

Por qué es necesario prorrogar el estado de alarma

POR Emilio Olabarria

Es difícil hacer una reflexión política, incluso jurídico-técnica, conviviendo con las elecciones madrileñas, política líquida pura. Cuando se oye decir que el cumplimiento de una Ley Orgánica como el Estatuto de Autonomía con cuarenta años de demora es para liberar a los presos de ETA por el Gobierno Vasco, se le quitan a uno las ganas de escribir nada porque puede estar contribuyendo a esta impostura.

Pero las estrategias electorales generadas por *raspoutines* carentes de moralidad no nos van a hacer desistir de la obligación de opinar con el nivel de rigor del que seamos capaces bajo la inspiración de la moralidad política.

Se afirma que se levantará el estado de alarma en mayo con una obstinación por parte del presidente del Gobierno que como no sea cierta le va a retratar.

Se proyecta la imagen de que las comunidades autónomas poseen instrumentos jurídicos suficientes para adoptar medidas de contención de la pandemia y aplicar prácticas ablatórias. En el caso de Euskadi, la competencia autonómica en materia de salud deriva de los arts. 10.15; 18 y 18.3 pero nos encontramos con que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 10.8 establece que los órganos de esta jurisdicción: "Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente".

La habilitación legal anterior provocó la no autorización de la medida restrictiva del derecho de reunión prevista en el párrafo 3º, punto 1 del anexo de la Orden firmada por la consejera de Salud del Gobierno Vasco el 19 de octubre de 2020.

La medida cautelar del cierre de la hostelería en Euskadi fue también anulada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV). La resolución judicial declaraba no probada suficientemente la relación de causalidad entre la actividad hostelera y el crecimiento de contagios. Nadie puede probar fehacientemente esto, los epidemiólogos lo saben pero nadie puede mensurar el porcentaje de efecto en el incremento del contagio.

La *probatio diabólica*, los tribunales han creado una figura que pretende garantizar y proteger uno de los pilares fundamentales de las reglas de juego procesal: la carga de la prueba, regulada en el ámbito civil en los artículos 216 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La *probatio diabólica* protege a la parte procesal que alega un derecho o una situación de la que se deriva una consecuencia jurídica imposible de probar, ya que está en la mano de la otra parte procesal acreditar tal extremo, o no está en mano de ninguna de las dos partes.

Ludwig Josef Johann Wittgenstein hizo gran-

des contribuciones a la filosofía probatoria, precisamente por delimitar bien lo que puede ser probado, demostrado o simplemente mostrado, y lo que no puede ser probado ni demostrado ni mostrado. Sus reflexiones *Sobre la certeza*, *Investigaciones filosóficas* y *el Tractatus logico-philosophicus* hacen pensar en la imposibilidad de decir lo que se puede mostrar y demostrar, y por lo tanto, también sobre lo que es imposible probar, haciendo consiguientemente también imposible cualquier certeza sobre lo que no se puede mostrar y demostrar. Y lo inexistente no se puede mostrar, aunque sí se puede demostrar, en ciertos casos, que existe

una contradicción entre su posible existencia y a existencia de algo (coartada) incompatible, porque, como decía Aristóteles en su *Metafísica*, menos la contradicción, todo es posible. De todo lo anterior cabe deducir que lo que propone el Gobierno español es deslizar *de facto* el control de la pandemia a la Administración de Justicia.

Las medidas de protección de la salud colectiva pueden lesionar las libertades y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española (CE). Podemos afirmar que la imposición de tratamientos médicos forzosos entra en contradicción con el derecho a la integridad física y moral que reconoce el artículo 15.1 de la CE, que la hospitalización obligatoria menoscaba la libertad personal garantizada por el artículo 17 de la CE, derecho a la libertad y a la seguridad; lo mismo se puede afirmar del derecho a la libertad de circulación y de residencia que contempla el artículo 19 de la CE; del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la CE; de la protección de la intimidad artículo 18.1; especialmente en su vertiente de derecho a la intimidad corporal y por proyección en el supuesto de que epidemias o pandemias limitaran significativamente el derecho a la participación en asuntos públicos previsto en el artículo 23 de la Constitución.

Pero a pesar de lo anterior no todas estas prácticas poseen una habilitación autonómica suficiente ni en la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi y el Plan de Protección Civil de Euskadi, Larrialdiei Aurregiteko Bidea-Labi ni en el *Plan Bizki Berri*. También es dudoso que el estado de alarma pueda resolver todas las técnicas ablatórias que, restringiendo derechos fundamentales resulten estrictamente necesarias para frenar la pandemia. La STC 83/2016 en su FJ8 establece que "a diferencia de los estados de excepción y sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental".

El primer estado de alarma advierte que lo que se regula en el mismo son las excepciones a una implícita suspensión general del derecho fundamental a la libre circulación de las personas por el territorio estatal, proclamado en el artículo 19 de la Constitución, en la medida en que establece que solo podrán circular por las vías de uso público las personas que realicen algunas de las actividades que taxativamente se establecen en el precepto, de lo que se sigue que las personas que no se hallen en alguno de los supuestos contemplados, simple y llanamente, no pueden salir de casa. Es dudoso que el estado de alarma pueda llegar a tanto. Sin una cobertura no ajena a los controles judiciales, las decisiones del Gobierno Vasco resultarán siempre vulnerables, judicializables y quizás sujetas a la práctica de la *prueba diabólica*.

La jurisprudencia constitucional vincula el derecho a la salud al derecho a la vida, la protección social y la calidad de vida, presupuestos del ejercicio de todos los demás. Lo necesario es que las instituciones de Euskadi puedan disponer de instrumentos necesarios para acometer dicha función y no se trata, contra lo que se afirma en la campaña madrileña, de liberar a los presos de ETA, se trata de salvar vidas. ●

Sin una cobertura no ajena a los controles judiciales, las decisiones del Gobierno Vasco resultarán siempre vulnerables, judicializables y quizás sujetas a la práctica de la 'prueba diabólica'