

SEMINARIO

Auditoría Jurídica a la Pandemia del Covid-19

Organizado por las Universidades Autónoma, Complutense y Carlos III de Madrid

(a celebrar los días 14 -16,30 horas- y 15 -16,00 horas- de octubre de 2020, en el Salón de Grado del Campus de Puerta de Toledo de la Universidad Carlos III de Madrid. Dadas las lógicas limitaciones de aforo por causa de la pandemia, en Aula sólo se permitirá la entrada previa autorización caso por caso, pero se podrán seguir las sesiones a través del enlace).

PRESENTACIÓN

Se organiza este Seminario cumpliendo una obligación: la que hemos contraído los teóricos del Derecho Penal con los ciudadanos españoles a raíz de la pandemia originada por el Covid-19. En verdad, desde el primer momento en que sonaron, a destiempo o no, las voces que advertían de la epidemia, los mismos cimientos del Estado de Derecho comenzaron a resquebrajarse: todo el arco político parlamentario (extrema derecha aparte) convino en que había que suspender derechos constitucionales para contener la enfermedad, y para ello se dio el primer paso en contra de la Constitución, la declaración del Estado de Alarma. Se trata de una posibilidad reconocida en el artículo 116 de la Constitución, pero con el que no es posible la suspensión de derechos constitucionales, facultad que únicamente se permite actuar con la declaración del Estado de Excepción o de Sitio.

En efecto, la dicción del artículo 55.1 del texto constitucional, no deja dudas al respecto:

“1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción”.

A pesar de la claridad del precepto, un buen número de “juristas”, contemplativos con el poder político en general (los juristas del régimen), no han tardado en decir que, teniendo en cuenta la metodología propia y característica de las normas constitucionales, y los cánones teleológico, contextual e histórico...un gato es un perro; y donde la Constitución dice con claridad que son los estados de excepción y sitio los que pueden dar origen a una suspensión enérgica y generalizada de derechos (por lo que ahora interesa, libertad – artículo 17, CE– y libertad de circulación –artículo 19–), ahora sostienen que también el Estado de Alarma, y a partir de ahí, cualquier cosa que en su aspecto externo tuviera la apariencia de una regla de conducta, tiene capacidad para suspender derechos fundamentales (incluso se ha llegado a invocar por algún jurista, expresa o veladamente, el estado de necesidad supraconstitucional). Todo ello a pesar de que desde el primer

momento se han acumulado argumentos para rechazar tal posibilidad, argumentos constitucionales y hasta de mera lógica jurídica, al lado de los puramente voluntativos de otros. Esos razonamientos fueron puestos de manifiesto, por primera vez, por ALEGRE ÁVILA y SÁNCHEZ LAMELAS, y posteriormente por otros juristas igual de relevantes, y últimamente por uno de los administrativistas más respetado (SANTAMARÍA PASTOR) que ha llegado a decir: “me parece incomprensible que esta conclusión [la de que sólo un estado de excepción o de sitio autoriza la suspensión generalizada de los derechos fundamentales referidos] haya podido ser puesta en duda”.

Algunos “juristas contemplativos” argumentaron, incluso, durante el primer confinamiento y movidos por sus deseos de agradar, que no se trataba de suspensión de derechos de libertad, sino meramente de restricción de los mismos, dado que se podía salir de las viviendas para comprar víveres...; a este “razonamiento” hubo que responder indicándoles a esos agudos hermeneutas que eso era así no porque hubiese simple restricción de la libertad de circulación; no, sino porque no se había suspendido el derecho a la vida, ya que para conservar ésta resultaba preciso alimentarse.

Paralelamente, el Poder Judicial ha protagonizado un verdadero asalto al Ejecutivo y “compartido” con él la potestad reglamentaria, habiendo, algún Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, llegado a decir qué contenido debía tener alguna norma, incluso en un reglamento dictado por las autoridades locales, para poder estar ajustada a Derecho. Los disparates contenidos en resoluciones judiciales dictadas durante este tiempo –con brillantes excepciones, como es el caso del TSJ de Aragón en Auto de 10 de octubre de 2020–, han provocado, y lo siguen haciendo, incluso, otra verdadera pandemia que ha puesto en crisis los elementos básicos del Estado Democrático de Derecho en España. Ejemplo de lo dicho son las apelaciones que se efectúan a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en clara y fragante contradicción con todo el sistema constitucional, interpretando su artículo Tercero (“*Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*”), claramente dirigido a supuestos individuales o grupos determinados, como una habilitación general que permite confinar ciudades de cientos de miles, o incluso, millones de habitantes, por muy “alejados” que estos se encuentren de la enfermedad, así como tomar cualesquiera otra medida que se les ocurra a los dirigentes políticos o a los jueces. Lo mismo sucede con el artículo 54.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que asevera: “*Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley*”. La cláusula: “*podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley*”, ha sido tomada por Tribunales y Administraciones Públicas, como habilitación suficiente para hacer lo que consideren, con independencia de que haya que pasar o no por encima de derechos fundamentales. Mayor insensatez no cabe.

Así, los ciudadanos hemos visto amenazada ya no la división de poderes, que desde luego, sino nuestra libertad, por unos jueces que han pasado de ser garantes de la misma a claramente enemigos de ella: las reglas de interpretación, la jerarquía normativa, la seguridad jurídica, la cárcel que para los jueces debería representar la norma..., todo eso ha pasado al olvido, y vemos cómo los jueces inician el tránsito del Palacio de Justicia al de las Cortes, sin pasar por las elecciones: crean, interpretan, aplican normas sin sujeción a límite normativo alguno.

Pero lo peor, la auténtica pandemia, han sido las opiniones de buena parte de los profesores universitarios, de un sector, pues, de los juristas, que se ha separado de las reglas más elementales de la interpretación del Ordenamiento. No es que se critique desde aquí la adopción de otras opciones interpretativas; no, lo que se censura son esas opiniones, cada vez más cercanas al entendimiento del Derecho por parte de las capas populares menos cultas, de que en “Derecho vale todo”, que no hay fronteras, que “cada uno puede decir lo que quiera y que todas las opiniones son respetables”, etc. Pues no, ni todas las opiniones “son respetables”, ni todo vale. Las ganas de adular al poderoso, de situarse en un determinado sector de la opinión o, lo que es más alarmante -pues lo anterior sólo refleja una condición humana sin cultivar- la pérdida de visión de lo que significa la totalidad del Ordenamiento, ha llevado a muchos profesores universitarios a apoyar decisiones administrativas o judiciales, como las reflejadas más arriba o en lo que continúa, que no son en ningún caso de recibo, y que a lo único que contribuyen es a confundir. Mas no debe creerse que el de la corrupción intelectual de buena parte del profesorado universitario sea un fenómeno repentino; no, sólo por aludir a lo más reciente, el posicionamiento de no pocos juristas en torno a la cuestión de la inviolabilidad del rey, ilustra suficientemente en este sentido.

Junto con lo expuesto, ha habido que soportar instrucciones del Ministerio del Interior en las que se sostenía la posibilidad de imponer sanciones (administrativas y penales) por desobediencia, como consecuencia de falta de acatamiento a normas abstractas que no a órdenes, conculcando de esa manera las exigencias de los tipos sancionadores, la Jurisprudencia constante y una Doctrina uniforme: éste es el reino, y nunca mejor dicho, del “todo vale”. Se ha declarado, en efecto, una especie de “estado de necesidad” que ha echado abajo todo el edificio jurídico construido trabajosamente durante cientos de años. Como consecuencia de todo ello, se ha provocado una enorme confusión en Administración Pública, Fiscalía, Juzgados y Abogados, que terminó, en ocasiones, con la imposición de sanciones y rápido abono de las mismas en el ámbito administrativo, para aprovechar algún descuento en su cuantía; en otras, con el dictado de sentencias penales de condena (algunas en conformidad) por delito de desobediencia; y, en fin, en unas terceras con resoluciones absolutorias –y renuncia de la Administración a hacer efectivas las sanciones impuestas- ante la clara contradicción a Derecho de éstas.

Violaciones constitucionales, pues, conculcación de derechos fundamentales, derogación del principio de separación de poderes, etc. Pero no sólo, ni lo dicho es lo más importante. El desastre de la sanidad pública española (que no es la mejor del mundo como se presumía por los políticos, y tampoco lo era antes de que comenzara la pandemia), la falta de responsabilidad de las Comunidades Autónomas en la gestión de los hospitales, ha llevado a que al inicio de la transmisión de la epidemia se careciera de los elementos mínimos más indispensables para que los sanitarios pudieran luchar contra la enfermedad.

Competencia que era autonómica, como bien señala la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 4ª, 1271/2020, de 8 de octubre: “[E]s menester recordar que como todo el Real Decreto 463/2020 [declaratorio del estado de alarma], su artículo 12.4 está vigente desde el 14 de marzo de 2020. Por tanto, con anterioridad, regía la distribución de competencias en materia de sanidad prevista en los Estatutos de Autonomía y en la legislación básica del Estado. E, incluso, una vez en vigor el Real Decreto 463/2020, las Comunidades Autónomas conservaron su gestión mientras duró el estado de alarma, si bien debieron actuar bajo la dirección del Ministerio de Sanidad... Hasta el 14 de marzo de 2020 eran las Comunidades Autónomas [“las Administraciones concernidas por el abastecimiento de medios de protección a los profesionales sanitarios”] si bien a partir de esa fecha pasaron a estar bajo la dirección ministerial. En consecuencia, la situación existente respecto de la disposición de medios de protección hasta esa fecha también tiene que ver con ellas”.

Esa falta de responsabilidad en la gestión de la sanidad por parte de la Administración autonómica, ha alcanzado límites reamente insuperables en el caso de la sanidad madrileña: la privatización de la sanidad comenzada a concretar a principios de los años 2000, con la consecuencia de enormes transferencias de capital público a manos privadas, ha dejado a la sanidad pública radicalmente adelgazada, sin medios –ni materiales ni humanos– suficientes para afrontar la crisis, es decir: para salvaguardar la salud de los madrileños. La falta de atención, la negativa a recibir a determinado grupo de enfermos, la prolongación de la enfermedad, las muertes excesivas, el enorme número de contagios ante la ausencia de una Administración capaz de poner coto a los mismos (por su empeño, personal, en no adoptar las medidas que eran necesarias según todos los especialistas), han sellado un desastre humanitario en Madrid.

Todo lo anteriormente expuesto ha llevado a los organizadores de este Seminario (Profesores Manuel Cancio Meliá, Arturo Ventura Püschel y Francisco Javier Álvarez García), junto a un selecto y comprometido grupo de personas que expondrán las distintas ponencias (los Profesores Ana Sánchez Lamelas, José María Tamarit Sumalla, Carlos Sardinero García, José Manuel Paredes Castañón, Manuel Cancio Meliá, Jacobo Dopico Gómez-Aller y la Defensora del Paciente Carmen Flores López) y dos colaboradores (Noel Villalba García y María Teresa Carretero Sanjuán), a llevar adelante esta reunión que no sólo será “científica” (que también) sino asimismo de denuncia y compromiso ante los gravísimos hechos que se están sucediendo con esta pandemia, particularmente de la enfermedad y muerte de muchos ciudadanos y especialmente de los ancianos, miles de ancianos, no pocos de los cuales han fallecido desprovistos absolutamente de la más mínima asistencia médica, ni siquiera de paliativos ante una muerte que les asfixiaba.

El silencio de los intelectuales ante una situación como ésta, resulta criminal.

Fco. Javier Álvarez García
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid