

LA APELACIÓN A LA CIENCIA EN EL GOBIERNO Y GESTIÓN DE LA CRISIS DE LA COVID-19

THE APPEAL TO SCIENCE IN THE GOVERNMENT AND MANAGEMENT OF THE COVID-19 CRISIS

José Esteve Pardo

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Barcelona

RESUMEN: La crisis del COVID-19 ha hecho muy visible un reto que el derecho ya tenía planteado: la decisión en situaciones de incertidumbre científica. Son dos las estrategias que se estaban desarrollando y que están presentes en esta crisis. Una con orientación científica y otra sobre referencias internas del derecho. Para que estas estrategias ofrezcan apoyos sólidos a la decisión son condiciones la procedimentalización e institucionalización, sin apelar genéricamente a la ciencia. La proporcionalidad y provisionalidad de las medidas, abiertas a constante revisión, también son condiciones inexcusables. La crisis del COVID-19 muestra que no está bien articulada la relación entre el sistema jurídico y el científico. Algo que sería necesario introducir también en la Constitución mirando al futuro.

PALABRAS CLAVE: relaciones ciencia y derecho; procedimentalización; institucionalización; incertidumbre científica; proporcionalidad; principio de precaución; reforma constitucional.

ABSTRACT: The COVID-19 crisis has made very visible a challenge that law and politics have already posed: the legal decision in situations of scientific uncertainty. Two strategies were being developed and are present in this crisis. One with a scientific orientation and the other on internal legal references. Both strategies will be fulfilled with procedural and institutional conditions, without generically appealing to science. The proportionality and provisional nature of the measures, which must be open to constant review, are also inexcusable conditions. The COVID-19 crisis shows that the relationship between the legal and scientific systems is not well articulated. This should be also introduced into the Constitution looking to the present future.

KEYWORDS: science law relationship; procedural conditions; scientific uncertainty; proportionality; institutionalisation; precautionary principle; constitutional reform.

SUMARIO: 1. LAS REGULACIONES Y DECISIONES EN ENTORNOS DE INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA. LOS DIFERENTES TIEMPOS DE LA CIENCIA Y EL DERECHO.— 2. CONOCIMIENTO MEDIO Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO EXPERTO EN LA CRISIS DE LA COVID-19.—3. LAS ESTRATEGIAS DESARROLLADAS POR EL DERECHO PARA DECIDIR EN SITUACIONES DE INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA.—4. LA ESTRATEGIA EXTERNA, CIENTIFICISTA, DE DECISIÓN EN LA INCERTIDUMBRE. 4.1. Las exigencias y puntos de conexión con el derecho de las medidas de excepción. Proporcionalidad y provisionalidad. 4.2. La crisis de la COVID-19 y las medidas de excepción al régimen general, constitucional. La generalización de las relaciones especiales de sujeción. 4.3. La necesaria conexión temporal y la restauración del Derecho. Provisionalidad y constante revisión de las medidas de excepción.—5. LA ESTRATEGIA INTERNA DE DECISIÓN SOBRE CERTEZAS Y REFERENCIAS CONSTRUIDAS, DE FICCIÓN. 5.1. Presunciones procedimentales e institucionales para articular las decisiones en entornos de incertidumbre científica. 5.2. Las exigencias, y déficits, procedimentales institucionales en la crisis de la COVID-19. 5.3. Una nueva evidencia de la desconexión constitucional con la ciencia.—6. A MODO DE CONCLUSIÓN. SOBRE LA NECESIDAD DE REINSTAURAR LA CONEXIÓN DE LA CIENCIA CON EL DERECHO.

1. LAS REGULACIONES Y DECISIONES PÚBLICAS EN ENTORNOS DE INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA. LOS DIFERENTES TIEMPOS DE LA CIENCIA Y EL DERECHO

Rasgo característico y determinante de la crisis producida por la expansión del COVID-19 es la espesa incertidumbre que se cierne sobre un riesgo de extrema gravedad para la salud. El muy agudo problema de la decisión por las instancias políticas, administrativas, en incluso judiciales, en entornos de incertidumbre científica estaba ya planteado hace más de una década en términos preocupantes, tanto por su creciente entidad como por la escasa —o inadecuada— atención que merecía¹. Desde hace un tiempo se advertía en efecto una tendencia que ya parece irreversible: la frecuente adopción de decisiones por instancias públicas (legisladores, gobiernos, tribunales, administraciones) en situaciones de reconocida incertidumbre científica.

Lo que mayormente origina esta situación tan contradictoria y compleja es la diferente secuencia, el creciente desfase de los tiempos de la ciencia y el Derecho, al menos el Derecho en el que nos hemos formado y en el que seguimos instalados. Un Derecho, todo un sistema jurídico, atado a las certezas, tal como impone su para-

¹ Me ocupé de él en *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2009, hacia el que me permito remitir el desarrollo de algunas ideas que aquí se apuntan.

digma de seguridad jurídica, y orientado todo él a la decisión, con mecanismos tan popularmente conocidos para hacerla efectiva como el silencio administrativo.

Pero hace ya tiempo que la ciencia está muy lejos del paradigma de las certezas y la seguridad, que todavía se mantiene en el Derecho. Inicialmente –sobre todo en su época dorada, desde el siglo XVII hasta principios del XX– la ciencia deslumbró con las certezas y leyes que descubría, impresionando hondamente a los juristas, que mirándose en el espejo de la ciencia, se afanaron en construir un Derecho cierto sobre el paradigma de la seguridad jurídica. Pero ya en el pasado siglo la ciencia constata, a medida que avanza, la inmensidad de los espacios que desconoce². Cambió por ello su lenguaje, que dejó de ser el de las certezas para utilizar más el contenido de las probabilidades³.

También los tiempos de la ciencia difieren ostensiblemente de los que son propios del Derecho, sobre todo porque a la ciencia no le corresponde decidir. Lo suyo es obtener conocimiento y transmitirlo a las instancias decisorias. Y los tiempos que requiere la adquisición de esos conocimientos y certezas no coinciden en absoluto con los que impone el Derecho, fijando plazos en no pocas ocasiones, para adoptar decisiones.

Lo está comprobando ahora el gran público, el conjunto de la sociedad española, cuando, tal como establece la Constitución en su art. 116.2 y la Ley 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, cada quince días ha de decidirse si se prorroga el estado de alarma en medio de una reconocida incertidumbre científica sobre la situación y previsiones de la pandemia de COVID-19. La ciencia requiere de un tiempo distinto, más dilatado, y desde luego no sujeto a plazos, para ampliar y consolidar sus conocimientos.

2. CONOCIMIENTO MEDIO Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO EXPERTO EN LA CRISIS DE LA COVID-19

En las últimas décadas, las decisiones en entornos de incertidumbre se habían incrementado de manera muy considerable por el creciente desajuste entre los tiempos de la ciencia y los del Derecho, un desfase provocado por un desarrollo tecnológico muy dinámico que, por su constante innovación, suscita continuas incógnitas sobre sus posibles efectos, obligando al sistema jurídico, con ritmos decisorios mucho más breves, a la adopción de decisiones sin el deseable conocimiento científico. El último capítulo en el que nos encontrábamos de la serie de novedades tecnológicas

² No son solo las teorías de la relatividad de Einstein o el principio de incertidumbre de Heisenbergs y los avances de la física cuántica los que marcan ese giro a la incertidumbre, es la complejidad del mundo real, que los avances de la ciencia han hecho más visible, lo que lleva a los científicos a cambiar su posición. Lo constata de manera categórica el premio Nobel de química Ilya PRIGOGINE, en su ensayo *El fin de las certidumbres*, Taurus, Madrid, 1997.

³ El que primeramente captó ese cambio de lenguaje de la ciencia fue Karl POPPER en *La lógica de la investigación científica* (1934), Taurus, Madrid, 2003, véase en especial su capítulo VIII sobre la probabilidad, pp. 137 y ss.

con efectos inciertos, para el que se nos congregaba a opinar y debatir en diferentes foros, era el de la robótica y la inteligencia artificial que parecía iba a liberarnos de nuestras cargas. La COVID-19 ha convertido a este y a otros episodios recientes de un progreso tecnológico eufórico en capítulos de la historia. Esta crisis no nos llega, como en los casos ordinarios hasta ahora, de una manipulación tecnológica por nuestra parte, sino de un proceso natural, por así decirlo, en el que –por lo que parece, esta es otra de las incertidumbres– no ha habido, en principio, intervención decisoria humana⁴. Pero lo cierto es que ha venido a plantear en unas magnitudes inéditas el mismo problema de fondo: el de la decisión y regulación jurídica en una situación de reconocida incertidumbre científica.

No es la del COVID-19 la incertidumbre a la que estábamos habituados los últimos años y a la que veníamos ajustando las herramientas reguladoras y decisorias para operar en ella, la incertidumbre que generan nuevas tecnologías sobre sus posibles efectos negativos para la salud y el medio ambiente, tecnologías que habían sido objeto de investigación y pruebas con arreglo a procedimientos y protocolos bien pautados. Sobre el conocimiento experto adquirido en esas investigaciones, voluntarias o normativamente impuestas, se desplegaban las tres fases de la regulación de riesgos: la decisión sobre el riesgo permitido, la gestión de ese riesgo (una fase volcada también en la adquisición de conocimientos) y el tratamiento de las responsabilidades por los daños y perjuicios que de las anteriores fases pudieran derivarse.

Nada que ver con la pandemia de COVID-19 que inopinadamente se presenta sin conocimiento experto significativo, sin fase de investigación y prueba, cancelada por completo la fase de decisión sobre la aceptación del riesgo. Encaramos así primeiramente el riesgo en su segunda fase, la de su gestión, como de manera bien elocuente expresa el 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-19. Una gestión que puede acabar encarándonos con los entornos característicos de las decisiones sobre riesgos que tienden a ser optativas, sin opción al riesgo cero. En este caso la opción entre el riesgo para la salud, que reclama unas medidas sanitarias muy estrictas, y los riesgos que de esas medidas se derivan para la economía, el equilibrio social y la propia salud.

El conocimiento experto del que se carece sobre la COVID-19 ha de adquirirse entonces en plena epidemia, en vivo. El planeta se ha convertido así en el mayor laboratorio conocido, en el primer laboratorio global en el que, sin un periodo de análisis previo, se están adquiriendo los conocimientos sobre el virus para poder combatirlo y doblegarlo. Un conocimiento todavía primario, basado sobre todo en evidencias que por lo demás son cuestionadas en sus exactas magnitudes: hay personas fallecidas, aunque no se sabe con certeza cuántas lo han sido a causa del virus; hay personas infectadas, pero menos aún se sabe cuántas son. No se ha conseguido todavía, por lo que parece, un conocimiento cualificado más allá de lo evidente, más allá del co-

⁴ Esta es, por lo demás, otra de las incertidumbres que afectan a esta crisis y que está por investigar de manera objetiva y transparente.

nocimiento medio que concurre en cualquier persona mínimamente formada. No se dispone del conocimiento experto del que se derivaría la adopción de medidas basadas en avances científicos y tecnológicos significativos, como pudieran ser una vacuna o nuevos fármacos que mostraran su efectividad.

Las medidas más generalizadas que se han adoptado en los primeros meses de la crisis son primarias y elementales, fundadas en el más elemental conocimiento medio, adquirido y popularizado sobre todo por las gripes: la manera de evitar el contagio es el distanciamiento físico entre las personas. A escala europea la medida es todavía más primaria, primitiva: el cierre de fronteras. Medida muy gravosa y particularmente lamentable, por defraudar abiertamente el proyecto europeo, la del cierre de fronteras. Lo preocupante es que no parece conocerse otras. Se advierte así también un gran desconocimiento de la terapia normativa, ejecutiva y económica, a escala nacional y europea, para tratar una crisis como esta.

La pandemia de COVID-19 nos ha igualado en el desconocimiento, en la ignorancia. Nunca se nos han mostrado tan cercanos los premios Nobel de economía o biología al leer en la prensa sus análisis y vaticinios, en los que exhiben un conocimiento no muy superior al de cualquier persona con una mínima información, muy dispersa e imprecisa por lo demás. Tampoco hace falta ser una autoridad en psicología para advertir que los niños soportan peor el confinamiento doméstico y decidir como una de las primeras medidas para aliviarlo la de permitir su salida controlada. Ha sido frecuente la apelación al conocimiento experto –apelación genérica y sin identificación alguna sobre lo que habremos de volver–, cuando lo que se extrae del mismo es lo que se alcanza con un conocimiento medio y el más elemental sentido común. Así se advierte, por ejemplo, en el preámbulo del Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorrogaba, por segunda vez, el estado de alarma: «los modelos desarrollados por los expertos, tanto nacionales como internacionales, muestran que una adecuada gestión de la fase de desescalada de las medidas de control y contención aplicadas resulta crucial para lograr vencer la epidemia».

3. LAS ESTRATEGIAS DESARROLLADAS POR EL DERECHO PARA DECIDIR EN SITUACIONES DE INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA

Desde finales del pasado siglo, el Derecho, el sistema jurídico, comenzaba a desarrollar estrategias para decidir en la incertidumbre científica. Estrategias que creo advertir se despliegan en las dos direcciones posibles.

Una estrategia es interna, de reordenación y adaptación del sistema jurídico, con sus propias herramientas, para encarar la incertidumbre y poder resolver en ella. Es toda una línea estratégica, con diversas manifestaciones, que atiende prioritariamente a las referencias y certezas construidas –no halladas, como le corresponde a la ciencia– del propio sistema jurídico y que pueden prevalecer sobre los datos y aportaciones de la ciencia.

La otra estrategia, externa, se orienta a conectar el sistema y la actuación de los órganos con facultades decisorias a los dictados y valoraciones de la ciencia. Una línea estratégica, pues, con una marcada orientación científicista, al atenerse a lo que muestra el conocimiento científico, que puede ser muy limitado e incierto. Con esta estrategia se traslada la decisión o la fijación de las principales referencias a lo que establezca la ciencia o el estamento experto, lo que plantea toda una serie de cuestiones, y objeciones, que no se pueden tratar aquí. Una fórmula muy extendida ya en muchas normas es la remisión “a la mejor tecnología disponible” para determinar las obligaciones, que el desarrollo tecnológico habrá de concretar, de operadores muy diversos.

De manera más o menos consciente, más o menos explícita, estas estrategias se están desplegando en la crisis de la COVID-19. Reparar en ellas puede por ello resultar muy ilustrativo, también para detectar las contradicciones y posibles mejoras y ajustes en su desarrollo. Comencemos por esta segunda estrategia. La estrategia externa, científicista.

4. LA ESTRATEGIA EXTERNA, CIENTIFICISTA, DE DECISIÓN EN LA INCERTIDUMBRE

Entre otras fórmulas y expedientes, tiene sin duda en el llamado principio de precaución su instrumento más característico. Se trata en primer lugar de un principio encuadrado en esta estrategia, pues está exclusivamente concebido con el objetivo de ofrecer a los poderes públicos un fundamento, una plataforma, para decidir en situaciones de acreditada incertidumbre científica.

Es un principio que se adscribe a la línea marcadamente científicista, puesto que el presupuesto para su invocación y aplicación lo constituye la incertidumbre científica en torno a un riesgo que afecta gravemente a la salud o al medio ambiente. Es científicista porque se asume la constatación de la situación de incertidumbre y riesgo para la salud y el medio ambiente que por parte de la ciencia se manifiesta. Una ciencia que, conviene destacarlo ya, no se expresa con una única voz. Son manifestaciones que pueden estar muy localizadas en un estudio científico o en un análisis por un laboratorio que, con mucha frecuencia, pueden encontrar opiniones diversas y contrarias, sobre todo cuando se plantean situaciones de incertidumbre⁵. Con esta puntualización, sobre la que se habrá de volver más adelante, es en cualquier caso la ciencia, con su conocimiento experto, la que alerta de riesgos que pueden no resultar accesibles al conocimiento medio y es a esas apreciaciones científicas, expresadas en

⁵ Una diversidad que arranca de la libertad de investigación científica y se complica con las expectativas e intereses económicos que en muchos casos se ciernen sobre ella y condicionan las posiciones. Sobre el estado actual de la ciencia e investigación científica: Mercè DARNACULLETA GARDELLA, “Libertad de investigación científica y promoción de la ciencia en beneficio del interés general”, *Actas del XIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2018; y Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA, *Creación científica e innovación tecnológica: una aproximación desde el Derecho público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

términos probabilísticos, a las que se atiende prioritariamente cuando se apela al principio de precaución.

4.1. Las exigencias y puntos de conexión con el derecho de las medidas de excepción. Proporcionalidad

Se trata de un principio de extraordinaria potencia porque permite excepcionar el régimen jurídico aplicable, como pueda ser el que regula la autorización y comercialización de un producto, que queda del todo excepcionado cuando se decide su retirada del mercado por el riesgo que genera para la salud sobre el que la ciencia alerta. El principio de precaución, al excepcionar el régimen jurídico vigente, conduce a una situación de anomia en la que la única referencia que se reconoce para modular y dimensionar esas medidas de excepción es la que aporta otro principio, muy en boga también, el principio de proporcionalidad. Este principio, el de proporcionalidad, es entonces la única conexión que resta con el Derecho, con el orden jurídico, la única referencia para medir y controlar las actuaciones de las autoridades.

Como no podía ser de otra forma, el principio de proporcionalidad ha sido ya objeto de atención durante esta crisis como principal referencia para modular la magnitud e intensidad de las medidas que se están adoptando en la crisis de la COVID-19, y en la misma línea se apela también a la idea de ponderación. Pero la proporcionalidad y la ponderación requieren un cierto conocimiento, unas mínimas certezas básicas desde donde tomar sus mediciones. En esta crisis la proporcionalidad tiene un trazado muy primario: desde el más elemental conocimiento medio, desde la constatación de una situación de extrema gravedad y riesgo, posiblemente la más grave desde las grandes hecatombes bélicas, con la evidencia de la saturación del sistema sanitario, se han adoptado unas medidas extremas que conllevan una limitación máxima de derechos.

Es cierta, es evidente, la magnitud de los daños y de los riesgos. Ello ya justifica en lo sustancial las medidas adoptadas. Es cierto también que pueden plantearse dudas sobre la efectividad de las medidas ante la falta de evidencia científica. Pero justamente ahí, la operativa propia del principio de precaución habilita, ante la duda, la adopción de medidas que pueden ser muy gravosas por cuanto comportan la excepción del régimen jurídico vigente.

4.2. La crisis de la COVID-19 y las medidas de excepción al régimen general, constitucional. La generalización de las relaciones especiales de sujeción

Pero cuestión distinta es la del marco legal en el que esas medidas se adoptan⁶. Un marco que ha de mantener su conexión con el Derecho, con el orden consti-

⁶ Un pronto, y certero, análisis de las medidas adoptadas en la primera fase de esta crisis es el de Susana DE LA SIERRA, "Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una óptica

tucional. Se consideran admisibles en estos casos las medidas que excepcionan un régimen jurídico sectorial al que, por ejemplo, se ajustó rigurosamente una empresa para producir y comercializar un producto que ahora, en aplicación del principio de precaución, se retira del mercado.

Otra cosa es la excepción de un régimen general, básico, de enunciado constitucional, articulado fundamentalmente en torno a unos derechos y libertades fundamentales, también a unos deberes, afirmados con carácter general y básico⁷. Ahí son admisibles las excepciones puntuales, pero no la desconexión total del sistema jurídico y constitucional, que conduciría a situar a los ciudadanos en la situación propia de las relaciones especiales de sujeción. Unas relaciones que, según su caracterización clásica, marcan un espacio que no está dominado por la ley, por el Derecho, y en el que solo rigen las órdenes de la Administración⁸. Los sujetos que se presentaban como ejemplo de personas sujetas a una relación especial de sujeción eran los presos, la población reclusa. Hoy podemos constatar la generalización de estas dos notas.

Primera, la privación de libertad, la reclusión del conjunto de la población en un régimen próximo al arresto domiciliario. Es una caracterización que se acerca más a la realidad que la del confinamiento, pues este es una condena penal –o gubernativa en sistemas dictatoriales– que conlleva la localización forzosa del penado en un territorio limitado, normalmente insular, en el que podía moverse libremente⁹.

Pero se da también la nota más característica de las relaciones especiales de sujeción que las sitúan fuera de la legalidad, del Derecho, y que es la exclusión, el desplazamiento, del imperio de la ley para imponerse en su lugar la orden de los agentes, tal como se prevé en el desarticulado e inconsistente régimen sancionador configurado en torno al estado de alarma. En principio rigen las leyes que no han sido formalmente derogadas, entre ellas la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece los principios básicos –el de la tipicidad entre ellos y destacadamente– de la potestad sancionadora de la Administración y, por supuesto, los arts. 24 y 25 de la Constitución que no han sido excepcionados en ningún momento. Pero el régimen sancionador de la crisis se acaba concretando, al menos en un primer momento, en

jurídica internacional y comparada”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril, 2020.

⁷ En esa distinción entre los tratamientos sectoriales y las medidas con incidencia en el estatus general de derechos repara también Alba NOGUEIRA LÓPEZ, “Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril, 2020.

⁸ Esta era la caracterización de esta categoría en su genuina formulación, como es bien conocido, por Paul LABAND y Otto MAYER, que este último sintetiza en su tratado *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., (1924), edición facsímil, Duncker & Humblot, Berlín, 1969. Mayer todavía maneja ahí el concepto de súbdito (*Untertan*) y no el de ciudadano.

⁹ Parece que la caracterización legal más reciente del confinamiento es preconstitucional y se encuentra en el Código Penal de 1973, en cuyo art. 87 se establece que “Los sentenciados a confinamiento serán conducidos a un pueblo o distrito situado en la Península o en las islas Baleares o Canarias, en el cual permanecerán en libertad, bajo la vigilancia de la autoridad”.

torno a las órdenes de los agentes¹⁰, que es a los propios agentes a los que corresponde definir su contenido sin exigencia formal alguna, con lo que se desvanece todo rastro del principio de tipicidad.

No procede desde luego detenerse aquí en el régimen sancionador y en otros aspectos jurídicos sensibles del estado de alarma en el que estamos inmersos. Pero en esta aproximación a las relaciones entre la ciencia y el Derecho que están en su base y trasfondo no se puede en modo alguno pasar por alto que el test de proporcionalidad ha de aplicarse no solo a las medidas adoptadas para combatir la epidemia, el distanciamiento y la reducción de contactos entre las personas, sino también a las medidas instrumentales para hacerlas efectivas, como es la potestad sancionadora tal como está regulada, planteando también, como el test de proporcionalidad requiere, si no serían posibles otras medidas o esas mismas con otra configuración legal.

4.3. La necesaria conexión temporal y la restauración del Derecho. Provisionalidad y constante revisión de las medidas de excepción

Por lo demás, en la correlación entre ciencia y Derecho que se articula en torno al principio de precaución, que utilizamos aquí como guía, hay un momento final, en la cola de este principio, que últimamente recibía una gran atención: las medidas que se adopten de acuerdo con él, medidas que pueden ser gravosas y de excepción, no pueden consolidarse y petrificarse; son medidas con una marcada vocación de provisionalidad –mientras concurra la situación de riesgo– de la incertidumbre congénita a cualquier riesgo, que las justifica. Son por tanto medidas sujetas a constante revisión con un objetivo fundamental e inequívoco: reducir la incertidumbre. Porque es la incertidumbre la que desborda las previsiones legales y la que se erige así en presupuesto para la aplicación de un principio que puede habilitar medidas de excepción.

En la crisis sanitaria de la COVID-19 estas exigencias pueden concretarse en los dos frentes que aquí contemplamos.

Primero en el científico, dando prioridad a todas las actuaciones y medidas que amplíen el conocimiento de la epidemia: en su certero diagnóstico (sobre todo mediante la realización de pruebas y test), en su prevención y en los medios terapéuticos que resulten efectivos.

¹⁰ El art. 10.1 de la Ley 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, contiene una referencia genérica a lo dispuesto en las leyes: “El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes”. En esa indefinición se está aplicando la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, particularmente su art. 36.6, que señala como sanción grave la “la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones”, con lo que establece la sujeción a las órdenes de los agentes como referencia (nota característica de las relaciones de sujeción especial) en una situación de anomia generalizada.

En segundo lugar, en el plano legal, porque las medidas excepcionales que se adopten han de tener esa marcada vocación de provisionalidad. Provisionalidad que es una nota esencial de cualquier modalidad del estado de excepción y en la que coinciden todas sus exposiciones, desde los planteamientos constitucionales hasta los puramente filosóficos¹¹.

Provisionalidad que, como no podía ser de otro modo, está por lo demás categóricamente afirmada en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En su art. 6.2. se prescribe respecto al estado de alarma “que no podrá exceder de quince días. Solo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga”. Es la segunda vez que se declara el estado de alarma¹², pero es la primera que se prorroga de manera reiterada, y ello nos coloca en una situación inédita que nunca había sido considerada siquiera. Porque lo que ordinariamente se contempla en cualquier legislación que la prevea es una sola prórroga o, en las formulaciones más extremas, la fijación de un término máximo de prórroga, tal como se establece, por ejemplo, para la prisión provisional.

Son ya varias las prórrogas del estado de alarma que se han concedido, sin que se haya apuntado, ni insinuado siquiera, en el horizonte legal un plazo límite. Un estado de alarma que, por su grave y generalizada afectación a los derechos fundamentales, así como por la profunda alteración del orden competencial, comporta una sustancial modificación de la Constitución si no está bien definida y explícitamente afirmada su provisionalidad, con unos límites temporales claros o con una reducción progresiva y pautada de las medidas que con mayor intensidad alteran el orden constitucional.

5. LA ESTRATEGIA INTERNA DE DECISIÓN SOBRE CERTEZAS Y REFERENCIAS CONSTRUIDAS, DE FICCIÓN

Los procedimientos cientificistas de decisión en la incertidumbre, de los que es una muestra el principio de precaución, se han instaurado en tiempos muy recientes. Se adscriben por ello a lo que difusamente se percibe como un Estado postindustrial,

¹¹ Entre estos últimos, el del filósofo Giorgio AGAMBEN, *Estado de excepción*, Pre-Textos, Valencia, 2003, que analiza la teoría general del estado de excepción, cuyo núcleo “es precisamente el hacer posible la articulación entre estado de excepción y orden jurídico” (p. 52), algo que era significativa y peligrosamente matizado por Carl Schmitt, que entendía que el estado de excepción había de insertarse en un orden, aunque no necesariamente un orden jurídico. Las posiciones de Schmitt se expresaron a principio de los años veinte del pasado siglo –antes, por tanto, de su lamentable deriva hacia el nazismo– en sus libros *La dictadura* (1921), Revista de Occidente, Madrid, 1968; y *Teología política* (1922), Trotta, Madrid, 2009. Una exposición sobre nuestro régimen constitucional en P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

¹² Se declaró el 4 de diciembre de 2010 para hacer frente a una huelga de controladores que provocó el cierre del espacio aéreo.

posmoderno, al Derecho de la segunda modernidad, de la modernidad reflexiva, u otras expresiones y concepciones similares. Con ello parece reconocerse que el problema de la decisión jurídica en situaciones de incertidumbre es un problema reciente, ligado a la complejidad científica y tecnológica de la sociedad postindustrial. Desde luego la incertidumbre se ha expandido con el reciente desarrollo tecnológico, pero, mucho antes, el Derecho tuvo que enfrentarse con ella y alumbrar fórmulas para decidir en encrucijadas envueltas en la más completa incertidumbre.

Son fórmulas, estrategias, internas del Derecho, autorreferenciales, podríamos decir. No se decide desde el acercamiento a las certezas que la ciencia vaya alcanzando, como se pretende en las estrategias y procedimientos cientificistas de decisión, sino que se decide sobre certezas construidas –no halladas, como en la ciencia– por el propio sistema jurídico, por la propia legalidad.

5.1. PRESUNCIONES PROCEDIMENTALES E INSTITUCIONALES PARA ARTICULAR LAS DECISIONES EN ENTORNOS DE INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA

La fórmula básica de la estrategia interna, autorreferencial, es la que se monta sobre las presunciones, con la que operaba ya con toda normalidad el Derecho romano. Si un centurión no regresaba con César de una de sus campañas bélicas y no había ninguna noticia cierta sobre él, se generaba entonces una total incertidumbre sobre su vida. Los juristas romanos no se plantearon realizar una investigación para alcanzar la certeza de si el centurión estaba vivo o si había fallecido. Lo que pretendían era resolver los problemas jurídicos que en torno a esta incertidumbre se suscitaban. ¿Había enviudado su esposa? ¿Heredaban sus hijos? ¿Se promovía a otro oficial para ocupar su puesto en el ejército? Estas eran las cuestiones a resolver. Para ello los juristas construyeron una certeza. Una certeza ficticia y convencional. Una presunción construida con el solo objeto de apoyar sobre ella la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas. Si en tres años no se tenía noticia alguna del centurión, se le daba por fallecido con las consecuencias jurídicas que de ello se derivaban en el plano familiar, patrimonial o militar.

Las presunciones han vuelto y se han expandido, insertadas ahora en las leyes que regulan espacios dominados por la incertidumbre. Por ejemplo, en la legislación de matriz europea sobre la responsabilidad medioambiental. La frecuentemente compleja cuestión –inaccesible no pocas veces a un conocimiento científico cierto– de la causación del daño se resuelve en un primer momento con la presunción que la atribuye a la instalación “apropiada” para producirlo. Pero en muchos casos esa empresa podrá a su vez liberarse de esa presunción inicial desfavorable con una contrapresunción: si acredita su previa sujeción a un programa de gestión ambiental o a una ecoauditoría. Se va progresando de ese modo para tomar decisiones con el apoyo

en certezas construidas, presunciones y contrapresunciones, y no en certezas halladas, certezas científicas, que no las hay, por hipótesis, en situaciones de incertidumbre¹³.

Esas presunciones que se están construyendo para, apoyándose en ellas, adoptar decisiones en entornos de incertidumbre científica, vienen a ser, en lo sustancial, de dos tipos: presunciones procedimentales y presunciones institucionales.

Las presunciones procedimentales son las que resultan de la tramitación de un procedimiento, que no necesariamente tiene que ser, ni mucho menos, un procedimiento administrativo. Puede ser perfectamente un procedimiento o expediente de impulso y tramitación privada como es, acabamos de verlo, un programa de gestión medioambiental o una ecoauditoría. Lo determinante es que la legislación otorgue a la superación de ese expediente el valor de una presunción legal. Por ejemplo, se presume que se cumple con los requerimientos científicos y técnicos. Una presunción que, como todas, podrá ser destruida, en no pocas ocasiones, por otra presunción legal de signo contrario.

Pero en los crecientes y debatidos espacios de incertidumbre científica están proliferando también las presunciones institucionales. Es un modo, también convencional, de superar la incertidumbre que deriva sobre todo de la diversidad de posiciones que se registran en el estamento científico, en la república de la ciencia. Para articular entonces una decisión superando la posible dispersión del panorama científico puede presumirse, si no la certeza, sí la autoridad de un órgano, de una institución, cuyos informes y opiniones se toman como fundamento por las instancias constitucionalmente habilitadas para tomar las decisiones.

Podrá ser que, al cabo de un tiempo, se compruebe que la decisión no fue acertada, que se apoyó en la opinión del órgano al que se le presumía autoridad y que esa opinión se ve ahora, desde el más elevado nivel de conocimiento en que nos encontramos, claramente errónea. Podría ser también que, como consecuencia de esa decisión, se hubieran producido daños que las víctimas no tuvieran deber alguno de soportar y que hubiera de indemnizarlas. Pero no podrá cuestionarse el proceder de la autoridad competente si hizo lo que legalmente tenía que hacer: atenerse a la presunción de autoridad que la norma reconoce al órgano del que ha de recabar opinión científica.

No se les puede pedir a los órganos políticos o administrativos competentes el don de la profecía para que acierten en sus decisiones cuando estas se adoptan en un entorno de reconocida incertidumbre, por lo que la propia ciencia no está en condi-

¹³ Las presunciones, como ficciones que son, nos aproximan al territorio de la literatura: se construye un relato que no tiene por qué coincidir con la realidad. Esta aproximación literaria, muy distinta por tanto de la científicista, a la decisión jurídica en la incertidumbre la trato en *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, op. cit., pp. 127 y ss. También en mi artículo “De la ciencia a la literatura: el camino del derecho ante la incertidumbre”, en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, vol. III, pp. 2193 y ss. Ilustrativa al respecto resulta la obra clásica de Jeremy BENTHAM, *Teoría de las ficciones*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

ciones de pronunciarse. Lo que sí resulta exigible es que esas decisiones se atengan a unas ciertas referencias institucionales y procedimentales para reforzar la legitimidad de sus decisiones y no tanto su acierto científico.

5.2. LAS EXIGENCIAS, Y DÉFICITS, PROCEDIMENTALES INSTITUCIONALES EN LA CRISIS DE LA COVID-19

Pero para que esa presunción efectivamente opere, y la decisión fundada en ella encuentre cobertura, es necesario cumplir con unas mínimas exigencias procedimentales e institucionales, que son las que mantienen la conexión con la legalidad y el sistema jurídico. Es necesario así que ese órgano al que se atribuye la presunción tenga un perfil institucional bien trazado y definido en cuanto a su composición, sus cometidos, su modo de actuar –pudiendo si fuera el caso recabar informes o estudios de expertos muy especializados– y otros aspectos más materiales y prosaicos de funcionamiento, atribuyéndole los medios necesarios para desarrollar su labor. Un mínimo reglamento orgánico parece imprescindible, no por afán reglamentista sino por una elemental exigencia de institucionalización –también de transparencia– sobre la que apoyar las decisiones. La decisión, y la responsabilidad, corresponden a los órganos a los que la Constitución y las leyes atribuyen tal competencia. Pero, para apoyar sus decisiones en entornos de incertidumbre científica, ese órgano político o administrativo articula su contacto con la ciencia a través de un órgano, instituto, comité científico, previamente definido e institucionalizado.

Por las mismas, son necesarias unas mínimas referencias procedimentales que pauten la solicitud de informes, su publicación en su caso, o la accesibilidad a los mismos. La complejidad, el conocimiento experto, no tendría que ser un impedimento a la transparencia. Con toda normalidad se exigen ya desde hace un tiempo estudios científicos acompañados de una versión inteligible para el gran público y su conocimiento medio, como sucede, por ejemplo, con los estudios científicos que están en la base de las evaluaciones de impacto ambiental.

Todas estas exigencias no garantizan desde luego el acierto científico de la decisión que se toma en situación de reconocida incertidumbre, pero sí que contribuyen muy decisivamente a otorgarle legitimidad. Legitimidad procedimental¹⁴ y legitimidad institucional. Tienen, por tanto, muy escasa consistencia para apoyar en ellas las decisiones y ordenaciones –sobre todo si son extremas, como las que se aplican a la gestión de la crisis sanitaria de la COVID-19– las apelaciones abiertas, *in genere*, a la ciencia, a la opinión de los científicos, cuando la ciencia, sobre todo en entornos de incertidumbre, registra una gran diversidad de opiniones. No se trata tanto entonces de formar comités científicos representativos, con presencia en ellos de las diferentes posiciones. No. Lo que la operativa de la presunción institucional requiere es que

¹⁴ Que analizó y desarrolló de manera célebre Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 2.ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.

se identifique, o se forme, un órgano integrado por expertos muy cualificados para extraer de él la necesaria presunción de autoridad científica para dar cobertura a las decisiones políticas o administrativas en situaciones de incertidumbre.

Se apeló genéricamente a la ciencia por las altas instancias gubernamentales al declarar el estado de alarma el 14 de marzo. Pero ni en ese momento, ni antes, desatada ya la crisis que mostraba una extraordinaria gravedad, se había identificado una instancia científica –que muy bien podría encontrarse en la organización ordinaria de la Administración– sobre la que se apoyaban las decisiones. Un comité científico fue creado de manera un tanto informal a los pocos días de la declaración del estado de alarma. Pero es necesario marcar con mayor rigor el perfil institucional y el procedimental, estableciendo unas mínimas pautas, para dotar de mayor cobertura y legitimidad las regulaciones y decisiones de los órganos políticos y administrativos en su conexión con el estamento científico, pues lo cierto es que se sigue apelando, para justificar incluso normas con rango de ley, a “las recomendaciones de los expertos en el ámbito epidemiológico”¹⁵, sin mayor precisión identificadora.

En la fase final de corrección de pruebas de este texto, se ha prorrogado por cuarta vez el estado de alarma y no existe todavía una definición institucional y procedimental de la actuación del comité de expertos al que, desde las instancias gubernamentales, se dice haber encomendado el asesoramiento, o predeterminación en realidad, de las decisiones en esta crisis. Insisto en que no resulta por supuesto exigible, ni al Gobierno ni a los propios expertos, el acierto científico de sus decisiones en una situación tan asimétrica, compleja, errática e incierta. Pero sí que es ineludible, y resulta por ello exigible, dotar a esas decisiones de la legitimidad que otorgan la sujeción a un mínimo procedimiento, aunque se ciña a los trámites mínimos en la relación entre Gobierno y comité de expertos; un mínimo diseño institucional y de identificación de los expertos (que podrían perfectamente recabar informes de otros); y un mínimo de transparencia en los informes y datos. El estado de alarma, reiteradamente prorrogado, ya nos aleja del régimen de libertades, de garantías y de legitimidades en las intervenciones públicas. No puede apelarse a la ciencia, en abstracto, para alejarse más aún de esas exigencias.

5.3. Una nueva evidencia de la desconexión constitucional con el conocimiento científico

Esta crisis ha puesto de manifiesto así, una vez más, aunque ahora con mayor visibilidad, otro desfase entre la ciencia y el Derecho: el que se está abriendo en la

¹⁵ Así en el preámbulo del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales. En el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma, se dice que “los modelos desarrollados por los expertos, tanto nacionales como internacionales, muestran que una adecuada gestión de la fase de desescalada de las medidas de control y contención aplicadas resulta crucial para lograr vencer la epidemia”.

propia Constitución de 1978¹⁶, desconectada por completo de la ciencia al carecer de elementos de articulación para integrar el conocimiento experto en regulaciones y decisiones, políticas y administrativas, en los crecientes entornos de riesgo, complejidad e incertidumbre que se generan. Un desfase que se observa tanto en el plano procedimental como en el institucional en los que ahora reparamos, en una Constitución que atiende a criterios muy tradicionales para concentrar su atención en determinados órganos y su protección en determinadas decisiones¹⁷.

En el plano procedimental, en el modo operativo de la decisión y en la relevancia que se le atribuye, llama la atención la fórmula de la reserva de ley, tan presente y reiterada en el texto constitucional para las regulaciones de órganos consultivos y en ningún caso prevista para decisiones tan relevantes como las que recaen sobre la aceptación o rechazo de riesgos que no solo es que preocupan particularmente a la sociedad¹⁸, sino que pueden afectar a las generaciones futuras, como son muchas relacionadas con la energía, la nuclear particularmente. La atención a esas generaciones que están por venir en constituciones recientes, o recientemente reformadas¹⁹, es una muestra de esa nueva sensibilidad. Por el contrario, no parece que comprometa ni que afecte a las generaciones futuras la organización del Consejo de Estado y de otros órganos y el tratamiento de otras cuestiones formales para las que la Constitución establece una rigurosa reserva de ley orgánica.

También se ha hecho visible la falta de un criterio o principio que decante y oriente las decisiones en situaciones de incertidumbre cuando están comprometidos bienes relevantes como la salud o el medio ambiente. Podría ser el principio de precaución, presente ya en varias constituciones recientes, o cualquier otro criterio.

En el plano institucional se hace también llamativa la previsión por la Constitución de órganos que operan fundamentalmente con un conocimiento jurídico y legal, en algún caso económico, sin apuntar a ninguno cualificado por su autoridad científica.

¹⁶ Se llamaba la atención sobre ello en un análisis y debate compartido con un científico eminente en José ESTEVE PARDO y Javier TEJADA PALACIOS, *Ciencia y derecho: la nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

¹⁷ Apuntando esta necesaria adaptación, recientemente Dolors CANALS AMETLLER, “Incidencias del avance tecnológico en el Derecho público (elaboración, práctica, docencia e investigación)”, en Beltrán PUENTES COCIÑA y Andrei QUINTIÁ PASTRANA (dirs.), *El derecho ante la transformación digital*, Atelier, Barcelona, 2020.

¹⁸ Ilustrativa resulta al respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, a partir del caso *Kalkar* en la década de los noventa, en el que se estableció que la autorización de una central nuclear debe realizarse mediante ley y no por decisión gubernativa.

¹⁹ Así, por ejemplo, la introducción del art. 20.a en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en virtud de la reforma de 1 de agosto 2002, que afirma la responsabilidad del Estado ante las generaciones futuras en la protección de la naturaleza.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN. SOBRE LA NECESIDAD DE REINSTAURAR LA CONEXIÓN DE LA CIENCIA CON EL DERECHO

Cada prórroga del estado de alarma, cada día que transcurre en él, nos aleja un poco más de la órbita constitucional, nos aleja del Derecho podría decirse, de la legalidad, para introducirnos en espacios de anomia cada vez más amplios y situarnos en la órbita de las relaciones especiales de sujeción, allí donde solo rigen las órdenes de la Administración y las de sus agentes.

Las necesarias relaciones con la ciencia, el necesario acopio de conocimiento experto, no puede ser una vía de alejamiento de las referencias constitucionales, desconociendo presupuestos básicos de legitimidad de las decisiones públicas. Es por ello necesario y urgente mantener o recuperar la conexión con el Derecho y sus principios legitimadores en las dos estrategias de decisión en la incertidumbre que hemos advertido, y que pueden desplegarse simultáneamente, sobre todo en crisis de grandes magnitudes.

En la estrategia externa, científicista, en la que las decisiones están muy determinadas por la ciencia, es fundamental la proporcionalidad para dimensionar las medidas (también particularmente las instrumentales y accesorias) y la provisionalidad, que las sujeta a revisiones continuas al filo del avance en el conocimiento y la correlativa reducción de la incertidumbre.

En la estrategia decisoria interna, montada sobre certezas construidas y convencionales, la conexión con el sistema jurídico y la consiguiente legitimidad se consigue sobre todo con la institucionalización y la ordenación procedimental. Son referencias, elementos de conexión con el Derecho que no son muy visibles en este régimen de excepción, al que tampoco se le advierte –por el momento, y debería vislumbrarse desde los primeros momentos– el horizonte de la provisionalidad propio de la excepcionalidad.