

## **Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón**

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Oviedo, Asturias, España. Patrono de la FICP.

### **~Control de los riesgos sanitarios de la COVID-19 mediante la regulación de conductas: enseñanzas del caso español~**

Sumario.- I. COVID-19 y regulación de conductas. II. Constitucionalidad y justificación de las regulaciones. III. COVID-19 y libertad individual: una cuestión de derechos humanos. IV. Ponderación. V. Evaluación de riesgos. VI. Decidir en situación de ignorancia. VII. Sesgos cognitivos e irracionalidad colectiva. VIII. Remedios conductuales y remedios sanitarios. IX. ¿Eliminar la pandemia o contenerla? X. Regulación de conductas y ciencias sociales. XI. Dificultades para la internalización: normas vagas, profundas y escasamente justificadas. XII. Dificultades para el cumplimiento por habituación: falta de taxatividad y fatiga pandémica. XIII. Dificultades para el cumplimiento coactivo. XIV. El reto: gobernar el riesgo. XV. Conclusión: necesidad de una regulación basada en evidencias.

#### **I. COVID-19 Y REGULACIÓN DE CONDUCTAS**

El punto de partida de la siguiente exposición es la constatación de dos hechos:

— El primero es de naturaleza sanitaria: la extensión de la pandemia de COVID-19 (= enfermedad, infecciosa, por coronavirus 19, causada por el síndrome respiratorio agudo grave por coronavirus tipo 2 –SARS-CoV-2) por todo el mundo, con especial incidencia –entre otros países- en España.

— El segundo hace referencia, en cambio, a las políticas públicas y a la utilización del Derecho para llevarlas a cabo: en el caso de España (aunque no solo) resulta particularmente notable la focalización de una parte muy significativa de las políticas públicas para afrontar la pandemia en actuaciones estatales de naturaleza coercitiva, consistentes en prohibiciones de conductas y sanciones, y dirigidas al control de las conductas cotidianas y de la movilidad de grandes grupos de población; en limitaciones de la libertad individual, en suma<sup>1</sup>.

Naturalmente, este segundo hecho ha tenido un impacto muy significativo sobre ciertos sectores de nuestro ordenamiento jurídico: señaladamente, sobre partes del Derecho constitucional (libertad de circulación, derecho de reunión, limitación y suspensión de los derechos fundamentales) y del Derecho administrativo (Derecho

---

<sup>1</sup> Pero no ha sido así en todas partes. No lo ha sido, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, donde han predominado abrumadoramente las recomendaciones sobre las normas imperativas: vid. KUGLER, M. B./ OLIVER, M./ CHU, J./ LEE, N.: American Law Enforcement Responses to COVID-19, *Journal of Criminal Law and Criminology*, en prensa (disponible en [https://privpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3707087](https://privpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3707087)).

sanitario, Derecho policial, Derecho de la seguridad ciudadana, Derecho administrativo sancionador), aunque también –pero en menor medida- del Derecho penal (delitos contra el orden público). Y ello, tanto en el plano de la creación de nuevas normas jurídicas como en el de su aplicación; incluyendo tanto la interpretación por parte del Poder Judicial (y la decisión, en su caso, acerca de su legalidad y/o constitucionalidad) como la aplicación a pie de calle por parte de agentes de la autoridad (personal policial y militar, principalmente).

## **II. CONSTITUCIONALIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LAS REGULACIONES**

Se trata, pues, de analizar cómo han confluído, en el caso español, ambos fenómenos (pandemia y políticas públicas dirigidas a afrontarlas) y cómo ello ha afectado al ordenamiento jurídico. No obstante, es cierto que este análisis puede llevarse a cabo al menos desde dos puntos de vista diferentes:

— Es posible, en primer lugar, adoptar un punto de vista interno al propio ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista, se trata de discutir si las normas jurídicas (administrativas, casi todas) que se han ido dictando y que limitan la libertad individual con la justificación de afrontar la pandemia, y los actos –administrativos y judiciales- de aplicación de las mismas, resultan o no compatibles con las normas y principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. Este punto de vista (sobre el alcance del estado de alarma, sobre las potestades otorgadas a las autoridades por la legislación sanitaria, sobre la constitucionalidad de toda esa normativa, sobre las competencias respectivas de la Administración central y de las comunidades autónomas,...) está ya ampliamente representado en la discusión jurídica española<sup>2</sup>, y no será objeto de examen en lo que sigue.

— Sin embargo, también es posible, creo que muy interesante y mucho menos transitado el examen de la respuesta jurídica a la pandemia desde un punto de vista externo: vale decir, desde la perspectiva de la justificación moral, política e instrumental de las normas (y actos de aplicación) en razón de los objetivos que dicen perseguir y de

---

<sup>2</sup> Vid., entre otros muchos: ARIAS APARICIO, F./ÁLVAREZ GARCÍA, V./HERNÁNDEZ DIEZ, E.: Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia, Iustel, Madrid, 2020; BLANQUER CRIADO, D. (coord.): COVID-19 y Derecho Público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; LUQUIN BERGARECHE, R. (dtor.): COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos, Bosch, Pamplona, 2020; RODRÍGUEZ AYUSO, J. F./ ATIENZA MACÍAS, E. (dtores.): Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19, La Ley, Pamplona, 2020; así como los trabajos contenidos en los nº 86-87 de El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho.

los efectos colaterales –buscados o no, tanto da- que de hecho acaban por producir, tanto sobre el bienestar social como sobre los derechos individuales.

Pues, en efecto, es claro que una norma jurídica que haya sido dictada para afrontar la pandemia, pero que viole abiertamente la constitución, será una norma inválida. Ocurre, sin embargo, que no es fácil convenir en que exista algún caso así de evidente (y que resulte verdaderamente significativo) en la avalancha de normas que se han dictado desde el pasado mes de marzo: se discuten, sin duda, muchas, pero habrá que reconocer que la tacha de inconstitucionalidad no es en ningún caso obvia (pues en todos los supuestos el resultado a concluir a partir de la ponderación de intereses subyacente resulta, cuando menos, discutible)<sup>3</sup>. Y, de todas formas, podría suceder que haya normas que en principio no son necesariamente inconstitucionales (en la medida en que no vulneran de manera flagrante el contenido esencial de ningún derecho fundamental), pero que, a pesar de ello, carezcan de una justificación (moral, política e instrumental) suficiente; que se trate, pues, de normas injustificadas, que limitan irracionalmente la libertad personal, y que sea precisamente por ello por lo que devengan inconstitucionales (por falta de necesidad).

### **III. COVID-19 Y LIBERTAD INDIVIDUAL: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

En este sentido, me gustaría comenzar trayendo a colación un debate anglosajón (que en España, hasta donde alcanzo a ver, no ha tenido prácticamente eco), porque plantea de forma descarnada cuál es la cuestión radical de fondo<sup>4</sup>. Al hilo de las medidas (restrictivas de libertad) que el Gobierno británico y algunos estados de los USA han ido progresivamente introduciendo para afrontar la pandemia, un sector de la derecha y algunos juristas, apoyándose en una cierta lectura –derechista, individualista- de la teoría política libertaria (que atribuye al estado funciones limitadas y propugna la maximización

---

<sup>3</sup> Personalmente, yo he apuntado un caso en el que me parece que la inconstitucionalidad es obvia, aunque por razones formales (PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: César Cierco Sieira: Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población, Trazos de aprendizaje y de experiencia 11/3/2020 - <http://josemanuelparedes.blogspot.com/2020/03/cesar-cierco-sieira-epidemias-y-derecho.html>): me refiero a los arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, por violación del principio de legalidad. Aunque, desde luego, mi opinión no es en absoluto compartida de forma general...

<sup>4</sup> Me he hecho eco de esta discusión en una entrada en mi blog: PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: Confinamientos por razones de prevención sanitaria y derechos humanos: un debate británico, Trazos de aprendizaje y de experiencia 19/8/2020 (<http://josemanuelparedes.blogspot.com/2020/08/confinamientos-por-razones-de.html>).

de la libertad individual), han criticado la legitimidad política de (= el deber de obediencia a) dichas decisiones y normas. El argumento es que al estado no le debe ser reconocida la potestad de imponer coercitivamente a ningún ciudadano deberes de conducta contrarios a su libertad personal, cuando la única justificación para ello sea proteger la seguridad del mismo ciudadano. Por ello, sigue el argumento, lo único que el estado podría hacer legítimamente con dicho fin es: a) proporcionarle a la mejor información y el mejor conocimiento técnico disponibles acerca del riesgo existente para su salud, con el fin de que pueda adoptar sus propias decisiones; y b) a lo sumo, instaurar incentivos que refuercen positivamente (*nudges*)<sup>5</sup> la conductas más prudentes. Pero en ningún caso prohibiciones que limiten su capacidad para tomar decisiones autónomas sobre su propio plan de vida, ya que ello constituiría una forma de paternalismo estatal fuerte, políticamente injustificable<sup>6</sup>.

Por supuesto, han sido muchas las voces que han venido a oponerse a esta opinión. Algunas desde dentro de la propia teoría política libertaria, señalando que si es función del estado asegurar el disfrute de los derechos individuales, entonces ello puede justificar su intromisión en la libertad individual, con el fin de evitar que las externalidades derivadas de la conducta individual irrestricta cause daños a terceros<sup>7</sup>: provocando (de manera no intencional) contagios, con riesgo para la salud de los terceros<sup>8</sup>. Y otras muchas más, acudiendo a la teoría de los derechos humanos, a tenor de la cual (y de acuerdo con la interpretación que los organismos de los tratados vienen dando) los deberes de los estados en relación con dichos derechos incluyen también obligaciones positivas de actuar de manera diligente en la protección de los derechos (en este caso, de la salud y de

---

<sup>5</sup> SUNSTEIN, C. R./ THALER, R. H.: Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad, Taurus, Madrid, 2017.

<sup>6</sup> El jurista más cualificado que ha asumido la defensa de esta posición es Jonathan Sumption, ex magistrado de la Corte Suprema del Reino Unido: vid. SUMPTION, J.: Jonathan Sumption: 'You cannot imprison an entire population', The Spectator 17/5/2020 (<https://www.spectator.co.uk/article/jonathan-sumption-you-cannot-imprison-an-entire-population->); SUMPTION, J.: Lord Sumption: A Response To My Critics On Lockdown, Law.com International 21/5/2020 (<https://www.law.com/international-edition/2020/05/21/jonathan-sumption-a-response-to-my-critics-on-lockdown/>); SUMPTION, J.: The virus has taken our liberty. Must it take our humanity as well?, The Telegraph 27/7/2020 (<https://www.telegraph.co.uk/news/2020/07/27/virus-has-taken-liberty-must-take-humanity/>).

<sup>7</sup> Una externalidad (negativa) es aquel coste de una interacción que es cargado sobre un tercero sin el control ni el consentimiento de éste: BUCHANAN, J. M./ STUBBLEBINE, W. C.: Externality, *Economica* 29, 1962, p. 372.

<sup>8</sup> Vid., por ejemplo, NIYAZOV, S.: A Libertarian Response to the Coronavirus, *Areo* 17/4/2020 (<https://areomagazine.com/2020/04/17/a-libertarian-response-to-the-coronavirus/>); ETZIONI, A.: Why Many Libertarians Don't Agree With Trump On Coronavirus, *The National Interest* 22/4/2020 (<https://nationalinterest.org/blog/coronavirus/why-many-libertarians-dont-agree-trump-coronavirus-146981>).

la vida) de todas las personas, frente a eventuales conductas de terceros peligrosas para los mismos. Además, la obligación positiva del estado alcanza también a su deber de hacer efectivamente accesibles para todos, sin discriminación, el disfrute de dichos derechos, por lo que la cuestión de la libertad -sin duda, relevante- no puede desconectarse de la de la igualdad: dado que no todas las personas (por edad, condición laboral, clase social, etc.) están igualmente expuestas al riesgo derivado de la epidemia de COVID-19, puede estar justificado restringir (moderada y proporcionadamente) la libertad de ciertos grupos de población para proteger la salud de los más vulnerables<sup>9</sup>.

En todo caso, creo que llamar la atención sobre este debate permite ponernos sobre la pista de cuál es la cuestión decisiva, cuando de lo que se trata es de evaluar la justificación (y no solo la constitucionalidad) de las decisiones y normas jurídicas dictadas para enfrentarse a la pandemia y que limitan la libertad personal: se trata de ponderar si dicha limitación de la libertad es necesaria, idónea y proporcionada para satisfacer los objetivos de protección de la salud y de la vida que en principio se persiguen. Ponderación, este es el término clave: ¿cuánta libertad de acción (qué facetas, con qué intensidad y durante cuánto tiempo), y de quién, es necesario, imprescindible y razonable sacrificar, con el fin de proteger la salud y la vida de todos?

#### **IV. PONDERACIÓN**

Y si de lo que se trata es de ponderar, entonces dos condiciones resultan imprescindibles. La primera es atribuir la carga de la argumentación a quien pretende limitar la libertad: en un régimen político y en un ordenamiento jurídico que se inspiren en principios liberales, la pretensión de los poderes públicos de limitar la libertad de acción de los ciudadanos se presupone siempre en principio injustificable, a no ser que pueda argumentarse suficientemente que los objetivos que persigue son encomiables y que la mejor (= menos mala) de los estrategias de actuación para obtenerlos es dicha limitación de libertad; y que, además, dicho precio resulta razonable, proporcionado. Así, afirmar que una determinada prohibición busca proteger la salud de las personas no es suficiente: es preciso demostrar que efectivamente la protege; y, además, que no hay una

---

<sup>9</sup> Vid. AMOS, M.: Human Rights Law and the COVID-19 Pandemic in the United Kingdom ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3576496](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3576496)) y ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3577779](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3577779)); MAVRONICOLA, N.: Positive Obligations in Crisis, Strasbourg Observers 7/4/2020 (<https://strasbourgobservers.com/2020/04/07/positive-obligations-in-crisis/>); GIANNOULOPOULOS, D.: Anti-lockdown libertarians distract attention from the true human rights challenge, Prospect 7/8/2020 (<https://www.prospectmagazine.co.uk/philosophy/human-rights-lockdown-covid-coronavirus>).

alternativa menos lesiva para la libertad, y que el coste en términos de libertad no resulta excesivo. Algo que parecen no tener muy claro (o, cuando menos, muy en cuenta) las administraciones españolas, por lo que luego veremos.

Por otra parte, para ponderar con fundamento es preciso llevar a cabo una evaluación precisa de los riesgos existentes. Pues, en efecto, no importa solamente el resultado temido, que se pretende evitar: igual de relevante es asimismo la probabilidad de que dicho resultado se produzca.

## V. EVALUACIÓN DE RIESGOS

Cuando se trata de evaluar riesgos, los datos disponibles resultan obviamente de la máxima importancia. Y aquí tenemos, en España, un problema específico: la escasa calidad –y, por ende, fiabilidad– de las estadísticas disponibles acerca de la pandemia. No es este el lugar, ni yo soy la persona indicada para analizarlo, pero los expertos coinciden en que el problema existe y es grave, y que ello dificulta significativamente la modelización matemática de (los riesgos derivados de) la evolución la pandemia<sup>10</sup>.

En todo caso, aquí hemos de prescindir de esta dificultad (por resultar ahora mismo insuperable para nosotros) y dar por buenos los datos disponibles. Sobre esta base, puede hacerse la siguiente evaluación de riesgos:

— El riesgo a evaluar es el de convertirse en portador del virus SARS-COV-2. (La precisión es importante, pues, como es sabido, parece que hasta el 40% de los individuos

---

<sup>10</sup> Los problemas de usar datos del siglo pasado para una pandemia del siglo XXI, El País 21/6/2020 (<https://elpais.com/sociedad/crisis-del-coronavirus/2020-06-20/los-problemas-de-usar-datos-del-siglo-pasado-para-una-pandemia-del-siglo-xxi.html>); CAO ABAD, R./ TIMÓN G. LONGORIA, A. A.: Algunos problemas con los datos de la pandemia de la covid, El País 2/9/2020 (<https://elpais.com/ciencia/2020-09-02/algunos-problemas-con-los-datos-de-la-pandemia-de-la-covid.html>); Así fallan los datos oficiales: van con retraso y subestiman los ingresos y las muertes, El País 11/10/2020 (<https://elpais.com/sociedad/2020-10-10/1300-muertos-sin-sumar-y-la-mitad-de-ingresos-sanidad-y-comunidades-no-recogen-todo-el-impacto-del-virus.html>); BOSCA, J. E./ DOMÉNECH, R./FERRI, J.: Datos COVID-19: Actualizaciones, confusiones y estimaciones de contagiados reales, Nada Es Gratis 20/10/2020 (<https://nadaesgratis.es/admin/datos-covid-19-actualizaciones-confusiones-y-estimaciones-de-contagiados-reales>).

portadores del virus no desarrollan ningún síntoma de enfermedad<sup>11</sup> –dependiendo esto de causas aún no bien conocidas.)<sup>12</sup>

— De acuerdo con el *Estudio Nacional de Sero-Epidemiología de la Infección por SARS-COV-2 en España*, la tasa media de seroprevalencia (que permite hacer una estimación del porcentaje de personas que se ha visto infectado con SARS-CoV-2 hasta el momento) era, entre los meses de mayo y junio pasado, de alrededor de un 5% de la población (aunque con importantes diferencias geográficas)<sup>13</sup>. Ello incluye tanto a personas que ya no portaban el virus en el momento del estudio como a quienes aún eran portadores; es decir, que al número de portadores debía de ser aún significativamente más bajo.

— La tasa de ataque de la epidemia (porcentaje de personas contagiadas, sobre el total de la población) es en el caso de España (sobre casos identificados efectivamente de contagio) del 1,78%. (Y la tasa de mortalidad es del 4,9% sobre el total de casos identificados –0,06% del total de la población.)<sup>14</sup>

— Aunque la evidencia no es completamente concluyente, parece que el número básico de reproducción,  $R_0$  (número medio de casos esperado de infección causados por un único individuo portador, en ausencia de medidas preventivas), de la epidemia es de 2,63<sup>15</sup>.

En resumidas cuentas: al menos el 95% de las personas (más en algunas zonas de España) son susceptibles de contagiarse (aunque, en tal caso, no necesariamente

---

<sup>11</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: Transmisión del SARS-CoV-2: repercusiones sobre las precauciones en materia de prevención de infecciones, 2020 ([https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/333390/WHO-2019-nCoV-Sci\\_Brief-Transmission\\_modes-2020.3-spa.pdf](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/333390/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Transmission_modes-2020.3-spa.pdf)), p. 4; CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION: COVID-19 Pandemic Planning Scenarios, 2020 (<https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/hcp/planning-scenarios.html>).

<sup>12</sup> An ‘uncoordinated’ immune response may explain why COVID-19 strikes some hard, particularly the elderly, Science 16/9/2020 (<https://www.sciencemag.org/news/2020/09/uncoordinated-immune-response-may-explain-why-covid-19-strikes-some-hard-particularly>).

<sup>13</sup> MINISTERIO DE SANIDAD: Estudio Nacional de Sero-Epidemiología de la Infección por SARS-COV-2 en España. Informe final, 2020 ([https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/ene-covid/docs/ESTUDIO\\_ENE-COVID19\\_INFORME\\_FINAL.pdf](https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/ene-covid/docs/ESTUDIO_ENE-COVID19_INFORME_FINAL.pdf)), p. 11.

<sup>14</sup> Cifra obtenida a partir de los datos estadísticos disponibles en EUROPEAN CENTRE FOR DISEASE PREVENTION AND CONTROL: Cases deaths and attack rate per country (31/12/2019-8/10/2020), 2020 (<https://qap.ecdc.europa.eu/public/single/?appid=f818d019-18c5-41e0-99e6-bd2b7f6f17b5&obj=thDtK&opt=nointeraction&select=clearall>).

<sup>15</sup> ARONSON, J. K./ BRASSEY, J./ MAHTANI, K. R.: “When will it be over?”: An introduction to viral reproduction numbers,  $R_0$  and  $R_e$ , Centre for Evidence-Based Medicine, 2020 (<https://www.cebm.net/covid-19/when-will-it-be-over-an-introduction-to-viral-reproduction-numbers-r0-and-re>).

desarrollarían síntomas de la enfermedad: de hecho, un buen porcentaje de ellas no lo harían). Las personas que pueden llegar a contagiar son (si tenemos en cuenta que muy probablemente los casos identificados están muy por debajo del número de portadores reales del virus) entre un 1,7% y un 4% de la población. Cada una de esas personas puede, en ausencia de medidas preventivas, contagiar a otras 2 ó 3 personas (de las cuales, a su vez, solamente algunas desarrollarán la enfermedad). Y de entre quienes la desarrollen, alrededor del 2% es probable que mueran.

Por supuesto, las cifras globales solamente constituyen una aproximación al panorama de la pandemia. Puesto que, obviamente, estas cifras no se distribuyen por igual: ni entre territorios, ni entre franjas de edad, ni entre clases sociales.

Además, es importante una matización acerca de las probabilidades de contagio: aunque evidentemente la condición de portador del virus (y la ausencia de medidas suficientemente eficaces) es condición necesaria para poder contagiar, al parecer no es suficiente; por el contrario, el factor de dispersión del virus SARS-COV-2 (tasa de desagrupación de los casos de contagio secundario en torno a un caso primario) parece ser bastante bajo, por lo que solamente unas muy determinadas circunstancias ambientales (los denominados “*eventos super-contagiadores*”) vuelven probable –con una probabilidad alta- el contagio<sup>16</sup>. Lo que, en definitiva, significa que en muchas otras circunstancias el hecho de ser portador del virus no vuelve suficientemente probable el contagio (aunque, desde luego, el mismo no sea imposible).

## **VI. DECIDIR EN SITUACIÓN DE IGNORANCIA**

Si esta es la situación (la evaluación de riesgos), entonces podemos decir en principio que podríamos encontrarnos ante una epidemia de riesgo no muy alto: pocos (comparativamente) portadores del virus desarrollan síntomas de enfermedad, pocos individuos son portadores del virus y, además, en muchas situaciones la probabilidad de que lleguen a contagiar a alguien es muy baja.

Existen, no obstante, varios factores que obligan a matizar significativamente esta evaluación inicial. El primero de ellos es que, en vista del hecho de que buena parte de

---

<sup>16</sup> Why do some COVID-19 patients infect many others, whereas most don't spread the virus at all?, Science 19/5/2020 (<https://www.sciencemag.org/news/2020/05/why-do-some-covid-19-patients-infect-many-others-whereas-most-don-t-spread-virus-all>); How ‘Superspreading’ Events Drive Most COVID-19 Spread, Scientific American 23/6/2020 (<https://www.scientificamerican.com/article/how-superspreading-events-drive-most-covid-19-spread1/>).

los individuos portadores del virus no manifiestan ningún síntoma, añadido al hecho de que el período de incubación en el caso de quienes desarrollan la enfermedad está en torno a los 12 días<sup>17</sup>, las decisiones que cada individuo adopta, sobre con quién interactuar y de qué manera, son en todo caso decisiones en situación de ignorancia: ignorancia acerca de quién es y quién no es portador del virus (incluido él mismo); e ignorancia sobre su disposición a desarrollar o no la enfermedad.

En situaciones de ignorancia, la teoría de la decisión prescribe dos formas de actuar racionalmente. La primera consiste en dejarse guiar por la propia disposición hacia el optimismo o el pesimismo (por la mayor o menor aversión al riesgo) y, considerando el peor posible resultado (= contagio) y el mejor (= interacción sin contagio), elegir aquella alternativa de acción que le resulte a uno más satisfactoria<sup>18</sup>. Según esto, los individuos muy aversos al riesgo tendrían que elegir una interacción muy prudente (que reduzca máximamente la probabilidad de contagio), mientras que los demás elegirían (dada la baja probabilidad de contagio) una interacción menos prudente, pero emocionalmente más satisfactoria.

Así, si todos los individuos actuasen de forma perfectamente racional, en ausencia de regulación lo que podríamos observar sería una gran cantidad de individuos adoptando fuertes medidas de precaución frente al riesgo de contagio, y una cantidad mucho más pequeña de individuos dispuestos a arriesgarse (con plena consciencia) a la eventual (pero baja) probabilidad de contagio, manteniendo aproximadamente sus patrones de conducta habitual, sin adoptar –o casi- precauciones que les resultasen costosas. (De hecho, eso es prácticamente lo que hemos podido observar todos desde el comienzo de la pandemia...)

## **VII. SESGOS COGNITIVOS E IRRACIONALIDAD COLECTIVA**

Pero, por supuesto, lo que la evidencia empírica revela es que en general los individuos estamos muy lejos de comportarnos de forma usual de modo máximamente racional. Y que el grado de irracionalidad se agudiza en situaciones de ignorancia, tensión emocional (miedo, necesidad de afiliación con ciertos individuos,...), falta de tiempo (necesidad de tomar decisiones rápidas: ¿me siento o no contigo a tomar café en el interior

---

<sup>17</sup> LAUER, S. A./ GRANTZ, K. H./ BI, Q./ JONES, F. K./ ZHENG, Q./ MEREDITH, H. R./ AZMAN, A. S./ REICH, N. G./ LESSLER, J.: The Incubation Period of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) From Publicly Reported Confirmed Cases: Estimation and Application, *Annals of Internal Medicine* 172, 2020, pp. 577 ss.

<sup>18</sup> PETERSON, M.: *An Introduction to Decision Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 47-49.

del bar?), etc.<sup>19</sup> Por ello, es de esperar (y ello también ha podido ser comprobado en la práctica estos últimos meses) que ningún individuo actúe en todo momento de manera máximamente racional; y que muchos, incluso, no lo hagan casi nunca: estén atenazados por el miedo y no salgan de casa (en un extremo) o salgan a bailar como si no existiese la pandemia (en el otro).

Así, Pedro Rey Biel ha señalado tres características que dificultan –a veces, hasta llegar a imposibilitar– la adopción de decisiones máximamente racionales por parte de los individuos en la situación de pandemia<sup>20</sup>:

— La ignorancia respecto de datos relevantes de la situación en la que hemos de actuar (¿porto yo el virus, lo porta él?, y, si es así, ¿cómo de probable es que me contagie o le contagie, o de que desarrollemos la enfermedad?) tiende a paralizar nuestra capacidad para razonar adecuadamente en términos probabilísticos.

— Tendemos a adoptar un sesgo presentista, dando preferencia a los resultados inmediatos sobre los futuros: vamos a tomarnos esa copa a la discoteca, luego ya veremos...

— El control del contagio tiene caracteres de bien público (en sentido económico): cada medida individual de cuidado resulta costosa únicamente para el individuo, pero beneficia a todos. De este modo, existe un incentivo para comportarse como un *free-rider*: beneficiarse de las medidas de cuidado adoptadas por los demás, pero sin adoptar uno las propias (ni asumir, por consiguiente, sus costes).

Debido a esta combinación de ignorancia sobre la probabilidad de contagio, de sesgos cognitivos en la toma de decisiones y de incentivos para la adopción de decisiones irracionales desde un punto de vista colectivo, existen buenas razones para adoptar remedios de naturaleza conductual, dirigidos a la regulación de conductas, incentivando conductas más prudentes de las que espontáneamente surgirían y, con ello, el control de los riesgos para la salud derivados de las mismas.

Se trata, en efecto, de incentivar, a través de normas prescriptivas, la segunda de las estrategias de decisión racional en condiciones de ignorancia (regla *Maximin*): ponerse

---

<sup>19</sup> Vid. ZAMIR, E./ TEICHMAN, D.: Behavioral Law and Economics, Oxford University Press, New York, 2018, pp. 19 ss.

<sup>20</sup> REY BIEL, P.: ¿Cómo comportarse (y cómo nos comportamos) ante la epidemia de coronavirus?, Nada Es Gratis 12/3/2020 (<https://nadaesgratis.es/pedro-rey-biel/como-comportarse-y-como-nos-comportamos-ante-la-epidemia-de-coronavirus>).

en el peor de los escenarios posibles y, consiguientemente, elegir aquella alternativa de acción (aquí: eligiendo la forma de interacción con terceros) que, suponiendo que las cosas no vayan bien, mejores resultados previsiblemente producirá<sup>21</sup>. En nuestro caso, ello conduce necesariamente a adoptar formas de interacción con terceros guiadas por la idea de precaución: no interactuar de cualquier modo, sino interactuar suponiendo que el otro es portador del virus (aunque de hecho puede que no lo sea); adoptando, pues, al llevar a cabo la interacción, medidas de cuidado que minimicen la probabilidad de que durante la misma tenga lugar un contagio (en el caso de que el otro sea portador del virus).

### **VIII. REMEDIOS CONDUCTUALES Y REMEDIOS SANITARIOS**

Por consiguiente, incluso en un estado ideal, en el que la provisión de recursos sanitarios resultase potencialmente ilimitada, habría buenas razones para adoptar remedios de naturaleza conductual (no sanitarias), dirigidos a la regulación de conductas y al control de los riesgos para la salud derivados de las mismas. Pero, por supuesto, no nos hallamos en un estado ideal. De hecho, estamos lejísimos de estarlo. Primero, porque, como es sabido, actualmente no existe ninguna vacuna que prevenga la infección o el desarrollo de la enfermedad, ni tampoco ningún tratamiento de la misma que resulte plenamente efectivo (hay, sí, tratamientos paliativos, con un éxito limitado).

Pero además, en segundo lugar, porque, en el caso concreto de España, la disponibilidad de recursos sanitarios es bastante limitada: no tanto como en otros países más pobres, desde luego, pero sí bastante por debajo de la media de la Unión Europea y de la que sería deseable, visto el nivel de desarrollo económico del país<sup>22</sup>. Es decir, que en el caso de España incluso la puesta en práctica de aquellas actuaciones sanitarias preventivas que, en el estado actual del conocimiento, sí que son posibles (actuaciones dirigidas a detectar los casos, someterlos a pruebas, aislarlos y atenderlos, y poner en

---

<sup>21</sup> PETERSON, *Decision Theory*, 2009, pp. 43-46.

<sup>22</sup> Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La receta equivocada. El impacto de las medidas de austeridad en el derecho a la salud en España*, 2018 (<http://bit.ly/2Hifq10>); AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La década perdida. Mapa de austeridad del gasto sanitario en España del 2009 al 2018, 2020* (<https://bit.ly/38UG0rK>).

cuarentena a los contactos para controlar la transmisión)<sup>23</sup> se está encontrando con serias dificultades de tipo económico<sup>24</sup>: falta de dinero, de personal, de recursos materiales,...<sup>25</sup>

El resultado queda resumido en dos datos recientes:

1º) A fecha de 21 de octubre de 2020, el Ministerio de Sanidad estimó que el sistema sanitario española solamente es capaz de diagnosticar entre el 60% y el 80% de los casos de contagio<sup>26</sup>.

2º) A fecha de 16 de octubre de 2020, el sistema sanitario español solamente era capaz de trazar el origen del 12,4% de los contagios diagnosticados (y, obviamente, ninguno de los no diagnosticados)<sup>27</sup>.

Esta importante limitación obliga aún más al Estado español a depender de los remedios conductuales para intentar gobernar la pandemia. El principio es claro: a más recursos sanitarios disponibles, menos necesidad de restringir la libertad de acción de los ciudadanos; y viceversa. Es obvio, por ello, cuál es el camino que han decidido transitar los líderes políticos (estatales y autonómicos) del Estado español: en parte a la fuerza (por falta de dinero y de tiempo para revertir más de una década de recortes en la inversión sanitaria) y en parte voluntariamente (por haber decidido asignar el dinero disponible a otros objetivos), lo cierto es que –aunque con diferencias significativas entre

---

<sup>23</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: Actualización de la estrategia frente a la COVID-19, 2020 ([https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020\\_es.pdf](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020_es.pdf)), pp. 7-8.

<sup>24</sup> Además, como es sabido, también la posibilidad de llevar a cabo actuaciones sanitarias de tratamiento han afrontado limitaciones importantes en cuanto a los recursos disponibles: piénsese, si no, en lo que ha sucedido con la desatención a personas institucionalizadas (señaladamente personas ancianas y/o discapacitadas (vid. MÉDICOS SIN FRONTERAS: Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de los mayores en las residencias durante la COVID-19 en España, 2020 -<https://static.msf.es/web/archivos/cov-19/AFF-MSF-Informe-COVID19-Residencias-BAJA-NOTA.pdf>) o con la desprotección del personal sanitario (vid. Es aquí, y es ahora: necesitamos que se refuerce la protección al personal sanitario, Médicos Sin Fronteras 9/4/2020 -<https://www.msf.es/actualidad/espana/aqui-y-ahora-necesitamos-que-se-refuerce-la-proteccion-al-personal-sanitario>).

<sup>25</sup> Vid., por ejemplo, Falta personal sanitario para frenar la segunda ola de la pandemia, El País 22/9/2020 (<https://elpais.com/sociedad/2020-09-21/falta-personal-sanitario-para-frenar-la-segunda-ola-de-la-pandemia.html>); Por qué fracasó la nueva normalidad en España, El País 27/9/2020 (<https://elpais.com/sociedad/2020-09-27/espana-se-enfrenta-al-fracaso-de-la-nueva-normalidad.html>); La falta de personal sigue lastrando los datos del covid: "Tenemos las infraestructuras de Salud Pública más débiles de Europa", Infolibre 19/10/2020 ([https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/10/30/los\\_datos\\_del\\_covid\\_siguen\\_cuestion\\_siete\\_meses\\_despues\\_del\\_estallido\\_retrasos\\_por\\_falta\\_personal\\_manipulacion\\_cocina\\_112131\\_1012.html](https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/10/30/los_datos_del_covid_siguen_cuestion_siete_meses_despues_del_estallido_retrasos_por_falta_personal_manipulacion_cocina_112131_1012.html)).

<sup>26</sup> España supera el millón de casos, El País 21/10/2020 (<https://elpais.com/sociedad/2020-10-21/espana-llega-al-millon-de-casos.html>).

<sup>27</sup> Casi un tercio de los brotes se producen en ámbitos sociales, El País 16/10/2020 (<https://elpais.com/sociedad/2020-10-16/casi-un-tercio-de-los-brotes-se-producen-en-ambitos-sociales.html>).

comunidades autónomas- el patrón general está siendo hacer recaer el coste de la crisis sanitaria de manera muy importante sobre la ciudadanía; restringiendo significativamente su libertad en todos los casos (muchísimo, en el caso de ciertos grupos de personas institucionalizadas –reclusos, ancianos, enfermos, discapacitados) y cargando incluso buena parte de los costes económicos (equipos de protección, reducción de ingresos, etc.), aun con riesgo para su salud (en el caso de personal sanitario<sup>28</sup> y de “*servicios esenciales*”).

Así, cuando –como es el caso- los recursos sanitarios son extremadamente limitados, las necesidades de protección de la salud pública (en tanto que bien jurídico intermedio, orientado a crear unas condiciones sociales generales suficientemente seguras para la salud de cada ciudadano)<sup>29</sup> tienden a divergir de las necesidades de protección de la salud individual: puede que el riesgo de contagio del SARS-CoV-2 y de desarrollo de la enfermedad COVID-19 (y de que la enfermedad sea grave o mortal) no sean muy altos; pero, dada la incapacidad del sistema sanitario español para proveer de todos los servicios sanitarios necesarios (de prevención y de tratamiento) a todas las personas que potencialmente podrían llegar a contagiarse, el recurso a medidas de índole conductual más estrictas resulta imprescindible.

Pero no hay que engañarse: dados los elevados costes de los remedios conductuales (de todos ellos, pero muy especialmente de los más seguros: confinamientos, cierres perimetrales, clausura de actividades y negocios, etc.), y teniendo en cuenta las dificultades existentes, por razones psico-sociales, para mantenerlos de forma prolongada en el tiempo<sup>30</sup>, no cabe esperar que este tipo de remedios –aunque puedan producir ciertos efectos preventivos- sean capaces de sustituir satisfactoriamente a unas actuaciones sanitarias suficientes. Lo que, en definitiva, significa que, aun con los mejores remedios conductuales y con el nivel más elevado posible de cumplimiento de los mismos, habría que esperar la persistencia de los contagios (aunque en menor número), que seguirían

---

<sup>28</sup> Los profesionales sanitarios contagiados de COVID-19 superan los 66.000, 1.450 en la última semana, Noticias Radiotelevisión Española 15/10/2020 (<https://www.rtve.es/noticias/20201015/profesionales-sanitarios-contagiados-covid-19-superan-50000/2014047.shtml>).

<sup>29</sup> Me he ocupado de este concepto en PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho Penal económico: bases político-criminales, Revista de Derecho Penal y Criminología 11, 2003, pp. 134-142.

<sup>30</sup> JEFFERSON, T./DEL MAR, C. B./DOOLEY, L./FERRONI, E./AL-ANSARY, L.A./BAWAZEER, G. A./VAN DRIEL, M. L./NAIR, N. S./JONES, M. A./THORNING, S./CONLY, J.M.: Physical interventions to interrupt or reduce the spread of respiratory viruses, Cochrane Database of Systematic Reviews 2011: 7: CD006207, p. 13.

necesitando de actuaciones sanitarias. De tratamientos paliativos, por supuesto, pero sobre todo, por lo que hace al control de la pandemia, de actuaciones preventivas (de identificación de portadores, su aislamiento y el trazado de sus contactos) inmediatas y eficaces.

Si dichas actuaciones preventivas no existen o son insuficientes, difícilmente los remedios conductuales ordinarios (sin un confinamiento total) serán capaces de evitar el surgimiento de fenómenos de transmisión comunitaria. (Y, claro, el confinamiento total, que es muy eficaz para prevenir los contagios, en el medio y largo plazo resulta insostenible, tanto por sus efectos sociales –colapso de la interacción social y de la economía- como individual –sufrimiento psíquico<sup>31</sup>. El confinamiento, en suma, puede constituir una medida conductual de emergencia: una respuesta urgente y temporal, que intenta controlar el número de contagios, ante la ausencia o ineficacia de medidas sanitarias, estructurales y conductuales menos intrusivas, durante el tiempo suficiente para introducir o replantear dichas medidas<sup>32</sup>. Pero en ningún caso puede ser una estrategia de largo recorrido, dados sus costes<sup>33</sup>.)

Algo que parecen ignorar, o querer olvidar, los líderes políticos españoles, que, un día sí y otro también, nos atiborran con regulaciones, mensajes de miedo y represión<sup>34</sup>, consejos e imágenes de policías y de soldados “*luchando contra el virus*”, mientras la aplicación de medidas sanitarias verdaderamente efectivas siguen resultando claramente insuficientes...<sup>35</sup>

## IX. ¿ELIMINAR LA PANDEMIA O CONTENERLA?

Todo lo anterior, desde luego, no significa desconocer el valor de las actuaciones dirigidas a la modificación conductual como parte de la estrategia de prevención de contagios. Pero sí que contribuye a poner dichas actuaciones en su contexto, a acotar qué

---

<sup>31</sup> New Thinking on Covid Lockdowns: They’re Overly Blunt and Costly, The Wall Street Journal 24/8/2020 (<https://www.wsj.com/articles/covid-lockdowns-economy-pandemic-recession-business-shutdown-sweden-coronavirus-11598281419>).

<sup>32</sup> Why countries are resorting to pandemic lockdowns again, The Washington Post 22/10/2020 (<https://www.washingtonpost.com/world/2020/10/22/second-lockdown-ireland-europe-coronavirus/>).

<sup>33</sup> REDONDO, J. L.: Los confinamientos de la impotencia, Hay Derecho 19/10/2020 (<https://hayderecho.expansion.com/2020/10/19/los-confinamientos-de-la-impotencia/>).

<sup>34</sup> Vid. AMBOS, K.: En contra de penas más severas: una buena política social es la mejor política contra el coronavirus, Almacén de Derecho 18/8/2020 (<https://almacenederecho.org/en-contra-de-penas-mas-severas-una-buena-politica-social-es-la-mejor-politica-contra-el-coronavirus>).

<sup>35</sup> Vid. CONDE, F.: En defensa de la política y de la salud pública, Público 15/10/2020 (<https://blogs.publico.es/dominiopublico/34787/en-defensa-de-la-politica-y-de-la-salud-publica/>).

es lo que podemos esperar de ellas y a guiarnos a la hora de determinar qué actuaciones pueden ser más eficaces y más eficientes.

En este sentido, la primera cuestión que se suscita es estratégica, acerca del objetivo de las medidas: ¿se trata de acabar con los contagios o más bien de reducirlos a una cantidad que resulte manejable por el sistema sanitario? Porque la estrategia de regulación de conductas no puede ser igual en un caso y en el otro: si se trata de reducir a cero (o casi) los contagios, entonces las actuaciones deben ser más radicales, pero también temporalmente limitadas (porque a largo plazo resultan insostenibles); en cambio, si se trata únicamente de reducir el número de contagios a magnitudes manejables, es fundamental tomar en consideración el análisis coste/ beneficio (porque, aun en el caso de actuaciones son eficaces, si tienen costes muy altos, no son sostenibles a medio plazo) y el umbral temporal de las actuaciones (para asegurar su sostenibilidad en el tiempo). No solo las medidas, sino también su comunicación a la ciudadanía, tienen que ser distintas en un caso y en el otro<sup>36</sup>.

En mi opinión, el segundo gran error del Estado español a la hora de afrontar la pandemia (el primero ha sido no disponer de un sistema sanitario adecuadamente preparado para afrontar emergencias sanitarias de naturaleza masiva)<sup>37</sup> es, precisamente, elegir la estrategia equivocada: eliminación (¿recuerdan la campaña publicitaria “*Salimos más fuertes*” y todos los mensajes subsiguientes en la misma línea?)<sup>38</sup>, en vez de contención. Un error clamoroso en la evaluación de los riesgos, al sustituir el análisis racional por el voluntarismo y el pensamiento desiderativo, negando la realidad. Negación de la realidad que se vio favorecida tanto por la ausencia de una cultura política consociativa (que hizo que las políticas públicas en la materia hayan sido objeto de fuerte polémica, politización y desconfianza) como por la conciencia de la gravedad de las violaciones de derechos humanos (mucho personal sanitario y muchas personas particularmente vulnerables abandonadas a su suerte, con miles de muertes) que se habían producido durante la “*primera ola*” de la pandemia, a consecuencia del incumplimiento por parte del Estado español de su obligación de proteger diligentemente la salud y la

---

<sup>36</sup> SANDBU, M.: Strategic indecisiveness is fatal in a pandemic, Financial Times 24/9/2020 (<https://www.ft.com/content/71805906-e8fa-486b-8de7-35f571682617>).

<sup>37</sup> Vid. KATZ, R./ BANASKI, J.: Essentials of Public Health Preparedness and Emergency Management, 2ª ed., Jones & Barlett, Burlington, 2019.

<sup>38</sup> Sánchez lanza una campaña de marketing bajo el lema "Salimos más fuertes" pese a los 29.000 muertos, La Política Online 25/5/2020 (<https://www.lapoliticaonline.es/nota/84551-sanchez-lanza-una-campana-de-marketing-bajo-el-lema-salimos-mas-fuertes-pese-a-los-29-000-muertos/>).

vida (con el consiguiente trauma colectivo y el surgimiento de movimientos para exigir responsabilidades): ambos factores, unidos al desprecio hacia el conocimiento experto por parte de los líderes políticos<sup>39</sup>, condujo a estos a dar por buena la narrativa – racionalmente indefendible- de que, aunque habíamos pasado un momento de crisis (y ciertamente “*se habían cometido algunos errores*”), todo ello era ya cosa del pasado y ahora había que “*pasar página*”<sup>40</sup>.

En todo caso, este error de evaluación y de estrategia ha tenido consecuencias importantes a la hora de configurar las medidas dirigidas a controlar los riesgos de contagio: tanto a las de índole sanitaria como a las de naturaleza conductual<sup>41</sup>. En concreto, por lo que se refiere a estas últimas, desarrollar medidas de modificación conductual en el marco de una estrategia de contención de contagios (y, por consiguiente, de duración media o larga) obliga –como más arriba indiqué- a prestar la debida atención a tres factores:

1º) al coste que conlleva cumplir las medidas;

2º) a la probabilidad de que las mismas sean efectivamente cumplidas durante un largo período de tiempo; y

3º) a la posibilidad y al coste de hacerlas respetar y cumplir de forma coactiva. Por supuesto, ambos factores resultan también importantes para medidas temporales, pero lo son mucho más cuando el período de vigencia de las mismas es prolongado, puesto que los costes pueden ser mayores, pero, sobre todo, porque la probabilidad de que el cumplimiento de las medidas se mantenga en el tiempo es más baja.

## **X. REGULACIÓN DE CONDUCTAS Y CIENCIAS SOCIALES**

En este sentido, llama poderosamente la atención el enfoque radicalmente autoritario, tecnocrático y burocrático con el que han sido diseñadas las medidas de modificación conceptual por parte de las administraciones públicas españolas. Por tal entiendo un enfoque en el que se presupone que basta con que los técnicos (= expertos en

---

<sup>39</sup> ESTEVE PARDO, J.: La apelación a la ciencia en la crisis del COVID-19, Revista de Derecho Público 2, 2020.

<sup>40</sup> Vid, por ejemplo, Sánchez pide a los españoles "no tener miedo" a los rebrotes y "salir a la calle" para "reactivar la economía", El Mundo 4/7/2020 (<https://www.elmundo.es/espana/2020/07/04/5f004c9ffc6c8355428b4691.html>).

<sup>41</sup> Vid. "The Lancet' critica la respuesta de España a la COVID-19: "Reapertura demasiado rápida y rastreo de casos demasiado lento", Eldiario 17/10/2020 ([https://www.eldiario.es/sociedad/the-lancet-critica-respuesta-espana-covid-19-reapertura-rapida-rastreo-casos-lento\\_1\\_6298380.html](https://www.eldiario.es/sociedad/the-lancet-critica-respuesta-espana-covid-19-reapertura-rapida-rastreo-casos-lento_1_6298380.html)).

salud pública) identifiquen ciertas modificaciones del comportamiento habitual de la ciudadanía como deseables para que sean convertidas en deberes jurídicos; y en el que, además, se supone que basta con promulgar las normas jurídicas que impongan tales deberes de conducta, y con fijar sanciones a la infracción de los mismos, para que los destinatarios pasen inmediatamente a modificar su conducta.

A cualquiera que tenga un mínimo conocimiento de las ciencias de la conducta, le tiene que sorprender esta forma de razonar y de decidir<sup>42</sup>. Pues prescinde por completo de todo el conocimiento existente en dichas ciencias acerca de cómo y por qué los individuos y los grupos sociales cumplen o no con normas (sociales o jurídicas). Lo que nos dice ese conocimiento es que, en esencia, hay tres modelos de cumplimiento de normas: a) cumplimiento por internalización como deseables de los modelos de conducta contenidos en la norma; b) cumplimiento por habituación/ presión social; y c) cumplimiento por cálculo racional de costes y beneficios<sup>43</sup>.

Para que la primera forma de cumplimiento (internalización) funcione, es esencial que la comunicación de las razones detrás de las prescripciones contenidas en la norma sea clara y convincente. Para que la segunda (habituación) sea efectiva, influyen tanto la calidad de la comunicación como el tiempo –más o menos prolongado- durante el que la norma esté vigente. Y para que la tercera (cálculo de riesgos y costes) pueda funcionar, es imprescindible que la posibilidad de hacer respetar la norma por medios autoritarios (vigilancia, identificación de infractores, aplicación de sanciones) sea razonablemente eficaz.

## **XI. DIFICULTADES PARA LA INTERNALIZACIÓN: NORMAS VAGAS, PROFUSAS Y ESCASAMENTE JUSTIFICADAS**

A mi entender, la estrategia de regulación jurídica de conductas, dirigida al control de contagios, de las autoridades españolas (tanto estatales como autonómicas) ha sido tan

---

<sup>42</sup> De hecho, han sido muchos los que han denunciado la falta de conocimiento experto procedente de las ciencias sociales en la gestión de la pandemia: vid., por ejemplo, Los errores que no habríamos cometido si escuchásemos a los sociólogos, *El Confidencial* 4/10/2020 ([https://www.elconfidencial.com/espana/2020-10-04/errores-cometido-sociologos-coronavirus\\_2773344/](https://www.elconfidencial.com/espana/2020-10-04/errores-cometido-sociologos-coronavirus_2773344/)); “El ‘hooliganismo’ partidista es atroz, estamos en la peor situación política para abordar la pandemia”, *El País* 18/10/2020 (<https://elpais.com/ciencia/2020-10-17/el-hooliganismo-partidista-es-atroz-estamos-en-la-peor-situacion-politica-para-abordar-la-pandemia.html>).

<sup>43</sup> Vid. BRENNAN, G./ ERIKSSON, L./ GOODIN, R. E./ SOUTHWOOD, N.: *Explaining Norms*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 195 ss.; GUADAGNO, R. E.: *Compliance: A Classic and Contemporary Review*, en HARKINS, S. G./ WILLIAMS, K. D./ BURGER, J. (eds.): *The Oxford Handbook of Social Influence*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 107 ss.

confusa que prácticamente en ningún caso ha sido posible conseguir que se imponga de manera efectiva ninguno de los tres modelos de cumplimiento normativo acabados de exponer.

Así, por lo que hace al primer modelo (cumplimiento por internalización), existen tres dificultades muy señaladas que impiden que el mismo pueda imponerse de forma general:

— Falta de claridad de las prescripciones: se ha optado por normas extremadamente complejas y poco taxativas, que abundan en detalles, mezclando lo principal con lo secundario y las prescripciones con las meras recomendaciones<sup>44</sup>. Ello no facilita la comprensión del contenido de la norma ni de su justificación última.

— Generalidad: a pesar de que la mayor parte de la gestión de la pandemia está en manos de las autoridades autonómicas, en general se ha optado por dictar normas generales de comportamiento. Esto significa, en definitiva, que no se ha llevado a cabo una evaluación individualizada (en atención a las características de cada espacio y de cada territorio) de los riesgos existentes, sino que las administraciones se han limitado a dictar disposiciones generales y dejar en manos de cada ciudadano o agente social la interpretación de los criterios de aplicación de la norma al caso/ espacio concreto. Lo que, de nuevo, tampoco facilita ni la comprensión de la norma ni la interiorización de sus prescripciones.

— Mala comunicación: la comunicación acerca de las razones de las normas dictadas viene siendo, en general, extremadamente confusa y más bien poco convincente<sup>45</sup>. Además, se ha optado por una comunicación muy burocratizada (boletines oficiales, webs oficiales, etc.) y muy poco sectorializada. Lo que significa que en muchos casos apenas llega a sus destinatarios: ¿alguien espera que los jóvenes, las personas migrantes, los trabajadores más precarios, etc. estén pendientes del boletín oficial de cada comunidad autónoma?

---

<sup>44</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: Vaguedad, desproporción y ordenancismo: el Derecho sanitario de la pandemia y la técnica legislativa, Trazos de aprendizaje y de experiencia 23/5/2020 (<http://josemanuelparedes.blogspot.com/2020/05/vaguedad-desproporcion-y-ordenancismo.html>).

<sup>45</sup> ARNÁIZ-VILLENA, A.: La crisis del coronavirus y el miedo, La Tribuna del País Vasco 12/8/2020 (<https://atribunadelpaisvasco.com/art/13579/la-tesis-del-coronavirus-y-el-miedo>); SEGURA DEL POZO, J.: Contra la simpleza pandémica, Cuarto Poder 22/8/2020 (<https://www.cuartopoder.es/ideas/2020/08/22/contra-la-simpleza-pandemica/>); MARTÍNEZ, U.: Campañas de salud pública con efecto bumerán, Cuadernos de Cultura Científica 8/10/2020 (<https://culturacientifica.com/2020/10/08/campanas-de-salud-publica-con-efecto-bumeran/>).

Si se quiere un ejemplo paradigmático de todo lo que se acaba de exponer, puede cogerse el de la normativa sobre el uso de la mascarilla. Utilizaré el ejemplo de la Comunidad Autónoma de Asturias, la mía, aunque cualquier otro valdría igualmente. Como es sabido, el Gobierno de España había dictado (por Orden SND/422/2020, de 19 de mayo)<sup>46</sup> una regulación del uso obligatorio de la mascarilla por parte del común de la ciudadanía: a tenor de la misma, *“el uso de mascarilla será obligatorio en la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público, siempre que no sea posible mantener una distancia de seguridad interpersonal de al menos dos metros”*. Sin embargo, la Comunidad Autónoma de Asturias, por Resolución de 14 de julio (dos meses después)<sup>47</sup>, modifica la regulación y establece que *“será obligatorio el uso de mascarilla por parte de las personas de seis años en adelante, aunque pueda garantizarse la distancia interpersonal de seguridad de 1,5 metros, en los siguientes supuestos: a) En las vías públicas de los núcleos urbanos. b) En las vías públicas de las zonas rurales cuando se produzca una aglomeración de personas, cuya apreciación corresponderá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a los órganos autonómicos y locales competentes”*. Más tarde, por Resolución de 18 de agosto<sup>48</sup>, se añaden nuevas matizaciones, indicándose que, en el caso de la hostelería, *“en todo caso, deberán respetarse las medidas de seguridad e higiene establecidas por las autoridades sanitarias para la prevención de la COVID-19, relativas a higiene de manos e higiene respiratoria. Se recomienda, en todas las situaciones, la utilización de mascarillas salvo en los supuestos previstos en el artículo 6.2 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio”*<sup>49</sup>. Asimismo, en el caso de los centros de trabajo comunes, *“se recomienda, en todas las situaciones, la utilización de mascarillas”*... hasta el día 9 de octubre, en el que se acuerda que la mascarilla pase a ser obligatoria en todos los centros

---

<sup>46</sup> BOE núm. 142, de 20 de mayo de 2020.

<sup>47</sup> BOPA Suplemento al núm. 135, de 14 de julio de 2020.

<sup>48</sup> BOPA Suplemento al núm. 160, de 18 de agosto de 2020.

<sup>49</sup> Habiéndose abierto una polémica acerca de si los clientes pueden o no estar sin mascarilla cuando se encuentren sentados, pero no comiendo ni bebiendo: Así debes usar la mascarilla en las terrazas de Asturias para evitar sanciones, La Voz de Asturias 27/7/2020 (<https://www.lavozdeasturias.es/noticia/asturias/2020/07/27/debes-usar-mascarilla-terrazas-evitar-sanciones/00031595867216687916461.htm>); OTEA considera una error del Ayuntamiento la mascarilla obligatoria en las terrazas, Cadena SER 31/7/2020 ([https://cadenaser.com/emisora/2020/07/31/radio\\_asturias/1596200311\\_198200.html](https://cadenaser.com/emisora/2020/07/31/radio_asturias/1596200311_198200.html)); Cofiño asegura que «no tiene sentido» quitar y poner la mascarilla en las terrazas, El Comercio 1/8/2020 (<https://www.elcomercio.es/oviedo/cofino-asegura-sentido-quitar-poner-mascarilla-terrazas-20200801000644-ntvo.html>); Oviedo «flexibilizará» la obligación de llevar mascarilla en las terrazas hosteleras, El Comercio 8/8/2020 (<https://www.elcomercio.es/oviedo/coronavirus-oviedo-flexibilizara-obligacion-mascarilla-terrazas-hosteleras-20200808000645-ntvo.html>).

de trabajo (cualquiera que sea su naturaleza y ubicación) aun cuando exista distancia bastante entre las personas<sup>50</sup>. Situación que se altera cinco días más tarde, porque el 14 de octubre, en una nueva norma, se establece –entre otras cosas- que *“se utilizará de forma obligatoria la mascarilla en las reuniones en el ámbito público. En las reuniones en el ámbito privado, si se trata de un solo grupo de convivencia estable, no será obligatorio el uso de la mascarilla, siendo recomendable cuando haya personas ajenas a un único grupo de convivencia”*; y que *“se recomienda no celebrar actividades sociales en las que circunstancialmente pueda no usarse mascarilla”*<sup>51</sup>.

Como se puede comprobar, prácticamente todos los rasgos antes señalados aparecen aquí: norma generalista (todos los centros de trabajo: una oficina cerrada con 20 empleados y un taller al aire libre con dos empleados), cambios constantes en la regulación, mezcla de recomendaciones y de prescripciones, excesivo detallismo de esas últimas,... Y, de trasfondo, una completa falta de explicación convincente acerca de la razón de ser de medidas tan restrictivas de la libertad personal: en efecto, la única explicación que se viene dando desde las administraciones autonómicas para imponer un uso amplísimo y obligatorio en prácticamente todas las situaciones de la mascarilla para todas las personas sin distinción alguna, en contra de las recomendaciones internacionales en la materia<sup>52</sup>, es que *“es necesario favorecer la educación sobre un uso adecuado, razonable, sensato y extensivo de la mascarilla en la población general como elemento de protección frente a la COVID-19”*<sup>53</sup>. Es decir, una falta casi completa de justificación (carencia de justificación que también las opiniones expertas han señalado)<sup>54</sup>, que no invita precisamente al rigor en el cumplimiento de la norma (además de abrir serias dudas

---

<sup>50</sup> BOPA Suplemento al núm. 197, de 9 de octubre, 2020.

<sup>51</sup> BOPA Suplemento al núm. 199, de 14 de octubre de 2020.

<sup>52</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: Recomendaciones sobre el uso de mascarillas en el contexto de la COVID-19, 2020 ([https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332657/WHO-2019-nCov-IPC\\_Masks-2020.4-spa.pdf](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332657/WHO-2019-nCov-IPC_Masks-2020.4-spa.pdf)).

<sup>53</sup> Resolución de 19 de junio de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se establecen medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 tras la expiración de la vigencia del estado de alarma - Texto consolidado ([https://coronavirus.asturias.es/documents/70545/101334/20200819\\_Consolidado\\_normativa-Nueva-Normalidad.pdf/43714e83-c92e-8f12-cd40-be82cd0c715e](https://coronavirus.asturias.es/documents/70545/101334/20200819_Consolidado_normativa-Nueva-Normalidad.pdf/43714e83-c92e-8f12-cd40-be82cd0c715e)). Vid. también Las mascarillas matan y los asintomáticos no existen, argumentos negacionistas ante los que los médicos prefieren "convencer más que ridiculizar", Eldiario 18/8/2020 ([https://www.eldiario.es/sociedad/mascarillas-matan-asintomaticos-no-existen-argumentos-negacionistas-medicos-prefieren-convencer-ridiculizar\\_1\\_6169616.html](https://www.eldiario.es/sociedad/mascarillas-matan-asintomaticos-no-existen-argumentos-negacionistas-medicos-prefieren-convencer-ridiculizar_1_6169616.html)).

<sup>54</sup> La mascarilla obligatoria no frenó al virus: Salud Pública señala al error de priorizar medidas individuales y al bajo nivel de uso en escenarios peligrosos, Infolibre 5/10/2020 ([https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/10/30/la\\_mascarilla\\_obligatoria\\_no\\_freno\\_virus\\_salud\\_publica\\_senala\\_error\\_priorizar\\_medidas\\_individuales\\_bajo\\_nivel\\_uso\\_escenarios\\_peligrosos\\_111304\\_1012.html](https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/10/30/la_mascarilla_obligatoria_no_freno_virus_salud_publica_senala_error_priorizar_medidas_individuales_bajo_nivel_uso_escenarios_peligrosos_111304_1012.html)).

sobre su legitimidad), puesto que tiende a mezclar conductas importantes para el control del riesgo (ej.: llevar mascarilla durante toda la jornada de trabajo en una oficina pequeña y cerrada con muchos trabajadores juntos durante cinco horas) con otras casi completamente inútiles (ej.: llevar mascarilla paseando por un parque en el que hay unas pocas personas, separadas las unas de las otras).

## **XII. DIFICULTADES PARA EL CUMPLIMIENTO POR HABITUACIÓN: FALTA DE TAXATIVIDAD Y FATIGA PANDÉMICA**

La segunda posibilidad de que una norma sea cumplida depende de la habituación. En el caso que nos ocupa, sin embargo, la habituación resulta extremadamente dificultosa: de una parte, por falta de tiempo, puesto que los hábitos no se cambian de la noche a la mañana; y, de otra, por afectar a conductas cotidianas (comer, pasear, relacionarse con los amigos, divertirse, etc.), en las que el poder de la costumbre es especialmente intenso.

En este sentido, parece evidente que las pretensiones de modificación conductual de las autoridades españolas resultan notablemente desmesuradas: pretender un cambio inmediato en costumbres muchas veces ancestrales (y, en todo caso, aprendidas desde el inicio del proceso de socialización de los individuos en su niñez) resulta bastante poco realista; especialmente, cuando se intentan cambiar muchas costumbres al mismo tiempo, y sin proporcionar alternativas.

Pero es que incluso en el caso de aquellas modificaciones (limitadas) de comportamiento que en principio resultan alcanzables a corto plazo, para que la habituación funcione, habría que haber optado por una técnica de regulación justamente contraria a la elegida: pocas normas, fácilmente comprensibles, bien comunicadas y explicadas (presentadas como razonables), que prioricen aquellas modificaciones de conducta que resulten esenciales para el control del riesgo de contagio. Justo lo contrario de lo que se ha hecho...

En efecto, para un individuo no convencido (que no ha internalizado la justificación de la norma), lo decisivo es aparentar conformidad social y/o sentir que actúa manifestando reciprocidad hacia las conductas, también “*solidarias*”, de sus conciudadanos<sup>55</sup>. Pero, ¿qué es lo que ocurre cuando las normas son profusas, vagas y detallistas, cuando mezclan lo importante con lo no importante? Que el individuo

---

<sup>55</sup> GUADAGNO, en HARKINS/ WILLIAMS/ BURGER (eds.), *Social Influence*, 2016, pp., pp. 110-113, 118-120.

conformista tiende a cumplir aquella parte de las prescripciones no necesariamente más importante, sino más visible. En un ejemplo: ¿cuándo estará preocupado nuestro conformista por llevar mascarilla, para que nadie le señale? Obviamente, allí donde es más visible (pero, paradójicamente, menos necesaria), en la calle...

Por lo demás, apoyarse para el cumplimiento normativo principalmente en la habituación/ presión social (especialmente, cuando no ha habido tiempo suficiente para que el proceso de habituación se filtre, matice y consolide) conlleva un riesgo significativo adicional: aquello que la Organización Mundial de la Salud ha denominado ya “*fatiga pandémica*”: es decir, la dificultad para mantener durante largos períodos de tiempo un nivel de atención muy elevado hacia las medidas de cuidado a adoptar, sacrificando ante ellas conductas usuales a las que los individuos y los grupo sociales estaban –aquí sí– completamente habituados. Frente a ella, parece que la única respuesta eficaz pasa por<sup>56</sup>:

a) entender la (limitada) capacidad de atención y de cuidado de los individuos, focalizando las prescripciones en aquellas medidas de cuidado que resultan esenciales (ej.: centrarse en el uso de mascarilla en las estancias prolongadas en espacios cerrados y con poca ventilación)<sup>57</sup>;

b) facilitar el cumplimiento de dichas medidas mediante la adopción de medidas estructurales que empujen al cumplimiento (ej.: identificar las dificultades para el cumplimiento de ciertos grupos particularmente vulnerables de población: personas pobres, migrantes no documentados, trabajadoras sexuales, trabajadores precarios, personas sin hogar, personas institucionalizadas,...)<sup>58</sup>; y

---

<sup>56</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: Pandemic fatigue. Reinvigorating the public to prevent COVID-19, 2020 (<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/335820/WHO-EURO-2020-1160-40906-55390-eng.pdf>).

<sup>57</sup> Vid. GARCÍA RADA, A.: Nuevas piezas en el puzle de la covid-19: silencio y que corra el aire, CTXT 8/10/2020 (<https://ctxt.es/es/20201001/Firmas/33702/>); “Cerrar parques y abrir bares es un desastre, la gran mayoría de los contagios es en interiores”, El País 9/10/2020 (<https://elpais.com/ciencia/2020-10-08/cerrar-parques-y-abrir-bares-es-un-desastre-la-gran-mayoria-de-los-contagios-es-en-interiores.html>).

<sup>58</sup> En efecto, resulta evidente que las principales víctimas de la pandemia (y de la insuficiencia de las medidas de prevención) son los grupos sociales más vulnerables: Distintos estudios evidencian una relación directa entre renta familiar y el impacto del coronavirus, Infolibre 27/8/2020 ([https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/08/27/distintos\\_estudios\\_evidencian\\_una\\_relacion\\_directa\\_entre\\_renta\\_familiar\\_impacto\\_del\\_coronavirus\\_110353\\_1012.html](https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/08/27/distintos_estudios_evidencian_una_relacion_directa_entre_renta_familiar_impacto_del_coronavirus_110353_1012.html)); MUÑOZ ROJAS, O.: No es una pandemia, es una sindemia, El País 20/10/2020 (<https://elpais.com/opinion/2020-10-19/no-es-una-pandemia-es-una-sindemia.html>). En particular, ha habido escasa atención a lo que parece ser uno de los principales focos de contagio: trabajadores/as en condiciones de precariedad, obligados (por su pobreza) a

c) hacer participar a la población en el diseño, gestión y puesta en práctica de las medidas (no mediante sanciones, sino mediante técnicas de participación comunitaria).

Casi nada de todo esto podremos encontrar en la estrategia española<sup>59</sup>.

### **XIII. DIFICULTADES PARA EL CUMPLIMIENTO COACTIVO**

Por fin, la tercera forma de lograr el cumplimiento de las normas de conducta es mediante la intimidación: motivando al potencial infractor a valorar el coste (en sanciones) que le supondrá la infracción, en atención a la probabilidad de ser identificado y sancionado. Ocurre, sin embargo, que en el caso de las normas dictadas para controlar los riesgos de la pandemia, la propia profusión de disposiciones, unida al hecho de que muchas de ellas hagan referencia a micro-conductas (ej.: cómo tomar un café o fumar en la terraza de un bar, reuniones de “*personas no convivientes*”,...), realizadas todos los días de forma cotidiana por millones de personas varias veces al día, hace verdaderamente imposible imaginar un control verdaderamente eficaz de los infractores, con los limitados recursos de que dispone el Estado.

Piénsese en las siguientes cifras: según cifras proporcionadas por la propia administración, en una comunidad autónoma –de nuevo, Asturias- de aproximadamente un millón de habitantes, se están imponiendo entre 7 y 10 propuestas de sanción diarias por no usar mascarilla en los casos en los que es obligatoria<sup>60</sup>; es decir, algo menos de 300 propuestas al mes. Esto significa alrededor que alrededor del 0,03 % de la población es sancionada<sup>61</sup>. Obviamente, no se trata de una cifra que pueda desanimar a los potenciales infractores (digamos, a ese 10% de personas que, según los estudios, no usan

---

trabajar y sin unas buenas medidas de protección: vid. POWAH-UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA/ INSTITUTO SINDICAL DE TRABAJO, AMBIENTE Y SALUD: Condiciones de trabajo, inseguridad y salud en el contexto del COVID-19, 2020 (<https://www.ccoo.es/5a2456b71be76180daaf0ffd563d62eb000001.pdf>).

<sup>59</sup> Vid. La fatiga covid toca techo en España: si estás harto o furioso, no eres el único, El Confidencial 16/10/2020 ([https://www.elconfidencial.com/espana/2020-10-16/fatiga-covid-toca-techo-espana-harto-furioso\\_2791108/](https://www.elconfidencial.com/espana/2020-10-16/fatiga-covid-toca-techo-espana-harto-furioso_2791108/));

<sup>60</sup> Entre 7 y 10 multas diarias por no llevar mascarilla en Asturias, La Voz de Asturias 26/9/2020 (<https://www.lavozdeasturias.es/noticia/asturias/2020/09/26/7-10-multas-diarias-llevar-mascarilla-asturias/00031601113039477164321.htm>).

<sup>61</sup> Más exactamente: se ha propuesta que sea sancionada. Pues en muchos casos parece existir un importante colapso en la tramitación administrativa de los expedientes sancionadores (que agudiza la ineficacia de los mismos).

habitualmente mascarilla, ni siquiera en los espacios –los públicos- en los que son fácilmente identificables)<sup>62</sup> <sup>63</sup>.

Además, esta limitación de recursos para vigilar y sancionar está distribuida de forma notablemente desigual: mientras que hay una cantidad comparativamente alta (aunque, pese a todo, insuficiente) de agentes de las diferentes fuerzas de seguridad, responsables de vigilar el cumplimiento de las normas en los espacios públicos, el número de responsables de supervisión en otros espacios, como centros de trabajo, de estudio, de residencia, etc. (justamente, allí donde existe mayor probabilidad de contagio) son todavía mucho más limitados, casi ridículos<sup>64</sup>.

Justamente por esta razón, es razonable calificar a varias de las normas sanitarias dictadas durante la pandemia (el caso del uso obligatorio de mascarilla en todos los espacios públicos es el ejemplo paradigmático) como normas con una función predominantemente simbólica: normas que pretenden transmitir un mensaje a la población (de precaución, pero también acerca de la pretendida eficacia de las administraciones para gestionar la pandemia), pero que cuya eficacia real (= eficacia en la prevención de conductas peligrosas) no puede ser garantizada por el estado que las

---

<sup>62</sup> Face mask use surges after becoming compulsory in shop, YouGov 27/7/2020 (<https://yougov.co.uk/topics/health/articles-reports/2020/07/27/face-mask-use-surges-after-becoming-compulsory-sho>).

<sup>63</sup> Precisamente a causa de esta imposibilidad de hacer respetar las normas sanitarias mediante la coacción, ha habido algunos preocupantes intentos (afortunadamente, hasta ahora fracasados) de utilizar el control social informal para identificar a infractores: recuérdese el caso de lo que se dio en llamar la “policía de los balcones” (‘Policía de balcón’: cuando el vecino se erige en autoridad, La Vanguardia 2/5/2020 - <https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20200502/48894083154/policia-de-balcon-cuando-el-vecino-se-erige-en-autoridad.html>), el intento de algunas administraciones de utilizar instituciones como las de protección civil o al propio personal sanitario como extensiones de las fuerzas policiales (vid., por ejemplo, Cerca de 2.600 voluntarios de Protección Civil velarán por el cumplimiento de las medidas antiCOVID-19 en Castilla y León, El Mundo Castilla y León 18/8/2020 - <https://diariodecastillayleon.elmundo.es/articulo/castilla-y-leon/cerca-2600-voluntarios-proteccion-civil-velaran-cumplimiento-medidas-anticovid-19-castilla-leon/20200818194007014993.html>), o la estigmatización de ciertos grupos sociales (vid. ALDEGUER CERDÁ, B.: Acerca de la responsabilidad de la juventud sobre los rebotes, Rebelión 30/7/2020 (<https://rebellion.org/624020-2/>); NOFRE, J.: España, un país donde ‘la noche’ es un virus y los jóvenes son peligrosos, El Salto 20/10/2020 - <https://www.elsaltodiario.com/opinion/espana-un-pais-donde-la-noche-es-un-virus-y-los-jovenes-son-peligrosos>). Tácticas que parecen más propias de un estado policial que de un Estado de Derecho: vid. FRANCÉS LECUMBERRI, P.: Expresiones punitivas en la emergencia de la COVID-19, La Marea 20/4/2020 (<https://www.lamarea.com/2020/04/20/expresiones-punitivas-en-la-emergencia-de-la-covid-19/>).

<sup>64</sup> Así, por ejemplo, en el caso de los centros de trabajo, en 2019 había 2.055 inspectores y subinspectores de trabajo (La plantilla de inspectores y subinspectores de Trabajo alcanza cifra récord, con 2.055 efectivos, La Vanguardia 1/7/2019 -<https://www.lavanguardia.com/vida/20190701/463205178200/la-plantilla-de-inspectores-y-subinspectores-de-trabajo-alcanza-cifra-record-con-2055-efectivos.html>) para inspeccionar 3.360.000 empresas (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: El número de empresas activas a 1 de enero de 2019 se situó en 3,36 millones -[https://www.ine.es/prensa/dirce\\_2019.pdf](https://www.ine.es/prensa/dirce_2019.pdf)). Es decir, un inspector para cada 1.600 empresas aproximadamente (muchas de ellas, claro está, con varios centros de trabajo)...

promulga<sup>65</sup>. Como es sabido, cabe discutir si las normas jurídicas simbólicas resultan legítimas<sup>66</sup>; de lo que no cabe duda es de que, cuando son principalmente simbólicas, no son instrumentos ni eficaces ni eficientes para la producción de efectos de prevención de conductas (aquí, conductas con riesgo de producir contagios), por lo que un estado con problemas sanitarios tan graves como los que tiene que afrontar el Estado español debería razonablemente prescindir de su utilización.

#### **XIV. EL RETO: GOBERNAR EL RIESGO**

La cuestión, en definitiva, es que, si de lo que se trata es de contener el número de contagios a lo largo de un largo período de tiempo, entonces es preciso desarrollar una estrategia de gobernanza del riesgo (de contagio). Y, como toda estrategia de gobernanza de riesgos, esta debe incluir diversos componentes: evaluación de riesgos, comunicación del riesgo (para transmitir una cierta percepción acerca del mismo), medidas de prevención (actuaciones sanitarias preventivas), medidas estructurales (orientadas a alterar el medio en el que las interacciones arriesgadas tienen lugar), medidas conductuales, medidas de repuesta (tratamiento sanitario) y también actuaciones tendentes a hacer participar a la ciudadanía en la gestión del riesgo<sup>67</sup>. Es decir, las medidas de regulación conductual no pueden resultar eficaces si se intentan imponer aisladamente: sin una buena comunicación, sin medidas preventivas, estructurales y de tratamiento que las acompañen y respalden, y sin hacer partícipe a la ciudadanía de la gestión del riesgo.

Me parece claro que justamente la actuación de los poderes públicos en España ha carecido, en general, de este enfoque global de gobernanza del riesgo, por lo que podemos hablar de una auténtica situación de riesgo desgobernado:

— Se han dictado muchas medidas de modificación conductual, pero muchas menos medidas estructurales.

— Las medidas dictadas han sido, como se ha señalado, poco taxativas, muy detallistas, mezclando recomendaciones con prescripciones.

---

<sup>65</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: "Mascarilla obligatoria": sobre el Derecho sancionador simbólico, Trazos de aprendizaje y de experiencia 15/7/2020 (<http://josemanuelparedes.blogspot.com/2020/07/mascarilla-obligatoria-sobre-el-derecho.html>).

<sup>66</sup> Vid. Díez Ripollés, J. L.: El derecho penal simbólico y los efectos de la pena, Boletín Mexicano de Derecho Comparado 103, 2002, pp. 63 ss.

<sup>67</sup> RENN, O.: Risk Governance. Coping with Uncertainty in a Complex World, Routledge, Oxford, 2008.

— No se ha sido capaz de identificar aquellas conductas en las que el grado de peligrosidad estadística era particularmente alto. De manera que las prohibiciones y mandatos contenidos en las normas incluyen conductas bastante peligrosas (en términos estadísticos), otras mucho menos y algunas con un riesgo casi despreciable.

— Se ha optado por regulaciones generales (muchas veces, copiadas de otras administraciones)<sup>68</sup>, en vez de por una micro-gestión de los riesgos, atenta a las particularidades de los territorios, espacios y formas de interacción.

— Asimismo, se ha optado por dictar regulaciones que no tienen en cuenta las dificultades específicas de cumplimiento que conllevan para ciertos sectores de la población: niños, jóvenes, trabajadores pobres, precarios, migrantes, trabajadoras sexuales, etc.

— Se ha llevado a cabo una comunicación extremadamente pobre y confusa del riesgo, primando el alarmismo sobre las recomendaciones claras y focalizadas.

— Y apenas se ha contado con la participación ciudadana en la gestión del riesgo, confiándolo todo más a la represión (una represión que se ha revelado ineficaz), antes que al compromiso ciudadano<sup>69</sup>.

Todo ello ha producido un (previsible) efecto: escasa eficacia de las medidas conductuales, poca confianza ciudadana en la gestión de la pandemia por parte de las autoridades políticas y limitada implicación de la ciudadanía en el control del riesgo. Todo ello, incurriendo en todo caso grandes recortes (a veces injustificados) de libertad y costes enormes (económicos y de modificación de conductas) para ciertos sectores sociales.

Si a esto le unimos la insuficiencia de las medidas sanitarias, el resultado (pésimo) era previsible.

---

<sup>68</sup> El 'contagio' de las medidas anti COVID-19 preocupa a los expertos, Eldiario 26/9/2020 ([https://www.eldiario.es/sociedad/contagio-medidas-anti-covid-19-preocupa-expertos\\_1\\_6246773.html](https://www.eldiario.es/sociedad/contagio-medidas-anti-covid-19-preocupa-expertos_1_6246773.html)).

<sup>69</sup> LAPUENTE, V.: Palo o zanahoria, El País 1/9/2020 (<https://elpais.com/opinion/2020-08-31/palo-o-zanahoria.html>); LAPUENTE, V.: Perder el miedo, vencer la desconfianza, El País 27/9/2020 ([https://elpais.com/elpais/2020/09/21/eps/1600705478\\_030112.html](https://elpais.com/elpais/2020/09/21/eps/1600705478_030112.html)).

## **XV. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN BASADA EN EVIDENCIAS**

Si cabe extraer algún aprendizaje de este ejemplo sobresaliente de mala práctica regulatoria, este es que regular un asunto social complejo (en el que se entrecruzan problemas técnicos con las complejidades de los patrones de interacción social) exige una perspectiva verdaderamente interdisciplinar y, además, una interacción más fluida entre las administraciones públicas y la sociedad civil. Interdisciplinariedad: no basta con tener conocimientos sobre las fuentes del riesgo, sino también sobre cómo el riesgo incide en la interacción social (y, por consiguiente, cómo es posible –o no lo es- modificar esta para contenerlo). E interacción entre las administraciones públicas y la sociedad civil solamente comprendiendo cómo funciona la sociedad, y comunicándose eficazmente con los agentes con capacidad para movilizarla, es posible transformar sus dinámicas.

En ambos aspectos, una política mucho más basada en la evidencia, y en el aprendizaje a partir de dicha evidencia<sup>70</sup>, que incorpore ambos al diseño y a la evaluación de las políticas públicas<sup>71</sup> (dotando al Estado español de unas capacidades de actuación que actualmente es evidente que no posee)<sup>72</sup> parece completamente imprescindible, si es que no queremos seguir el actual –y agotador- ciclo de mensajes alarmistas, medidas “duras” que no se explican y que se cumplen imperfectamente, desatención sanitaria y, en último extremo, incapacidad para controlar la epidemia.

---

<sup>70</sup> Vid. CARTWRIGHT, N./ HARDIE, J.: Evidence-Based Policy. A Practical Guide to Doing It Better, Oxford University Press, New York, 2012.

<sup>71</sup> GARCÍA-BASTEIRO, A. et al.: The need for an independent evaluation of the COVID-19 response in Spain, The Lancet 6/8/2020 (<https://bit.ly/37zrAyJ>); GARCÍA-BASTEIRO, A. et al.: Evaluation of the COVID-19 response in Spain: principles and requirements, The Lancet 21/9/2020 (<https://bit.ly/3kiNDND>).

<sup>72</sup> DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E.: Administración pública y coronavirus, Hay Derecho 31/5/2020 (<https://hayderecho.expansion.com/2020/05/31/administracion-publica-y-coronavirus/>); PENADÉS DE LA CRUZ, A.: Reformar la capacidad del Estado, El País 12/10/2020 (<https://elpais.com/opinion/2020-10-11/reformar-la-capacidad-del-estado.html>).