentativa especialmente fuerte.¹²
- Las restricciones de actividades y horarios de establecimientos no están sujetas a ley orgánica, bastando con la cobertura legal de la legislación sanitaria. Su posibilidad de regulación por decretos autonómicos es mayor que la que afecta a derechos fundamentales.

Luces y sombras

De la experiencia adquirida durante estos dos años de crisis hemos extraído algunas enseñanzas, aunque se mantienen no pocas incertidumbres sobre las que conviene reflexionar ante la eventualidad de que en el futuro vuelvan a ser necesarias restricciones de derechos fundamentales para contener enfermedades contagiosas.

Sigue abierto el debate en torno a la insuficiencia del marco jurídico actual para sustentar las medidas adoptadas, así como sobre la necesidad de revisarlo y completarlo con una «ley de pandemias» que sirva para corregir los problemas detectados y anticiparse a los que pudieran surgir con motivo de futuras crisis sanitarias.

Entre tanto, las decisiones de los tribunales contienen elementos esenciales para guiar a las autoridades sanitarias a la hora de adoptar medidas restrictivas de derechos con la finalidad de proteger a la ciudadanía de los riesgos derivados de la expansión de enfermedades que comprometan la salud colectiva.

Notas

1. Art. 116 de la Constitución española; Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio; y Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID y sus prórrogas.
2. Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.
3. Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) núm. 148/2021, de 14 de julio y STC 183/2021, de 27 de octubre.
4. Arts. 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.
5. Disposición Final Segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.
6. Nota Informativa 52/2022, de 2 de junio: El Pleno del TC estima la cuestión de inconstitucionalidad promovida respecto de la norma introducida por la Ley 3/2020. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2022_052/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2052-2022.pdf.
7. STSJ de Aragón núm. 151/2020, de 30 de abril; STSJ de Galicia núm. 136/2020, de 28 de abril; y STC núm. 183/2021, de 27 de octubre.
8. STC núm. 183/2021, de 27 de octubre.
9. STS núm. 788/2021, de 3 de junio.
10. STS núm. 788/2021, de 3 de junio.
11. STS núm. 792/2021, de 3 de junio.
12. Auto del TSJ de Castilla y León núm. 193/2021, de 27 de mayo.

COVID-19. Cinco retos y un modelo de respuesta democrática

Josep M. Vilajosana

Catedrático de Filosofía del Derecho (UPF)

La crisis provocada por la COVID-19 ofrece una oportunidad para reflexionar acerca de los retos que presentan este tipo de situaciones y sobre cuál debe ser el modelo de respuesta más respetuoso con los derechos y libertades de una ciudadanía democrática. A continuación, examinaré muy brevemente cinco de estos desafíos, proponiendo las respuestas que, en mi opinión, son más adecuadas. Se trata solo de proporcionar un marco conceptual, dentro del cual habría que realizar un análisis más pormenorizado de los derechos y libertades concretos que pueden verse afectados.

1. El reto de alcanzar la cooperación entre Estados

A pesar de que hay un amplio acuerdo en torno a que crisis como esta son producto de un mundo cada vez más globalizado (Beck, 2002), la reacción que han tenido, en general, los Estados no puede ser considerada global. Las decisiones tomadas al inicio de la pandemia por muchos Estados europeos, cerrando fronteras unilateralmente o compitiendo de manera desleal entre ellos para obtener suministro de material sanitario, son ejemplos paradigmáticos de que en muchas ocasiones se ha optado por la gestión competitiva de la crisis en detrimento de la cooperación entre Estados. Dentro de la Unión Europea, la situación ha mejorado a la hora de adquirir y distribuir las vacunas, pero no ha sido así en la relación de la UE con otros países.

Hay que tener en cuenta que la competición entre los diferentes Estados para conseguir suministro médico o vacunas para sus poblaciones no solo es inefi-

ciente, sino también injusta. Es ineficiente porque si la inmunidad de grupo no se logra a escala mundial, hay un alto grado de probabilidad de que no se erradique la enfermedad infecciosa, al aumentar las probabilidades de mutaciones cada vez más resistentes a las vacunas; es injusta, dado que origina desigualdades inadmisibles en asuntos que afectan derechos tan básicos como el derecho a la vida y a la salud. Y es que, como dice Ronald Dworkin, «en el ámbito de los derechos humanos no hay lugar para los pasaportes» (Dworkin, 2008, p. 69). Por ello, esta actitud competitiva entre Estados debería ser sustituida por otra que priorice la cooperación. Es preciso hacer un uso más intensivo y honrado de los instrumentos de derecho internacional y relativos a organizaciones internacionales que podrían ayudar a una gestión cooperativa de este tipo de crisis (Pérez González, 2020).

2. El reto de diferenciar entre decisiones técnicas, políticas y jurisdiccionales

Uno de los problemas más complicados a la hora de hacer frente a este tipo de crisis estriba en delimitar los espacios que competen a la técnica, la política y la jurisdicción. El no hacer adecuadamente estas distinciones puede conllevar una serie de peligros que un Estado democrático debería evitar.

2.1 Gobierno tecnocrático: ¿técnica sin política?

Cuando se da una crisis que, en último término, tiene su origen en un virus, parece bastante sensato que las respuestas las busquemos en el entorno propio de las ciencias naturales. De ahí la importancia de las propuestas de especialistas en las materias involucradas, desde la medicina hasta la epidemiología, pasando por la biología o el tratamiento de datos. Ahora bien, junto con el papel muy relevante que, sin duda, deben tener los científicos en estos casos, hay que prestar atención a no traspasar la línea que delimita la asesoría técnica, imprescindible en situaciones como esta, del Gobierno tecnocrático, de dudosa legitimidad democrática. Según un estudio reciente, entre enero (antes de que se hiciera patente la crisis sanitaria) y marzo de 2020 (en su punto álgido) se produjo un notable incremento de la preferencia a favor de

un Gobierno tecnocrático en la población española (Amat *et al.*, 2020). Esta es una reacción muy comprensible.

Sin embargo, aunque parezca sorprendente, por razones conceptuales no puede existir tal cosa como un Gobierno tecnocrático. En realidad, muchas veces quienes lo propugnan pretenden ocultar bajo el ropaje de decisiones técnicas (y, por lo tanto, ideológicamente neutrales) lo que son decisiones políticas. Una propuesta técnica únicamente va referida a los medios necesarios para obtener una determinada finalidad (contribuyendo así a que la decisión sea eficaz) o a elegir, entre los diferentes medios posibles, aquel que permita lograr la finalidad con un coste menor (haciendo que la decisión sea eficiente). Pero elegir cuál es la finalidad que hay que perseguir o decidir qué cuenta como coste no es nunca una decisión técnica (o neutral), sino política. Por decirlo crudamente, decidir cuántos fallecidos se aceptarán en aras de conseguir determinados objetivos económicos o sociales está claro que no es una cuestión técnica.

2.2 Gobierno ineficaz o ineficiente: política sin técnica

La otra cara de la moneda de lo que acabo de recordar es que, obviamente, una vez ubicado adecuadamente el papel de la técnica, un Gobierno que intentara tomar decisiones que prescindieran de la asesoría técnica respecto de los medios adecuados para conseguir la finalidad prevista correría el riesgo de ser ineficaz o ineficiente.

2.3 Gobierno incontrolado: política sin jurisdicción

A pesar de todo, en un Estado democrático de derecho, hay un coste que no se puede negligir: el respeto por los derechos básicos y las libertades fundamentales. Por eso, el poder político (entendiendo por tal el poder legislativo y el ejecutivo) no puede adoptar aquellos medios que, aunque sean eficaces, supongan una limitación intolerable de tales derechos o libertades. Velar por que esto sea así es misión del poder judicial, entendido en un sentido amplio (incluyendo al Tribunal Constitucional).

2.4 Gobierno de los jueces: jurisdicción suplantando la técnica o la política

Si ya resulta inasumible, como he dicho, que las decisiones políticas se hagan pasar por técnicas, todavía origina más perplejidad que algunos jueces suplanten a los expertos sin tener los conocimientos ni los medios necesarios. Por otro lado, el poder judicial tampoco puede invadir el espacio propio de las decisiones políticas, que deben fundamentarse en criterios de oportunidad y que se concretan, como se acaba de ver, en determinar la finalidad perseguida y los costes acerca de los cuales se está dispuesto a asumir la responsabilidad política correspondiente, con el límite insoslayable al que ya he hecho referencia. Estas son decisiones que deben basarse en criterios de oportunidad. Soy consciente de que esta delimitación no es sencilla, pero ayudaría a caminar en esa dirección que Parlamentos y Gobiernos especificaran, cada vez que aprueban una normativa, los objetivos perseguidos y los informes técnicos en los que fundamentan su decisión, así como que adelantarán el razonamiento propio para cumplir con el llamado «test de proporcionalidad», exigido por el TEDH y el TC, el cual incluye el pronunciamiento sobre la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas tomadas. De este modo, el control jurisdiccional posterior debería quedar circunscrito a los elementos formales y externos, asegurándose que efectivamente se cumplen los requisitos exigidos, pero sin adoptar posicionamientos técnicos ni políticos que no le incumben (Barceló, Albertí y Vilajosana, 2022).

3. El reto de limitar derechos y libertades solo lo imprescindible

En el estudio anteriormente mencionado se recoge otro dato muy significativo: más de la mitad de los encuestados expresa su disposición a sacrificar libertades básicas para hacer frente a la pandemia (Amat *et al.*, 2020). De nuevo hay que decir que la reacción puede ser tildada de comprensible, desde un punto de vista psicológico. El miedo y la incertidumbre acostumbran a originar estos actos reflejos fruto del instinto de supervivencia. Pero esta situación es el caldo de cultivo idóneo para que aparezcan y se consoliden actitudes autoritarias que tengan difícil acomodo democrático.

El desafío que comportan estos casos es una especificación del problema clásico general de la contraposición entre seguridad y libertad. Frente a posibles posiciones extremas, parece razonable pensar que cierto grado de seguridad es una condición necesaria para poder disfrutar de los derechos y las libertades. Así, pues, no puede defenderse que para garantizar la seguridad haya que prescindir de la libertad, pero las libertades no pueden ejercerse sin un mínimo de seguridad. En democracia, la seguridad cambia su función. Y tiene que ser tratada como un instrumento destinado esencialmente a preservar el disfrute pacífico de la libertad. De este cambio de función se derivan consecuencias importantes a la hora de establecer el contenido y el alcance de los derechos y libertades que pueden verse afectados cuando se confrontan con la justa medida de la seguridad que hace posible su ejercicio. En esta dirección hay que interpretar, por ejemplo, la garantía y el control de la proporcionalidad en la limitación de los derechos que exige la doctrina constitucional y europea, a la que ya me he referido.

4. El reto de conseguir una gestión desconcentrada y coordinada

En la primera acometida de la enfermedad, el Gobierno español optó por aplicar el estado de alarma con una determinada interpretación, rechazando el empleo de otros instrumentos o el mismo con otra interpretación. No todos los países han reaccionado del mismo modo. En Alemania, por ejemplo, desde el inicio se confió en que la experiencia sanitaria y la proximidad de los *Länder* con las respectivas poblaciones garantizarían una gestión más cuidadosa de la crisis sanitaria (Arnold, 2020). La elección hecha por el Gobierno español podría acrecentar la sospecha de que tenía como objetivo poner de relieve la fuerza que da la concentración de poder, en vez de la coordinación, que podía ser vista como un signo de debilidad. Además, la contemplación diaria de militares ofreciendo una escenografía más propia de «partes de guerra», en un país de larga tradición de intervenciones militares en los asuntos públicos, reforzó una imagen del poder concentrado y autoritario.

En la fase posterior al desconfinamiento se ha optado por un modelo más respetuoso con las competencias autonómicas, pero siempre con la amenaza latente de la centralización de poder. Hay, incluso, quien ha defendido que el

estado de alarma no era suficiente y que había que declarar el estado de excepción. Y en este sentido se ha acabado pronunciando el Tribunal Constitucional (STC 148/2021), aunque con votos particulares muy críticos. Al margen de si eran convenientes o no medidas tan radicales como el estado de alarma o el de excepción, el caso es que se optó por centralizar el poder y arrebatar competencias autonómicas relacionadas con la crisis directamente, como son las sanitarias, pero también en otros ámbitos en que resulta difícil ver tal relación. Surge la duda, entonces, de si esta centralización del poder era necesaria para obtener los resultados estrictamente sanitarios o económicos que había que perseguir. Se puede pensar, en cambio, que o bien la utilización del estado de alarma, pero interpretado de forma que el Estado se reservara solo las facultades de coordinación y en aquellas áreas directamente afectadas por la crisis, o bien la aplicación de las leyes sanitarias, habría sido más eficiente y respetuosa con las competencias autonómicas (Martín i Alonso, 2020), como se ha puesto de relieve en determinadas comunidades autónomas en la fase posterior al desconfinamiento y en el periodo de vacunación.

5. El reto de fomentar la formación de una ciudadanía responsable

Finalmente, hay que prestar atención al hecho de que disfrutar de un entorno libre de virus (o en el cual se dificulte su transmisión) es un bien público. Los bienes públicos tienen dos rasgos característicos. En primer lugar, solo pueden nacer si la mayor parte de las personas afectadas (pero no necesariamente todas) hacen lo que les toca (ya sea guardar distancia, ponerse mascarilla, lavarse las manos o vacunarse). En segundo lugar, una vez generados, no cabe excluir a nadie de su aprovechamiento. Ahora bien, siempre hay un peligro: la aparición de «*free riders*» o «gorrones», que se benefician del esfuerzo hecho por los demás en la generación del bien, pero sin su aportación. Si estos sobrepasan un determinado nivel, entonces no se produce el bien público correspondiente y todos los afectados salen perjudicados (Stiglitz, 2000, p. 149 y ss.). Tomemos por caso la fase de vacunación. A menudo se da por sentado que la administración de las vacunas tiene que ser de carácter voluntario, de tal manera que cada uno de nosotros tendría una especie de «derecho» a no ser

vacunado. Ahora bien, en mi opinión, plantear las cosas de este modo justamente esconde el problema de acción colectiva que implica la generación de bienes públicos. Admitamos que para lograr este bien público no hace falta que todo el mundo se vacune, pero sí que lo haga un alto porcentaje de la población (por ejemplo, un 80%). Ello llevaría a una situación que los expertos califican como inmunidad de grupo. Si esto es así, podríamos decir que el nacimiento de este bien público admite un nivel máximo de un 20% de gorrones. Por lo tanto, si se deja la vacunación en manos de una decisión voluntaria de los afectados, ¿qué sucede si más del 20% decide no vacunarse? En este supuesto, como he dicho, el bien público no se obtiene y todo el mundo sale perjudicado. En estas circunstancias, si no se da la colaboración voluntaria necesaria para generar el bien público, hay que tomar medidas coercitivas mediante normas jurídicas (Ullmann-Margalit, 1977). El solo hecho de tomarlas no hace que un Estado democrático se transmute en autoritario.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que vivir en una sociedad en la que los derechos y libertades sean efectivos, también debe ser considerado un bien público. Entonces, una vez más, la solución pasa por determinar el grado de afectación de cada bien que estamos dispuestos a aceptar. Entre las diferentes opciones con las que se consigue el bien público de la reducción de la transmisión del virus, habrá que elegir la que lo hace limitando solo los derechos y libertades que tienen conexión con el problema y únicamente en la medida y el tiempo imprescindibles para continuar disfrutando al máximo de estos. Además, cuál sea el sistema de respuesta elegido tiene repercusiones en cuanto a la relación entre los poderes públicos y la sociedad, dado que se puede lograr este objetivo básicamente mediante dos mecanismos: obligar al comportamiento correspondiente de manera coercitiva o bien hacer las recomendaciones oportunas confiando que los destinatarios comprenderán la importancia de sus acciones y actuarán en consecuencia. Para que esta segunda vía funcione, se requiere la existencia de una ciudadanía responsable y poderes públicos que la fomenten mediante la generación de una determinada cultura del bien común (Pettit, 2000).

Sin embargo, en el camino para alcanzar este objetivo se produce un círculo vicioso difícil de romper. Si el Estado hace un uso más intensivo del modelo coercitivo, asume en buena medida el éxito o el fracaso de la empresa. Las

instituciones, al ser las encargadas de aplicar las sanciones correspondientes en el caso de incumplimiento, cargan con la responsabilidad. Un planteamiento de este tipo suele ir acompañado de una visión paternalista de la sociedad. Se esconde información relevante o se ofrece de manera sesgada, lo cual, a su vez, origina desconfianza en la ciudadanía. Esta desconfianza, finalmente, genera poca implicación en los asuntos públicos, ya que el único incentivo para actuar será el de evitar la sanción. La ciudadanía se verá a sí misma simplemente como un sujeto pasivo, receptor de unas normas jurídicas que le son ajenas. Esto, por último, refuerza la idea en los poderes públicos de que la ciudadanía no es confiable y que, consiguientemente, el mecanismo idóneo tiene que continuar siendo el coercitivo. Y la rueda continuará girando en el mismo sentido. Una modificación radical de tendencia requeriría un profundo cambio cultural. Aunque, mientras este no llega, es factible tomar medidas que ayuden a romper algunos de estos engranajes. Para empezar, cobra una importancia capital el deber de transparencia de la Administración pública. Solo ofreciendo información de calidad se puede esperar generar confianza en la ciudadanía. Si se origina esta confianza, es más probable que la ciudadanía se implique en los asuntos públicos y sea consciente del papel activo que se espera de ella para contribuir al bien común. Esto, a su vez, refuerza en los poderes públicos la idea de que se puede confiar en la ciudadanía, a pesar de que se reserven el papel de supervisores y coordinadores de las acciones generales que hay que llevar a cabo. El alto porcentaje de vacunación alcanzado en España, en contraste con el obtenido en otros países, ofrece un indicador de que tal vez, más allá del estímulo que haya supuesto el temor individual a contraer la enfermedad, la población en general se ha ido concienciando del papel proactivo que debería desempeñar a la hora de conseguir el mencionado bien público.

Después de todo lo dicho, cabe concluir que, frente a tentaciones de llevar a cabo una gestión de este tipo de crisis de manera competitiva, tecnocrática, ineficaz, sin control o judicial, autoritaria, centralizada y paternalista, una democracia de calidad reclama de los poderes públicos otro modelo de gestión: cooperativa, con la ubicación adecuada de la parte técnica, política y jurisdiccional, solo con limitaciones proporcionadas de los derechos y libertades, descentralizada y que fomente la consolidación de una ciudadanía responsable.

Bibliografía

- Amat F, Arenas A, Falcó-Gimeno A, Muñoz J. Pandemics meet democracy. Experimental evidence from the COVID-19 crisis in Spain; 2020. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/340462096_Pandemics_meet_democracy_Experimental_evidence_from_the_COVID-19_crisis_in_Spain.
- Arnold R. Pandemia y Constitución: la experiencia de Alemania. Revista Catalana de Dret Públic. 2020; número especial: 20-37.
- Barcelo M, Albertí E, Vilajosana JM. Reptes democràtics en temps de pandèmia: el termòmetre dels drets de la ciutadania. Una perspectiva jurídica. En: Domingo A, Barceló M, coordinadores. Impacte social de la COVID-19. Una mirada multidisciplinària. Barcelona: IEC; 2022.
- Beck U. La sociedad del riesgo global. Madrid: Siglo XXI; 2002.
- Dworkin R. La democracia posible. Principios para un nuevo debate político. Barcelona: Paidós; 2008.
- Martín i Alonso G. El estado de alarma por la crisis de la COVID-19 y la afectación del autogobierno territorial. Revista Catalana de Dret Públic. 2020; número especial: 72-88.
- Pérez González C. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ante las crisis sanitarias: principios aplicables y obligaciones de los Estados. En: Atienza E, Francisco Rodríguez J, directores. Las respuestas del Derecho a la crisis de la salud pública. Madrid: Dykinson; 2020. p. 265-278.
- Pettit P. Republican liberty and its constitutional significance. Australian Journal of Legal Philosophy. 2000; 25(2): 1-20.
- Stiglitz JE. La economía del sector público. Barcelona: Antoni Bosch; 2000.
- Ullmann-Margalit E. The Emergence of Norms. Oxford: Clarendon Press; 1977.

**La perspectiva desde
los poderes públicos:
de la teoría a la acción**

Excepcionalidad pandémica y toma de decisiones: ciencia, política y derecho

Joaquín Cayón

Director del Grupo de Investigación en Derecho Sanitario y Bioética IDIVAL-Universidad de Cantabria

1. Legitimación ético-jurídica para la toma de decisiones en materia de salud pública: ¿expertos, gobernantes o jueces?

La pandemia, como suele ocurrir en tiempos de zozobra e incertidumbre, ha reabierto viejos debates, entre ellos el que afecta al rol de los sujetos que intervienen en el proceso de toma de decisiones públicas. En este contexto, las presentes líneas pretenden cartografiar someramente la epidermis de los procesos de toma de decisiones en materia de salud pública desde la perspectiva de los actores. Particularmente, nos detendremos con mayor detalle en el papel de los expertos, colectivo que se ha encontrado en el centro de la diana de la discusión pública.

Así las cosas, cabe preguntarse, desde una perspectiva de legitimación ético-jurídica, quiénes deben adoptar las medidas de intervención y prevención en relación con la pandemia. En este sentido, se ha planteado el papel de tres categorías de sujetos –expertos, gobernantes y jueces–, en tanto representan tres aproximaciones diferentes: la de la ciencia, la de la política –entendida en el sentido inglés de *policy* y no de *politics*– y la del derecho. Pese a que se ha denunciado una aparente sustitución de la política por la ciencia,¹ anticipemos desde este momento que la solución a este trilema no puede ser otra que la de residenciar la toma de decisiones en el poder político legítimamente constituido, sin perjuicio de que deba acompañarse de una justificación científica y deba instrumentarse con arreglo a la legalidad propia de un Estado de derecho. En otras palabras, ciencia y derecho constituyen prerequisites de una decisión de naturaleza política.

Es cierto que no es infrecuente escuchar voces que defienden la necesidad de permitir decidir en materia epidemiológica «a los que saben». Ello supondría una suerte de resurrección de la doctrina de los reyes-filósofos de Platón, que postula un modelo de aristocracia pública en el sentido etimológico del término: «gobierno de los mejores». Y los mejores eran precisamente los filósofos en cuanto amigos del conocimiento.² Esta idea platónica ha tenido continuidad en Francis Bacon, quien en su novela utópica *Nueva Atlántida* nos muestra cómo en la ciudad imaginaria de Bensalem eran los hombres de ciencia los encargados de regir el funcionamiento de la sociedad.

Frente al planteamiento platónico, debe quedar claro que este tipo de tecnocracia, entendida como gobierno de los expertos, no resulta compatible con la cláusula democrática del art. 1.1 de la Constitución española (CE). La única legitimación en la toma de decisiones, sean sanitarias o no, reside en el poder ejecutivo pues es a este a quien corresponde dirigir la política interior (art. 97 CE). Como ha señalado la doctrina más autorizada, el poder científico tiene funciones de información, dictamen y, en definitiva, valoración de riesgos, pero no de decisión.³ En otras palabras, en una democracia la última palabra no corresponde a los expertos, sino a la ciudadanía a través de sus legítimos representantes.⁴ Cuestión diferente es que, teniendo en cuenta el sistema constitucional de distribución de competencias, pueda ser el Gobierno central o los Gobiernos autonómicos los que, a través de las autoridades sanitarias correspondientes, adopten determinadas medidas. Pero, en todo caso, importa ahora dejar sentado que, desde un punto de vista tanto ético como jurídico, no es aceptable que las medidas puedan ser adoptadas por los expertos científicos, sin perjuicio de que su concurso resulte necesario en la decisión final como elemento motivador del acto administrativo.

Desde otra perspectiva, se han formulado críticas que sostienen que el ejecutivo habría dejado en manos de los jueces la gestión de la pandemia, en la medida en que estos se habrían visto abocados a validar las decisiones administrativas de restricción con carácter previo a su plena efectividad. En este sentido, procede realizar una matización casuística, dado que probablemente se parte de una confusión conceptual. En efecto, el poder judicial, conforme al art. 117 CE puede desarrollar una doble tarea: una función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: artículo 117.3 CE) y una función de garantía de dere-

chos (art. 117.4 CE, en este caso, autorizar las medidas administrativas restrictivas de derechos fundamentales). Desde el comienzo mismo de la pandemia esta última función fue pacíficamente asumida por los juzgados de lo contencioso-administrativo de nuestro país, en aplicación del art. 8.6.II de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).⁵

Nótese que la intervención judicial tenía lugar en relación con medidas sanitarias plasmadas en actos administrativos *singulares* que afectaban únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada (por ejemplo, la realización de una PCR obligatoria en caso de sospecha o el internamiento obligatorio de una persona en caso de positivo a la COVID-19). Hasta aquí no existía controversia alguna. El problema ha sobrevenido cuando se ha atribuido también a otros órganos jurisdiccionales (Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, según los casos)⁶ la competencia para autorizar o ratificar las medidas sanitarias de alcance general y abstracto, esto es, aquellas que implican limitación o restricción de derechos fundamentales en relación con destinatarios que no están identificados individualmente. La disparidad de pronunciamientos judiciales provocó incluso la creación de un recurso de casación *exprés* ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para tratar de homogeneizar las decisiones en la materia.⁷

Sin embargo, respecto de las medidas sanitarias generales no opera la función de garantía del art. 117.4 CE, razón por la que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional esta intervención judicial previa (STC 70/2022, de 2 de junio). De este modo, el precepto constitucional debe interpretarse de modo restrictivo, lo que excluye la autorización judicial de las medidas sanitarias *generales*, al menoscabar las potestades del poder ejecutivo. En próximos escenarios pandémicos no volveremos a ver, por tanto, tribunales autorizando medidas restrictivas de carácter general como toques de queda, limitación de grupos de personas o cierres perimetrales autonómicos.

Finalmente, procede recordar que el papel de los gobernantes está lógicamente sujeto a control parlamentario. Sin entrar ahora en el debate sobre la fórmula esgrimida (estado de alarma *versus* estado de excepción, por el que se decanta la

polémica STC 148/2021, de 14 de julio, que declaró nulo el primer estado de alarma),⁸ una situación de crisis sanitaria puede lógicamente constituir el presupuesto habilitante de un mayor apoderamiento del poder ejecutivo, pero en ningún caso supone exención del debido control parlamentario ni de la rendición de cuentas de su gestión, tal y como resalta la STC 183/2021, de 27 de octubre.⁹

2. El papel de los expertos: incertidumbre científica *versus* evidencia científica disponible

Sentadas las consideraciones anteriores, cuando nos referimos al papel de los expertos en la gestión pandémica, debemos ser conscientes de la contraposición de dos principios legales aparentemente contradictorios. De una parte, el *principio de precaución*, previsto en el art. 3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), en virtud del cual «la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, *aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo*, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran». Esta redacción debiera suponer una cierta flexibilización del deber de motivación de las medidas ablatorias, toda vez que la incertidumbre científica no constituiría un obstáculo para su adopción.

Frente a esta relajación –amparada en la regla *salus populi suprema lex est*–, la normativa sanitaria también recoge el *principio de evidencia científica*, en virtud del cual «la prestación de salud pública incluirá, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la *evidencia científica disponible* las justifique» (art. 11.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).¹⁰

Nos encontramos, por tanto, ante un binomio difícilmente gestionable a la hora de adoptar decisiones. Por un lado, parece que la incertidumbre científi-

ca no impide adoptar medidas restrictivas, pero, al mismo tiempo, la propia normativa sanitaria exige evidencia científica para acordarlas.

Actualmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien admite la aplicación del principio de precaución, ahonda en la necesidad de una cierta evidencia científica, exigiendo a la Administración que justifique que existe riesgo de propagación de una enfermedad transmisible y que explique que la medida restrictiva de derechos que propone es adecuada, imprescindible y proporcionada.¹¹ Se descarta, por tanto, para la restricción de derechos fundamentales «meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución».¹²

A todo ello se añade otro problema de compleja solución que plantea ciertos interrogantes que no podemos ahora abordar: ¿qué debemos entender por evidencia científica? ¿Se trata simplemente de un artículo científico en una revista de impacto internacional? ¿En varias? ¿Qué grado de consenso en la comunidad científica es exigible para tener algo por «evidente»? ¿Quién valida la existencia de «evidencia científica»?

3. Principios rectores del papel de los expertos

Este papel de la evidencia científica como elemento nuclear de la toma de decisiones nos conduce a la necesidad de repensar el papel de los expertos. Al abrigo de esta tarea cabe dejar apuntados una serie de principios que deben regir su intervención: complementariedad, objetivización, transparencia, neutralidad e interdisciplinariedad.

En primer lugar, cabe defender la *complementariedad*, entendida como combinación equilibrada entre expertos internos y externos. La mayor parte de las Administraciones públicas han sido asesoradas por sus propios funcionarios que, como expertos internos, tienen no solo conocimiento científico del fenómeno, sino también del procedimiento a seguir en la adopción de medidas. No obstante, resulta recomendable que este conocimiento interno, que en realidad es imprescindible en un modelo de función pública continental, resulte complementado con el *input* externo, a modo de *advisory board* o comité consultivo. No se trata tanto de desplazar las competencias técnicas de

los cuerpos funcionariales como de acompañarlas con expertos externos procedentes de universidades, sociedades científicas, fundaciones o colegios profesionales, que permitan el contraste de miradas y enfoques.

El modelo cooperativo y complementario que proponemos debe necesariamente conectarse con la *objetivización* de la elección de expertos externos. El funcionario que participa en el proceso de toma de decisiones resultará legitimado en la medida en que accedió a ese concreto puesto de trabajo sobre la base de los principios de mérito y capacidad, pero tratándose de expertos externos debiera construirse un sistema que objetive su selección para eliminar cualquier atisbo de arbitrariedad tanto en el reclutamiento como en el posterior asesoramiento.

El tercero de los principios es la *transparencia* que, en el fondo, se encuentra también conectada con la objetivización. La sociedad tiene derecho a conocer la identidad de los expertos, ya sean internos o externos, que asesoran a los gobernantes en la gestión de las crisis de salud pública. No se trata de una opinión de mera oportunidad: la legislación vigente obliga a ello. Así, con carácter general, en relación con los interesados en un procedimiento administrativo, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), les reconoce el derecho a «identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos» (art. 53.1.b). Podría argüirse que la ciudadanía en general no tiene la condición de «interesada» en estricto sentido técnico-jurídico, pero tampoco puede olvidarse que la propia LPAC (art. 13.d) reconoce a las «personas» (tengan o no la condición legal de interesadas) el derecho al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del ordenamiento jurídico. Esta remisión a la Ley de Transparencia también constituye, a nuestro juicio, título suficiente para exigir la identificación nominal de los expertos. Finalmente, la propia LGSP es concluyente al respecto, en tanto determina que «será pública la composición de los comités o grupos que evalúen acciones o realicen recomendaciones de salud pública, los procedimientos de selección, la declaración de intereses de los intervinientes, así como los dictámenes y documentos relevantes, salvo las limitaciones previstas por la normativa vigente».

No se alcanza por ello a entender la enconada negativa del Ministerio de Sanidad a hacer pública la identidad de los expertos del comité de desescalada durante la gestión de la pandemia, dado que, incluso desde una perspectiva extralegal, tal negativa no hizo sino provocar un doble efecto: desconfianza ciudadana y correlativo incremento del interés en acceder a tal información. Tampoco el argumento ministerial de una pretendida estigmatización de los funcionarios merece una favorable acogida si se repara en que se trata de un riesgo inherente a la condición de servidor público. Finalmente, el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno,¹³ acogiendo una reclamación formulada por un particular, acabó reconociendo el derecho a la identificación, indicando que con ello no se producía una vulneración del derecho a la protección de datos de los funcionarios afectados.¹⁴

El cuarto principio exigible en esta materia es la *neutralidad*. Al menos desde una perspectiva formal, no plantea mayores problemas cuando estemos en presencia de expertos internos, dado que, en atención a su condición de funcionarios públicos, no solo están sujetos a un deber genérico de abstención si tuvieran interés personal en el asunto,¹⁵ sino que, además, se encuentran vinculados al principio ético previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público, conforme al cual «su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio».¹⁶ Tratándose de expertos externos, la propia LGSP establece que las Administraciones sanitarias exigirán transparencia e imparcialidad a las organizaciones científicas y profesionales y a las personas expertas con quienes colaboren en las actuaciones de salud pública (art. 11.1). Sentado lo anterior, es aplicable a la neutralidad la vieja máxima de la mujer del César, esto es, los expertos no solo tienen que ser imparciales sino además parecerlo, si de verdad queremos insuflar dosis de confianza a la ciudadanía en su sistema sanitario.

Finalmente, cabe añadir una referencia a la *interdisciplinariedad*. El término «interdisciplinariedad», forjado por el sociólogo Louis Wirth en 1937, cuando se emplea de manera efectiva abre nuevos horizontes a la cooperación en el proceso de solución de problemas, favorece procesos de apoyo mutuo en el tra-

bajo y amplía las tradiciones epistemológicas. En una sociedad del riesgo, el proceso de solución de problemas complejos requiere la suma de esfuerzos y la colaboración de diversas disciplinas que aporten recursos teórico-prácticos útiles.¹⁷ Lamentablemente, no todas las disciplinas han estado presentes de igual manera a lo largo de la gestión pandémica. Particularmente, se ha echado de menos la presencia de juristas en los diferentes comités de expertos. Valga como ejemplo el grupo de trabajo técnico creado para la estrategia de vacunación. Pese a la importancia de su tarea, más allá de contar con dos miembros del Comité de Bioética de España que intervinieron por ello en condición de bioeticistas, dicho grupo careció de integrantes expertos en Derecho Sanitario. Sin duda, la incorporación de juristas de la salud hubiera podido contribuir a dotar a la estrategia de una mayor dosis de seguridad jurídica.

4. El corolario de la toma de decisiones: la rendición de cuentas

La rendición de cuentas constituye uno de los principios rectores de la gobernanza pública y, por tanto, también de la gestión pandémica. Frente a la pujanza de la *accountability* en los ordenamientos jurídicos del *common law*, en nuestro país la rendición sectorial de cuentas solo se ha proyectado normativamente en el ámbito de la contabilidad pública¹⁸ y en el de la protección de datos,¹⁹ más allá del control parlamentario inherente a un Estado democrático. Se encuentra pendiente una verdadera regulación de la rendición de cuentas en la gestión pública, también en lo que respecta a la toma de decisiones sanitarias.²⁰ Probablemente no resulte ajena a esta laguna la pervivencia entre nosotros de un concepto judeocristiano de la responsabilidad, que viene a asociarla al concepto de culpa. En efecto, si bien es cierto que la culpa o negligencia hace nacer la responsabilidad jurídica, no es menos cierto que puede existir responsabilidad sin culpa. Así se ha reconocido en varios países anglosajones y escandinavos en los que se hallan implantados sistemas de responsabilidad sin culpa o *non-fault system*.²¹

En este sentido, la rendición de cuentas debe ser considerada como una herramienta de mejora y de promoción del conocimiento y no simplemente represora o punitiva. Así debe entenderse el alcance de las recomendaciones de destacados salubristas de nuestro país, que han reivindicado la necesidad de una

evaluación independiente multidisciplinaria de la esfera sanitaria, política y socioeconómica de la gestión por la COVID-19, remarcando que este ejercicio debe servir no solo para el presente, sino también para que en el futuro exista una mayor preparación y una más ágil capacidad de recuperación ante las amenazas pandémicas que puedan surgir.²²

En definitiva, debe existir rendición de cuentas, pero también entendida como instrumento de aprendizaje y no solo como mecanismo de exigencia de responsabilidad. Ello no significa que se postule aquí una suerte de inmunidad administrativa: está claro que constitucionalmente los poderes públicos responden por el funcionamiento de los servicios públicos (art. 106 CE). Ahora bien, el examen y revisión de las decisiones pandémicas no puede ser visto ahora bajo el fácil expediente de utilizar anteojos pospandémicos. Las Administraciones se han enfrentado a un fenómeno absolutamente distópico de alcance global que ha requerido medidas ciertamente excepcionales en todos los países de nuestro entorno. Lo que no sería justo en términos éticos es aplicar ahora instrumentos de medición *ordinarios*, ajenos a la situación *extraordinaria* padecida. Por todo ello, establecer indicadores de medición e instrumentos metodológicos con carácter previo se nos antoja absolutamente necesario, lo que, sin duda, requerirá la actualización de la legislación de salud pública.

Notas

1. De Montalvo Jääskeläinen F. Mentiras, pandemia y Estado de derechos. Madrid: Universidad Pontificia Comillas; 2021. p. 43.
2. Platón, en el diálogo de *La República* lo expresa en estos gráficos términos: «A no ser que los filósofos sean los reyes en los Estados o los actualmente llamados reyes y soberanos sean filósofos en verdad y con suficiencia, y no se vea unida una cosa a otra, el poder político y la filosofía, y a no ser que una ley rigurosa aleje de los asuntos públicos a esa multitud de individuos a los que sus talentos les llevan exclusivamente a una o a otra, no habrá remedio, querido Glaucón, ni para los males que devastan los Estados ni incluso, creo yo, para los del género humano».
3. Esteve Pardo J. Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión. Documentación Administrativa. 2003; 265-266: 142.
4. Innerarity D. Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI. Barcelona: Galaxia Gutenberg; 2020. p. 189.
5. El precepto reza así: «Asimismo corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo 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».
6. Arts. 10.8 y 11.1.i) LJCA, introducidos por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.
7. Art. 15 del Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, que modifica los arts. 87, 87 *ter*, y 122 *quater* LJCA.
8. Declarado mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.
9. Sentencia que anula por inconstitucional el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma de ámbito territorial general.
10. Curiosamente esta redacción fue introducida por la propia Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que, de esta forma, consagra dos aproximaciones diferentes a la adopción de medidas restrictivas.
11. Por todas, STS 719/2021, de 24 de mayo y STS 1092/2021, de 26 de julio.
12. Por todas, STS 788/2021, de 3 de junio.
13. Resolución 492/2020, de 6 de noviembre (identificación de los miembros del comité de expertos en la desescalada), y Resolución 493/2020, de 6 de noviembre (identificación de asesores del Gobierno en la desescalada).
14. El art. 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, determina en su apartado 2 que «con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados

con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano». Más adelante, el apartado 3 indica que «cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal».

15. Art. 23.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
16. Art. 53.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.
17. Fernández-Ríos L. Interdisciplinariedad en la construcción del conocimiento: ¿más allá de Bolonia? *Innovación Educativa*. 2010; 20: 163.
18. Véanse los arts. 137 y ss. de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que regulan la rendición de cuentas de las entidades integrantes del sector público estatal al Tribunal de Cuentas, por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado.
19. Se trata del denominado «principio de responsabilidad activa», previsto en los arts. 28 y ss. de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
20. No obstante, si bien como un compromiso voluntario, pero no vinculante, el Gobierno de España viene emitiendo semestralmente informes de rendición de cuentas.
21. Cayón de las Cuevas J. Implantación de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos por mala praxis asistencial: ventajas y posibilidades de articulación jurídica. *Revista de Administración Sanitaria*. 2010; 8(I): 183-198.
22. Martín-Moreno JM, et al. Reflexiones sobre cómo evaluar y mejorar la respuesta a la pandemia de COVID-19. *Gaceta Sanitaria*; 36(1): 32-36. Previamente: García-Basteiro A, et al. The need for an independent evaluation of the COVID-19 response in Spain. *The Lancet*. 2020; Aug 22; 396 (10250): 529-530.

Las frágiles costuras

Javier Segura

Presidente de la Asociación Madrileña de Salud Pública (AMaSaP)

La pandemia ha evidenciado las frágiles costuras no solo de nuestro sistema de salud o bienestar social, sino también de nuestro sistema político y de convivencia ciudadana. Entre estas debilidades destaca la crisis de confianza en nuestras autoridades sanitarias. Esta legitimidad de la autoridad y confianza en el mensaje público son fundamentales para la eficacia en la gestión de una alerta epidémica, como ha sido y es la pandemia por la COVID-19. Una pandemia es una importante amenaza a la vida de una sociedad y, por ello, todos los talentos, habilidades y voluntades de la colectividad tienen que estar bien alineados para enfrentar eficazmente esa amenaza y minimizar los daños.

La comunicación bidireccional entre la ciudadanía y los tomadores de decisiones para el control de la pandemia y el cuidado de los más vulnerables es fundamental. Hay que compartir la información disponible y los análisis en que se sustentan esas decisiones. A su vez, estas tienen que estar basadas en una escucha previa, no solo de los profesionales de la salud y de otras disciplinas, sino en la escucha de los agentes sociales. Es decir, las decisiones tienen que considerar todos los matices que la sociedad conoce sobre su realidad cotidiana, para que esas decisiones puedan ser aceptadas socialmente, adaptadas a diferentes realidades y que cubran las necesidades de todos los estratos sociales. Y una vez tomadas las medidas y aplicadas, efectuar un seguimiento de su impacto para, en su caso, modificarlas o cambiarlas.

Épica militar o ética de los cuidados

Sin embargo, a la hora de la verdad, el tiempo arrolla y la urgencia, el miedo y la presión sobre los que deben tomar decisiones, empujan a aparcarse los matices, incluso a considerarlos un lujo o una pura «floritura». Surge el lenguaje militar y la invocación al disciplinado patriotismo.

No obstante, nuestra experiencia anterior nos dice que gestionar eficazmente una alerta epidémica requiere trazo fino y no brochazos; aplicar la ética de los cuidados, más que la épica militar. O mejor dicho: sabemos que no es incompatible la uniformidad disciplinada, con la atención a la diversidad y la empatía con los más vulnerables. Se puede y debe combinar el «toque de corneta» para convocar recursos encaminados a un mismo fin, a través de estrategias y protocolos comunes a nivel estatal, contar con actores diversos para definir y revisar esos protocolos y promover una aplicación adaptada de los mismos a nivel territorial y comunitario que considere esa diversidad y que cuente con la complicidad de los representantes vecinales y sociales. Y estos no son «florituras», sino una búsqueda inteligente del éxito y la eficiencia técnica en una «batalla» de muchos meses en donde la construcción de confianzas mutuas y lealtades es un gran valor.

Lo técnico y lo político

Las decisiones en las crisis epidémicas no solo pueden basarse en los análisis técnicos, sino que son decisiones políticas, pues tienen que considerarse otros aspectos no epidemiológicos (económicos, aceptabilidad pública, etc.). Los salubristas, por ello, debemos reconocer la legitimidad de los políticos para tomar decisiones que, en algunos casos, no coincidirán con las recomendaciones técnicas, al considerar esos otros intereses y criterios ajenos a los barajados en el análisis epidemiológico.

Sin embargo, debemos exigir la valentía política y la transparencia en la comunicación a la ciudadanía, para que esta pueda conocer y discriminar los criterios técnicos de los políticos, en vez de esconder estos en un manto técnico, es decir, pretender que la decisión final (obvia e intrínsecamente *política*) solo se ha basado «en la ciencia».

A lo largo de la pandemia, esta confusión intencionada e interesada ha sido frecuente en la justificación pública ante los medios de ciertas decisiones o en la dejación de otras. También ha estado presente cuando se escondían las diferencias entre las recomendaciones de los informes de las ponencias técnicas (formadas por técnicos de las CC. AA.), las decisiones de la Comisión de

Salud Pública (formada por los responsables políticos de las CC. AA.) y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS).

Es decir, es legítimo que desde el nivel político se tomen decisiones no basadas en las recomendaciones técnicas, pero políticamente es cobarde esconderlas en un falso manto científico, fabricado *ad hoc*.

Ciencia, incertidumbre y comunicación

Partimos de un déficit histórico en cuanto a la confianza de la población en el mensaje de las autoridades, por la insinceridad en la gestión de otras crisis previas. Desde la alarma por la intoxicación por aceite de orujo adulterado (síndrome del aceite tóxico) a principios de los años ochenta, hasta las epidemias de meningitis C de finales de los noventa o las posteriores de las vacas locas, la gripe aviar, etc., podemos encontrar contradicciones y desaciertos de bulto en la comunicación de las crisis por los responsables políticos de turno, que han minado esa confianza en la autoridad sanitaria y han favorecido que la población busque un contraste del mensaje oficial emitido en fuentes alternativas (muchas veces, de baja calidad científica).

La gestión de las crisis de salud pública supone la gestión de la incertidumbre. Frecuentemente falta información adecuada para tomar las decisiones, o mejor dicho, se tienen que tomar decisiones con información insuficiente y cambiante. Esta realidad choca con la mística de la verdad científica única en la que no caben relativismos, ni dudas. La buena comunicación en las crisis debería partir de la admisión de esta incertidumbre, tanto por el nivel técnico como el político, y de ir compartiendo con la opinión pública las certezas e incertidumbres y su variación a lo largo de la crisis. Cuando se oculta la incertidumbre, los cambios en las evidencias disponibles aparecen como contradicciones con el discurso oficial sostenido y dan lugar a sospechas de ocultación y manipulación por parte de las autoridades.

En la cultura epidemiológica dominante (es decir, no solo la de los políticos, sino también la de los epidemiólogos y salubristas), se considera que a la población no se le puede decir toda la verdad en una crisis, pues se generaría «una alarma innecesaria». Habría que revisar este paternalismo o infantiliza-

ción de la opinión pública, que, a mi parecer, está en el núcleo de muchos problemas de credibilidad en la comunicación.

La comunicación en crisis es una materia compleja que requiere el concurso de especialistas de las ciencias sociales y de la comunicación. Ser político o epidemiólogo no asegura este saber (aunque a veces tengamos epidemiólogos que también son buenos comunicadores, como hemos visto en esta pandemia).

Sindemia o simpleza pandémica

Cuando vino la pandemia, muchos hablaron de que más que ante una pandemia estábamos ante una *sindemia*, una sinergia de epidemias, incluidas las de obesidad y enfermedades crónicas, en la que la vulnerabilidad biológica se entrelaza con la vulnerabilidad social.

Una sindemia exige un enfoque complejo que incorpore lo social y lo comunitario a lo biológico. Sin embargo, bajo mi experiencia hemos vivido y sufrido un abordaje muy diferente que he denominado «simpleza pandémica». Es decir, un enfoque simplista que no considera la complejidad de la interrelación con lo social y lo comunitario en la transmisión e impacto de la COVID-19 y que, por ello, genera intervenciones de eficacia limitada.

Aunque están íntimamente interrelacionadas, se pueden diferenciar dos tipos de simpleza. Una es la «simpleza política», que ha generado una respuesta estandarizada (sin atender a la diversidad y vulnerabilidad social), autoritaria (sin escucha ni búsqueda de complicidad ciudadana), demagógica (*populismo sanitario*), culpabilizadora (más centrada en las conductas individuales que en las responsabilidades institucionales) y poco transversal (pandemia como campo de batalla política).

La regresión infantil de la salud pública

Pero también ha habido una «simpleza técnica». A pesar de la maduración de la salud colectiva en las últimas dos décadas, durante esta pandemia se ha producido una suerte de «regresión infantil» a enfoques bioclínicos individualistas y asociales. Se ha marginado el paradigma de la DSS y las invocadas

estrategias comunitarias. Se sintetiza en la frase escuchada de: «No estamos para florituras».

La posibilidad de hacer análisis no simplistas se vio dificultada desde el principio al tener un sistema de información de casos y contactos sin apenas variables sociales y con falta de información útil sobre los ámbitos de exposición. De nuevo, la justificación era «que había que simplificar la recogida de datos». Y las variables que «retardaban» eran al parecer las variables sociales, como la ocupación. También eran al parecer «florituras».

Simpleza en el análisis y simpleza en la intervención. Una epidemiología poco social ha favorecido un análisis simplista. Una sanidad pública, atención primaria y servicios sociales retraídos intramuralmente y poco comunitarios han llevado a intervenciones simplistas.

De los «como si» al «efecto arrastre»

Dentro de la simpleza política, han destacado las estrategias «como si»: intervenciones de las autoridades escasamente fundamentadas y de dudosa eficacia que buscan la apariencia de acción, y desviar la atención de la opinión pública sobre la dejación de acciones más eficaces, pero más costosas económica o políticamente. Ejemplos serían los test masivos sin atender los criterios epidemiológicos establecidos o los seudoconfinamientos por zonas básicas de salud densamente urbanas.

También cabe mencionar como simpleza política el efecto arrastre o dominó que se dio entre CC. AA., pero también entre Gobiernos europeos, que, para no ser menos «radicales» que sus vecinos, copiaban medidas de dudosa eficacia pero de gran vistosidad.

La simpleza mediática

La simpleza pandémica también se contagió a los medios de comunicación. Uno de los elementos interesantes fueron los criterios de *expertía*, incluso cuando se trataba de hablar de salud pública y epidemias parece que se consideró a veces más el saber de los especialistas clínicos hospitalarios que de los

salubristas. Las noticias también sufrían de datocracia, es decir una sucesión de números y tasas, con un muy débil análisis epidemiológico o que se reducía a la responsabilización individual.

Los que tuvimos la oportunidad de atender a los medios estos dos años comprobamos la ansiedad de tener que decir cosas complejas en un formato de pocos minutos, que después se recortaba aún más a modo de titulares para apoyar la noticia previamente redactada y en el que había una selección de los mensajes, quedando los contenidos sociales mutilados. Y cuando había más tiempo en el formato de tertulias, estas se basaban en una falsa simetría de saberes entre profesionales y opinadores con ánimo sensacionalista. Mención aparte merece el papel jugado por las redes sociales como difusoras de *fake news*.

Como «cuarto poder», los medios de comunicación son fundamentales para contrarrestar los déficits de transparencia del poder ejecutivo. Sin embargo, durante la pandemia hemos podido comprobar de nuevo (como ya vivimos en anteriores crisis, como la epidemia de meningitis C de 1997) que hay dinámicas de selección de la información en momentos de crisis epidémicas. A veces se excluye a las voces heterodoxas o que van contra el discurso mayoritario bajo el argumento de «no alarmar».

Tiempo y transparencia

Una crisis de salud pública como la de la COVID-19 confirma la necesidad de tener una buena organización en la gestión de esta. La mayoría de los salubristas veteranos han recibido cursos de comunicación y gestión de crisis. Sin embargo, no es infrecuente que cuando llega la crisis, haya dinámicas que impidan la aplicación de lo aprendido en los mismos.

Por ejemplo, frecuentemente no se separa claramente el equipo de comunicación del equipo que gestiona la información y el análisis epidemiológico. El tiempo y las demandas de información por parte de políticos y medios arrojan. Los equipos técnicos necesitan tranquilidad y estar blindados de esta tarea de alta demanda.

Por otra parte, tienen que estar bien definidas las responsabilidades y tareas y haber un buen flujo de información entre las diferentes unidades especializa-

das en cada tipo de función. La opacidad en la toma de decisiones, la información disponible y los criterios usados van minando la eficiencia de la gestión de la crisis. Hemos tenido ejemplos durante la pandemia en que los profesionales de salud pública de una comunidad denunciaban que se enteraban por la prensa de las decisiones tomadas por sus responsables políticos y que desconocían en muchos casos los criterios en que se basaban.

Transversalidad política y modelo territorial

La transversalidad política es fundamental en una crisis como la de la COVID-19. El usarla como campo de batalla política es un crimen y una bajeza contra el bien común. Este sectarismo político es un grave problema de nuestra democracia que también lo sufre la imposibilidad de consensuar políticas educativas y sanitarias.

La pandemia también ha puesto en evidencia la construcción inacabada de nuestro Estado de las autonomías: está pendiente de definir mejor la interrelación entre la responsabilidad del Gobierno central y las CC. AA., cuál es el papel del CISNS, cómo se toman las decisiones comunes y cómo se deben respetar, y hasta dónde el disenso es la adaptación al ámbito territorial o bien es insumisión frente al acuerdo común.

La agencia de salud pública: una oportunidad y no un bálsamo

También ha sido evidente la debilidad de los recursos profesionales y del sistema de información de la salud pública estatal. Y por ello, la dificultad de cumplir con las funciones coordinadoras en una emergencia sanitaria. Se ha echado de menos tener un organismo técnicamente bien dotado, con legitimidad y prestigio social consolidado, basado en la difícil independencia técnica (en un órgano que desarrolla funciones propias del poder ejecutivo). De resultas, se ha reivindicado la creación de una Agencia Estatal de Salud Pública que recogiera todas las lecciones aprendidas y remendara algunas de las costuras aludidas.

Soy de la opinión de que tal agencia no es el bálsamo de Fierabrás, en especial si es una mera medida aislada y mediáticamente vistosa, a modo de isla en medio de una pendiente reforma de la Administración pública y de los mecanismos de control social y transparencia. Pero puede ser una oportunidad para iniciar el buen camino hacia una salud pública más fortalecida y eficaz.

La gestión de la pandemia en Catalunya

Carmen Cabezas

Secretaria de Salut Pública de la Generalitat de Catalunya

Para contextualizar mi aportación a la temática desarrollada en este seminario, debo empezar explicando mi experiencia con la pandemia, porque a lo largo de la misma he desempeñado varios roles. Desde hace menos de un año soy secretaria de Salud Pública en Catalunya, pero empecé como subdirectora de Promoción de la Salud al inicio de la pandemia y durante buena parte de su desarrollo y evolución. Como subdirectora de Promoción de la Salud, lo que me preguntaba en los tres primeros meses de confinamiento era cómo podíamos contribuir los profesionales que trabajábamos en promoción de la salud. Lo primero que hicimos fue elaborar materiales informativos y de educación para la salud con objeto de ayudar a las personas a lo largo del periodo del confinamiento, elaborar una encuesta relativa a los efectos de este sobre la salud y sus determinantes en la población, y ofrecernos a cooperar con los compañeros y compañeras de vigilancia epidemiológica que, en esos momentos, estaban desbordados de trabajo. Eso significa que acabamos haciendo encuestas de vigilancia epidemiológica, y por lo tanto llamadas a la gente para saber cómo estaban, cuáles eran sus contactos y recordar las medidas de precaución y control. En esos momentos de gran actividad, a los que colaborábamos desde otras unidades nos encargaron los casos comunitarios no graves. A veces, cuando nos llegaban tales casos, habían pasado ya algunos días de evolución desde el inicio de la enfermedad y habían sido contactados también desde otros puntos del sistema de salud, principalmente desde atención primaria, que hacía el seguimiento clínico de las personas enfermas no ingresadas. De ese periodo resaltaría las encuestas. Cada una requiere tiempo y empatía y ese contacto, en general, era muy agradecido por la gente confinada, que podía así hablar con alguien y preguntarle sus dudas. Destacaría también esa sensación global de enfrentarnos a algo nuevo y desconocido con unos

medios no proporcionados e insuficientes, pero al mismo tiempo con una gran voluntad de colaboración y entrega de todos.

Después de eso, también desde promoción de la salud, trabajamos en lo que se llama la «acción intersectorial en salud», que, más que nunca, se ha demostrado imprescindible. Dado que entre los determinantes de la salud la mayor parte son sociales, y la educación y el juego infantil parte de ellos, teníamos que trabajar para que las escuelas estuvieran abiertas y para que las actividades de ocio de niñas y niños se recuperaran cuanto antes mejor. De ahí que trabajáramos con los diferentes departamentos y entidades implicadas, formando a profesionales de educación y ocio a fin de que se pudieran organizar unas actividades seguras y saludables ya desde el primer verano (2020) y el siguiente curso escolar (2020-2021). Aparte de estos dos ámbitos, de forma conjunta la Agencia de Salud Pública de Catalunya, protección civil y vigilancia epidemiológica, asesoramos a los profesionales de otros departamentos para elaborar sus planes sectoriales de afrontamiento de la pandemia. Existían comités de coordinación interdepartamentales e interadministraciones en el marco del PROCICAT (Protección Civil de Cataluña) y también comisiones técnicas que coordinaban las resoluciones con las medidas de prevención y control autonómico, una vez pasada la fase del estado de alarma.

Cuando nosotros, como Departamento de Salud, propusimos medidas que afectaron a los derechos fundamentales de las personas, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, mayoritariamente, nos dio la razón. Los encargados de redactar los informes legales apenas dormían de lunes a martes porque las decisiones se tomaban a partir de los datos epidemiológicos del último día, elaborando informes de más de sesenta páginas que respondían a las preguntas que les hacían los juristas y que recogían la información que estos necesitaban para saber si eran unas medidas proporcionadas o no. Así, por ejemplo, cuando propusimos restringir el derecho fundamental a la libertad de movimientos mediante el toque de queda nocturno o la restricción de reunión, tal medida estuvo avalada con un buen informe que la justificaba. Si el informe estaba bien hecho, los juristas nos hacían caso.

A continuación, lo que hicimos fue implementar la campaña de vacunación contra la COVID-19 en Catalunya, en coordinación con el grupo de trabajo

estatal del Ministerio de Sanidad y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en el que participamos activamente. En Catalunya se han administrado más de dieciséis millones de dosis, que se han añadido a las más de tres millones de dosis anuales de vacunas contra otras enfermedades incluidas en el calendario vacunal para toda la población y las que recomendamos para grupos de riesgo. Al respecto, hemos organizado la campaña de vacunación más compleja jamás realizada, hemos formado a los profesionales y distribuido las vacunas, hemos seguido las coberturas y los efectos adversos, hemos realizado múltiples ruedas de prensa en las que hemos compartido datos de cobertura, proceso y resultados. El sistema de salud ha estado trabajando al mismo tiempo para afrontar siete olas, buscando proteger a la población contra un virus que ha ido mutando varias veces. Hay muchas diferencias entre la variante ómicron, que apareció en noviembre de 2021, y la variante original de Wuhan. También ha cambiado mucho nuestro estado inmunitario, nuestro grado de conocimiento de la enfermedad y los medios de que disponemos para enfrentarnos a ella. Y por ello nada tiene que ver la situación actual en los hospitales y en los centros de atención primaria respecto a la que se vivió durante esos tres primeros meses de pandemia de 2020, cuando los compañeros y compañeras que hacían asistencia nos transmitían una angustia terrible porque realmente no tenían –ni ellos ni nadie– los conocimientos y medios necesarios para afrontar la crisis sanitaria. Lo que ha pasado después con la variante ómicron, sobre todo en la ola de finales del 2021 e inicios del 2022, es que hemos tenido centros de atención primaria colapsados, haciendo pruebas a gente que estaba infectada pero no realmente enferma, o tramitando bajas por enfermedades menores. Esto ha dejado menos espacio para el diagnóstico rápido de enfermedades como el cáncer o para el seguimiento y control de enfermedades crónicas y para la prevención. A partir de esa primera ola ómicron, y con objeto de racionalizar la actividad del sistema de salud, se establecieron estrategias para reducir la realización de test y centrarlos en las personas y los ámbitos con más riesgo de complicaciones, automatizando en la medida de lo posible las bajas por indisposiciones leves; también se redujeron y posteriormente se eliminaron las cuarentenas y los aislamientos.

A veces se habla de la pandemia como de un *impasse*, un tiempo de parada de la actividad de salud pública y asistencial normal. Y realmente ha sido así,

sobre todo al principio, para algunas de las actividades, pero ni mucho menos para todas. Por ejemplo, no se han dejado de hacer ni un momento las actividades de cribado neonatal o las vacunaciones del primer año de vida, ni tampoco las medidas de protección de la salud ligadas con la seguridad alimentaria, por citar algunas actividades básicas de salud pública, de esas que son invisibles cuando todo va bien en ese campo, pero que suponen mucho trabajo diario. La pandemia ha sido para el sistema de salud un periodo en general de gran actividad, sin descansos ni treguas, focalizada, eso sí, en una única enfermedad, que ha dejado unos profesionales extenuados y con huellas en su salud física y mental. Esta dedicación en profundidad por un largo lapso de tiempo a la COVID-19 ha tenido efectos adversos en algunos otros campos de la atención, condicionando un retraso o disminución de las actividades no críticas, como se ha visto también en otros países.

Un aspecto a valorar es cómo la distribución de competencias en un Estado autonómico como el nuestro influye en la respuesta a la pandemia. En este sentido, hay que considerar que, aunque el Ministerio de Sanidad solo tiene competencias de coordinación, durante los tres primeros meses de la pandemia, con la declaración del estado de alarma, todas las decisiones se tomaron de forma centralizada. En España no hay una «ley de pandemias», y dado que la mayoría de las competencias en salud las tienen las comunidades autónomas puede haber una variabilidad considerable según los distintos territorios. La manera en que se intentaron reducir estas diferencias fue a través del establecimiento de acuerdos de actuaciones coordinadas de obligado cumplimiento, ya que esta obligación de seguimiento estaba recogida en leyes o decretos ley específicos que se dictaron. La legislación lo que hace es que las estrategias pactadas a nivel central por diferentes comisiones en las que están participando las comunidades autónomas sean de obligado cumplimiento para todos los territorios. Por tanto, se produce una recentralización de las decisiones. Por ejemplo, si teníamos que tomar unas medidas u otras en las escuelas, estábamos condicionados por las decisiones que se tomaban a nivel estatal.

Cabe preguntarse también por el papel que han desempeñado los expertos. De expertos, hay muchos. Los tenemos muy buenos en la Administración, unos profesionales magníficos. Los documentos del grupo de estrategia de vacunación son interdisciplinarios, con profesionales expertos en salud pública, en

vacunas, en ética, en comunicación –aunque no haya ningún jurista–, y son muy completos y están muy bien elaborados. También disponemos de expertos en grupos de trabajo, de comisiones asesoras, etc. Y después están los múltiples expertos que opinan en los medios de comunicación, y que han llenado muchísimos minutos de informativos en todo el tiempo en que la pandemia ha sido noticia de primera plana y de forma continua. Una pregunta puede ser: ¿en qué campo de conocimiento tienes que ser experto para hablar de la COVID-19? Yo estoy de acuerdo en que esto es una sindemia, no es solamente una enfermedad infecciosa, pues comporta unos determinantes sociales: hay una distribución desigual no solo de la enfermedad sino también de los efectos de las medidas adoptadas según las capas y situaciones sociales, y hay una afectación en otras enfermedades como las crónicas o en la salud mental. Teniendo en cuenta todos estos elementos, parece difícil que un experto o experta pueda opinar de forma aislada, ya que no dominará todos los campos. Tampoco se pueden juzgar las decisiones de 2020 en relación con lo que sabemos ahora. Al inicio de la pandemia no se sabía prácticamente nada y yo misma, que no estuve en las decisiones que se tomaron en aquellos momentos, puedo decir que era complicadísimo tomarlas, porque realmente el grado de incertidumbre era enorme. Es increíble que en diciembre de 2019 empezaran los casos en Wuhan y que el 10 de enero de 2020 la secuencia genómica del virus ya estuviera a disposición pública, con todos los grupos posibles dedicados a hacer investigación, dado que se habilitaron fondos para investigar inmediatamente, en una colaboración público-privada que ayudó en ese desarrollo increíblemente rápido de las vacunas.

¿Qué ha faltado? En mi opinión, creo que debería haberse establecido un convenio marco o tratado de distribución de las vacunas desde el inicio. Si los miles de millones de vacunas que las farmacéuticas han sido capaces de producir se hubieran repartido de un modo más equitativo, seguramente no tendríamos un mapa tan dispar como el que tenemos en relación con las coberturas vacunales en los distintos países o, mejor dicho, continentes. Por esto, creo que se necesitaba un tratado previo de distribución equitativa de todas las vacunas que se fueran produciendo. En un mundo global y ante una enfermedad infecciosa también global, las soluciones deberían haber sido globales y equitativas.

¿Con qué dificultades nos encontramos? Primero con la incerteza que plantea una situación completamente nueva y cambiante. Segundo, con la escasez de medios: hay que pensar que los sistemas de información y vigilancia eran prácticamente los propios del siglo xx, y en dos años han tenido que avanzar todo lo que no habían avanzado hasta ahora. Esto ha sucedido porque la prevención no se presenta en las puertas de los hospitales y no es nunca una prioridad en tiempos fuera de crisis. Puede suceder que tengamos 5G en algunos quirófanos y no dispongamos de un buen sistema de información y vigilancia. Por lo tanto, esto ha sido difícil. En cuanto a la transparencia, los datos están puestos a disposición de la población y de los grupos de investigación y análisis en abierto, y hemos intentado responder a todas las preguntas técnicas de los periodistas, explicando la situación lo mejor que hemos sabido.

Seguro que lo podemos hacer mucho mejor: creo que es muy importante escuchar a la gente y a los sectores, porque no es una enfermedad infecciosa únicamente, sino que, como hemos dicho antes, tiene repercusión sobre la salud en general de las personas, tanto física como mental y socialmente. Y esta afectación se distribuye en la población en forma desigual; hemos visto desigualdades considerables en la distribución de la vacuna de la COVID-19 y sus complicaciones en relación con los ejes de desigualdad, sobre todo los socioeconómicos y de edad. También la propia enfermedad y las medidas que se implantan para su control tienen repercusión en la economía y no es una disyuntiva válida aplicar medidas pensando en la salud o en la economía, sino que ambas visiones deben conjugarse. Porque una sociedad que se empobrece es también una sociedad que tiene peor salud, y al mismo tiempo y viceversa una sociedad con más enfermedades es una sociedad más pobre. Por tanto, el reto es tener buenos sistemas de vigilancia de la salud de forma global, tanto en el ámbito de la salud física (enfermedades infecciosas y crónicas) como mental, por ejes de desigualdad, y proponer medidas proporcionales teniendo en cuenta su impacto sobre la salud en todas las dimensiones y a nivel social y económico.

Un estudio Delphi coordinado desde ISGlobal con un panel diverso y multidisciplinario de 386 expertos en la respuesta a la COVID-19 con perfiles académicos de salud, organizaciones no gubernamentales, Gobiernos y otras

entidades, pertenecientes a 112 países y territorios, ha dado lugar a 41 declaraciones de consenso y 57 recomendaciones para Gobiernos, sistemas de salud, industria y otras partes interesadas clave en seis dominios: comunicación; sistemas de salud; vacunación; prevención; tratamiento y atención; y desigualdades. Como ellos mismos dicen, tras casi tres años de respuestas globales y nacionales fragmentadas, tres de las recomendaciones mejor clasificadas exigen la adopción de enfoques de toda la sociedad y de todo el Gobierno, mientras se mantienen medidas de prevención comprobadas usando un enfoque de vacunas-plus que emplea una variedad de medidas de apoyo económico y de salud pública para complementar la vacunación. Otras recomendaciones con al menos un 99% de acuerdo aconsejan a los Gobiernos y otras partes interesadas mejorar la comunicación, recuperar la confianza pública e involucrar a las comunidades en la gestión de las respuestas a la pandemia.

También un documento de reflexión de la Academia Nacional de Medicina de Estados Unidos insiste en la naturaleza cíclica de estas crisis, en la importancia de disponer de datos de calidad que integren los datos epidemiológicos, los sociales, los microbiológicos y los clínicos para informar a las decisiones políticas y de salud pública, en la necesidad de remover silos y trabajar de forma integrada entre disciplinas, entre departamentos, entre niveles asistenciales, entre Administraciones, etc., así como en la importancia de considerar la vulnerabilidad social, incorporar una perspectiva de equidad e implicar a las comunidades en la respuesta.

Cuando escribo estas reflexiones, la Organización Mundial de la Salud (OMS) no ha declarado aún el final de la pandemia y, a pesar de que hemos recuperado prácticamente la normalidad en nuestras vidas y la gravedad de la enfermedad ha disminuido mucho, la aparición de nuevas subvariantes y el incremento de casos en algún país que había llevado a cabo una estricta política de COVID cero parecen aumentar de nuevo el nivel de atención necesario. Esperamos que en un futuro próximo la pandemia se dé por finalizada y que podamos estructurar lo que hemos aprendido para responder de la mejor manera posible a lo que esta crisis nos ha enseñado.

Bibliografía

Horton R. Offline: COVID-19 is not a pandemic. The Lancet. 2020; 396(10255): 874. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32000-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6).

Lazarus JV, Romero D, Kopka CJ et al. A multinational Delphi consensus to end the COVID-19 public health threat. Nature. 2022; 611: 332-345. Disponible en: <https://doi.org/10.1038/s41586-022-05398-2>.

National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine. Future Planning for the Public Health Emergency Preparedness Enterprise: Lessons Learned from the COVID-19 Pandemic: Proceedings of a Workshop. Washington, DC: The National Academies Press; 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.17226/26805>.

Relación de autores

- Núria Terribas, directora de la Fundació Víctor Grífols i Lucas.
- Juan del Llano, director de la Fundación Gaspar Casal.
- Josefa Cantero, catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha. Presidenta saliente de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS).
- Joaquín Cayón, director del Grupo de Investigación en Derecho Sanitario y Bioética. IDIVAL-Universidad de Cantabria.
- Lydia Feito, profesora de Bioética y Humanidades Médicas de la Universidad Complutense.
- Àngel Puyol, catedrático de Ética de la Universitat Autònoma de Barcelona.
- David Larios, abogado, presidente de la Asociación Juristas de la Salud (AJS).
- Josep M. Vilajosana, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra.
- Javier Segura, médico salubrista. Presidente de la Asociación Madrileña de Salud Pública (AMaSaP).
- Carmen Cabezas, secretaria de Salud Pública de la Generalitat de Catalunya.

Títulos publicados

Cuadernos de Bioética

63. *Inteligencia artificial en salud*
62. *Soledad no deseada en la era digital*
61. *Discapacidad y equiparación de derechos*
60. *Cuidarse en la sociedad entre pandemias*
59. *La atención a las necesidades sociales y sanitarias, ¿sumamos o dividimos?*
58. *Salud pública y COVID*
57. *Ciudades que cuidan, también al final de la vida*
56. *La salud pública, el género y la ética*
55. *Soledad, envejecimiento y final de la vida*
54. *Sexualidad y diversidad funcional*
53. *Nuevos escenarios en salud e investigación clínica*
52. *Ética y promoción de la salud. Libertad-paternalismo*
51. *Una mirada ética en la gestión de conflictos*
50. *Pensar la maternidad*
49. *Publicidad y salud*
48. *Prioridades y políticas sanitarias*
47. *Ética y donación de plasma: una mirada global*
46. *Comités de Ética y consultores clínicos: ¿complemento o alternativa en la ética asistencial?*
45. *CRISPR... ¿debemos poner límites a la edición genética?*
44. *Crisis y salud mental en niños y jóvenes: ¿causa o consecuencia?*
43. *¿Debemos revisar el concepto de muerte?*
42. *Iatrogenia y medicina defensiva*
41. *Eutanasia y suicidio asistido*
40. *Ethical aspects of research with children*
39. *Discapacidad, nuevos enfoques y retos éticos a la luz de la Convención de la ONU*
38. *Ética, salud y dispendio del conocimiento*
37. *Determinantes personales y colectivos de los problemas de la salud*
36. *Ética y altruismo*
35. *Treinta años de técnicas de reproducción asistida*
34. *Ética de la comunicación corporativa e institucional en el sector de la salud*
33. *Alcance y límites de la solidaridad en tiempos de crisis*
32. *Ética y salud pública en tiempos de crisis*
31. *Transparencia en el sistema sanitario público*
30. *La ética del cuidado*
29. *Casos prácticos de ética y salud pública*
28. *La ética en las instituciones sanitarias: entre la lógica asistencial y la lógica gerencial*
27. *Ética y salud pública*
26. *Las tres edades de la medicina y la relación médico-paciente*
25. *La ética, esencia de la comunicación científica y médica*
24. *Maleficencia en los programas de prevención*
23. *Ética e investigación clínica*
22. *Consentimiento por representación*
21. *La ética en los servicios de atención a las personas con discapacidad intelectual severa*
20. *Retos éticos de la e-salud*
19. *La persona como sujeto de la medicina*
18. *Listas de espera: ¿lo podemos hacer mejor?*
17. *El bien individual y el bien común en bioética*
16. *Autonomía y dependencia en la vejez*

15. Consentimiento informado y diversidad cultural
14. Aproximación al problema de la competencia del enfermo
13. La información sanitaria y la participación activa de los usuarios
12. La gestión del cuidado en enfermería
11. Los fines de la medicina
10. Corresponsabilidad empresarial en el desarrollo sostenible
9. Ética y sedación al final de la vida
8. Uso racional de los medicamentos. Aspectos éticos
7. La gestión de los errores médicos
6. Ética de la comunicación médica
5. Problemas prácticos del consentimiento informado
4. Medicina predictiva y discriminación
3. Industria farmacéutica y progreso médico
2. Estándares éticos y científicos en la investigación
1. Libertad y salud

Informes de la Fundació

6. La interacción público-privado en sanidad
5. Ética y biología sintética: cuatro corrientes, tres informes
4. Las prestaciones privadas en las organizaciones sanitarias públicas
3. Clonación terapéutica: perspectivas científicas, legales y éticas
2. Un marco de referencia ético entre empresa y centro de investigación
1. Percepción social de la biotecnología

Interrogantes éticos

5. Pedagogía de la Bioética
4. Repensar el cuerpo
3. La subrogación uterina: análisis de la situación actual
2. Afectividad y sexualidad. ¿Son educables?
1. ¿Qué hacer con los agresores sexuales reincidentes?

Para más información: www.fundaciongrifols.org

FUNDACIÓ
VÍCTOR
GRÍFOLS
i LUCAS

