

La preeminencia del Ejecutivo sobre el Legislativo en la lucha frente a la COVID-19: un problema que hunde sus raíces en la gestión ordinaria de riesgos

Borja Sánchez Barroso

Profesor Colaborador Asistente

Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

SUMARIO.- I. LA PREEMINENCIA DEL EJECUTIVO SOBRE EL LEGISLATIVO PARA DAR RESPUESTA A LA CRISIS PROVOCADA POR LA COVID-19. II. UNA RAZÓN PARA EL PROTAGONISMO DEL EJECUTIVO: EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y LA GESTIÓN ORDINARIA DE RIESGOS ANTERIOR AL CORONAVIRUS. A. La constante invocación del principio de precaución durante la pandemia. B. La interpretación y el fundamento del principio de precaución imperantes hasta ahora. III. CONCLUSIÓN

I. LA PREEMINENCIA DEL EJECUTIVO SOBRE EL LEGISLATIVO PARA DAR RESPUESTA A LA CRISIS PROVOCADA POR LA COVID-19

El protagonismo de los Poderes Ejecutivos en España, estatal y autonómicos, para hacer frente a la pandemia provocada por la COVID-19 resulta difícilmente discutible¹. Desde los primeros casos detectados en España, el Ministerio de Sanidad comenzó a coordinar medidas de salud pública para la detección temprana, prevención y respuesta a los nuevos casos que se fueran detectando. Estableció así un Comité de seguimiento diario para valorar la evolución del riesgo provocado por el coronavirus, que a finales de febrero de 2020 seguía considerándose solo moderado en España; creó un Comité de Coordinación Interministerial, organizó la comunicación de riesgos a la población, realizó algunas actuaciones en frontera (aunque tímidas, y consistentes principalmente en la emisión de recomendaciones de viaje), restringió la donación de trasplantes y hemoderivados (al

¹ Sobre el equilibrio los poderes estatales y autonómicos, que no abordamos en esta comunicación, vid. TUDELA ARANDA, J. (coord.), *Estado Autonómico y covid-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

desconocer si actuaban como vectores de transmisión), además de convocar el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud donde, en coordinación con los Ejecutivos autonómicos, se evaluaron posibles medidas de respuesta². Asimismo, fue un Ejecutivo autonómico, el canario, quien adoptó las primeras medidas restrictivas de derechos para la protección de la salud pública frente al coronavirus, como permitían los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP), 26 de la Ley General de Sanidad (LGS) y 25.1 de la Ley 11/1994 de Ordenación Sanitaria de Canarias³. Nos referimos, en concreto, a la cuarentena que afectó a cerca de mil personas hospedadas en el Hotel Adeje Palace de Tenerife, tras el caso de coronavirus confirmado en un médico italiano, uno de los primeros detectados en España⁴.

Posteriormente, el primer estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020 confirmó esta tendencia. Pese a que el artículo 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio (LO 4/1981) parecen reservar al Gobierno o a los Presidentes autonómicos la primera respuesta frente a un supuesto encuadrable dentro de aquellos que pueden justificar un estado de alarma, y le encomiendan una importante tarea de gestión de crisis durante dicho estado (como “*Autoridad competente*”)⁵, ambos otorgan al Congreso de los Diputados una importante labor de control inicial y, sobre todo, de configuración posterior de las sucesivas prórrogas del estado de alarma, pasada la inicial respuesta de 15 días prevista por el estado de alarma. No en vano el artículo 6 de la LO 4/1981 señala que el estado de alarma “*Sólo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las*

² Vid. CENTRO DE COORDINACIÓN DE ALERTAS Y EMERGENCIAS SANITARIAS, *Neumonía por nuevo coronavirus SARS-CoV-2 Evaluación de riesgo para España*, de 24 de febrero de 2020. Disponible en https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Evaluacion_de_riesgo_y_medidas.pdf (última consulta: 24/01/2022).

³ Vid. Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Tenerife 84/2020, de 27 de febrero, que ratificó las medidas adoptadas por las autoridades canarias en relación con los huéspedes de un hotel en el que se había detectado un caso positivo de coronavirus. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-juez-ratifica-las-medidas-frente-al-coronavirus-en-el-hotel-de-Tenerife> (última consulta: 24/01/2022).

⁴Vid. RED NACIONAL DE VIGILANCIA EPIDEMIOLÓGICA, *Casos investigados en España por SARS-CoV-2 Informe SARS-CoV-2 nº 2*, de 20 de febrero de 2020. Disponible en https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Documents/INFORMES/Informes%20COVID-19/Informe%20COVID-19.%20N%c2%ba%2020febrero2020_ISCIII.pdf (última consulta: 24/01/2022).

⁵ Artículo 7 de la LO 4/1981.

condiciones vigentes durante la prórroga”. Y el artículo 116.5 impide la disolución del Congreso durante la vigencia de dicho estado y encomienda sus funciones a la Diputación Permanente si estuviera disuelto o hubiera expirado su mandato al momento de declararlo, a fin de asegurar precisamente su función de control y negociación política durante los estados de necesidad (aunque no la dirección, pues ésta recae sobre el Gobierno en el estado de alarma)⁶. Sin embargo, durante el “primer estado de alarma”, la realización de estas funciones por parte del Congreso de los Diputados podría calificarse como superficial, o inferior al menos a la que la Constitución y la LO 4/1981 le reservan. Un control, recordemos, que debería ejercerse “con más intensidad y fuerza que en el tiempo de funcionamiento ordinario del sistema constitucional” según el propio Tribunal Constitucional⁷. Sin embargo:

- (i) las prórrogas del estado de alarma inicial fueron aprobadas por el Congreso de manera cuasi automática, con escasas modificaciones sobre las condiciones, medidas o alcance territorial propuestas por el Gobierno;
- (ii) el control del Congreso sobre las medidas adoptadas por el Gobierno fue relativamente leve, limitándose a requerir al Gobierno la remisión semanal al Congreso de los Diputados de información documental estructurada sobre la ejecución de las medidas y su eficacia (Disposición Adicional 6ª del RD 463/2020, añadida por la Disposición Final 1ª RD 476/2020);
- (iii) se habilitó al Ministro de sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas limitativas de derechos (especialmente de la libertad de empresa) aprobadas por el RD 463/2020⁸, escapando de esta forma al control del Congreso de los Diputados sobre dichas modificaciones, como censuró el propio Tribunal Constitucional en su STC 148/2021, de 14 de julio⁹; y

⁶ Así lo ha recordado el Tribunal Constitucional: “*La decisión de declarar el estado de alarma por un plazo no superior a quince días es expresión del ejercicio de una competencia constitucional atribuida con carácter exclusivo al Gobierno por el art. 116.2 CE, en tanto órgano constitucional al que le corresponde ex art. 97 CE la dirección política del Estado*” (F. J. 10 de la STC 83/2016, de 28 de abril).

⁷ STC de la 168/2021, de 5 de octubre, F. J. 3.

⁸ Artículo 2 del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que modificó el artículo 10 RD 463/2020 (“*Se habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública*”).

⁹ STC 148/2021, de 14 de julio, F. J. 9 (“*Señalado lo anterior, es preciso recordar que el Gobierno debe inexcusablemente dar cuenta inmediata al Congreso de los Diputados del decreto por el que declare el*

- (iv) la Mesa del Congreso de los Diputados decidió, por acuerdo de 19 de marzo de 2020, suspender el cómputo de todos los plazos reglamentarios que afectan a las iniciativas, sin excepción y por un plazo indeterminado dependiente exclusivamente del criterio futuro de la Mesa, algo que también fue censurado por el Tribunal Constitucional por impedir el debido control y la exigencia de responsabilidad política al Gobierno durante el estado de alarma¹⁰

Durante el segundo estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (RD 926/2020) —el tercero si se cuenta el que afectó solamente a determinados municipios de la Comunidad de Madrid, en el que el Congreso de los Diputados no intervino porque no llegó a prorrogarse—, el protagonismo de los Poderes Ejecutivos todavía fue más patente, en detrimento de las Cámaras (e incluso de los Parlamentos autonómicos). En concreto:

- (i) se aprobó una consabida prórroga del estado de alarma por seis meses en noviembre, lo que limitó la actuación quincenal del Congreso prevista por el artículo 116 CE a una única autorización, en una suerte de “harakiri parlamentario”¹¹;

estado de alarma (art. 116.2 CE y arts. 8.1 LOAES y 162.1 del Reglamento de esa Cámara). Esta comunicación no merma su competencia para mantener, hasta por quince días, este estado de crisis, si bien propicia un control parlamentario (de naturaleza política STC 83/2016, FJ 10), que quedaría privado de sentido si el propio Consejo de Ministros pudiera modificar o ampliar, sin nueva comunicación al Congreso, el contenido del decreto dictado o apoderar a otras autoridades, desde un principio o más tarde, para efectuar tal cambio o ampliación. En ambas hipótesis se malograría tanto la debida información a los representantes de la ciudadanía sobre el alcance efectivo de la alarma constitucional, como el control parlamentario que la Constitución recoge para los estados de crisis (art. 116.5 y 6), el cual no puede soslayarse. A este inconstitucional resultado se llegó, sin embargo, con la introducción del apartado 6 de este artículo 10, por el citado Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo [...]).

¹⁰ STC 168/2021, de 5 de octubre, F. J. 5 (“[...] la decisión de interrumpir temporalmente la actividad parlamentaria, suspendiendo el cómputo de los plazos de las iniciativas registradas contraviene el mandato constitucional dirigido al Congreso de los Diputados para el ejercicio de sus propias funciones, particularmente la de control del Gobierno, con independencia del tiempo de duración de aquella interrupción, pues es de esencia a esta función que el funcionamiento de la Cámara no deba ver paralizada, aunque sea de modo temporal, su actividad, ni siquiera y con mayor fundamento en el caso de un estado de alarma en vigor”).

¹¹ Vid. SÁNCHEZ BARROSO, B., *El principio de precaución en España. Precisiones sobre el papel de los poderes públicos frente al riesgo en un Estado constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, p. 28; o TERUEL LOZANO, G. M., “Un estado de alarma líquido y un harakiri parlamentario”, 31 de octubre de 2020. Disponible en <https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/un-estado-alarma-liquido-y-un-harakiri-parlamentario> (última consulta 24/01/2022).

- (ii) se estableció una escasa rendición de cuentas al Congreso de los Diputados durante dicha prórroga, que inicialmente era incluso menor (sin perjuicio de los mecanismos ordinarios de rendición de cuentas). En efecto, la declaración del estado de alarma inicial pretendía que la rendición de cuentas fuera incluso menor (art. 14 del RD 926/2020, modificado a instancias del Congreso por medio del RD 956/2020). El Congreso obligó a sustituir las comparecencias quincenales preceptivas del Ministro de Sanidad ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados, por comparecencias bimestrales del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso y comparecencias mensuales del Ministro de Sanidad ante la citada Comisión, un plazo que sigue antojándose insuficiente vista la excepcionalidad del riesgo enfrentado y la rapidez con que se modificaban los escenarios; y
- (iii) se estableció una genérica y amplísima delegación a favor del Presidente de cada Comunidad Autónoma (art. 2 RD 926/2020), sin marcar siquiera unos criterios mínimos para el ejercicio de dicha delegación, extremo que nuevamente fue declarado inconstitucional, junto con la prórroga de seis meses, por la STC 183/2021, de 27 de octubre¹².

Este excesivo protagonismo del Gobierno, la Administración estatal y las autoridades ejecutivas de las Comunidades Autónomas para dar respuesta a la pandemia es común a otros países de nuestro entorno, como Alemania, pero contrasta llamativamente con la situación de otros, como Francia, donde ha sido el Parlamento, a través de sucesivas leyes excepcionales y Leyes Orgánicas, el encargado principal de orquestar las medidas frente

¹² STC 183/2021, de 27 de octubre, F. J. 8 (“[...] el Congreso de los Diputados puso por entero en otras manos la decisión, tanto de las medidas a implantar, como de las que, en su caso, fueran modificadas, mantenidas, suspendidas u objeto de regresión. Habilitación indeterminada que dejó en lo incierto la entidad y duración, de hecho, del estado de alarma prorrogado. El control exigible al Congreso sobre la solicitud de autorización cursada por el Gobierno, ni se extendió a qué medidas eran aplicables, ni tampoco a la necesaria correspondencia que debiera haber existido entre el período de prórroga de seis meses autorizado y las medidas a aplicar durante el mismo” y “Así las cosas, el Congreso quedó privado primero, y se desapoderó después, de su potestad, ni suprimible ni renunciante, para fiscalizar y supervisar la actuación de las autoridades gubernativas durante la prórroga acordada (art. 116.5 CE y arts. 1.4 y 8 LOAES). Quien podría ser controlado por la Cámara (el Gobierno ante ella responsable) quedó desprovisto de atribuciones en orden a la puesta en práctica de unas medidas u otras. Quienes sí fueron apoderados en su lugar a tal efecto (los presidentes de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía) no estaban sujetos al control político del Congreso, sino, eventualmente, al de las asambleas legislativas respectivas («en los términos y condiciones que estas tengan determinados», según se apuntó, ante la hipótesis de prórroga, en el apartado III del preámbulo del Real Decreto 926/2020”).

al coronavirus, armonizando así los intereses de diversos actores, las consideraciones científicas y políticas, y los criterios de salud pública con la protección de otros bienes, valores e intereses constitucionales en juego¹³.

A nuestro modo de ver, el excesivo protagonismo de los Poderes Ejecutivos para hacer frente a la pandemia provocada por el coronavirus, al menos en España, y la correspondiente relegación de las Cámaras (especialmente del Congreso de los Diputados pero también de los Parlamentos autonómicos) no es casual. Se inserta en la lógica que ha seguido la llamada “gestión de riesgos” a lo largo de las últimas décadas, una tarea que el Gobierno y la Administración han acaparado casi con exclusividad en sectores tan diversos como la protección medioambiental, la seguridad de los productos, la seguridad alimentaria o la seguridad química entre otros. El establecimiento de cláusulas de habilitación absolutamente genéricas en las escasas leyes que disciplinan estas materias, la proliferación de normas reglamentarias y Decretos-Leyes, el protagonismo del Poder Ejecutivo también en el ámbito de la Unión Europea (personificado en la Comisión europea) y la preponderancia de los criterios “exclusivamente” científicos, en vez de políticos (con el consiguiente protagonismo de órganos y entes administrativos de naturaleza dispar, ya sean de carácter consultivo o regulatorio) para la ordenación de estas materias son algunos de los factores que explican lo anterior.

Sin embargo, junto a todo ello, creemos que el factor esencial que explica lo anterior, más general, que resume los anteriores, y que ha estado también presente durante la crisis provocada por el coronavirus, es otro: la interpretación que hasta ahora ha prevalecido sobre el llamado “principio de precaución”, la clave de bóveda de todo el sistema de respuesta a diferentes riesgos en situación de incertidumbre, como la que ha provocado el coronavirus en el ámbito de la salud pública. Es este principio el que lleva orientando desde hace décadas la respuesta de los poderes públicos frente a cualquier tipo de riesgo incierto, y el que explica mejor a nuestro juicio el excesivo protagonismo del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo al que nos hemos venido refiriendo.

¹³ Vid. PIERRÉ-CAPS, S., “Constitución francesa y derecho de excepción”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 48, 2021, pp. 120-124.

II. UNA RAZÓN PARA EL PROTAGONISMO DEL EJECUTIVO: EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y LA GESTIÓN ORDINARIA DE RIESGOS ANTERIOR AL CORONAVIRUS

A. La constante invocación del principio de precaución durante la pandemia

La larga duración de la pandemia quizás haya hecho olvidar sus inicios en España y las primeras medidas adoptadas. En aquel momento (e incluso después), la nota predominante en torno a la COVID-19 era la incertidumbre. Por ejemplo, en la valoración de la declaración del brote como Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII), emitida por el Ministerio de Sanidad el 31 de enero de 2020, ya se indicaba que “*aún existen mucho desconocimiento e incertidumbre acerca del 2019 (n-CoV)*”¹⁴. El informe de la misión de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en China para evaluar la respuesta al coronavirus, elaborado entre el 16 y el 24 de febrero, también señalaba que, pese a los numerosos conocimientos adquiridos sobre el virus en un corto espacio de tiempo, seguían existiendo “lagunas de conocimiento esenciales [key knowledge gaps]”¹⁵. En un sentido similar, el Informe nº 3 de situación COVID-19 en España a 28 de febrero de 2020, afirmaba que “*las encuestas de casos son todavía incompletas y hasta el momento no existe suficiente información sobre las características clínicas o los factores de riesgo y enfermedades de base que podrían estar asociados a la infección por SARS-CoV-2*”¹⁶.

¹⁴ Vid. MINISTERIO DE SANIDAD, *Valoración de la declaración del brote de nuevo coronavirus 2019 (n-CoV) una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII)*, de 31 de enero 2020. Disponible en [https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Valoracion declaracion emergencia OMS 2019 nCoV.pdf](https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Valoracion%20declaracion%20emergencia%20OMS%202019%20nCoV.pdf) (última consulta 24/01/2022).

¹⁵ Vid. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV)*, de 30 de enero de 2020. Disponible en [https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (última consulta 24/01/2022).

¹⁶ Vid. RED NACIONAL DE VIGILANCIA EPIDEMIOLÓGICA, *Informe sobre la situación de COVID-19 en España nº 3*, de 28 de febrero de 2020. Disponible en https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Documents/INFORMES/Informes%20COVID-19/Informe%20COVID-19.%20N%C2%BA%203%20Febrero2020_ISCIII.pdf (última consulta 24/01/2022). La expresión citada se mantuvo hasta el Informe nº 12, de 20 de marzo de 2020. A partir del Informe nº 13, de 23 de marzo, aparece una expresión alternativa, que vuelve a subrayar las incertidumbres subsistentes: los resultados reflejados en los informes son provisionales y “*deben interpretarse con precaución*” (por todos, RED NACIONAL DE VIGILANCIA EPIDEMIOLÓGICA, *Informe sobre la situación de COVID-19 en España nº 19*, de 1 de abril de 2020. Disponible en <https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Documents/INFORMES/Informes%20COVID-19/Informe%20n%C2%BA%2019.%20Si>

Estas incertidumbres se trasladaron a las medidas adoptadas a nivel internacional y nacional frente a la pandemia, cambiantes en corto espacio de tiempo. Si el 5 de enero de 2020 la OMS no recomendaba ninguna medida específica para viajeros y reafirmaba las medidas básicas frente a cualquier gripe o infección respiratoria¹⁷, y el 23 de enero no alcanzaba un consenso suficiente para declarar la situación como ESPII, el 30 de enero ya elevaba el riesgo mundial a alto y procedía a tal declaración¹⁸. De forma paralela, en España, es notoria la divergencia entre las primeras declaraciones informales del director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, D. Fernando Simón, acerca del bajo impacto local esperado, y el impacto final de la crisis sanitaria, social y económica finalmente acaecida, de una magnitud sin precedentes en la historia reciente¹⁹. Ante esta situación, el llamado “principio de precaución” ha jugado un papel estelar a la hora de adoptar medidas de protección frente al coronavirus, especialmente de naturaleza restrictiva²⁰. Ha sido empleado, por ejemplo, para legitimar la adopción de medidas en numerosos instrumentos jurídicos:

[tuaci%c3%b3n%20de%20COVID-19%20en%20Espa%c3%b1a%20a%201%20de%20abril%20de%2020.pdf](#) (última consulta 24/01/2022).

¹⁷ Vid. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *COVID-19 - China*, de 5 de enero de 2020. Disponible en <https://www.who.int/emergencies/disease-outbreak-news/item/2020-DON229> (última consulta 24/01/2022).

¹⁸ Vid. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV)*, de 30 de enero de 2020. Disponible en [https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (última consulta 24/01/2022).

¹⁹ Las incertidumbres se han hecho notar también en la mayoría de las medidas concretas empleadas para minimizar el riesgo, tanto en España como en otros países, caracterizadas por su adopción improvisada, tardía y muchas veces contradictoria (como ejemplo, puede citarse el uso de mascarillas, que ha pasado por todas las fases posibles -desde no recomendado a obligatorio para toda la población-). La incertidumbre existente en los primeros momentos no impide afirmar que ciertas medidas hubieran sido necesarias en cualquier escenario, como la activación inmediata de los planes nacionales de respuesta a emergencias o las medidas de distanciamiento social, individuales y colectivas (vid. CENTRO EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN Y EL CONTROL DE ENFERMEDADES, *Outbreak of novel coronavirus disease 2019 (COVID-19): increased transmission globally – fifth update*, de 2 de marzo de 2020, pp. 1-2 y 12. Disponible en <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/rapid-risk-assessment-outbreak-novel-coronavirus-disease-2019-covid-19-increased>; última consulta 24/01/2022).

²⁰ La incertidumbre científica es la que distingue al principio de precaución de otros principios que le son próximos, como el de prevención (vid. GODARD, O., “Le principe de précaution comme norme de l’action publique, ou la proportionnalité en question”, *Revue économique*, Vol. 54, nº 6, 2003, p. 1245; o GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La aplicación del principio de precaución en la legislación alimentaria: ¿una nueva frontera de la protección del consumidor?”, *Estudios sobre consumo*, nº 50, 1999, p. 12).

- en los Decretos de prórroga del estado de alarma, especialmente durante la llamada “fase de desescalada”²¹;
- en normas estatales y autonómicas para la adopción de medidas de protección frente a la COVID-19, durante y después de los distintos estados de alarma declarados²²;
- en normas y recomendaciones emanadas de las autoridades de la Unión Europea²³;
- en intervenciones oficiales de las autoridades encargadas de gestionar la pandemia, en particular desde el Ministerio de Sanidad²⁴.

También ha sido invocado por los Tribunales para analizar la validez de diversas medidas restrictivas, aunque con muy diferente intensidad y eficacia (en parte por la propia evolución de la pandemia y la progresiva reducción de las incertidumbres científicas existentes, pero también por la diversidad de formulaciones tradicionalmente asociadas al principio de precaución, como señalaremos en apartados posteriores). Pueden citarse por ejemplo:

²¹ Véanse por ejemplo el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, cuya exposición de motivos señala que *“En concreto, atendiendo al principio de precaución que debe guiar la actuación de los poderes públicos en la gestión del riesgo sanitario, resulta necesario mantener la limitación a la libertad de circulación en los términos previstos en el vigente Real Decreto 463/2020, 14 de marzo, si bien modulados conforme a lo previsto en este real decreto de prórroga, y por las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas dictadas al amparo de las habilitaciones contenidas en el citado real decreto”*. En idéntico sentido, el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio.

²² Por todas, entre las primeras, puede verse la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo (*“Asimismo, es necesario seguir un principio de precaución que permita continuar por la senda de la reducción de los casos de contagio de la enfermedad en nuestro país, principalmente cuando no se dispone de otras medidas como la vacunación”*). Entre las segundas, por ejemplo, véanse el artículo 4 del Decreto-ley de Canarias 11/2021, de 2 de septiembre; o el artículo 9 de la Orden de 8 de noviembre de 2020 de Andalucía.

²³ Entre otros ejemplos, vid. Reglamento (UE) 2021/953 de 14 de junio de 2021 (considerandos 7 y 13); o la Recomendación (UE) 2020/2243 de 22 de diciembre de 2020 (*“Los Estados miembros también deberían desincentivar, con arreglo al principio de precaución, todos los viajes no esenciales hacia y desde el Reino Unido hasta nuevo aviso”*).

²⁴ Véase por ejemplo la intervención del Excmo. Sr. Ministro D. Salvador Illa de 5 de mayo de 2020 (*“El principio de cautela y precaución que ha sido la hoja de ruta desde el minuto cero del Gobierno de España”*) o la comparecencia de la Excmo. Sra. Ministra Dña. Carolina Darias ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados de 25 de marzo de 2021 (*“La declaración de actuaciones coordinadas que les acabo de citar de 10 de marzo recomienda asimismo dos medidas preventivas fundamentales para este periodo. En primer lugar, por el principio de precaución, no bajar el nivel de alerta en el que se encuentra cada comunidad autónoma, aunque los indicadores de cada comunidad sean favorables desde las dos semanas previas al inicio de la Semana Santa. Por tanto, mantener las medidas establecidas en ese momento o aumentarlas si la evolución de los indicadores así lo exigiese”*).

- definiciones muy exhaustivas del principio de precaución, en su doble vertiente sustantiva y procedimental, para justificar medidas restrictivas, como en la primera resolución judicial sobre la COVID-19 (el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Tenerife 84/2020, de 27 de febrero, ya citado anteriormente²⁵);
- referencias al artículo 26 de la Ley 14/1986 General de Sanidad, referido según la doctrina mayoritaria al “principio de precaución”, aunque sin citar expresamente el principio (por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de referencia sobre la ratificación judicial de medidas sanitarias, STS 719/2021 de 24 de mayo);
- referencias a un concepto genérico de precaución, que sería insuficiente para justificar la adopción de algunas medidas restrictivas (por ejemplo, restricciones de acceso a locales o toques de queda adoptados por diversas Comunidades Autónomas sin la cobertura del estado de alarma)²⁶; o
- referencias al principio de precaución en relevantes votos particulares, que echan de menos su aplicación en la decisión mayoritaria, como sucede en la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, que declaró parcialmente nulo el Real Decreto 463/2020 por el que se declaró el primer estado de alarma frente a la COVID-19 en España)²⁷.

B. La interpretación y el fundamento del principio de precaución imperantes hasta ahora

A pesar de su ubicuidad, el principio de precaución resulta en ocasiones un gran desconocido para la doctrina constitucional. Y su propia definición no es una tarea sencilla: antes del año 2000 se habían identificado cerca de veinte definiciones distintas del principio en normas y documentos oficiales, y a principios de siglo se habían señalado ya más de cincuenta solo en el Derecho internacional, y ello sin contar las diferentes

²⁵ Vid. supra Nota al pie 3.

²⁶ Entre otras, vid. STS 788/2021, de 3 de junio (“[...] justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública, tal como hemos dicho que es preciso hacer en la sentencia n.º 719/2021. No bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución”).

²⁷ Véanse los votos particulares formulados por los Excmos. Sres. Magistrados D. Juan Antonio Xiol Ríos y Dña. María Luisa Balaguer Callejón.

interpretaciones jurisprudenciales del principio o las formulaciones propuestas por la doctrina, muchas veces contradictorias entre sí²⁸.

Para agrupar todas estas definiciones, se fueron generalizado a nivel filosófico y técnico dos grandes grupos: versiones débiles del principio, como orientación que no implica ningún tipo de medida por parte de los poderes públicos sino una mera actitud de precaución, y versiones fuertes, que exigirían algún tipo de actuación, no siempre especificada, frente a cada posible riesgo²⁹. En ocasiones, estas categorías son completadas con otras versiones moderadas o intermedias que han hecho cierta fortuna. Sin exigir la adopción de medidas, estas versiones conllevarían la posibilidad de adoptarlas discrecionalmente, según la situación³⁰. Ninguna de estas categorizaciones – aunque citadas en numerosas resoluciones judiciales– resulta útil para analizar el principio de precaución en el ámbito jurídico. Son demasiado imprecisas para analizar el contenido de una norma jurídica llamada a ser aplicada y a tener efectos jurídicos concretos. Se ha tratado de formular entonces una definición única y más precisa del principio, aunque no siempre se ha hecho a partir de su concreto reflejo en las normas y resoluciones españolas³¹.

Según esta definición única, que coincide en la mayoría de los casos y ha sido ampliamente aceptada en España, el principio de precaución sería una norma que permite

²⁸ Vid. SANDIN, P., “Dimensions of the precautionary principle”, *Human and Ecological Risk Assessment: an international journal*, Vol. 5 nº 5, 1999, p. 902; PEEL, J., *The precautionary principle in practice: environmental decision-making and scientific uncertainty*, The Federation Press, 2005, Apéndice B; o SUNSTEIN, C. R., *Laws of Fear: beyond the precautionary principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 18.

²⁹ El ejemplo paradigmático de las versiones débiles es el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. El ejemplo más citado entre las versiones fuertes, aunque no reflejado expresamente en una norma jurídica, es el principio de precaución desarrollado en la Declaración de Wingspread (elaborada por científicos y filósofos) (vid. DE CÓZAR ESCALANTE, J. M., “Principio de precaución y medio ambiente”, *Revista Española de Salud Pública*, Vol. 79, nº 2, 2005, p. 137).

³⁰ Vid. MORRIS, J., “Defining the precautionary principle”, en MORRIS, J., *Rethinking Risk and the Precautionary Principle*, Butterworth-Heinemann, 2000, p. 14; o WIENER, J. B. Y ROGERS, M., “Comparing precaution in the United States and Europe”, *Journal of Risk Research*, Vol. 5, nº 4, 2002, p. 320.

³¹ Vid. BERBEROFF AYUDA, D. (dir.), *El principio de precaución y su proyección en el derecho administrativo español*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004; ROMEO CASABONA, C. M. (ed.), *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 2004; ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009; o EMBID TELLO, A. E., “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, 2010, La Ley, Madrid, pp. 1221-1254.

u obliga a los poderes públicos a adoptar medidas de diversa índole frente a la posibilidad, discutida o no enteramente probada a nivel científico, de sufrir una lesión inaceptable en un bien o valor jurídicamente protegido³². Dichas medidas podrían ser incluso de carácter restrictivo e implicar así la ablación de derechos y libertades individuales, en aras de la protección de algún otro derecho o interés colectivo, incluso en contra de lo establecido en las leyes que regulan, con carácter ordinario, un determinado sector. Esta definición mayoritaria del principio de precaución implica en la práctica el reconocimiento de una potestad a favor del Gobierno y de la Administración. Ya sea como potestad de uso facultativo o como mandato, habilita al Poder Ejecutivo para actuar, incluso de forma restrictiva, frente a los particulares a los que se atribuya la posible creación de un riesgo.

En palabras del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Primera ampliada):

“El principio de cautela permite que, mientras no se despeje la incertidumbre científica sobre la existencia o el alcance de ciertos riesgos para la salud humana o el medio ambiente, las instituciones adopten medidas de protección sin necesidad de esperar a que la realidad y la gravedad de esos riesgos queden plenamente demostradas o a que se manifiesten los efectos perjudiciales para la salud [véanse las sentencias de 12 de abril de 2013, Du Pont de Nemours (France) y otros/Comisión, T-31/07, no publicada, EU:T:2013:167, apartado 135 y jurisprudencia citada, y de 6 de septiembre de 2013, Sepro Europe/Comisión, T-483/11, no publicada, EU:T:2013:407, apartado 44 y jurisprudencia citada].

En el proceso que desemboca en la adopción por parte de una institución, en virtud del principio de cautela, de medidas adecuadas para prevenir riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, pueden distinguirse tres fases sucesivas: en primer lugar, la identificación de los efectos potencialmente negativos derivados de un fenómeno; en segundo lugar, la evaluación de los riesgos para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente que conlleva ese fenómeno y, en tercer lugar, cuando los riesgos potenciales identificados rebasen el límite de lo que resulta aceptable para la sociedad, la gestión del riesgo mediante la adopción de medidas de protección adecuadas”³³.

En un sentido similar, y citando de hecho jurisprudencia europea, la STS de 19 de abril de 2006 (resolución de referencia para la interpretación del “principio de precaución” en España) señala que:

“Existe, sin embargo, una concepción más específica del principio de precaución entendido no ya como criterio de prudencia que inspira la legislación

³² Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2006, F. J. 11; Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2010, F. J. 4.

³³ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 17 de mayo (caso BASF Agro)., apdos. 59 y 60.

ordinariamente aplicada a cada sector, sino como principio "sustantivizado" cuya utilización tiende precisamente a dotar de validez a medidas excepcionales en situaciones de crisis que, sin él, estarían abocadas a la aplicación ordinaria del régimen vigente en la materia. [...] Si, en una hipótesis de futuro, se acreditara la presencia de efectos no previstos que implicaran graves riesgos para la salud no conocidos hasta entonces, cuya etiología no estuviera suficientemente clara, el principio de precaución entraría en juego para, ante la situación de falta de certeza científica, legitimar medidas que excepcionaran la aplicación del citado régimen general"³⁴.

Esta concepción mayoritaria del principio de precaución posterga al Parlamento en relación con el Gobierno y la Administración, y reposa sobre dos fundamentos principales que consideramos parcialmente incompatibles con un Estado constitucional. El primero de ellos, de origen sociológico, es la llamada "sociedad del riesgo", teorizada por el alemán U. Beck a mediados de los años 80³⁵. El segundo, de origen filosófico, es la ética de la responsabilidad, propuesta por H. Jonas en la misma época³⁶. Ambos fundamentos, latentes y pocas veces expresados, explican en gran medida la interpretación y aplicación actuales de las normas de gestión del riesgo, anticipando también, como dijimos, la aplicación que las autoridades españolas han hecho del Derecho de necesidad frente al coronavirus. Por un lado, los riesgos, omnipresentes y mediatizados por órganos expertos, justificarían la creciente intervención de los poderes públicos, especialmente Gobierno y

³⁴ Este pronunciamiento, aunque se refiere también a la elaboración de normas generales, hace suya las posturas doctrinales mayoritarias sobre el principio de precaución, como la de J. Esteve Pardo o la de A. E. Embid Tello. Vid. ESTEVE PARDO, J., "La operatividad del principio de precaución en materia ambiental", en BERBEROFF AYUDA, D. (dir.), *El principio de precaución y su proyección en el derecho administrativo español*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 195-199; ESTEVE PARDO, J., "El principio de precaución: decidir en la incertidumbre", en ROMEO CASABONA, C. M. (ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 2004, p. 246; o EMBID TELLO, A. E., *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*, Iustel, Madrid, 2010, p. 170 ("El principio de precaución, al posibilitar una excepción de las reglas del Ordenamiento Jurídico, sitúa en primera línea de importancia el problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos").

³⁵ Vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2006, p. 30; o ZANDER, J., *The Application of the precautionary principle in practice: comparative dimensions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 2.

³⁶ Vid. CORTINA, A., "Fundamentos filosóficos del principio de precaución", en ROMEO CASABONA, C. (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 2004, p. 6; o RAMOS TORRE, R., "Al hilo de la precaución: Jonas y Luhmann sobre la crisis ecológica", *Política y Sociedad*, nº 40, 2003, pp. 33-35.

Administración, en situación de incertidumbre. Por otro lado, el imperativo de cautela derivado de la ética de la responsabilidad, parece justificar la apelación constante al principio de precaución: los poderes públicos, especialmente los órganos de decisión ejecutiva, se constituyen en responsables principales del futuro de la comunidad.

Desgraciadamente, la sociedad del riesgo invocada para justificar las versiones más amplias e intensas del principio de precaución trastoca el equilibrio construido en los modernos Estados constitucionales europeos entre el par clásico libertad-seguridad y entre el individuo y la colectividad, que España hizo suyo en la Constitución³⁷. La progresiva toma de conciencia sobre los riesgos y el papel central que éstos adoptan en el discurso social y político han redimensionado el valor de la seguridad y le han otorgado un papel excesivamente amplio en las tareas que los poderes públicos deben desempeñar. El riesgo se ha convertido así en la categoría central del discurso y la acción política. Ello hace que la legítima expectativa de seguridad de los ciudadanos se haya transformado en muchas ocasiones, merced a la generalización de la incertidumbre, en una demanda continua de “sentirse” o “percibirse” seguros, que puede resultar poco consistente con otras preferencias, o con las acciones exigidas frente a otros riesgos³⁸. Se ha dado así en los últimos tiempos una continua brecha entre las expectativas del individuo y las capacidades del Estado, que hacen que la intervención de los poderes públicos no cese de aumentar. Esto aceleraría la creación de un auténtico “Estado tutor”, con poder suficiente para intentar evitar cualquier posibilidad de daño, pero en el cual los individuos dejan de sentirse (co-)responsables de sus acciones y solo el Estado decide sobre los riesgos que se deben tener en cuenta y su jerarquía relativa³⁹. Este poder de decisión se hace descansar cuasi exclusivamente, por su inmediatez, en el Gobierno y la Administración.

³⁷ Este equilibrio permite abandonar la concepción del Estado liberal como potencial enemigo de las libertades y garante únicamente de la seguridad física individual (particularmente a través de la actividad de policía de la Administración), para consagrar un concepto más amplio de seguridad, con numerosas facetas: protección de la salud, protección del medio ambiente, acceso a bienes básicos, etc. (vid. CIERCO SEIRA, C., “El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español”, *Revista de Administración Pública*, nº 163, 2004, p. 89).

³⁸ Vid. SLOVIC, P., FISCHHOFF, B. y LICHTENSTEIN, S., “Rating the Risks”, en SLOVIC, P., *The perception of risk*, Earthscan, Londres, 2000, p. 119.

³⁹ El “Estado tutor” supondría la vuelta de la sociedad a esa minoría de edad culpable que E. Kant creía abandonada tras la Ilustración, no tanto por pereza y cobardía como señalaba el pensador alemán, sino por falta de comprensión de aquello que se debe decidir (especialmente cuando se trata de cuestiones con un alto grado de complejidad técnica o científica). En vez de facilitar esta comprensión y comunicar los riesgos de forma adecuada para recibir una valoración social de los mismos, el “Estado tutor” se ocuparía de

Por su parte, la ética de la responsabilidad de H. Jonas, el otro pilar sobre el que se ha hecho descansar el llamado “principio de precaución”, presupone que el fin del Estado sea llevar a cabo actuaciones éticas, es decir, no sólo favorecer la virtud de sus ciudadanos (como se predicó en la Antigüedad), sino ser en sí mismo, como entidad jurídica, un agente virtuoso. La ética de la responsabilidad asumiría así la metáfora antropomórfica del Estado para hacer recaer en los poderes públicos el grueso de la actuación ética que reclaman los tiempos presentes: según el propio H. Jonas, el destinatario de su ética es más la colectividad que el individuo, el Estado y los responsables políticos más que los ciudadanos⁴⁰. El Estado, los poderes públicos deben ser responsables, más que facilitar o impulsar la responsabilidad individual y colectiva de la ciudadanía. No es de extrañar entonces que esta concepción favorezca una revalorización de las élites (políticas, técnico-científicas, etc.) *responsables* por oposición a una masa o multitud *irresponsable*, necesitada de guía para la consecución de su propio bien. Una vuelta al gobierno de las minorías ilustradas, que Platón ya postulara como el mejor de los regímenes, y que toda la ciencia política posterior ha discutido desde entonces hasta la saciedad; incompatible, en todo caso, con un Estado constitucional de hondas raíces democráticas⁴¹. En el caso del riesgo, ello se ha concretado muchas veces en una acción de gobierno y administración dirigida por órganos expertos, que regiría el destino de una sociedad alejada de la definición y gestión de sus propios riesgos. El retorno de un paternalismo ilustrado, que buscaría el bien de la sociedad (o, según H. Jonas, de la humanidad) sin contar con la opinión de los individuos que la forman. En esta tarea, el Gobierno y los órganos expertos dentro de la Administración han ido adquiriendo cada vez mayor protagonismo.

III. CONCLUSIÓN

Por vía de la actual interpretación del principio de precaución, y su fundamentación en la existencia de una “sociedad del riesgo” o la necesidad de una “ética de la responsabilidad”, se ha ido creando así, a lo largo de las últimas décadas, un Derecho de excepción paralelo, ordinario y permanente, que permitiría a la Administración excluir el

mantener dicha información indescifrable, compartiendo el poder material y el monopolio del discurso únicamente con expertos e “iniciados”. Se trata, en todo caso, de una cuestión de grado: no señalamos que ese modelo de Estado se haya adoptado ya, sino que existen tendencias que apuntan a dicho modelo.

⁴⁰ Vid. JONAS, H., *The Imperative of Responsibility: in Search of an Ethics for the Technological Age*, trad. H. Jonas y D. Herr, The University of Chicago Press, Chicago, 1984, p. 12.

⁴¹ Vid. SABINE, G. H., *A History of Political Theory*, 4ª ed., The Dryden Press, Nueva York, 1973, p. 51.

régimen ordinario vigente, sin respetar las garantías del auténtico Derecho de necesidad, constitucionalmente previsto y articulado a través de los estados de alarma, excepción y sitio⁴². Este último resulta más detallado que el genérico “principio de precaución” en cuanto a sus presupuestos, consecuencias, controles y garantías, lo que conlleva una evidente paradoja: el Derecho de excepción previsto para situaciones extraordinarias ofrecería mayor protección y seguridad jurídica que un principio llamado a ser aplicado en numerosas situaciones ordinarias. Además, el Derecho de necesidad constitucionalmente previsto reserva un mayor papel al Parlamento (en concreto al Congreso de los Diputados, aunque su aplicación actual haya puesto este protagonismo en entredicho), que este Derecho de excepción permanente u ordinario al que nos hemos referido⁴³. Esta paradoja pone de manifiesto que el fundamento jurídico asociado al principio de precaución debe ser reformulado.

Para ello, debe partirse de la concepción del Estado que nuestro texto constitucional ofrece. Aunque sólo el artículo 30.4 CE menciona expresamente el concepto de “riesgo”, son muchas las disposiciones constitucionales que enmarcan y determinan cómo debe realizarse la gestión de riesgos en general y en algunos sectores en particular⁴⁴. Todas ellas consagran un modelo de Estado basado en el equilibrio institucional entre distintos actores y valores, *“un entramado institucional y normativo, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma*

⁴² Como ya profetizara en su día Beck, “*el estado de excepción amenaza con convertirse en estado normal*” (vid. BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro, Paidós, Barcelona, 1986, pp. 105-106).

⁴³ El papel decisivo de los Parlamentos en situaciones de crisis y emergencia, en particular en la supervisión y el control de la actuación del Gobierno y la coordinación nacional de las respuestas también ha sido reclamado por la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de noviembre de 2020 sobre el Impacto de las medidas relacionadas con la COVID-19 en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. La necesaria actuación del Parlamento para la gestión de riesgos en tiempos de crisis, especialmente en relación con la COVID-19, también ha sido analizada en detalle en TUDELA ARANDA, J., “Parlamento y estado de alarma”, en VV.AA., *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021; ARÉVALO GUTIÉRREZ, A. (dir.) Y MARAÑÓN GÓMEZ, R. (coord.), *El Parlamento en los tiempos de la pandemia*, Dykinson, Madrid, 2021; DUEÑAS CASTRILLO, A. I., “Las relaciones Parlamento-Gobierno durante el estado de alarma por COVID-19”, en VV.AA., *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021; o BARCELÓ ROJAS, D., DÍAS RICCI, S., GARCÍA ROJA, J. Y GUIMARAES TEIXERA ROCHA, M. E., *Covid 19 y parlamentarismo: los Parlamentos en cuarentena*, UNAM, Ciudad de México, 2020.

⁴⁴ El artículo 30.4 CE no establece directrices sustantivas en cuanto al contenido de la gestión del riesgo, o los deberes y potestades de los propios poderes públicos. Sí establece, en cambio, una garantía formal de especial trascendencia a la que ya se ha hecho referencia: la reserva de ley para estos supuestos.

cuerpo una variable del modelo democrático”, en el que destaca no obstante la centralidad de las Cortes (Tribunal Constitucional, 2018d, FJ. 6). Podría decirse incluso que el concepto de síntesis o equilibrio entre libertad y seguridad, y entre las distintas instituciones encargadas de llevar a la práctica dicho equilibrio, es la idea fuerza o matriz que explica gran parte del contenido constitucional⁴⁵.

Se ha establecido, por ejemplo:

- (i) un equilibrio o una síntesis entre los valores y bienes colectivos y los derechos e intereses particulares o de grupo (generalmente concretado gracias el principio de proporcionalidad);
- (ii) un equilibrio entre la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y la adopción de las mismas por parte de órganos especializados; o, y esto nos interesa especialmente a los efectos de este trabajo,
- (iii) un equilibrio entre los distintos poderes del Estado (Legislativo-Ejecutivo, pero también, en una concepción más actual de los mismos, mayoría-minorías o poderes públicos-actores privados) y las diferentes entidades territoriales que lo conforman (división horizontal y vertical de poderes), que rara vez se expresan en barreras infranqueables, y sí en oportunos equilibrios entre cada una de ellas⁴⁶.

Estas síntesis o equilibrios han cristalizado en la progresiva institucionalización del Estado, basada en una democracia deliberativa y, en estrecha conexión, con el fundamento dialógico o deliberativo del propio constitucionalismo⁴⁷. En ambos casos, el

⁴⁵ Esta síntesis no debería ser entendida únicamente como un choque entre ambos valores sino como la construcción de un valor sintético capaz de conjugarlos, aunque de forma inestable: una seguridad orientada a la libertad; y una libertad que construye la seguridad colectiva, a imagen de la síntesis que E. Balibar lee en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano entre igualdad y libertad (vid. BALIBAR, E., *La proposition de l'égaliberté*, Presses Universitaires de France, París, 2010). Una libertad sin seguridad implicaría la disolución del Estado y la vuelta a las relaciones de poder, donde la fuerza y no el Derecho determinarían los riesgos personales y colectivos; una seguridad sin libertad implicaría todo lo contrario, una hipertrofia del Estado y la vuelta a formas autoritarias de poder donde la individualidad se disuelve por el bien de la colectividad.

⁴⁶ La moderna separación de poderes exige además otros muchos equilibrios y contrapesos a la hora de enfrentar cada posible riesgo: con intervención de otros órganos constitucionales y órganos auxiliares de control (Tribunal Constitucional, CGPJ, Ministerio Fiscal, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, etc.), nuevos controles de las minorías y de la oposición parlamentaria, alternancia de partidos y dependencia electoral, incompatibilidades y otros controles personales, etc. (vid. GARCÍA ROCA, J., “Del principio de la división de poderes”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 108, 2000, pp. 41-75).

⁴⁷ Vid. HABERMAS, J., “La soberanía popular como procedimiento”, Trad. B. Echevarría, *Cuadernos Políticos*, Vol. 57, 1989, pp. 63-69, GIUFFRÉ, C. I., “Tres modelos normativos de estado: separación

rol que el Parlamento está llamado a desempeñar es absolutamente central, como institución capaz de aglutinar distintos intereses, valores y enfoques; o nudo gordiano de toda deliberación con trascendencia pública en el Estado (aquel que quizás bloquea o dificulta alcanzar decisiones en determinados casos, pero que garantiza una pausa reflexiva obligatoria y una cierta discusión de los intereses en juego antes de llegar a adoptarlas)⁴⁸.

Dentro de este marco, la “gestión” de riesgos por parte de los poderes públicos puede contemplarse como una canalización institucionalizada de los mismos. Persigue así la atribución de funciones diferenciadas a los poderes públicos para asegurar que un riesgo percibido como tal por la comunidad es tenido en cuenta, analizado conforme a criterios objetivos (opiniones expertas, técnicos de gestión de riesgo, etc.) y subjetivos (preferencias de la comunidad, valores constitucionales, etc.), y enfrentado por los poderes públicos en colaboración con la sociedad⁴⁹. Esta respuesta puede consistir en esperar a nuevos datos e incluso rechazar de forma razonada la necesidad de adoptar medidas de protección, pero no puede consistir en ignorar pura y simplemente la alerta suscitada por el posible riesgo (ya sea en forma de opiniones científicas minoritarias, alarma social, informaciones publicadas en los medios de comunicación, etc.

A la luz de lo anterior, la “gestión” de riesgos a la que se refieren la mayoría de autores e instituciones parece una pobre expresión para designar aquello que el Estado está llamado a realizar en relación con los distintos riesgos –actuales o potenciales– a los que se enfrenta. Riesgos que no debe simplemente manejar, administrar, organizar o conducir⁵⁰,

estricta de poderes, checks and balances y democracia deliberativa”, *República y Derecho*, Vol. 1, nº 1, 2016, pp. 1-37.

⁴⁸ Somos conscientes de la “pérdida de valor social y político de la deliberación” frente a la eficacia, los resultados, la inmediatez y la adhesión emocional a una u otra postura (obtenida mediante eslóganes, imágenes, etc.), pero no por ello creemos que deba dejar de reivindicarse (vid. ASTARLOA HUARTEMENDICOA, I., *El Parlamento moderno: importancia, descrédito y cambio*, Iustel, Madrid, 2017, pp. 161-163).

⁴⁹ El principio de precaución no elimina la contribución de la ciencia a la toma de decisiones (reclama incluso más ciencia), pero la desplaza: no es una ciencia que decide, sino que asesora (vid. CAZALA, J., *Le principe de précaution en Droit international*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 114-115; o RECUERDA GIRELA, M. A., “Los principios generales del derecho alimentario europeo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 26, 2014, p. 173).

⁵⁰ Son los verbos que la Real Academia de la Lengua emplea para definir la acción de “gestionar”. Todos ellos apuntan de manera muy gráfica al significado atribuido a esta expresión en diversos ámbitos, incluido el ámbito jurídico, donde la gestión suele estar asociada a la planificación y decisión de cuestiones poco controvertidas, dependientes únicamente de un saber técnico o especializado.

sino verdaderamente canalizar, absorber y valorar de forma institucionalizada. En cierto modo, como señala García Hom, son riesgos que el Estado debe “negociar”, en el sentido más noble posible de la expresión⁵¹. Se trata de convertir a los poderes públicos en foros de participación-deliberación-ejecución, sin negar la dificultad que ello conlleva⁵².

Siendo el principio de precaución una norma específicamente dirigida a lidiar con riesgos inciertos, por oposición a otros principios como los de prevención o reparación, su fundamento jurídico debería ser la absorción institucionalizada de la incertidumbre por parte de los poderes públicos⁵³. Otros se referirían a esta absorción de incertidumbre como la tramitación de la creciente complejidad de la realidad actual, mediante un Parlamento y una democracia a su vez más complejas⁵⁴. Sólo de esta forma puede llegarse a canalizar un riesgo de cuya existencia y características esenciales todavía se duda fuera del Derecho, pero frente al cual el Derecho debe actuar de todos modos. Y sólo de esta forma puede consagrarse el principio de precaución como lo que está llamado a ser: un principio general del Derecho, con una doble capacidad o vocación para actuar como principio material y formal. Es decir, un principio que combine una protección anticipada de bienes jurídicos relevantes, especialmente aquellos reconocidos a nivel constitucional (medio ambiente, salud, patrimonio histórico, etc.), con la necesaria participación pública y experta para concretar en cada caso dicha protección⁵⁵.

⁵¹ Vid. GARCÍA HOM, A., *Negociar el riesgo*, Ariel, Barcelona, 2005.

⁵² Vid. ZINING, J., “Introducing the Precautionary Principle into Administrative Law: Facing the Challenges to the Rule of Law”, *Academia Sinica Law Journal*, nº 19, 2016, pp. 53-97.

⁵³ Somos conscientes, no obstante, de que “*la capacidad del derecho para absorber incertidumbre es limitada*” (vid. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Bioconstitucionalismo: una reflexión sobre la edición genómica desde (y para) la teoría del Derecho constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 60), pero no por ello puede renunciarse a este ideal normativo. En todo caso, nos referimos a la absorción de la incertidumbre y no a su eliminación o reducción, porque esta tarea no le corresponde al Derecho sino a la ciencia, la tecnología y al avance del conocimiento. Además, la eliminación completa de la incertidumbre resulta por definición imposible, puesto que implicaría (i) desconocer el riesgo de error inherente a dicha afirmación y (ii) ignorar el riesgo derivado de las propias medidas de protección (vid. EMBID TELLO, A. E., *Precaución y Derecho...*, op. cit., p. 89).

⁵⁴ Vid. INNERARITY, D., *Una teoría de la democracia compleja*. Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2020, p. 23.

⁵⁵ Lo que el Derecho debe hacer es aprender a convivir con la incertidumbre, sin renunciar por ello a las certezas que le caracterizan (vid. MONTORO CHINER, M. J., “Perspectivas de contraste ante el riesgo ecológico. Agentes que intervienen en la evaluación del riesgo. En especial, los comités científicos”, en BUXÓ, M. J. y CASADO, M. (coords.), *Riesgo y Precaución: pasos hacia una bioética ambiental*, Residència d’Investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2005, p. 128). No se trata por tanto de un Derecho sordo a la incertidumbre, que actúa de espaldas a ella (como un sistema totalmente autopoietico), pero tampoco de un Derecho *de* la incertidumbre (empleando la expresión usada en ESTEVE

Esta absorción de la incertidumbre tiene que ser pública e institucionalizada porque el papel central en la respuesta a cada riesgo no puede recaer sobre los particulares, pero tampoco exclusivamente sobre los poderes públicos, y mucho menos sobre una Administración delegada en órganos expertos. Es todo el entramado institucional del Estado, dentro del marco constitucional, el que está llamado a integrar los diferentes datos disponibles, canalizarlos y contrastarlos gracias a los medios públicos disponibles. Se trata de buscar una respuesta estable, aceptable para la mayoría de los afectados y de la comunidad en su conjunto, que otorgue un mínimo de seguridad jurídica, aunque sea de forma temporal y sujeta a revisión cuando cambien los datos externos que la motivaron.

En ese contexto, debe recuperarse el protagonismo de las Cortes Generales que el propio texto constitucional reconoce. No pueden quedar al margen de este proceso, ni desempeñar únicamente un papel secundario (mediante una habilitación genérica, una autorización esporádica o un control puramente formal), sino que deben erigirse en foro cualificado donde las opiniones expertas y los valores de la comunidad (o de los distintos grupos que la conforman) puedan armonizarse y decantarse hasta dar lugar a una norma general y estable que los canalice. Es probablemente la institución con mayor grado de publicidad de todo nuestro sistema constitucional –lo que no significa que no deba avanzarse más hasta alcanzar un verdadero Parlamento abierto⁵⁶ y profundizar en el significado de esta publicidad, no necesariamente sinónimo de transparencia⁵⁷– y la única que puede integrar un “*interés auténticamente nacional*”, no meramente mayoritario o partidista, “*especialmente respecto de las cuestiones que suelen ser reconocidas por todos como auténticas políticas de Estado (relaciones exteriores, defensa, seguridad y justicia, lucha antiterrorista...)*”, entre las que añadimos nosotros la negociación, regulación y gestión de los diferentes riesgos que amenazan a una sociedad,

PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 165), contagiado de la inseguridad y constante cambio del mundo que lo rodea. Se trata de un Derecho *frente a* la incertidumbre, capaz de tomar conciencia de ella y transformarla en certezas jurídicas, aunque sean provisionales y vencibles.

⁵⁶ Vid. in extenso RUBIO NUÑEZ, R. Y VELA NAVARRO-RUBIO, R., *Parlamento abierto. El Parlamento en el siglo XXI*, UOC, 2017.

⁵⁷ Vid. TUDELA ARANDA, J., “De la publicidad a la permeabilidad: transparencia, publicidad y derecho a la información en el nuevo Parlamento. Un esbozo de crítica del Parlamento abierto”, en VV.AA., *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española (Vol. III)*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 124-126.

especialmente cuando se trata de riesgos inciertos (materia que podría incluirse en un amplio concepto de “seguridad”, pero que va más allá)⁵⁸.

No se trata de pedir al Parlamento hacer algo que no está preparado para hacer (son necesarias orientaciones generales y una mayor precisión de los equilibrios entre distintos intereses y valores, no respuestas concretas a cada situación que se plantee en torno a cada riesgo), ni de sustituir las responsabilidades técnicas y políticas del Gobierno, especialmente en situaciones de urgencia (lo que no impide que el Parlamento pueda legislar con notable urgencia si fuera necesario), sino de recuperar el papel legitimador del Parlamento y recordar el peso que ineludiblemente debe tener en la regulación del riesgo dentro de un Estado constitucional basado en un modelo de democracia representativa⁵⁹. Pese a que el Parlamento (e incluso el Derecho en general) ya no puede ser considerado el gran “*dispensador de certezas*”, creemos, como ya anticipó en su día B. Pendás, que sigue siendo posible una aportación muy fructífera de esta institución en ese sentido, especialmente en un ámbito como la regulación de riesgos inciertos: se trata de recuperar la importancia de la seguridad jurídica y la legalidad, a través del Parlamento, para una nueva aproximación al riesgo⁶⁰.

⁵⁸ Vid. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., op. cit., pp. 95 y 127.

⁵⁹ *Ibíd.*, pp. 199, 408, 415 y 434

⁶⁰ Vid. PENDÁS GARCÍA, B., “Procedimiento legislativo y calidad de las leyes”, *Revista española de Derecho constitucional*, 1990, Vol. 10, n° 28, p. 78