

De pandemias y *Nuevas Atlántidas*: Una reflexión ética y legal sobre la ciencia y la política en el contexto de la crisis provocada por la Covid-19

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Universidad Pontificia Comillas (ICADE) – Presidente del Comité de Bioética de España
E-mail: fmontalvo@icade.comillas.edu

Recibido: 3 de mayo de 2020

Aceptado: 21 de mayo de 2020

RESUMEN: La crisis de salud pública provocada por la enfermedad de Covid-19 ha recobrado el viejo debate del papel que en la toma de decisiones en nuestras democracias le corresponde a la política y a la ciencia. En este trabajo analizamos cómo en el contexto de la pandemia se aprecia que la política ha dejado un papel estelar a la ciencia, bien por anticiparse en ocasiones ésta a aquélla en la propuesta de soluciones, o bien por propia estrategia premeditada ante la opinión pública, habiendo sido frecuente la referencia a la opinión de los científicos como criterio decisor o, más allá, la presencia de éstos como verdaderos portavoces de la autoridad. Ello supone redescubrir la ciencia y la salud como instrumentos de poder, en términos que nos recuerdan a lo que denunciara hace casi cincuenta años Foucault con su *Biopolítica*.

PALABRAS CLAVE: Bioética; biopolítica, salud pública; pandemia; democracia.

On Pandemics and *New Atlantis*: An Ethical and Legal Reflection on Science and Policy in the Context of the Covid-19 Crisis

ABSTRACT: The public health crisis caused by Covid-19 disease has brought back to the public arena the old debate of the role of politics and science in decision-making processes. In this paper we analyze, in the context of the current pandemics, how politics has left a stellar role for science, either because science has anticipated in its proposals to politics, or because politics has opted for it as a premeditated strategy. The references to the opinion of scientists as a decision-making criterion or, furthermore, their presence as true spokesmen for authority have been so frequent. This means rediscovering science and health as instruments of power, in terms that remind us of what Foucault denounced almost fifty years ago with his *Biopolitics*.

KEYWORDS: Bioethics; biopolitics; public health; pandemics; democracy.

1. Introducción: Francis Bacon y la Casa de Salomón¹

Es el cientifismo una enfermedad
[de que no están libres
ni aun los hombres de verdadera
[ciencia

MIGUEL DE UNAMUNO, 1907

Francis Bacon, en su novela utópica de *La Nueva Atlántida*, situaba su relato en una isla, la desconocida isla de Bensalem, a la que arribó un barco que, habiendo zarpado del Perú y dirigiéndose hacia China y Japón por los mares del Sur, se vio fondeando en dicho paraje desconocido por la imperiosa necesidad de avituallarse de provisiones. En la citada isla, los tripulantes tuvieron la oportunidad de conocer la existencia de la Casa de Salomón, la cual, en explicaciones del Gobernador insular, se dedicaba al estudio de las obras y criaturas de Dios, constituyendo el alma misma de la sociedad que la habitaba. La Casa de Salomón tenía encomendadas, entre otras funciones, anunciar las predicciones verosímiles de enfermedades y plagas, aconsejando acerca de lo que debía hacerse para evitar tales males y remediarlos.

¹ Este artículo es una versión abreviada de un trabajo que se ha enviado a la revista *Cuadernos de Bioética*.

La metáfora a la que recurre Francis Bacon a través de la Casa de Salomón le permite al autor (aunque la obra no está completa) exponer su opinión sobre la organización social y el porvenir de la ciencia y de la técnica, mostrando la utopía de un Estado ideal en el que la felicidad de sus ciudadanos descansa en una perfecta organización social, presidida en la toma de las decisiones políticas por científicos y técnicos, como si la resolución de éstos resolviera los de índole social.

Traemos a colación el conocido relato de Francis Bacon porque lo ahí narrado nos ha recordado a uno de los fenómenos que se han producido en el marco de la crisis de salud pública provocada por el coronavirus, la sustitución de la política por la ciencia. Y este fenómeno ha surgido de una doble manera: adelantándose la ciencia a la política en la propuesta de soluciones para alguno de los principales retos a los que nos ha expuesto la pandemia, la necesaria priorización de unos recursos sanitarios escasos para el volumen de la demanda asistencial, y permitiendo la propia política también que sea la ciencia, con carácter general, la que esté presidiendo la toma de decisiones sobre la pandemia.

Este fenómeno de la eclosión de la ciencia, desplazando a la política,

no ha sido el único fenómeno que ha podido observarse en esta crisis sanitaria. También ha tenido lugar otro que resulta de interés destacar por su conexión con el anterior: la transformación generalizada de los problemas en dilemas, de manera que las soluciones se ofrecen como absolutamente extremas.

Un ejemplo casi paradigmático de un problema transformado en dilema durante la pandemia es el de la casi absoluta exclusión del acompañamiento o de la asistencia espiritual durante el proceso de morir de muchos pacientes. Muchos de nuestros conciudadanos han muerto solos y sin asistencia espiritual porque la solución ha sido extrema, dilemática. Se ha partido de una regla general que se ha aplicado de manera taxativa a todos los casos, obviando una mínima reflexión acerca de las posibilidades de haber facilitado un mínimo acompañamiento o asistencia espiritual. ¿Han sido idénticos todos los casos? ¿ha sido el peligro de transmisión del virus el mismo? No lo creemos. Y no pretendemos en modo alguno minusvalorar ni la importancia y letalidad del virus ni, menos aún, la extraordinaria labor del personal sanitario que ha ido con creces más allá de sus deberes profesionales, incluso en el acompaña-

miento y cuidado de dichos pacientes, sino poner dicho déficit en el “debe” de nuestros responsables políticos y gestores.

Como señalara el Comité de Bioética de España en su Declaración sobre el derecho y deber de facilitar el acompañamiento y la asistencia espiritual a los pacientes con Covid-19 al final de sus vidas y en situaciones de especial vulnerabilidad², más allá del esfuerzo que los profesionales sanitarios –cualquiera que sea su estatus– ya están haciendo para paliar esta carencia afectiva, se debe estudiar el modo de permitir el acceso de, al menos, un familiar, sobre todo, en los momentos de la despedida. Y si bien es cierto, como señala el Comité en la misma Declaración, que las circunstancias forzadas por una infección con tan alta contagiosidad y letalidad hacen que sea imperativa la adopción de medidas muy estrictas para prevenir la transmisión de este virus, ello no obsta para que se reflexione sobre el modo de facilitar un entorno más compasivo en el morir de estos pacientes, lo cual forma parte de la auténtica calidad asistencial. En tiempos tan convulsos como los que se han vivido, la re-

² Puede accederse a dicha Declaración a través de la web del Comité, www.comitedebioetica.es

flexión sobre valores debe encontrar un mínimo espacio y no caer en la mera asunción de patrones de conducta que se desentienden de deberes tan esenciales en el ámbito asistencial como los de beneficencia y no maleficencia.

Por lo tanto, no puede negarse que la pandemia nos ha colocado frente a verdaderos dilemas, pero, pese a ello, no podemos transformar toda cuestión a resolver en dilemática, con renuncia a la búsqueda de los cursos de acción intermedios. Dicha generalizada transformación de lo problemático en dilemático está directamente relacionada, como ya anticipábamos antes, con el primer fenómeno que apuntábamos, porque para la ciencia es normal, no así para la política, la ética o el Derecho, que existan dos soluciones extremas, o, mejor dicho, una única respuesta correcta, con exclusión de cualquier propuesta distinta de ésta.

2. Cuando la ciencia se anticipó a la política: una reflexión jurídica

Decíamos en la introducción que este fenómeno de la suplantación en la toma de decisiones de la política por la ciencia se había producido de doble manera, primero, anticipándose ésta y,

después, aceptando o, incluso, promoviendo la primera que la segunda ocupara el papel estelar. Pues bien, la anticipación de la decisión científica a la decisión política se produjo en un momento concreto de la crisis sanitaria, pero un momento que tuvo un notable impacto en la propia opinión pública, provocando lo que, incluso, puede tildarse de crisis bioética dentro de la crisis sanitaria. Y nos referimos a cuando, ante una previsible insuficiencia de los recursos sanitarios, sobre todo, de las medidas de soporte vital en UCI, por el abrupto incremento del número de casos infectados que se preveía que iban a requerirlas, la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, a través de su Grupo de Bioética, aprobó y dio a conocer a la opinión pública el documento “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos”³.

Las *Recomendaciones* quedaban justificadas, según se expone literalmente al inicio, porque “una pandemia global, como la del SARS-COVID-19, puede abrumar la capacidad de las instalaciones

³ Puede accederse al mismo a través de la web, <https://semicyuc.org>

ambulatorias, los departamentos de emergencias, los hospitales y los servicios de medicina intensiva (SMI). Impacta en los recursos disponibles, tanto a nivel de estructuras, de equipamientos y de profesionales, con graves consecuencias en los resultados de los pacientes, de sus familias, de los propios profesionales sanitarios y de la sociedad en general” y “se produce, temporalmente, un desequilibrio entre las necesidades clínicas y la disponibilidad efectiva de los recursos sanitarios”.

Para la sociedad científica, “esta situación excepcional se debe manejar como las situaciones de “medicina de catástrofe”, aplicando una atención de crisis excepcional basada en la justicia distributiva y en la asignación adecuada de los recursos sanitarios”, pariéndose de “un marco de planificación basado en criterios científicos sólidos, en principios éticos, en el estado de derecho, en la importancia de participación del proveedor y en la comunidad, y los pasos que permitan la prestación equitativa, y justa, de servicios médicos a aquellos que los necesiten”. Porque, “ante una pandemia es prioritario el “deber de planificar”. La falta de planificación en situaciones de escasez de recursos puede llevar a la aplicación inapropiada de la situación de crisis, al desperdicio de

recursos, a la pérdida inadvertida de vidas, a la pérdida de confianza y a decisiones innecesarias de triaje / racionamiento”.

Y las *Recomendaciones* ya anticipan que “la situación pandémica puede conllevar un desequilibrio entre las necesidades de ventilación mecánica y los recursos disponibles en la fase más avanzada. Es imprescindible establecer un triaje al ingreso, basado en privilegiar la “mayor esperanza de vida”, y unos criterios de ingreso claros y de descarga de la UCI, basados en un principio de proporcionalidad y de justicia distributiva, para maximizar el beneficio del mayor número posible de personas”.

Como puede deducirse de dicha explicación, en este contexto de “medicina de catástrofe”, debe planificarse la utilización de los recursos, partiendo no solo de criterios científicos, sino también de principios éticos y de las propias exigencias del Estado de Derecho. Las *Recomendaciones* insisten, más adelante, en que “en una situación de pandemia prevalece ... el principio de justicia distributiva y ... se debe tener consciencia de la justa asignación de la distribución de recursos sanitarios limitados”.

Sin embargo, a continuación, las propias *Recomendaciones* establecen como criterios de prioridad en

la asistencia el de los “años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*)”, añadiendo a continuación que “en personas mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada”. Se afirma también que “cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva”. Las *Recomendaciones* se cierran con la que realmente ha generado el debate en la opinión pública: “Tener en cuenta el valor social de la persona enferma”.

Al margen de que el citado concepto de “valor social” es extremadamente ambiguo y, sobre todo, poco afortunado, como lo son algunas otras consideraciones que se recogen en dichas Recomendaciones, como sería la exclusión de la aplicación de las medidas de soporte vital a personas mayores de ochenta años, lo que provocó que algún autor entrara en el debate bajo el ilustrativo y cinematográfico título de “No es respirador para viejos”⁴, sin que podamos ahora

afrontar dicho debate para no alterar ni desviar el objeto de nuestro trabajo, lo que las Recomendaciones representan son un ejemplo paradigmático de anticipación y sustitución de la decisión política y jurídica por la ciencia.

Es decir, se produce un previsible contexto de escasez de recursos necesarios no solo para el bienestar de los ciudadanos, sino para garantizar su propia vida y su integridad, y no es la autoridad pública la que establece cómo se reparten dichos recursos sino una sociedad científica. Ello nos debe llevar a preguntarnos cuál es el papel de las sociedades científicas en estos tiempos, en los que no se trata tanto de establecer los criterios técnico-científicos en los que basar una asistencia adecuada, ajustada a la *lex artis*, sino en los que se deben establecer, con carácter previo, los criterios de distribución de unos recursos repentinamente insuficientes. La cuestión en concreto sería, ¿está ética y legalmente facultada una sociedad científica para establecer, no ya unos criterios técnico-científicos de priorización, sino una priorización en el acceso a los mismos?

⁴ Cf. P. DE LORA, “¿No es respirador para viejos? Sobre la “ética del bote salvavidas” y la COVID-19”, *Letras Libres*, 31 de marzo de 2020, en <https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/no-es-respirador-vie->

[jos-sobre-la-etica-del-bote-salvavidas-y-la-covid-19](https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/no-es-respirador-vie-jos-sobre-la-etica-del-bote-salvavidas-y-la-covid-19)

3. ¿Debería una sociedad científica determinar el acceso a la asistencia sanitaria?

Una sociedad científica puede nutrir a la sociedad y a la propia Administración Pública de conocimientos técnicos, pero no establecer la priorización ante una limitación de recursos porque es la propia Constitución la que reconoce en su artículo 43 el derecho a la salud y su protección en un sentido integral, como bien individual y colectivo, añadiendo en su apartado 2 que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Así pues, por mandato constitucional, la tutela del derecho a la salud no puede quedar en manos de una asociación de Derecho privado, creada al amparo del derecho que se consagra en el artículo 22 de la Constitución.

Pero es que, junto a dicho mandato constitucional de los poderes públicos de tutelar el derecho a la asistencia sanitaria de los ciudadanos, existe también otro deber constitucional que exige hacerlo respetando la igualdad efectiva. Ello se deriva de las previsiones

contenidas no solo en los artículos 9 y 14 de la Constitución, sino también en el artículo 149.1.1 de la Constitución, que dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Así se plasmó en la Ley 14/1986 General de Sanidad que establece en su artículo 3.2: “El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”, estando la política de salud, según su apartado 3, “orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales”.

El propio Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, dictado en el marco de la crisis del coronavirus y al amparo del estado de alarma, refiriéndose a dicha función de unificación de criterios de priorización, dispone, en modificación de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que “cuando un medicamento, un producto sanitario o cualquier producto necesario para la protección de la salud se vea afectado por excepcionales dificultades de

abastecimiento y para garantizar su mejor distribución, la Administración Sanitaria del Estado, temporalmente, podrá: ...b) Condicionar su prescripción a la identificación de grupos de riesgo, realización de pruebas analíticas y diagnósticas, cumplimentación de protocolos, envío a la autoridad sanitaria de información sobre el curso de los tratamientos o a otras particularidades semejantes". Es decir, se faculta expresamente al Ministerio de Sanidad para establecer los correspondientes protocolos de priorización en el acceso a los recursos sanitarios.

Igualmente, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, dispone en su artículo 12.2 que, si bien las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento, el Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio.

En todo caso, resulta obvio que la determinación del reparto de los recursos sanitarios es una función

que corresponde a la autoridad sanitaria y más en contextos extremos, en lo que también se debe garantizar el respeto a los derechos fundamentales. Tal decisión tiene naturaleza política y jurídica, no científica. Se trata de un acto normativo administrativo cuya fundamentación deberá atender, entre otros, a los criterios médico-científicos que suministren las sociedades científicas. Pero en modo alguno puede tratarse de una mera decisión científica.

En palabras de Ángel Puyol, la priorización sanitaria no es una cuestión puramente clínica, sino política, y su trasfondo es siempre ético: qué valores morales sustentan el hecho de priorizar a unos pacientes y no a otros. Tales valores pueden tener que ver con la compasión que nos produce el sufrimiento y la gravedad de los enfermos; con el deseo de favorecer a los que más beneficios sanitarios extraerán de los servicios médicos; con la convicción moral de que tenemos que ayudar a los que están peor (tal como definamos 'estar peor': en términos de dolor, de pronóstico, de falta de oportunidades, de dificultad para servir a la comunidad, etcétera); con el deseo moral de responsabilizar a las personas de sus acciones; con la voluntad de dar a cada uno lo que 'se merece' (tal como definamos el

merecimiento); con la voluntad de igualar las oportunidades de llevar una vida saludable; etc⁵.

Las diferentes normas que regulan las prestaciones sanitarias disponen con claridad que la decisión recae sobre la autoridad sanitaria, como no podía ser de otra manera al amparo del referido mandato constitucional. Véase, a título de ejemplo, el artículo 21.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, el cual dispone que “La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud se actualizará mediante orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. El procedimiento para la actualización se desarrollará reglamentariamente”, añadiendo el siguiente artículo 25.1 que “En el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante real decreto. Las comunidades autónomas de-

finirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco”.

Todo ello se deduce también de la doctrina de los Tribunales. Así, puede verse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000 (ponente: Requero Ibáñez) que dispone que “para la prestación del servicio sanitario la Administración tiene un deber de puesta de medios, pero dispone de unos medios materiales y humanos limitados, medios que gestiona y con los que tiene que atender, en función de la organización sanitaria, a cierto número de beneficiarios. En este contexto la llamada lista de espera es en sí jurídica y como tal tiene su previsión legal. Así se deduce, por ejemplo, del artículo 16.2 de la Ley 4/86, de 25 de abril, General de Sanidad en relación con el artículo 28.2 del RD 521/87, de 15 de abril, sobre Hospitales gestionados por el INSALUD; también se refleja en la OM de 1 de marzo de 1999 o en el Acuerdo 4º de la Resolución de 26 de octubre de 1998; es más, algunas normas autonómicas regulan esa realidad como es la Ley Foral 12/99, de 6 de abril, o la Ley 2/89, de 21 de abril, del Servicio Aragonés de Salud”.

Igualmente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de octubre de

⁵ A. PUYOL, “Ética y priorización en las listas de espera de sanidad”, en *VVAA, Listas de espera ¿Lo podemos hacer mejor?*, Cuadernos de la Fundación Victor Grifols i Lucas, núm. 10, Barcelona 2009, 34-35.

2000 (Ar. 10045), en la que se refiere a la libertad de prescripción del médico, ha venido a reconocer que el ejercicio de la libertad de actuación médica en el ámbito concreto de la prescripción de medicamentos ha de cohonestarse, dentro de un sistema público de protección de la salud, con el principio de uso racional de los medicamentos que consagra nuestro ordenamiento jurídico y que se encuentra auspiciado por la Organización Mundial de la Salud y el Consejo de Europa. Tal límite a la libertad de prescripción viene exigido por el carácter limitado de los recursos económicos para sufragar los productos farmacológicos existentes en el mercado, no pudiendo prescindirse mediante invocación a la libertad de prescripción médica de la realidad social y económica en que se inserta ese modo profesional.

Recuerda el Tribunal Supremo que los derechos, incluso los de reconocimiento constitucional, no son absolutos, y que la libertad de prescripción ha de venir condicionada por el deber de los poderes públicos derivado del artículo 43 de la Constitución de mantener un sistema público de salud, asequible a todos en condiciones de igualdad. El uso racional de los medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, de la que forma

parte su financiación pública, es una exigencia lógica de un sistema público que, en defensa de los intereses generales, ha de buscar el equilibrio entre la racionalización del gasto, la limitación de los recursos, la gravedad de las patologías, la necesidad de ciertos colectivos y la utilidad terapéutica y social de los medicamentos.

En similares términos se ha expresado la Sentencia del Tribunal Constitucional en la que se enjuicia la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, por el que se implementaron diferentes medidas de racionalización del gasto sanitario, empezando por la propia definición de la condición de beneficiario del sistema público de salud. Pues bien, el Tribunal Constitucional en fecha 21 de julio de 2016, declaró que el legislador posee una destacada libertad de configuración del derecho consagrado en el artículo 43.2 de la Constitución, dada la ubicación sistemática de este precepto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.3. La sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas

competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema (con cita del ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6).

Así pues, si bien la sociedad científica, al amparo de la libertad profesional de los médicos, que consagra la propia Constitución, puede fijar cuáles son los criterios que determinan que tal libertad se ejerza adecuadamente de conformidad con las exigencias de la *lex artis*, ello no supone que pueda subrogarse funciones de organización de las prestaciones públicas de salud que únicamente pueden corresponder a los poderes públicos. La libertad de actuación médica, y, por ende, las facultades de las sociedades científicas deben ser interpretadas de conformidad con el deber que los poderes públicos tienen de mantener un sistema público de salud según se deriva del artículo 43 de la Constitución. Interpretar la libertad de actuación médica, es decir, el derecho consagrado en el artículo 35 de la Constitución de conformidad con tal deber que establece el artículo 43 no es limitar el derecho sino delimitar su contorno de eficacia dentro de un sistema público de salud. La libertad profesional del médico y de las asociaciones científicas que representan a las dife-

rentes especialidades se encuentra delimitada constitucionalmente por la previsión contenida en el artículo 43.

Este es el criterio, como no podía ser de otra manera, que defienden las propias sociedades científicas, sirviendo de ejemplo los Estatutos de la Federación de Asociaciones Científico Médicas de España (FACME) cuando, en relación a los fines de la Federación, señala en su artículo 3 que “Los fines de la Federación, siempre dentro de un contexto que suponga un mejor desarrollo y protección de los principios básicos y esenciales de la medicina, son: ... c) Intervenir ante los organismos pertinentes responsables de la educación, planificación y gestión sanitarias, con el fin de colaborar en garantizar el derecho constitucional a la protección de la Salud de todos los ciudadanos sin discriminaciones, sin perjuicio del derecho de las sociedades a comparecer por sí mismas, si procediere y así estimasen conveniente”⁶.

En palabras de Pemán Gavín, la posición jurídica del ciudadano en relación con el acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas está

⁶ Puede accederse a dichos Estatutos a través de la página web de FACME, en <http://facme.es/informacion/estatutos/>.

sólidamente construida y queda configurada con todas las características del derecho subjetivo plenamente accionable en vía administrativa y jurisdiccional⁷. Por tanto, la limitación o suspensión del derecho a la asistencia sanitaria que supone la priorización de la asistencia, ya sea a través de la lista de espera quirúrgica, del triaje en urgencias o de la decisión acerca de qué pacientes y cuáles no tienen acceso a las UCIs o a determinadas medidas de soporte vital en el contexto de una pandemia no es un acto de naturaleza científica o médica, sino un acto necesariamente jurídico y que, como tal, debe estar previsto y regulado normativamente. Cuestión distinta es que dicho acto pueda adoptarse al margen de un criterio científico o sin atender a razones de índole médica, porque como tal acto jurídico debe estar fundamentado no solo en la racionalidad formal (véase, sustancialmente, el principio de proporcionalidad) sino también en la racionalidad material.

⁷ P. GAVÍN, J., "Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro", *RAP*, n. 156, septiembre-diciembre 2001, 115.

4. Cuando la política dio el protagonismo a la ciencia: una reflexión ético-política

Más allá de las citadas *Recomendaciones*, la aparición de la ciencia como protagonista estelar en la toma de decisiones frente a la pandemia se ha producido con carácter general en sede política. Las referencias a los expertos, a lo que defienden o proponen los científicos y los técnicos, han sido permanentes en las comparecencias de las autoridades públicas. Incluso, muchas de dichas comparecencias han estado presididas, no por responsables políticos, sino por los propios expertos. De este modo, se ha producido una aparente sustitución de la política por la ciencia, lo que creemos que nos obliga a reflexionar sobre cuál es el papel de la ciencia y cuál es el de la política desde una perspectiva más amplia a la que hemos desarrollado en el apartado anterior.

En todo caso, no se trata de un debate nuevo ni en la filosofía, ni en la ética ni en el propio Derecho público. En relación con el Derecho, José Esteve Pardo ha dedicado varios años de su más reciente investigación académica a dicha cuestión. Y así, denuncia que el carácter expansivo de la actividad científica y tecnológica no puede ir en detrimento del carác-

ter jurídico-político de la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas. Son funciones de distinto contenido las que se encomiendan a los poderes científico y político. El poder científico tiene funciones de información, dictamen y, en definitiva, valoración de riesgos, pero no de decisión. La legitimación científica, por el conocimiento experto y especializado, no alcanza así al poder decisorio, que corresponde a las instancias públicas que tengan atribuidas –por determinación constitucional en último término– tales funciones⁸.

Esteve Pardo añade que, más relevante tal vez que las determinaciones constitucionales sobre las funciones de la ciencia y el Derecho, es la diferencia natural y de objetivos de estos dos poderes. Si a la ciencia no le compete la adopción de decisiones, ello no es sólo por falta de legitimación sino, sobre todo, porque ella misma no pretende decidir. No podemos esperar decisiones de la ciencia. No es solo que la ciencia es prudente por naturaleza, sino que sus investigaciones, sus informes, sus resultados frecuentemente

expresados en probabilidades, en términos relativos, están permanentemente abiertos a la discusión y la controversia. Existen controversias científicas no resueltas en torno a muchos de los riesgos para la salud que son hoy objeto de debate político y social, y sobre los cuales el Derecho, las instancias y órganos habilitados para ello, deben adoptar importantes decisiones. Esa facultad y obligación de decidir del Derecho, concluye, son al mismo tiempo la grandeza y la servidumbre del Derecho y de sus operadores⁹.

Daniel Innerarity nos recuerda que una democracia es un sistema en el que no son los expertos quienes tienen la última palabra, sino la ciudadanía, lo que se traduce en el hecho de que por encima de la administración están los políticos, es decir, quienes nos representan¹⁰. Pero para dicho autor el problema no solo es de legitimidad, sino también de autoridad y complejidad. Delegar la toma de decisiones políticas en los expertos puede resultar un recurso persuasivo, pero no parece ni que éstos tengan suficiente autoridad cuando sus opiniones son fácilmente contestables

⁸ J. ESTEVE PARDO, “Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”, *Documentación Administrativa*, nn. 265-266, enero-agosto 2003, 142.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ D. INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutenberg, Barcelona 2020, p. 189.

desde la propia ciencia ni paradójicamente reducen la complejidad del problema a resolver, antes al contrario, lo aumentan al producir mayor imponderabilidad y contingencia¹¹.

En el ámbito de la Bioética, Diego Gracia Guillén ha llevado a cabo una crítica similar bajo el término de la falacia tecnocrática. Y así nos dice que dicha falacia reduce los problemas éticos a meros problemas técnicos, trasladando, incluso, la gestión del propio poder a los expertos, de manera que éstos no solo tendrán la capacidad de gobernar su propio sector productivo sino, más allá, la sociedad en general¹². Para Gracia Guillén, esta forma de ejercicio del poder es una herencia del positivismo, donde los fenómenos morales son meras cuestiones de hecho, de modo que la ética queda disuelta en la ciencia o en la técnica. En esta tecnocracia moral todo conflicto moral será un problema técnico mal planteado y peor resuelto, siendo su máxima expresión la teoría de la elección racional¹³.

A través de esta referencia a la teoría de la elección racional podemos, además, conectar el fenóme-

no que estamos ahora analizando con el otro fenómeno que también hemos comentado que se ha producido durante la pandemia, como es el sesgo del dilematismo en expresión que hemos tomado de Diego Gracia Guillén. Así es, la teoría de la elección racional supone una aproximación puramente dilemática a los problemas morales de manera que de los dos posibles cursos de acción habría que optar por el correcto, que coincidiría con el más altamente probable o con el que tiene mayor posibilidad de éxito, y excluir el que no lo es, no existiendo alternativas a las soluciones extremas.

También se ha referido a esta confusión entre política y ciencia, con palabras muy elocuentes, la Pontificia Academia para la Vida (PAV), en su Nota sobre la emergencia Covid-19, bajo el título de Pandemia y Fraternidad Universal, de 30 de marzo de 2020. En la Nota, la PAV advierte de que “las decisiones políticas tendrán ciertamente que tener en cuenta los datos científicos, pero no pueden reducirse a este nivel. Permitir que los fenómenos humanos se interpreten sólo sobre la base de categorías de ciencia empírica sólo producirían respuestas a nivel técnico. Terminaríamos con una lógica que considera los procesos biológicos como determinantes

¹¹ *Ibid.*, 256.

¹² D. GRACIA GUILLÉN, *Bioética mínima*, Triacastela, Madrid 2019, 37-38.

¹³ *Ibid.*, 38.

de las opciones políticas, según el peligroso proceso que la biopolítica nos ha enseñado a conocer. Esta lógica tampoco respeta las diferencias entre las culturas, que interpretan la salud, la enfermedad, la muerte y los sistemas de asistencia atribuyendo significados que en su diversidad pueden constituir una riqueza no homologable según una única clave interpretativa tecnocientífica¹⁴.

Así pues, nuestras democracias que se mueven en las movedizas arenas de lo que Ulrich Beck tildara de sociedad del riesgo¹⁵ han de enfrentarse a nuevos retos complejos y en los que la ignorancia ocupa un gran protagonismo. Sin embargo, la nueva democracia del conocimiento no supone el gobierno por sistemas expertos, sino mediante la integración de

dichos sistemas en procedimientos de gobierno más amplios. La ciencia no es el proceso de formulación de políticas, sino solo una parte de él¹⁶.

Concluimos. Parece que la política ha podido redescubrir, inintencionadamente, una magnífica herramienta de control social, muy superior al dinero o, como describiera gráficamente hace unos años Lipovetsky, al propio mercado de consumo: la salud. Y, por tanto, la cuestión clave que debería observarse y sobre la que habrá que reflexionar en los próximos meses y que nos sirve para concluir con nuestro trabajo es si la biopolítica, en los términos de Foucault, ha venido o no para quedarse, cual isla de Bensalem con su Casa de Salomón, como soñara Francis Bacon en su *Nueva Atlántida*. ■

¹⁴ PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, *Pandemia y Fraternidad Universal*, Ciudad del Vaticano 2020, 4. Puede accederse a dicha Nota a través de la web de la Pontificia Academia, en www.academyforlife.va

¹⁵ Cf. U. BECK, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona 1998.

¹⁶ Anthony King en cita de Peter Gluckman. Cf. A. KING, "Science, politics and policymaking. Even though expert knowledge has become indispensable for policymaking, providing scientific advice to governments is not always easy", *EMBO Rep* 17/11 (2016), 1510-1512.

Bioética y cáncer

Rafael Amo Usanos (ed.)

Este libro aborda los problemas fundamentales de la bioética en el caso concreto del cáncer (la autonomía del paciente, el consentimiento informado, la relación sanitario paciente, etc...), integrando varios modelos bioéticos: desde el principialismo hasta la ética narrativa, pasando por la ética del cuidado o de la responsabilidad y de la solidaridad.

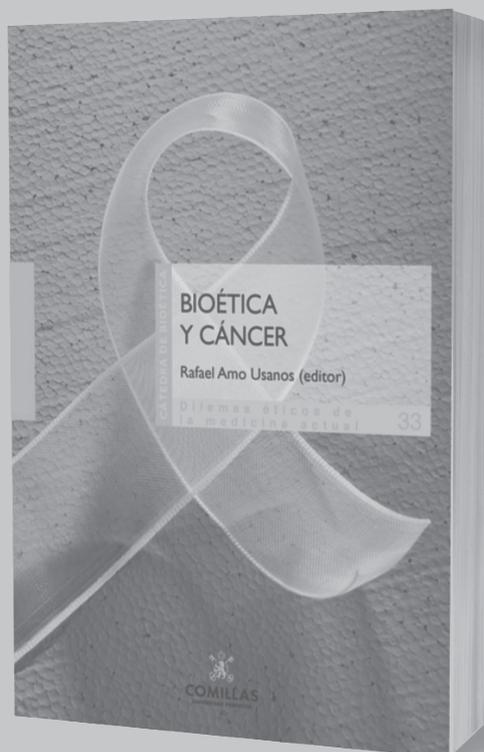


Bioética y cáncer

Ettore Rocca

ISBN: 978-84-8468-833-4

Universidad Pontificia Comillas
2020.



SERVICIO DE PUBLICACIONES

edit@comillas.edu

<https://tienda.comillas.edu>

Tel.: 917 343 950