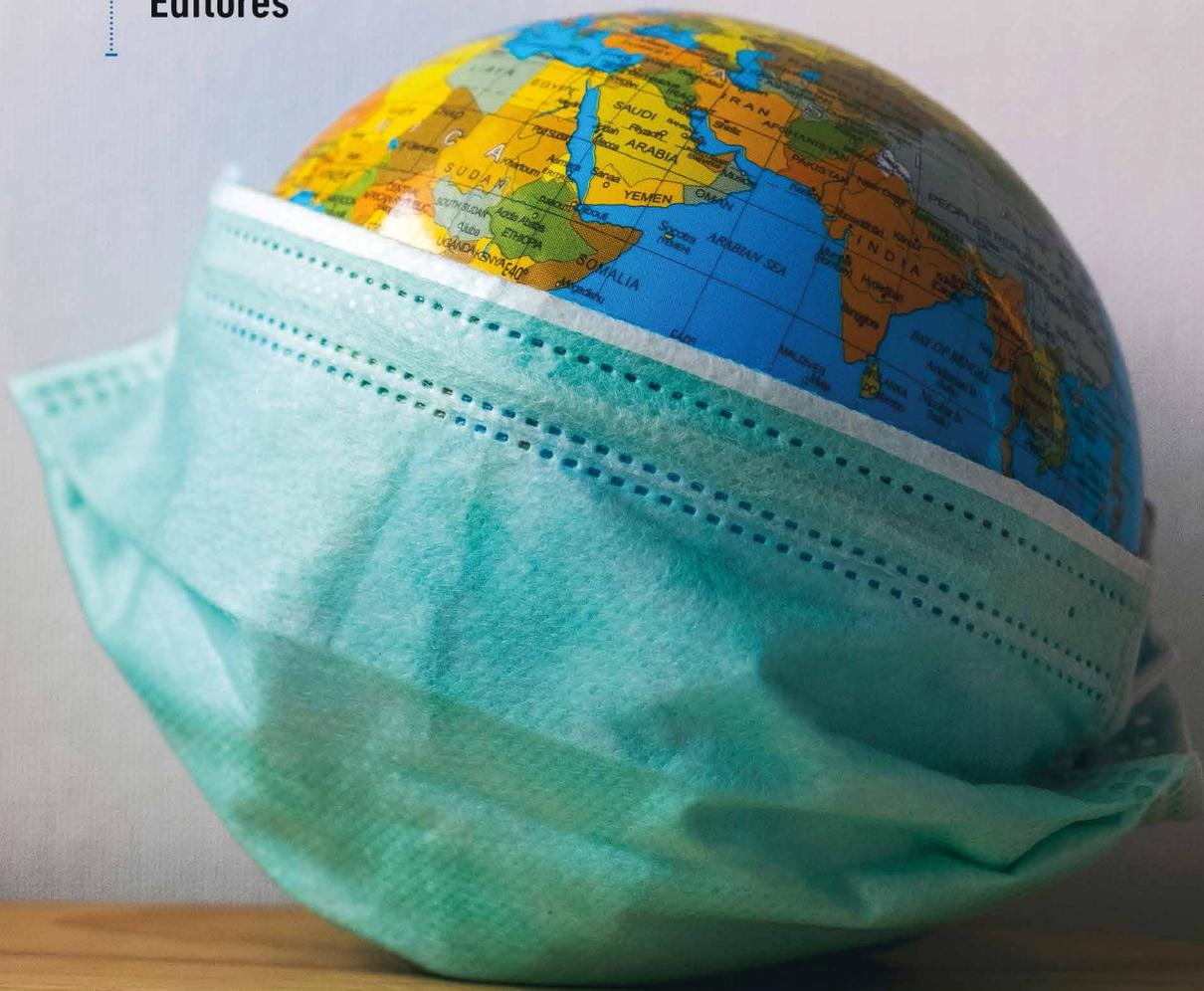


Covid-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales

Esteban Nader
Marie-Christine Fuchs
Editores



tirant
lo blanch



KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Covid-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales

Esteban Nader
Marie-Christine Fuchs
Editores



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

© 2021 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (+49-30) 269 96 453

Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 93B No. 18- 12, piso 7, Bogotá, República de Colombia

Tel.: (+57 1) 743 09 47

Fax: (+57 1) 743 09 47-7

<https://kas.de/es/web/rspla>

iusla@kas.de

Twitter7Instagram: @KASiusLA

Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editores

Esteban Nader

Marie-Christine Fuchs

Coordinación editorial

Andrés Villegas

Daniel Alejandro Pinilla

Diseño de plantilla

Martha Isabel Gómez G.

Corrección de textos

Francisco Díaz-Granados

Diagramación

Marta Rojas

Cubierta

Gloria Díaz-Granados; fotografía Envato Elements By Twenty20photos

Impreso en Colombia por Tirant lo Blanch

ISBN: 978-84-1397-721-8

Esta publicación se produce en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores.

- 5 Prólogo de los editores
- 9 Presentación de la obra

Capítulo I.

Introducción al federalismo

- 14 Naturaleza del federalismo: flexibilidad y pandemia
Sergio M. Díaz Ricci (Argentina)

Capítulo II.

Federalismo en tiempos de covid-19 (experiencias nacionales)

- 62 Méritos y desafíos del sistema federal alemán ante la pandemia del covid-19
Marie-Christine Fuchs (Alemania)
Julia Nassl (Alemania)
- 102 Experiencia argentina en la lucha contra la pandemia provocada por el virus Sars-CoV-2: un análisis sobre el funcionamiento del federalismo
Esteban Nader (Argentina)
Daniel Méndez (Argentina)
Cristian Altavilla (Argentina)
- 143 La federación brasileña en movimiento: oportunismo y descentralización frente a la pandemia
Luiz Guilherme Arcaro Conci (Brasil)
- 175 Descentralización en tiempos de pandemia. Una visión desde Chile
Esteban Szmulewicz Ramírez (Chile)
- 211 Esquema híbrido de relaciones intergubernamentales para responder a la pandemia en Colombia
Juan Carlos Covilla Martínez (Colombia)
Pablo Sanabria-Pulido (Colombia)
- 244 Distribución territorial del poder público y lucha contra la pandemia en España: mutaciones durante la emergencia sanitaria
Francisco Velasco Caballero (España)
Alfonso Egea de Haro (España)

- 278** Los Estados (des)Unidos: federalismo y descentralización en los tiempos de pandemia
Alexandra Artilles (Estados Unidos)
Martín Gandur (Argentina)
Amanda Driscoll (Estados Unidos)
- 318** El estado de emergencia sanitaria provocado por la pandemia de covid-19 desde la perspectiva del Estado unitario y centralizado francés
Renaud Bourget (Francia)
- 375** Herramientas del regionalismo italiano para enfrentar la pandemia
Giorgia Pavani (Italia)
- 406** Retos del federalismo ante la pandemia. La experiencia de México
Daniel A. Barceló Rojas (México)

Capítulo III.

Análisis comparado

- 444** Estudio comparado: respuestas de los países federales y no federales ante la pandemia
Esteban Nader
Marie-Christine Fuchs
Daniel Méndez

Prólogo de los editores

La pandemia de covid-19 producida por el virus Sars-CoV-2 ha afectado muchos aspectos de nuestras vidas en sentidos que no era posible imaginar. Los efectos indeseados se han producido a nivel global. Una cuestión clave tiene que ver con la manera en la que los gobiernos reaccionaron para contrarrestar los innumerables efectos negativos producidos por la pandemia. Esta situación puso nuevamente en el centro de la discusión el funcionamiento de las distintas formas de Estado en el marco de las democracias. A fin de intentar de combatir la pandemia los gobiernos a lo largo del mundo debieron restringir derechos, como el de la libre circulación, la libertad de profesión y de comercio, el derecho a la reunión, entre muchos otros. Esta situación, agravada por declaraciones de estado de emergencia, permitió una acumulación de poderes en el Poder Ejecutivo y la posibilidad de gobernar por decreto, ocasionando que en muchos casos los gobiernos y las distintas administraciones hayan centralizado la toma de decisiones en detrimento de los Parlamentos.

La situación del covid-19, nunca antes vivida, transformó y continuará cambiando la forma en la que entendemos la democracia y la separación de poderes. En ese sentido, la discusión sobre las ventajas y desventajas que presentan países con sistemas federales de aquellos con sistemas centralistas se acentúa en tiempos de crisis. El federalismo conlleva una separación vertical de poderes y, de esta manera, no solo acerca la democracia a los territorios, sino contribuye a prevenir una acumulación de poderes en las manos del gobierno federal. Sin embargo, en tiempos de crisis sanitaria global, ¿no sería mejor un actuar unificado y centralizado en las manos del presidente de la república? En tal contexto, los interrogantes que pretende responder esta publicación apuntan a saber si los países con estructura federal han sido más idóneos para hacerle frente a la crisis provocada por la

pandemia; si los Estados federales,¹ en términos generales, han permitido un mejor manejo de la crisis, y si el éxito o fracaso del manejo de la crisis está determinado por el sistema institucional o más bien por la línea política del respectivo gobernante.

En definitiva, esta publicación –realizada conjuntamente entre el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario– procura aportar ideas en una temática tan reciente y novedosa, de modo que, esto esperamos, sean de utilidad para que los países puedan abordar una futura pandemia de manera más preparada y con herramientas que permitan una coordinación y cooperación eficaz tanto internamente como en las relaciones interestatales.

Los editores de esta obra agradecen la colaboración incansable de Daniel Méndez, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán; y de Juan C. Herrera y Andrés Villegas, coordinadores de proyectos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, por la elaboración y revisión de esta publicación, asistencia sin la cual la obra no hubiese sido posible. También agradecemos la valiosa introducción del Doctor Sergio Díaz Ricci, como presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario que impulsa esta obra, conjuntamente con el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad-Adenauer, así como las contribuciones de las y los autores de los capítulos nacionales sobre Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Estados Unidos, Francia, Italia y México. La pluralidad temática de los escritos aportados por los expertos, su excelente nivel académico y el análisis comparado elaborado por los editores forman el corazón de esta obra.

1 En la obra, siguiendo las indicaciones del *Diccionario Panhispánico de Dudas*, de la Real Academia Española, se escribirá Estado con mayúscula inicial en referencia al “conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano” y a “la unidad política que constituye un país, o a su territorio”, y con minúscula, en referencia a los estados parte del Estado federal, “como ocurre con las demás entidades territoriales: *comunidad autónoma, departamento, provincia, región*”.

Para concluir, aunque las virtudes del federalismo se manifestaron también durante los días de la crisis sanitaria, la pandemia interpela a los Estados con modelos federales respecto de la prueba más importante en su historia. Las desventajas que puede generar el federalismo (cooperativo) en producir costos elevados y desequilibrios financieros, tiempos de decisión más lentos y, sobre todo, incoherencias y contradicciones en la regulación, se presentaron con más fuerza durante los meses de crisis sanitaria.

No obstante, pese al riesgo inminente de descoordinación, las ventajas del federalismo –que separa verticalmente los poderes y, de esta manera, es la expresión constitucionalizada de la diversidad histórica, y de la pluralidad cultural y étnica, también en tiempos de crisis– implican un nivel de democracia más alto. En muchos casos se ha demostrado que ha habido una ejecución de poderes más cercana a la población, que pudo tomar en consideración la situación específica de cada entidad territorial. Y así se aseguró un nivel más alto de aceptación de las restricciones sensibles a nuestros derechos fundamentales, que todas y todos nosotros hemos experimentado durante la crisis.

Asimismo, a modo de conclusión, esta obra muestra el compromiso de los editores y de las organizaciones que coordinaron esta publicación respecto al fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho en las Américas y en Europa.

Dra. Marie-Christine Fuchs

Directora del Programa Estado de Derecho para
Latinoamérica de la Fundación Konrad-Adenauer

Dr. Esteban Nader

Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán
y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario

Presentación de la obra

La obra se ha planteado como una investigación comparada sobre el impacto del federalismo, junto con sus ventajas y características, en las decisiones tomadas por los Estados durante la pandemia, en contraposición con los Estados que no son federales. Esta parte introductoria pretende aclarar el concepto y el objetivo de la obra, así como explicar la estructura del texto y las preguntas a las que se intenta dar respuesta.

Primero, respecto de la definición del federalismo, en este texto –tal como se analizará con más profundidad en el primer capítulo de esta obra–, lo entendemos en sentido amplio como “un principio de estructura y de organización de sistemas políticos, en el que miembros más o menos autónomos se fusionan en un todo superior, en el que, por lo tanto, el principio federativo o la federación debe ser el fundamento de la organización estatal”.¹ Como bien se sabe, el federalismo nació con los griegos, quienes lo implementaron sin perder la escala territorial óptima de la democracia.² La idea del sistema federal fue retomada por los Estados Unidos de América en la Constitución de 1787³ y fue el punto de partida para la adopción de una estructura federal⁴ en 28 de los 193 países reconocidos como independientes. A pesar de tratarse de un número reducido de Estados, más del 40% de la población mundial vive bajo este sistema.

1 Heiderose Kilper y Roland Lhotta, *Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland* (Opladen: Leske + Budrich, 1996).

2 Daniel A. Barceló Rojas, “Los orígenes históricos del Federalismo”, en *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*, Serie Doctrina Jurídica 761 (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016).

3 Los padres fundadores de la Constitución norteamericana dejaron entrever en *El Federalista* que fueron influenciados por las ideas que ya se plasmaban en libros como *Del espíritu de las Leyes*, de Montesquieu. *El Federalista* dedica mucho espacio a explicitar las bondades del sistema federal y la importancia de este para los Estados Unidos de América.

4 Estos son: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Canadá, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de América, Etiopía, India, Malasia, México, República Federal Islámica.

No obstante, si se toman en cuenta características que podrían considerarse de tipo federal, como Estados asociados, confederaciones, autonomías, diversas divisiones políticas regionales, entre otras, se constata que más del 70% de los países del mundo muestran de una u otra forma un orden federal o elementos federativos y cierta organización descentralizada.⁵ De hecho, los capítulos nacionales de Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Estados Unidos, Francia, Italia y México analizan las respectivas características centralistas o de descentralización en el abordaje de la pandemia.

Idea general de esta publicación

La finalidad de esta investigación consiste en analizar el modo y las herramientas (colaborativas) con las que los países federales han abordado la pandemia, comparándolas con la forma en que lo han hecho algunos países con una estructura no federal con distintos grados de descentralización, y qué medidas se tomaron al respecto en unos y otros. Es decir, el principal interrogante fue si era posible constatar que, entre marzo y octubre de 2020, los países federales lograron un mejor o peor manejo de la crisis o si, al final de cuentas, el manejo de la crisis depende de otros factores que no tienen que ver con la estructura organizativa de los países, como por ejemplo los políticos.

Pensando en lo sucedido a nivel global, surgen asuntos que se pretenden resolver a lo largo de este libro:

- ¿Es el federalismo un sistema que permite tener mayor eficiencia y adaptabilidad en tiempos de crisis sanitaria frente a los sistemas centralistas?
- ¿Genera reacciones más adecuadas y consensuadas con respecto a las realidades de los estados federados o, por el contrario, demora la toma de decisiones en tiempos de crisis?

5 Heinz Laufer y Ursula Münch, *Das föderative System der Bundesrepublik Deutschland* (Springer VS, 1998).

- ¿Produce dinámicas dialógicas entre los distintos niveles de gobierno que generan efectos positivos en términos democráticos o, por el contrario, provoca un manejo de la crisis poco coordinado?

Concepto y estructura de la publicación

Para responder estos interrogantes se procuró hacer un análisis desde una perspectiva comparada, con enfoque en países de las Américas y Europa. Con tal propósito, se decidió convocar a académicas y académicos de países de estas regiones con experiencia en el área temática investigada. En el primer capítulo, introductorio de la obra, elaborado por el profesor Sergio Díaz Ricci, se plantearon las generalidades sobre el federalismo, sus orígenes, la historia, la definición, las ventajas y desventajas, los modelos existentes y las condiciones y precondiciones para el funcionamiento de este en un Estado de derecho.

El segundo capítulo está conformado por diez estudios nacionales. Se realizó un estudio a partir del análisis de lo sucedido en el marco de la pandemia, por un lado, en cinco países que poseen un sistema federal (Alemania, Argentina, Brasil, Estados Unidos y México) y, por otro, en cinco países que no son federales, con sistemas netamente centralistas y con distintos grados de descentralización (Chile, Colombia, España, Francia e Italia). En los capítulos nacionales se buscó responder los siguientes interrogantes, entre otros:

- ¿La distribución de competencias entre la administración central y los estados locales en relación con el poder de policía en materia sanitaria se encuentra regulada en la Constitución nacional o surge de alguna ley-convenio?, ¿es esta una competencia local, de la administración central o concurrente?, ¿cómo funciona el sistema en caso de ser concurrente?
- Para enfrentar la pandemia, ¿se declaró el estado de emergencia? Si fue el caso, ¿qué medidas se tomaron y a través de qué instrumentos?, ¿estas medidas fueron tomadas por la administración central o también por los estados locales?
- Si no se declaró el estado de emergencia, ¿qué repuestas se tomaron a nivel de la legislación ordinaria sin recurrir a medidas de

emergencia?, ¿se dictaron normas jurídicas principalmente por la administración o a través de las autoridades locales?

- ¿Qué restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales se pueden observar en cada uno de los Estados seleccionados?, ¿existieron diferencias en las restricciones de la administración nacional y las de los estados o provincias?
- En los sistemas federales, ¿se mantuvo la repartición de competencias establecidas en las constituciones o se centralizó el poder (de manera excepcional)? En el caso de que se hubiese centralizado el poder, ¿cómo reaccionaron los estados locales?
- ¿Se observó coordinación o descoordinación entre el nivel central y las entidades subnacionales? De haber sido así, ¿cuáles fueron las razones de la coordinación o descoordinación?
- ¿Qué implicaciones financieras y del gasto público trajo aparejada la lucha contra la pandemia?, ¿las cuestiones presupuestarias fueron decididas por el Estado nacional o conjuntamente con las provincias o estados locales?, ¿cómo funciona el sistema de reparto de la recaudación impositiva?, ¿fue útil el recaudo de impuestos para profundizar soluciones federales o para centralizar las decisiones?
- ¿El control judicial de constitucionalidad es federal o descentralizado?, ¿se realizó algún tipo de control constitucional sobre las medidas tomadas a nivel local o federal?

En un tercer capítulo, de análisis comparado y de conclusiones, se trabajó sobre la base de la información que surge de los capítulos nacionales, con el objetivo de sistematizar y comparar los resultados. Este capítulo busca marcar los diferentes abordajes que existieron entre los países con sistemas federales y los que no lo son. Se procuró responder interrogantes como:

- ¿En Estados federales, durante la pandemia, se declaró en general el estado de emergencia en menor medida que en estados centralizados?
- ¿Se buscaron respuestas al nivel de la ley ordinaria sin recurrir a medidas de emergencia?

- ¿En general, las limitaciones a los derechos fundamentales fueron menos restrictivas que en Estados centralizados?
- ¿Un régimen descentralizado es un obstáculo para la toma de decisiones en tiempos de crisis o, por el contrario, permite reaccionar rápido en tales condiciones?
- ¿La estructura federal aumentó o no la calidad democrática de las decisiones tomadas para combatir contra el covid-19?
- ¿El sistema federal generó dinámicas dialógicas superadoras, formales y/o informales, entre los distintos niveles de gobierno durante la crisis sanitaria?

Para resumir, aplicando un enfoque de derecho comparado, la idea principal del tercer capítulo fue contestar a la pregunta por si hay una correlación entre la eficiencia y el fracaso de las respuestas a la pandemia y la estructura del Estado como federal o centralizado o si el éxito de las respuestas al covid-19 está relacionado con el nivel del Estado de derecho y de democracia prepandemia de los Estados en general y el estilo político adoptado para el manejo de la crisis.

Capítulo I.

Introducción al federalismo

Naturaleza del federalismo: flexibilidad y pandemia

Sergio M. Díaz Ricci (Argentina)*

E pluribus unum

ESCUDO DE EE. UU.

RESUMEN: El federalismo estadounidense es el referente mimético del Estado federal. La novedad del federalismo es la coexistencia de un Estado federal y las distintas unidades estatales que lo conforman. En la génesis de todo Estado federal –clave para comprender el federalismo– debe haber uno o varios estados preexistentes que transfieren su estatalidad al nuevo Estado, tanto en el federalismo integrativo como en el atributivo. Como su ADN, el nuevo Estado recibe las características históricas, culturales, sociales y políticas de sus progenitores, las cuales explican las razones democráticas, culturalistas, liberales y utilitaristas que lo justifican. A la luz de estos elementos, se analiza la génesis del federalismo en EE. UU., en tres países latinoamericanos (Argentina, México y Brasil) y cinco europeos (Suiza, Alemania, Austria, Bélgica, Rusia) y en el Commonwealth británico (Canadá, Australia, India). Esta “estatalidad” se manifiesta en la capacidad de darse su propia Constitución. Asimismo, la Constitución confiere tanto al Estado central como a los estados miembros su estatus federativo, confluencia de atribuciones estatales que dota al Estado social de una flexibilidad que, desde un federalismo dual, fluye hacia el mayor dinamismo y elasticidad del federalismo cooperativo. La identidad federal se convierte en una condición de la preservación de la existencia de los estados miembros. Es el núcleo intrínseco del principio federal, como un valor de un desarrollo pluralista en democracia.

PALABRAS CLAVE: Federalismo, flexibilidad, génesis, identidad federal.

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de Derecho Constitucional Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario. serdiricci@gmail.com

1. Teoría del federalismo, un intento infructuoso

Una teoría del federalismo¹ que pretenda una síntesis de los elementos esenciales de esta forma estatal será solo eso: una teoría, porque el material de estudio son Estados concretos que se autodenominan federales, pero que exhiben realidades muy diferentes.² Encontrar un común denominador es una tarea prácticamente destinada al fracaso. Solo por aproximación podemos hallar un núcleo común, que siempre tendrá como punto de referencia el modelo original de los Estados Unidos de América. En realidad, no es –como señalan algunas clasificaciones– que el federalismo oscile entre dos polos; por el contrario, es unidireccional, ya que tiene al federalismo estadounidense como punto de inicio, a partir del cual van apareciendo en el camino *otros federalismos* que, a medida que se alejan de esa piedra miliar, van perdiendo o adquiriendo otros rasgos o integrando nuevos esquemas de organización estatal que buscan imitarlo, pero siempre tienen y tendrán como referencia liminar su punto de partida: el federalismo estadounidense.

El concepto de federalismo es una construcción racional, posterior incluso a su matriz originaria, porque la Constitución de los Estados Unidos de 1787 en ninguna parte emplea esta palabra. Pero, como enseñaba Wittgenstein, aunque el significado de una palabra sea conocido por todos –en este caso, “federal”–, cuesta saber si lo que uno designa con ella coincide con el significado que le da otro. Quizás un estudio de derecho comparado circunscrito a los Estados que se autodeterminan como federales pueda

1 Debemos alertar sobre la “ideología federalista” que busca encubrir dentro de una vaga y amplia noción de federalismo los intentos de autodeterminación política de algunas comunidades o regiones y que, a modo de cajón de sastre, da cabida a modelos que van desde el “federalismo chino” hasta la Unión Europea, pasando por el *procés catalán* en España. O, a la inversa, a fuerza de intentar un género donde tengan cabida las especies más variadas de “estados descentralizados”, se torna inútil.

2 Por esta razón, la cantidad de Estados federales en el mundo es variable, porque depende de lo que se entienda por tales. *The International Association of Centers for Federal Studies* (<http://iacfs.org/>) reconoce solo 25 Estados federales. El Forum of Federations de Canadá incluye a Chipre, Sudáfrica, junto a España. Otros, con criterio más amplio, identifican 58 países gobernados por algún tipo de principios y acuerdos federales.

proporcionarnos la información necesaria para desentrañar alguna esencia común que sirva de base para una teoría del federalismo “constitucionalmente adecuada” (al decir, de K. Hesse³), es decir, que nos brinde respuesta a la inquietud que guía este estudio y sepamos si el federalismo, como sistema, permite una mayor eficiencia y adaptabilidad en tiempos de crisis sanitaria.

Hasta el siglo XIX la palabra federal era apenas conocida. El mundo de entonces solo conocía el modelo de Estado centralizado. Y aunque en Europa habían existido uniones de Estados (generalmente pequeñas repúblicas), que el uso historiográfico erróneamente denominó “confederaciones” (Confederación Helvética, Provincias Unidas de los Países Bajos), en realidad, el empleo diferenciado de estos dos términos: confederación y federación, proviene de la experiencia estadounidense con que se quiso diferenciar dos modelos de construcción de su Estado nacional. El primero fue el de confederación, de 1777, que aparece en los “articles of *Confederation and perpetual Union between the States of...*”, cuyo artículo 1 señala: “The Stile of this *confederacy* shall be ‘The United States of America’”. El segundo, diez años después, fue la unión resultante de la Constitución de 1787, que curiosamente, como vimos, no emplea en su texto original ni en las 27 enmiendas posteriores la palabra federal. En verdad, este término fue un neologismo empleado para poder diferenciar el nuevo Estado nacido en 1787 –cuyo preámbulo reza: “in Order to form a *more perfect Union*”– del modelo anterior de confederación y que adquirió difusión a través de 85 artículos recolectados de tres diarios de Nueva York que se publicaron con el título *The Federalist* entre fines de 1787 y principios de 1788.

A pesar de ello, no hubo hasta muy entrado el siglo XIX una clara distinción entre federación y confederación y tampoco se puso especial reparo en ello. Por ejemplo, la Constitución suiza de 1848 se aplicaba textualmente a una confederación: “queriendo afirmar la alianza de los confederados, [...] art. 1: Los pueblos de los veintidós cantones soberanos de la Suiza, unidos por la presente alianza, [...] forman unidos la Confederación suiza”, expresión que aún aparece en la vigente Constitución de 1999. También el

3 K. Hesse, *Escritos del derecho constitucional* (Madrid: FCE, 1983).

texto primigenio de la Constitución argentina de 1853 empleó el término confederación (preámbulo, arts. 5, 13-18, 20, 31) como sinónimo de federal, sin por ello incurrir en ninguna confusión conceptual, pues claramente establece la forma federal de gobierno (art. 1) o menciona al “gobierno federal” para aludir al estado central (arts. 2-4, 25), e incluso la reforma de 1860⁴ se preocupó de introducir expresamente como nombre oficial del país el de Confederación Argentina (art. 35).

Como se ve, la clave para hallar una idea general del federalismo⁵ la encontraremos, si partimos de la génesis de cada uno de los Estados que se autoidentifican como federales. Así, el surgimiento en 1778 de un Estado federal en Norteamérica fue el resultado de la necesidad de supervivencia política de un grupo de estados *in nuce* (las trece colonias de inglesas). Estas engendraron un nuevo tipo de Estado que puso en entredicho el dogma axiomático de la unidad del Estado sobre el que se fundaban las monarquías absolutas europeas. Para comprender el federalismo debemos analizar entonces el proceso de formación de cada Estado federal, lo que nos dará la clave de su naturaleza y características.

2. Principio de unidad del Estado

A fines del siglo XVIII, nos encontramos en el apogeo de la formación del Estado moderno, que en Europa continental se construyó alrededor de la monarquía absoluta. La unidad del Estado en torno a un rey para superar la poliarquía feudal y dominar la resistencia de la nobleza fue el dogma incuestionable y el objetivo político principal de los monarcas europeos. La unidad de acción política se convirtió en un *must* y la dirección unificada del Estado, en una necesidad de seguridad y supervivencia colectivas. La expresión *l'Etat c'est moi* de Luis XIV (1638-1715) fue la síntesis más acabada de esta idea. El Estado absoluto fue el esfuerzo por lograr una acción

4 Esta reforma mitrista, que concretó la incorporación a la Confederación Argentina del Estado de Buenos Aires, se preocupó por reemplazar el término confederación en todo el texto por el concepto de “nación”, para confundirlo todo y, de paso, diluir lo más específico de lo federal en la vaga idea francesa de nación.

5 Véase Tania Groppi, *Il federalismo* (Roma: Laterza, 2004).

política unificada frente a la resistencia social de cuerpos intermedios (nobleza, clero, gremios, etc.), aunque en este campo, en realidad, la Revolución Francesa fue mucho más exitosa que el *Ancien Régime* en lograr una mayor homogenización social.

El Tratado de Westfalia de 1648, que puso fin a la Guerra de los Treinta Años, demarcó las fronteras físicas entre los viejos y los incipientes Estados europeos con base en los principios de soberanía nacional e integridad territorial. Las modernas armas de fuego permitieron extender y mantener el dominio sobre una extensión territorial bien delimitada y reconocida por cada Estado. En resumen, la idea de unidad del Estado fue un principio apodíctico, particularmente en países con identidades culturales muy definidas, como España, Francia, Austria, Rusia, Inglaterra, Nápoles. En otros territorios, el objetivo de la unidad estatal será motivo de preocupación política y especulación teórica con retraso, como en Alemania e Italia.⁶

Cuando la teoría del Estado aborda el fenómeno del federalismo se enfrenta con la dificultad de encontrar una explicación racional para el dogma de la unidad estatal y de soberanía. Algunos autores, como Lucas Verdú, ven la construcción jurídica del Estado federal como la culminación de la teoría del Estado.⁷ Conceptos que sufren un estrés adicional cuando se aplican a la construcción del espacio europeo. La tendencia a la integración entre Estados y, especialmente, a imponer a los que integran la unión una especie de *ius publicum europaeum* revitalizó la idea de lazos federales (el utopismo federalista).⁸

6 Es llamativo advertir cómo la preocupación principal de dogmática del derecho público alemán de fines del siglo XIX (Gerber, Laband) giró principalmente en torno de la idea de unidad estatal, al igual que la gran *Allgemeine Staatslehre* alemana de principios del siglo XX (Jellinek, Smend, Schmitt, Heller), que refleja las inquietudes políticas de esa época. De modo análogo pasa en la Escuela del Derecho Público italiana, sin abandonar el método técnico-jurídico (Santi Romano, V. E. Orlando, L. Rossi, C. Mortati, S. Musso, Crisafulli).

7 Véase Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo, *Manual de Derecho Político* (Madrid: Tecnos, 1987), 303.

8 Véase Verdú y Murillo, *Manual de Derecho Político*, 317.

El nacimiento del Estado federal en EE. UU. puso en entredicho el principio de la unidad del Estado como dogma, porque demostró que era posible mantener la unidad integrando varias unidades estatales y continuar siendo un único Estado frente a la comunidad internacional, con varios estados superpuestos en su interior. La unidad estatal no significaba necesariamente la disolución de las unidades estatales integrantes, las cuales, además, podían compartir las funciones estatales, sin poner en peligro la unidad de acción estatal. Este es el gran aporte estadounidense. Confundir unidad con unitarismo fue un error conceptual muy difundido y, además, presentado como posición antagónica al federalismo. El lema *E pluribus unum*, inserto en el escudo oficial de los Estados Unidos desde 1782, expresa, en insuperable síntesis, la idea innovadora de este nuevo Estado: unión, que no unidad total.

3. La solución federal

Como anticipamos, conviene posar la mirada en la realidad del proceso histórico de gestación de los Estados federales, que tiene siempre, como referente mimético, al federalismo estadounidense, pero amoldado a la realidad y momento políticos de cada país. La *solución federal* fue el remedio para distintos males.⁹ Pero el federalismo es algo más que un método de relaciones interestatales, pues aporta un *plus* en materia de libertades y garantías. El federalismo estadounidense sirve de contrapunto al principio absoluto de la unidad del Estado, porque resguarda la autonomía política y social de cada estado parte de la unión. Justamente este es el desafío del federalismo: conservar estos espacios de autonomía y preservar,

9 No olvidemos que incluso países comunistas formalizaron un tipo de relaciones federales v.g. la URSS fue un Estado federal de repúblicas socialistas soviéticas (*soviet*: consejo o asamblea comunal) o la federación de la República Socialista Checa con la República Socialista Eslovaca en 1969. Sin olvidar, el singular régimen de la Yugoslavia de Tito, que estalló como granada a su muerte. Obviamente los espacios de autonomía estaban neutralizados por el dominio monopólico del partido único comunista, al igual que pasa en la actual República China, en la que algunos creen ver ciertos rasgos federales de hecho. En el extremo opuesto, el anarquismo propicia un ideario federal (P.-J. Proudhon).

simultáneamente, la unidad de acción estatal. Un recurso etimológico echa algo de luz, cuando se recupera la raíz *foedus*, que significa pacto y, por tanto, supone una base consensual –porque no puede haber pacto sin voluntades que expresen consentimiento–,¹⁰ cuyas voluntades se unen para lograr la unión, no la unidad.

En EE. UU. y Suiza esa unión surge de la necesidad de supervivencia frente a una amenaza externa, al igual que Alemania tuvo el empeño de lograr la unidad estatal en un espacio fragmentado, con un Estado hegemónico: Prusia, que además competía con Austria. Este ingrediente de búsqueda de superación colectiva sin disolución de la propia entidad lo encontramos en casi todos los federalismos integrativos. Pero también, en menor grado, en los federalismos atributivos, que promueven la descentralización a partir de un Estado unitario (Brasil, Canadá, etc.). En suma, el federalismo se nos muestra como una estructura política de gran flexibilidad, porque la tensión entre las unidades federativas –celosas de su identidad y autodeterminación– y la unión que las beneficia confiere un dinamismo y una elasticidad que posibilitan realidades multiformes.

El constitucionalismo actual, a diferencia de la perspectiva estática del constitucionalismo del siglo XIX, ha descubierto estructuras dinámicas de adaptación de las instituciones a ciertas modulaciones derivadas de las nuevas aspiraciones democráticas de los pueblos. El federalismo, como el semipresidencialismo francés de 1958, son ejemplos de ello. De esta

10 La naturaleza consensual de estas organizaciones políticas encuentra una fuente remota en los *Convenants* religiosos, mediante los cuales un grupo de personas constituían una comunidad de fieles. Este modelo de acuerdo comunitario aparece en el emblemático pacto de Mayflower de 1620 a través del cual los *Pilgrim fathers*, al desembarcar en Plymouth, decidieron dar un paso más y constituirse en una comunidad política. Por un lado, se entrevé la reminiscencia religiosa en el principio teológico protestante, más específicamente anglicano, según el cual la mediación entre el individuo y el Estado se basa en un acto de confianza común (*fellowship*). Habría que indagar si existe alguna vinculación filológica entre *fellow* y *foedus*. También guarda cierta proximidad y analogía con otra palabra: *fides*, que connota confianza y seguridad. Y, por otro lado, también se advierte buena dosis de contractualismo, tan caro al pensamiento iusnaturalista de fines del siglo XVI-II. La mismísima expresión alemana *Bundesstaat* tiene connotaciones de alianza y compromiso recíproco.

ventaja, sin embargo, proviene la mayor dificultad de lograr una conceptualización uniforme de su naturaleza jurídica, de manera que, cual síntesis lógica, brinde una explicación del Estado federal como técnica de organización y distribución del poder estatal.

Como advertencia adicional, solo en sentido alegórico puede hablarse de división territorial del poder en un Estado federal, porque en realidad son dos Estados que actúan superpuestos, uno encima del otro, simultáneamente, en el mismo territorio (el del Estado federado) y, además, lo hacen sobre la misma población que se encuentra dentro de los límites del estado local, si bien ambos Estados actúan con potestades diferentes.

Desde una perspectiva democrática que atribuye al pueblo la legitimidad política, nos encontramos con dos instancias: a) el pueblo de cada estado, que busca preservar su identidad local, razón por la cual existe como entidad estatal; y b) el pueblo federal, integrado a los pueblos del conjunto de los estados federados, o sea, a la sumatoria de los pueblos de los estados locales que forman el pueblo federal. En definitiva, no hay un pueblo para el Estado federal y otro, distinto, para los estados miembros. Aquel es el producto de la suma de cada uno de los pueblos de cada estado particular (“We the People of the United States”). Ambos: el conjunto y el local, determinan su propia forma de organización política a través de una Constitución que rige para el ente colectivo y Constituciones que rigen para cada uno de los entes locales.¹¹

Suele explicarse el federalismo a partir de cuatro justificaciones o finalidades: democrática, culturalista, liberal, utilitarista. La perspectiva democrática es la de mayor peso específico. Pone el acento en la distribución del poder en unidades de gobierno autónomas que brindan más oportunidades de participación cívica a los ciudadanos en la vida política y, por tanto, en la configuración de una comunidad local. Por un lado, ello activa valores democráticos, porque fomenta el compromiso, promueve la participación ciudadana e involucra en la gestión de los intereses locales a los afectados.

11 Véase Sergio Díaz Ricci, *Teoría de la reforma constitucional* (Buenos Aires: Ediar, 2004), 271-297.

Por el otro, ello comporta una limitación para el gobierno centralizado, que encuentra ámbitos donde no puede ejercer su influencia, de modo que se preservan espacios de autonomía política que resguardan las identidades locales o de las minorías. Esta idea de limitación de poder aporta un valor superlativo al orden democrático.

Otra visión pone el acento en la preservación de la dimensión cultural comunitaria como fundamento de la convivencia política plural.¹² Esta explicación tiene trascendencia en comunidades de gran diversidad étnico-lingüística como la India, o cultural, como Canadá. Pero, llamativamente, no es determinante en Suiza, a pesar de su diversidad lingüística. El federalismo permite expresar y preservar los valores de la comunidad local para hacer frente a la uniformidad y homogeneidad promovida desde un gobierno central.

Una tercera concepción pone énfasis en la idea de control y división del poder en relación tanto con el gobierno federal como con el gobierno local. Impide la concentración del poder, respecto del primero, porque los estados locales amortiguan las fuerzas centralizadoras del Estado federal. Respecto del abuso que pueda ocurrir dentro de un estado local, se tiene como resguardo la intervención del Estado federal. Esta percepción ya había sido anticipada por Montesquieu, como veremos más adelante, que apeló al argumento de la capacidad de los estados locales para neutralizar entre sí las tendencias dominantes y para morigerar el daño que se produzca en uno de ellos, de modo que no afecte a los demás. Esta visión aparece en *The Federalist Papers* para argumentar que el peligro de dominación del gobierno federal estaría contrarrestado por un mayor apego de los ciudadanos a su comunidad local que al Estado federal.

Finalmente, hay una versión utilitarista del federalismo que lo justifica por maximizar la utilidad general, principalmente la eficiencia económica, porque promueve la competencia interjurisdiccional en el marco de un mercado único. Sobre el supuesto de la libre circulación de personas y

12 Véase Peter Häberle, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional* (México: UNAM, 2006).

mercancías, en una visión economicista, se incentiva a los estados miembros a competir entre sí para ofrecer las mejores ventajas que favorezcan el asentamiento y poblamiento (caso de Australia). Asimismo, se señala, como efecto colateral, que promueve un “modelo de competencia por comparación”, porque los habitantes de un estado comparan los beneficios o logros de sus vecinos, lo que se convierte en demandas hacia la dirigencia local.

Aquí encontramos aquella idea de “laboratorio social” expresada por el Justice Brandeis, justamente como consecuencia de medidas económicas adoptadas por un estado: “It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country. This Court has the power to prevent an experiment”¹³

4. Estatalidad de los estados federados

La doctrina tradicional, expuesta por *The Federalist*, B. Tucker y J. Story en Estados Unidos, y por A. Tocqueville, G. Weitz y J. Hausmann en Europa, y atada al viejo canon de la soberanía, inventó la noción de soberanía divisible,¹⁴ que no sirve, empero, para resolver el problema principal que representan los conflictos de competencia que suelen darse entre la unión y los estados. Como señalamos, la comprensión de la articulación entre estados miembros y Estado federal está determinada por su génesis. Si el Estado federal (Unión, en la acertada terminología estadounidense y mexicana) fue engendrado por varios Estados preexistentes o si, en sentido inverso, fue a partir de un Estado unitario como se generaron los estados locales (por ejemplo, Canadá). En definitiva, si los estados locales gozan de “estatalidad” originaria o derivada. Esta naturaleza estatal se manifiesta en el dictado de la propia Constitución local con autodeterminación constituyente, aunque, en verdad, no es ilimitada, porque debe armonizar con los principios y pautas generales de la Constitución federal, sin perder, claro está, la autonomía

13 USSC *New State Ice Co. vs. Liebmann*, 285 U.S. 311, 1932.

14 A esta concepción se contraponen la doctrina fundada en la idea de “indivisibilidad” de la soberanía, según la cual la soberanía y la condición de Estado le corresponderá ora a la Unión (A. Zorn) ora a los Estados miembros (M. v. Seydel).

de la vida social, que se entiende, según Lucas Verdú, como la raíz última del federalismo.¹⁵ Muy elocuente fue el incidente de 1830 cuando, al celebrarse el Día del Presidente en el natalicio de G. Washington, el tercer lunes de febrero, el presidente Andrew Jackson afirmó con ocasión del brindis: “[A] Nuestra Unión [...] ¡tenemos que preservarla!”, lo que suscitó una agria réplica de John C. Calhoun, su vicepresidente: “¡La Unión, después de nuestra libertad, [es] lo máspreciado!”, anécdota que sintetiza la *quaestio disputata* del federalismo.

Suele tenerse como canónica la definición de federalismo del profesor australiano K. Wheare: “El gobierno federal significa una distribución de funciones entre autoridades coordinadas, autoridades que no están subordinadas de ninguna manera la una a la otra ni en la distribución y alcance ni en el ejercicio de las funciones asignadas”.¹⁶ Esta definición tiene el valor de señalar el punto neurálgico de la naturaleza federal del Estado: la coexistencia de dos órdenes distintos de gobierno sin subordinación el uno respecto del otro.

De ahí, entonces, la relevancia de destacar la estatalidad de los estados miembros, tal como lo hace Klaus Stern cuando describe al Estado federal como aquella unión de estados a través de una Constitución, de manera que los estados miembros (*Gliedsstaaten*) continúan existiendo, al tiempo que el conjunto de los órganos resultantes de la unión ostenta la condición de Estado (*Gesamtstaat*), pues resalta la existencia de una condición simultánea de Estado.¹⁷ Esta es la razón por la que no incluimos dentro de los Estados

15 Cfr. Verdú y Murillo, *Manual de Derecho Político*, 306.

16 Cfr. Kenneth Wheare, *Federal Government* (Michigan: Oxford University Press, 1946). Elzar, con una visión más general, define las federaciones como sistemas políticos que combinan elementos de gobierno común y autogobierno por medio de, al menos, dos órdenes territoriales de gobierno que conforman entre sí comunidades independientes, aunque superpuestas, dotadas de potestades y obligaciones independientes (aunque a veces coincidentes). Daniel Elazar, *Exploring Federalism* (Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1987).

17 Cfr. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (Madrid, CEC, 1987), 347. Precisamente, en esta “estatalidad” se funda la potestad tributaria de las entidades miembros para establecer impuestos sobre las personas que habitan dentro de su territorio. A ello se añade un asunto fundamental: el dominio de los

federales aquellas comunidades o regiones autónomas que carecen de esta condición de estado con capacidad de establecer un orden institucional por autodeterminación constituyente a través del dictado de una Constitución y sin intervención del gobierno federal. Podrán ser objeto de una más amplia clasificación como Estados descentralizados, pero, como dijimos, esta perspectiva es inapropiada para una noción estable y compartida de Estado federal.

Queda pendiente la pregunta sobre quién expresa la totalidad del Estado. La respuesta es que la federación, en su conjunto, está representada por el Estado federal como organización superior, originada por la unión de los estados particulares. No hay una nueva federación (como tercera y superior instancia) entre el Estado federal y los estados miembros.¹⁸ La compartición de poderes entre el Estado federal y los estados locales opera en el ámbito interno, mientras que es el Estado federal quien hacia el exterior expresa al conjunto como una unidad, como único sujeto de derecho internacional, como lo señala el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁹

recursos naturales, sobre todo de aquellos que tienen vital importancia, como el petróleo o de la metal-minería.

- 18** Alguna doctrina (Kelsen, Nawiaski) y la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (Koncordatsurteil E., 6, 309 (26.03.1957)) desarrollaron la concepción del Estado federal de tres miembros: los estados particulares, el Estado central o superior (el *Zentralstaat* u *Oberstaat* es el *Bund*, cuyos órganos son el gobierno federal y el *Bundestag*) y la República Federal resultante de la unión de ambos (*Gesamtstaat*) con sus propios órganos (presidente federal y *Bundesverfassungsgericht - BVerfG*). La utilidad de esta perspectiva es advertir que puede haber discordancia entre los intereses del *Bund* y del *Gesamtstaat*. De este modo se pone en evidencia que no siempre el Estado central será expresión de los intereses generales del conjunto. Por cierto, no confundir con el federalismo trimembre moderno que incluye a los municipios en relación federal (caso Brasil).
- 19** De ello se ocupa la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la denominada Cláusula Federal del artículo 28.1. "Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las

El Estado federal en conjunto con los estados miembros desarrolla todas las funciones estatales en el marco de la Constitución, hallándose ambos, por tanto, desde una posición respectivamente autónoma, en una relación de igualdad y superposición. Algunos autores hablan de yuxtaposición (lat. *luxta*: “junto a” y *ponere*: “poner”), pero es un término impropio, porque el Estado federal y el estado local no se encuentran uno al lado del otro, sino, de algún modo, superpuestos sobre las mismas personas, dentro del mismo territorio de un Estado federado. En realidad, la yuxtaposición (hallarse uno junto a otro) solo podría predicarse respecto de los Estados federados entre sí.

La sustancia estatal es un factor determinante, porque solo puede surgir una entidad estatal si proviene de otra u otras entidades estatales que la preceden y le trasmite/n la estatalidad. Es como el ADN que se origina en el ADN de un estado preexistente que se trasmite al nuevo Estado, por ejemplo, un Estado que se independiza de su metrópoli. En el mundo moderno la estatalidad no surgió de la nada y siempre provino o se originó de uno o varios Estados preexistentes. En América, las declaraciones de “independencia” fueron manifestaciones de la voluntad y signo de la separación de un Estado preexistente (imperio británico, imperio español, etc.) con el cual se rompieron vínculos, para adquirir por propia determinación la naturaleza de nuevos Estados .

Este parangón es muy afortunado, pues nos permite explicar y comprender las características culturales, sociales, históricas y políticas que el nuevo Estado recibe de su/s progenitor/es y que en buena medida condicionan su identidad. Esta metáfora es aplicable también a la génesis de un Estado federal, que recibe su ADN de los estados miembros que se unen o al Estado surgido cuando estos reciben su ADN del Estado central, que les da nacimiento como nuevas entidades federativas. El ADN estatal se trasfiere a la nueva entidad central o a las nuevas unidades federadas,

medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”.

respectivamente, como federalismo integrativo (EE. UU., Argentina, Alemania, Suiza) o *bottom up*, o atributivo (Canadá, Bélgica, Brasil).

Incluso se pueden incorporar nuevos miembros a la federación en calidad de estados federados: a) como Estados independientes que se incorporan ahora como estados miembros a una federación preexistente (Estado de Buenos Aires en 1860 o de Chiapas en México en 1824); b) por división en dos de un Estado federado preexistente (cantón de Jura de Berna en 1979 en Suiza, o Sonora y Sinaloa en México en 1830); c) por reunión de varios Estados federados preexistentes en uno solo (Baden-Württemberg formado por tres *Länder*: Baden, Württemberg-Baden y Württemberg-Hohenzollern); d) por incorporación: los quince distritos o *Bezirke* en que se dividía la ex República Democrática de Alemania, se convirtieron en cinco *Länder* (Brandeburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Turingia) y se incorporan a la República Federal Alemana como nuevos estados miembros de la federación; e) finalmente, cuando antiguos territorios federales adquieren estatus de Estado, convertidos en unidades miembros, es decir, que adquirieron estatalidad federada (territorios nacionales en Brasil, Argentina, o Canadá, transformados en estados miembros por decisión del Estado federal).²⁰ También podría ocurrir que se desprenda un estado miembro de un Estado federal, para adquirir plena independencia; por ejemplo, Guatemala se independizó de México en 1821, y Carolina del Sur, Misisipi, Florida, Alabama, Georgia, Luisiana y Texas se escindieron de la Unión y formaron los Estados Confederados de América de 1861 a 1865).

La calidad de estado de las unidades federadas se reconoce por la capacidad de darse su propia Constitución local, como manifestación de autodeterminación constituyente, a través de la cual el gobierno local desarrolla funciones estatales tomando decisiones finales, sin interferencia federal.

20 Una peculiaridad del federalismo es la posibilidad de su ampliación, es decir, la incorporación nuevos estados a la unión (v.g. art. 13 CA) confiriendo *status* de estados, es decir, estatalidad a estos nuevos territorios.

5. La Constitución federal como fundamento de los Estados

El estatus *federal* emana de la Constitución federal. Podemos decir, *in extremis*, que los poderes estatales de ambos niveles: del Estado central y de cada uno de los estados miembros, encuentran su origen y fundamento en la Constitución común y se limitan recíprocamente. Como se señaló más arriba, en una federación el Estado federal y los estados miembros, en conjunto, desarrollan entrambos todas las funciones estatales en el marco de la Constitución. Las funciones estatales están repartidas por la Constitución entre el Estado central y los estados miembros que, unidos, forman la totalidad del poder estatal. Para G. Jellinek el origen del Estado federal marca su naturaleza, toda vez que no nace de un tratado o pacto entre Estados, sino que se manifiesta en un acto de voluntad política unificada a través de la sanción de una Constitución, de la cual procede la existencia del Estado federal,²¹ mismo que, partir de ella, cuenta con un derecho público a título propio, sin que los estados miembros pierdan su condición de estados, razón por la cual también poseen derechos a título propio. Un rasgo típico del federalismo es la participación los estados miembros en la formación de esa voluntad federal, en un órgano representativo de esta identidad estatal local: en paridad de condiciones entre los estados, como en el Senado en EE. UU., Brasil o Argentina o, en otros casos, de manera asimétrica, como el *Bundesrat* alemán o el Senado mexicano. El caso extremo es Venezuela, que eliminó el Senado en la Constitución de 1999.

Si bien la Constitución engendra al Estado federal y establece la posición de los estados miembros, esta tiene como presupuesto un *præius* insoslayable: a) en el modelo clásico: fueron los estados miembros quienes dieron nacimiento a la Constitución federal, lo que suele verse reflejado en los preámbulos federales: “We the people of the United States”,²² “Nos, el

21 Cfr. Georg Jellinek, *Teoría General del Estado* (Buenos Aires: Albatros, 1954), 581.

22 Advirtamos que esos “estados unidos” eran las 13 excolonias. En ese momento no estaba aludiendo al estado federal (denominado, además, “Unión” a secas) que, subsecuentemente, habrían de dar a luz. Ello por una elemental razón lógica temporal, no se puede mentar algo que aún no ha nacido y que recién, *a posteriori*, luego de la ratificación de la Constitución por nueve estados (y solo para los que la

pueblo de la nación argentina reunido en congreso general constituyente, por voluntad y elección de la provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes”; “el pueblo alemán ha decidido en los Estados de Baden, Baviera [etc.] y en virtud de su potestad constituyente, otorgar la presente Ley Fundamental”; b) en el modelo atributivo, el estado originario es quien confiere estatalidad a los estados miembros.

Montesquieu se va a ocupar de las repúblicas federales en *El espíritu de las leyes* explicando que “esta forma de gobierno es una convención por la que muchos cuerpos políticos consienten en hacerse ciudadanos de otro mayor que quieren formar. Es una sociedad de sociedades que componen una nueva que puede todavía aumentarse con mayor número de asociados hasta que su poder sea bastante a la seguridad de todos los socios”.²³ Al analizar los casos de Holanda, Suiza y Alemania, respecto de esta última desliza una crítica, por tratarse de una mezcla forzada de ciudades libres y principados, y tiene palabras laudatorias para Holanda, que encuentra más consistente, por venir de la unión de repúblicas, como en Suiza. Sin embargo, consideraba que estas asociaciones de ciudades eran cosa del pasado y afirmaba que “la naturaleza de las monarquías no es a propósito para la federación”,²⁴ si bien hoy tenemos federaciones monárquicas, como Bélgica²⁵ o Emiratos Árabes Unidos.

hubiesen ratificado), iba a adquirir existencia un año y medio después, el 1 de marzo de 1789, en concordancia con el artículo VII: “The Ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution *between the States so ratifying the Same*”.

23 Véase Charles Secondat Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. N. Buenaventura Selva (Madrid: Imprenta de Marcos Bueno, 1845), 160.

24 Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 162

25 Luego de la invasión francesa, en 1790 se formó una efímera Unión de Estados belgas, que conformaron una confederación de ocho provincias (Brabante, Flandes, Hainaut, Namur, Limburgo, Güeldes, Méchele y Luxemburgo), germen de la separación de Holanda en 1830 con el nacimiento de Bélgica.

6. Estado federal y territorio

Para dimensionar apropiadamente esta novedad, basta señalar que el Estado federal no tiene territorio propio, porque el suyo es la sumatoria de los territorios de los estados miembros²⁶ y, por lo tanto, un ciudadano es simultáneamente habitante de un estado local y del Estado federal. El federalismo produce esta peculiaridad, que para Th. D. Lancaster refleja “identidades complejas”.²⁷ Ambos Estados ejercen directamente derechos de dominación sobre los individuos, cada uno en el ámbito de su competencia y, a raíz de esta superposición o solapamiento espacial, las dificultades se desplazan, entonces, a la distribución de competencias.

Es claro que, si los Estados históricos decidieron unirse fue porque, a partir de la percepción de su propia insuficiencia, consideraron necesario poner en común sus potencialidades para dotarse de una instancia superior que brindara ciertos bienes que no podían alcanzar por sí mismos (seguridad de las fronteras, comunicaciones recíprocas, defensa, mercado único con protección aduanera, etc.). En suma, lo decisivo reside en la concreta distribución de funciones estatales entre estos dos niveles.

7. Federalismo y división del poder

Se suele incurrir en un error cuando el concepto de división de poder se transfiere sin mayor análisis al Estado federal. El principio de división de poder fue pensado para lo interno de un Estado, pero no es aplicable a la relación entre varios estados en un Estado federal, o sea, al vínculo entre el Estado central con los estados miembros. Solo por aproximación a la idea de limitación de poder se puede admitir el empleo de este concepto. Cuando el autor de este principio, Montesquieu, se ocupa de la república

26 En algún momento, la expansión territorial emprendida por el gobierno central en algunas federaciones de América (EE. UU., México, Argentina, Brasil) incorporó territorios nacionales que no eran estados. Hoy son ya prácticamente inexistentes porque progresivamente se convirtieron en estados locales.

27 Cfr. Thomas D. Lancaster, “Complex Self-identification and Compounded Representation in Federal Systems”, en J. Brzinski y T. Lancaster (eds.), *Compounded Representation in Western European Federations* (Londres: Frank Cass (1999), 59-89.

federal, en ningún momento la vincula al principio de división de poder, sino a la necesidad de seguridad que lleva a pequeñas repúblicas a agruparse para formar un cuerpo político mayor que proporcione medios de defensa que por sí solas individualmente no pueden alcanzar. Analizando los casos de Holanda, Suiza y Alemania, arriesga un comentario muy valioso que trasunta la idea de garantía:

El que quisiera usurpar no podría hacerlo, porque no estaría igualmente acreditado en todos los estados de la confederación. Si se hiciese demasiado poderoso en el uno, alarmaría [a] los demás: si subyugase una parte, la que permaneciera libre podría resistirle con fuerzas independientes de las que hubiera usurpado, y aun agobiarlo antes de que concluyera de establecerse. Si ocurre una sedición en cualquiera de los miembros confederados, los demás pueden apagarla, y si se introduce algún abuso en uno de los cantones, se corrige por los no viciados. El estado puede perecer por una parte sin perecer por la otra, y la confederación puede disolverse, y los confederados quedar soberanos.²⁸

Un anticipo de la visión utilitarista o funcionalista del federalismo.

8. Génesis de la solución federalista: tres lecciones

Mientras a partir del siglo XV en el continente europeo las monarquías emprendieron un intenso proceso centralizador, del otro lado del Canal de la Mancha, en el reino inglés soplaron vientos huracanados. Este proceso político, que influyó sobre la América británica, aportó tres grandes lecciones.

La *primera lección* de la Revolución inglesa sirvió para rebatir la idea de que la unidad del Estado dependía de los poderes absolutos del monarca. En Inglaterra, en el año 1648, se desató una guerra civil que enfrentó a un monarca débil con el parlamento.²⁹ El Estado del norte, el reino de Escocia, se mantuvo al margen de este conflicto. Esta guerra civil concluyó en 1688 con el triunfo del parlamento, que procede a instituir un nuevo monarca

²⁸ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 161.

²⁹ Para H. Heller, la insularidad británica es la causa de la debilidad del rey inglés, a diferencia de sus pares continentales, permanentemente amenazados por invasiones y guerras. Herman Heller, *Teoría del Estado* (México: FCE, 1998).

para el reino de Inglaterra y Gales (*William and Mary*), pero privado de poderes absolutos (*Bill of Rights* de 1689). Así Inglaterra conservó su unidad estatal sin necesidad de apoyarse en el poder político de un monarca absoluto, cuyo lugar fue ocupado progresivamente por el parlamento.

A los efectos que aquí interesan, sobre la génesis del federalismo, el proceso en las islas británicas nos brinda una *segunda lección*. A la muerte de Isabel I en 1603 le sucedió el rey Jacobo VI de Escocia en la corona de Inglaterra, como Jacobo I. Desde entonces, por casi todo el siglo XVII, Inglaterra y Escocia fueron dos reinos independientes, gobernados por la misma casa real, aunque de forma autónoma, pues cada uno contaba con su propio parlamento.³⁰ Esta “unión personal” de ambas coronas en la cabeza de un mismo monarca (sucesivamente, Jacobo I, Carlos I, Carlos II, Jacobo II, Guillermo y María, Ana) contribuyó a que estos hicieran varios intentos de unir ambos reinos.³¹ Compartir una misma casa real durante casi un siglo dio sus frutos con el Tratado de Unión (*Articles of Union*³²) entre el Reino de Inglaterra (Gales e Irlanda) y el Reino de Escocia. Una vez aprobado por ambos parlamentos, se proclama: “*the Two Kingdoms of Scotland and England, shall [...] be United into One Kingdom by the Name of Great Britain*”. De este modo, el 1 de mayo de 1707 se dio nacimiento a una nueva entidad estatal: el Reino de Gran Bretaña. Seguidamente, se produjo la disolución de ambos parlamentos, que fueron unificados en uno solo como Parlamento de Gran Bretaña, con miembros de Escocia tanto en la Cámara de los Lores como en la de los Comunes.³³ Este tratado político de unión entre dos

30 Algo parecido ocurrió en España con los reinos de Castilla y de Aragón hasta el siglo XVII, a pesar de la unión dinástica iniciada con los Reyes Católicos.

31 Incluso lo intentó el *Instrument of Government* (1653) que estableció una república: The Commonwealth of England, Scotland and Ireland, bajo el Protectorado de Cromwell y con un parlamento único en Westminster y llegó a integrar a Escocia y a establecer el libre comercio, lo cual mostró los beneficios que derivaban de esa unión.

32 Compuesto por 25 artículos. Nótese la semejanza con los 13 artículos de la Confederación de 1777 en EE. UU.

33 Dos notas remarcables: se preserva por separado el sistema legal escocés (art. 19) y cualquier norma de ambos estados que contradiga el tratado será inválida o nula (art. 25).

Estados para dar nacimiento a un tercero fue de enorme trascendencia, porque sirvió de referencia durante la Revolución norteamericana para que trece Estados preexistentes engendraran un nuevo Estado común.³⁴ Al fin y al cabo, formaban parte del mundo anglosajón.

La *tercera lección* proviene del continente europeo, con algunas confederaciones *sui generis*, denominación que se empleó para identificar un fenómeno singular relacionado con un grupo de Estados soberanos, generalmente pequeñas repúblicas, vinculados por un acuerdo de tipo internacional, como la Schweizerische Eidgenossenschaft (1291), o por alianzas entre ciudades, como la Liga Hanseática (Städtebünde de 1358) o la Liga Lombarda (1167). Ya en el siglo XIX, vinieron la Confederación Germánica (Deutscher Bund 1815) o la Confederación del Norte (Norddeutscher Bund, 1867-1871). A estos grupos de Estados soberanos vinculados por un acuerdo internacional se los calificó como confederaciones para diferenciarlos de las federaciones. En realidad, no es una traducción acertada, porque *Bund* también denota una federación como en Bundesrepublik Deutschland.

La idea de *provincias unidas* también ofrecía el ejemplo histórico en el continente europeo en la Provincias Unidas de los Países Bajos, o República de los Siete Países Bajos Unidos (1581-1795) integrada por siete provincias (Frisia, Groninga, Güeldres, Holanda, Overijssel, Utrecht y Zelanda).³⁵ Tengamos presente asimismo que existieron vínculos entre Holanda y las colonias del norte de América. En 1625, la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales se había instalado en Manhattan. En 1674, luego de la derrota holandesa, el rey Carlos II entrega a su hermano James, Duque de York (futuro Jacobo II de Inglaterra y VII de Escocia) esta posesión como una *Proprietary Colony*, quien la rebautiza con el nombre de Nueva York.

34 En oportunidad del *First Continental Congress* de Filadelfia de 1774, Benjamin Franklin citó el antecedente de la Unión de Inglaterra y Escocia para formar el Reino Unido.

35 Las provincias de los Países Bajos se separaron en 1579. Las del sur conformaron la Unión de Arras y las del norte la Unión de Utrech, que dio origen a las Provincias Unidas del Sur.

9. Clasificaciones del federalismo

Se han intentado muchas clasificaciones de federalismo, que dependen del criterio elegido; por ejemplo, incluir todo tipo de Estados democráticos y no democráticos, republicanos y monárquicos, Estados federados y comunidades autónomas, etc., lo que es bastante inútil, ya que las clasificaciones solo sirven si presentan alguna utilidad práctica.

Con un valor simplemente referencial, existen clasificaciones. Según su génesis, están los Estados federales creados por voluntad de varios estados preexistentes (*bottom up*), llamados integrativos, agregativos o unionistas, como EE. UU., Argentina, Alemania o Suiza; y los estados locales que nacen de un Estado central preexistente (*top down*), que les confiere existencia, denominados devolutivos, disgregativos o descendentes, como Canadá, Bélgica o Austria. Según el grado de equivalencia reconocido entre los estados miembros, hay federalismos simétricos y asimétricos, según la entidad o porción que tenga en la toma de decisiones colectivas cada uno de los estados miembros, como EE. UU. y Argentina, en el primer caso, o Alemania, Suiza y Rusia, en el segundo. En un tercer grupo, también se puede diferenciar entre estados federales republicanos (la mayoría) y Estados monárquicos, como Bélgica, Emiratos Árabes Unidos, o los Estados federales que forman parte de una Comunidad de Naciones, como Canadá o Australia, que tienen como jefe de Estado a la monarca británica.³⁶

10. Procesos de unión federativa

A efectos de este trabajo resulta más provechoso abordar la dimensión dinámica constructiva del federalismo, porque, en definitiva, sirve a nuestro objetivo de analizar la interacción entre estados locales y el Estado central. Como señalamos más arriba, la génesis de cada federación brinda la clave para conocer su naturaleza y características; por ello pasaremos revista a los procesos históricos de construcción de algunos Estados federales. Acierta J. Broschek al señalar que

³⁶ Véase Antonio María Hernández, *Studies in comparative federalism: Argentina, The United States and Mexico* (Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2019), 22-26.

... la evolución de trayectorias federales divergentes es, en gran medida, consecuencia de una serie de condiciones iniciales distintas que concurren en el momento de la federalización [...] [de modo que] que deben darse dos requisitos para que una federación goce de buena salud y sea sostenible: un compromiso generalizado con el federalismo como concepto y una estructura institucional que logre un equilibrio meticuloso entre los mecanismos de autogobierno y gobierno compartido.³⁷

Mientras de los 35 Estados americanos solo seis son federales, aunque ocupan la mayor parte del continente: Canadá, EE. UU., México, Venezuela, Brasil, Argentina, en los 48 países de Europa solo cuatro son federales: Suiza, Alemania, Austria y Bélgica –sin incluir, por su singularidad, a Bosnia-Herzegovina ni a Rusia–.

10.1. Estados Unidos de América

Necesariamente nos detendremos en los Estados Unidos de América, por ser el modelo arquetípico y punto referencial de todos los demás países federales.

El hecho político relevante es que doce unidades coloniales británicas en América del Norte, independientes entre sí, tomaron la iniciativa de autodeterminarse y concertarse para enfrentar a su metrópoli y emprender una revolución. La primera la iniciativa fue dictar sus propias Constituciones, incluso antes de dar nacimiento al Estado federal. Así lo hicieron –anticipándose a la misma Declaración de Independencia que dio nacimiento al nuevo Estado el 4 de julio de 1776–, New Hampshire, Carolina del Sur, Nueva Jersey y Virginia, con una Declaración de Derechos;³⁸ inmediatamente después, se sumaron Pensilvania, Delaware, Maryland, Carolina del Norte;

37 Jörg Broschek, "Federalismo en Europa, América y África: un análisis comparativo", en *Sistemas federales. Una comparación internacional*, coords. Martin Friedek y Mario Kölling, eds. Wilhelm Hofmeister y José Tudela A. (Zaragoza: Fundación Konrad Adenauer, Fundación Manuel Giménez, 2017), 37.

38 Otras dos mantuvieron sus cartas fundacionales: Connecticut, su *Fundamental Orders* de 1639 y Rhode Island (la primera en declarar la independencia del dominio británico y la última en ratificar la Constitución de 1787) conservó su *Carta de Rhode Island* de 1663.

y luego de dictarse los XIII Artículos de la Confederación (noviembre de 1777), lo hicieron Nueva York, Georgia, Massachusetts, en 1780. Aquí aparece el dato institucional capital del federalismo. La preexistencia de entidades estatales. Tales unidades constitutivas tenían un alto grado de institucionalización, exhibían aptitudes burocráticas y ejercitaban funciones estatales con notable capacidad. Este posicionamiento les confería una ventaja política sustancial, incluso sobre el futuro Estado federal que nacería para el conjunto sobre todo el territorio.

El sistema colonial británico era diferente del modelo colonial hispánico en las Américas. Este se caracterizó por la completa ocupación de todo el espacio geográfico, desde California hasta Buenos Aires, dividido en cuatro virreinos, con un virrey a cargo de estas inmensas extensiones, como autoridad máxima dotada de importantes poderes.³⁹ En cambio, las trece colonias británicas que se asentaron entre la franja costera y los montes Apalaches hacia el oeste, eran independientes entre sí, aunque mantuvieron intenso intercambio comercial, proveyéndose recíprocamente de mercaderías. Por orden cronológico, se establecieron Virginia (1607), [la colonia holandesa Nueva Ámsterdam que luego sería Nueva York, en 1624], Massachusetts (1630), Connecticut (1635), Rhode Island (1636), Carolina del Norte, Carolina del Sur (1663), Nueva Hampshire (1679), Pensilvania (1682), Nueva Jersey (1702) y Georgia (1732).

Hubo tres clases de colonias: a) las que comenzaron como *joint stock companies*, correspondientes a las de Virginia y Massachusetts, que fueron sociedades comerciales, a las que se agregaron Connecticut y Rhode Island; b) las *proprietary colonies* (Pensilvania, Nueva York, Delaware), y c) las *royal colonies* (Massachusetts, Nueva Hampshire, Maryland, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Nueva Jersey), cada una con un gobernador nombrado desde la metrópoli, que administraba asistido por un Consejo colonial y una asamblea popular, verdadero germen de autodeterminación democrática.

39 La presencia de pueblos originarios muy poblados (aztecas e incas) y de minas de oro y plata (explotadas con mano de obra indígena) fueron dos vectores determinantes de esta estrategia colonial española, factores que no existieron en la costa este de Norteamérica.

Hacia fines del siglo XVII casi todas eran ya colonias de la corona y a mediados del siglo XVIII empezaron algunos intentos de reunión, como el Congreso de Albany, de 1754, promovido por B. Franklin, y el Primer Congreso Continental de Filadelfia de 1774, que desembocó en el Segundo Congreso Continental de 1775, donde se aprobó la Declaración de la Independencia y, además, se elaboró el primer documento de organización común: los Artículos de la Confederación de 1777. Acá resulta interesante advertir que el término Estados Unidos no fue un neologismo, pues la expresión Provincias Unidas estaba presente en la lexicología de la época a través de las Provincias Unidas de los Países Bajos, denominación que fue imitada en la Declaración de Independencia argentina de 1816, que usó el nombre de Provincias Unidas de América del Sur.⁴⁰

El fracaso operativo político y militar de la Confederación llevó a propiciar una mayor ejecutividad a través de la conformación de una entidad estatal que reprodujera en el conjunto una mimesis de la que existía en cada Estado, imitando incluso el bicameralismo. Esta propuesta (Virginia Plan, New Jersey Plan, Great Compromise) se plasmó en la Constitución Federal de 1787 que dio origen a la Unión como un nuevo Estado, diferente de los estados federados. El mayor punto de discusión en la Convención de Filadelfia fue la distribución de competencias entre los estados y la futura Unión, patentizada por las tensiones entre federalistas (A. Hamilton, J. Adams) y demócratas-republicanos (Jefferson, Madison),⁴¹ que se proyectará durante todo el siglo XIX con prevalencia de estos últimos.

40 Otro de los nombres oficiales de Argentina es Provincias Unidas del Río de la Plata (art. 35 CA).

41 Inicialmente no hubo claridad en materia de distribución de competencias entre la unión y los estados, lo que llevó a que, años después, en 1791, se incorporara un principio general a través de la Enmienda 10: "Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo", es decir, los estados se reservan poder residual. Esta regla de distribución competencial tampoco es un principio apodíctico del federalismo, porque, por ejemplo, en Canadá rige el principio opuesto, donde el gobierno federal es depositario de los poderes residuales.

La experiencia estadounidense permitió afinar y diferenciar los conceptos de confederación⁴² y de federación, en particular el proceso de transformación de confederación a federación operado entre 1777 y 1787 y, especialmente, durante la Guerra Civil (1861-1865), cuando se confirma que un estado miembro de una federación pierde el derecho de secesión (“The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union composed of indestructible States”, Chief Justice Chase, *Texas vs. White*, 1869).

Con la llegada del siglo XX cambiaron las tornas. Las catástrofes naturales que azotaron algunos estados (la gran inundación del Mississippi de 1927, seguida del *Dust Bowl* de 1932-1935, en medio de la fenomenal crisis económica del año 29) pusieron en tensión las relaciones entre la Unión y los estados afectados, que no disponían de medios para hacer frente a tantas contrariedades. El pedido de ayuda y colaboración de los estados chocó con la falta de visión de las presidencias republicanas de J. C. Coolidge y de H. Hoover.⁴³ Hasta la Enmienda XVIII –que había impuesto la ley seca en todo el país– fue motivo de disputa política.⁴⁴ La llegada del demócrata Franklin D. Roosevelt en 1933 con el *New Deal* supuso un giro en las relaciones federales.

En contraste con el *Dual Federalism* que había predominado hasta entonces, surge en EE. UU. un nuevo federalismo identificado como de *inter-governmental relations*.⁴⁵ Contemporáneamente, en Europa esta concepción se conocerá como federalismo cooperativo (Alemania, Suiza, Austria),

42 Se suele señalar como notas distintivas de una confederación el derecho de secesión de los estados y el de nulificación.

43 Esta posición, incluso, la sostuvo la Corte Suprema de Justicia (*Nine old men*), presidida por Charles Evans Hughes (“We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”) (!!!).

44 Fue tema de la campaña electoral de Roosevelt la derogación de esta enmienda (algo insólito que se concretó en 1947 con la Enmienda 21, aprobada, al igual que la Constitución de 1787, a través de convenciones estatales en 1951).

45 Este es el término más usado en el mundo anglosajón (Australia, India, Canadá). Véase Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y cooperación en la República Federal alemana* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986), 2, n. 1.

expresión que llegará a Argentina a través de la denominada cláusula federal que incorporaron las nuevas Constituciones provinciales a partir de 1986.⁴⁶

10.2. Latinoamérica

El proceso federativo llega con cierto retraso a Latinoamérica, porque los movimientos independentistas tuvieron lugar sobre la matriz centralista de la colonia. A diferencia de las trece colonias inglesas que ocupaban porciones pequeñas de territorio costero y eran independientes entre sí, el mundo hispánico estaba organizado en cuatro grandes virreinos: de Nueva España en México (desde Colorado hasta Costa Rica), del Perú, del Río de la Plata (Argentina y Bolivia), de Nueva Granada (Colombia, Panamá, Venezuela, Ecuador), subordinados a una ciudad capital donde residía un virrey, un órgano unipersonal que ocupaba el lugar del rey (vice-rey) con amplísimas potestades, cuya jurisdicción comprendía extensos espacios territoriales claramente demarcados.

Estos virreinos se fueron dividiendo en unidades menores que se separaron progresivamente para constituirse en pequeños Estados que luego se unieron para conformar un Estado federal: de México, Argentina y Venezuela.⁴⁷ Algo análogo sucedió en el mundo lusoamericano, aunque con cierto retraso, porque allí residió la única monarquía asentada en suelo americano, que continuó aún como un reino independiente en 1822 –el Imperio de Brasil– hasta su caída en 1889.

El régimen federal adoptado en esos cuatro países latinoamericanos (México, Argentina, Brasil y Venezuela) en su devenir histórico no tuvo

46 Más proclive a emplear la expresión “federalismo de concertación” en la “cláusula federal” que por inspiración de Pedro J. Frías se incorporó en las Constituciones de Córdoba (art. 16); Salta (art. 3); Formosa (art. 6); Tierra del Fuego (art. 5); Chubut (art. 14); Río Negro (art. 12); Catamarca (art. 6); y Chaco (art. 13).

47 Venezuela, en su primera constitución, de 1811, estableció la federación más antigua de Sudamérica. En el Río de la Plata la idea de una federación fue propuesta por primera vez por los diputados de la Banda Oriental en la Asamblea de 1813 (que los rechazó). En la segunda mitad del siglo XIX, Colombia formó parte de dos efímeras federaciones: la Confederación Granadina (1858-1863) y los Estados Unidos de Colombia (1863-1886).

continuidad constitucional, pues los golpes militares de signo autoritario o dictatorial durante los siglos XIX y XX socavaron los cimientos de la estructura federal. Ya en democracia, el legado histórico (institucional, cultural y normativo) de los regímenes autocráticos facilitó a los actores dominantes del centro acaparar buena parte del espacio político del Estado federal y, reforzados por partidos mayoritarios de fuerte cuño centralista, retuvieron esta posición de ventaja institucional y fiscal que resulta difícil revertir. De ahí que la historia federal de EE. UU. sea social y culturalmente distinta, pues no tuvo golpes de Estado militares o monarquías esencialmente centralizadoras.

Desde su origen, a diferencia de las trece excolonias que mantuvieron su individualidad, los virreinos coloniales hispanoamericanos fueron unidades centralizadas que experimentaron un proceso centrífugo a partir de las respectivas declaraciones de independencia. En casi toda Hispanoamérica en la segunda década del siglo XIX se inicia el proceso de formación de entidades políticas estatales locales.

Mientras el movimiento de unificación en EE. UU. se realiza a partir de las trece excolonias preexistentes y se concreta en dos pasos: confederación en 1777 y luego federación en 1787 en los tres exvirreinos de Latinoamérica ese proceso tuvo lugar en tres tiempos: primero, partiendo de la unidad centralizada de la excolonia virreinal, se pasó a un momento centrífugo de conformación de los estados locales, para confluir luego en un movimiento centrípeto, de conformación de unidades federativas en México, Argentina y Venezuela, y centralista en el resto.

En efecto, el proceso de formación de los Estados federales latinoamericanos se hizo en tres etapas. En un primer momento, en el Río de la Plata y en México, una vez depuesta la autoridad virreinal, la burguesía metropolitana criolla se apoderó del poder central e intentó mantener el *statu quo* territorial y de dominio político al modo colonial; sin embargo, desatadas las fuerzas libertarias, no pudo sostenerse ni mantener la unidad. En un segundo momento, el fracaso de las autoridades metropolitanas –que intentaron ocupar el lugar del virrey, pero en ese nuevo orden– llevó a que alrededor de la ciudades dispersas en esas inmensas extensiones espaciales se fueran

conformando comunidades territoriales menores autónomas, que fueron el germen de las unidades estatales primigenias, causa del antiguo conflicto entre centro y periferia. Si una nueva legitimidad social había desplazado a la autoridad virreinal de origen real, entonces la nueva autoridad central tenía los mismos títulos de legitimidad que la naciente en el ámbito local. Aquella no podía imponer su dominación a estas, porque ambas se fundaban en el consenso político y, en consecuencia, su voluntad no podía prevalecer sobre la voluntad de los pueblos libres. He aquí el germen del federalismo en Latinoamérica.⁴⁸

Este proceso de desgajamiento comenzó en Argentina en 1820 (se forman las 14 provincias históricas), en México con la Constitución de 1824 de los Estados Unidos de México (con 19 estados fundadores y cuatro territorios federales) y las Provincias Unidas de Centroamérica en 1823 (Guatemala, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica).⁴⁹ Con el tiempo, empero, estas pequeñas poblaciones conglomeradas alrededor de una ciudad empezaron a percibir las propias limitaciones e impedimentos para asegurar ciertos bienes sociales. A partir de entonces, estas unidades, ya consolidadas, pasan a un tercer momento, en un movimiento centrípeto de reunión para conformar una unidad federal.

Vamos a detenernos y hacer un breve análisis del proceso de formación federal en tres países latinoamericanos.

10.2.1. Argentina

Como señalamos respecto de las Provincias Unidas de América del Sur, que hasta entonces habían sido un Estado centralizado continuador del Virreinato del Río de la Plata, a partir de 1820 comienza la formación de las provincias fundadoras. De aquel antiguo Virreinato, compuesto de ocho

⁴⁸ No poca influencia tuvo en este proceso de conformación de unidades territoriales menores la división en gobernaciones realizada mediante la Ordenanza de Intendencias dictada por Carlos III en 1782.

⁴⁹ En el área americana encontramos también la microfederación de San Cristóbal y Nieves (Saint Kitty and Nevis), compuesta por dos islas de 241 km² y 55.000 habitantes, como parte del *Commonwealth* británico.

intendencias, dentro del actual territorio argentino, fueron quedando solo tres: Salta del Tucumán, Córdoba del Tucumán y Buenos Aires. De cada una estas, por sucesivos desgajamientos, se formaron las 14 provincias históricas y, a partir de 1820, adquirieron "estatalidad" propia, diferente a la del Estado central, prácticamente desaparecido. Dejaron de ser demarcaciones administrativas de un único Estado con gobernadores designados por el gobierno central ("gubernaciones-intendencias" en la denominación del período hispánico) para tomar la vital autodeterminación política de adquirir el estatus de Estados y, consecuentemente, ejercitar la voluntad colectiva a través del dictado de Constituciones propias: en 1819: Santa Fe, "Estatuto Provisorio"; en 1820: Tucumán, "Constitución de la República del Tucumán"; Entre Ríos, "Reglamento para el orden de sus departamentos de la República Entrerriana y para el orden militar" (1822: "Estatuto Provisorio constitucional"); Santiago del Estero, Acta de Autonomía (1830: Santiago del Estero: "Reglamento Provincial"); Buenos Aires, "Carta Escrita" (primera ley constitucional); 1820: Mendoza, Acta de Autonomía; San Luis, Acta de Autonomía (1832: "Reglamento Provisorio"); San Juan, Declaración de Autonomía (1825: "Carta de Mayo"); La Rioja, Declaración de Autonomía; en 1821: Córdoba, "Reglamento Provisorio para Administración"; Salta-Jujuy, "Constitución Provincial"; y Corrientes, "Reglamento Provisorio"; en 1823: Catamarca "Reglamento constitucional"; y en 1835: Jujuy, "Constitución de la provincia de Jujuy" (1839: "Estatuto Provincial"). Estos catorce estados provinciales fueron la base de la creación del Estado federal, que se llevó a cabo en dos momentos: primero, 13 provincias sancionaron en Santa Fe la Constitución Federal de 1853 y, posteriormente, en 1860, se sumó la provincia de Buenos Aires, acatándola.

Sin embargo, el federalismo argentino no se forjó sin solución de continuidad, como en los EE. UU. y tuvo momentos de eclipse, porque durante los cinco gobiernos autoritarios (1930-1932, 1943-1946, 1955-1958 [1962-1963], 1966-1973 y 1976-1983) las provincias desaparecieron como entidades autónomas, producto de una fuerte centralización política y financiera emprendida por el nivel nacional que dejó montada una

estructura centralista que aún sigue operativa.⁵⁰ Sin olvidar que, desde fines del siglo XIX y buena parte del siglo XX (hasta la reforma de 1994) también en los períodos constitucionales se hizo abuso de las intervenciones federales sobre aquellas provincias de signo partidario diferente al del gobierno nacional. Todos estos factores conformaron una estructura jurídica (administrativa y fiscal) centralista que, a pesar de la Constitución federal, aún perdura en gran medida, aunque la Corte Suprema de Justicia argentina lentamente va desovillando la madeja centralista.

10.2.2. *Estados Unidos Mexicanos*

Luego de su azaroso proceso de independencia, que comenzó en 1809 y culminó en 1823, la primera Constitución introdujo en 1824 el principio federal. A pesar de las vicisitudes de la vida institucional de México (dos monarquías, invasión de sus vecinos norteamericanos, dictadura porfirista), las antiguas provincias mexicanas conservaron una identidad y voluntad de autonomía que las Constituciones de 1847, 1857 y 1917 fueron consolidando. De un puñado de estados locales originarios se fueron desprendiendo nuevos estados, pasando de ser estados a ser territorios federales (Quintana Roo, Baja California Sur), hasta llegar en la actualidad a 31 estados, más la Ciudad de México como entidad federativa.

10.2.3. *Brasil*

Brasil es un caso especial, porque nace como país independiente a partir de una monarquía y se desprende de la monarquía metropolitana cuando esta retorna a Lisboa. La Declaración de Independencia de 1822 establece el Imperio del Brasil separándose del Reino de Portugal. No surge como república, sino como monarquía constitucional a cargo de Pedro I, quien en 1824 dará la primera Constitución al país, una Carta otorgada por el

50 Sobrevive fuerte centralización en materia fiscal-tributaria, comunicación, vial, ferroviaria, aérea, etc. Antonio Ma. Hernández, *Veinte propuestas para fortalecer el Federalismo Argentino* (Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2016). Véase Juan V. Sola, *Intervención federal en las provincias* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982).

monarca, al modo que se estilaba en Europa después de la Santa Alianza. Sin embargo, esta Constitución delegó la autoridad administrativa a las 16 provincias existentes, aunque eso no significaba ninguna autonomía política informal. Esta protodescentralización de la autoridad administrativa abrió el camino a un federalismo devolutivo.

Durante gran parte del siglo XIX, a diferencia de las colonias españolas, Brasil no tuvo amenazas a su integridad territorial y su enorme extensión favoreció además el desarrollo de cierto sentimiento localista. Pero el propósito federalista estuvo subyacente al esfuerzo de instaurar una república en la Constitución de 1891, que procuró la descentralización prometida en el lema republicano “centralización, secesión; descentralización, unidad”:⁵¹

Brasil fue un Estado centralizado (una monarquía: el Imperio del Brasil) hasta cuando en 1889 estableció una república e inició un proceso de descentralización que fue recogido en la Constitución federal de 1891. Los estados locales fueron configurándose a partir de las divisiones administrativas del imperio. Como se advierte, fue un proceso de construcción federal desde arriba, sin real sustento cultural. A pesar de estos propósitos, la supremacía del ejecutivo federal fue la tónica dominante, tanto de gobiernos relativamente constitucionales (Getúlio Vargas, 1937-1946) como militares (1964 a 1988), que se repartieron durante buena parte del siglo XX. Con la Constitución de 1988 se quiso superar el centralismo e impulsar una más intensa conformación federativa a través de un federalismo cooperativo que garantizara la autonomía de los 26 estados miembros y sus municipios. A los 12 estados originarios se fueron agregando, por decisiones del gobierno federal, otros 14, en un proceso que comenzó en 1941 y culminó en 1988, lo cual confirma que el surgimiento de los diferentes Estados no fue fruto de la autodeterminación, sino de su promoción desde el estado central.

El federalismo brasileño no surgió como respuesta a las fisuras sociales entre líneas étnicas, lingüísticas y religiosas, sino de los conflictos regionales en momentos en que el país se convirtió en una república (1889),

51 Cfr. Celina Souza, “La ingeniería política del federalismo en Brasil”, en *Sistemas federales*, 279.

cuando las élites políticas supusieron que estas tensiones se abordarían mejor con una estructura federal. El resultado fue que, en lugar de atenuar los conflictos, se consolidaron los caciquismos locales. La Constitución de 1988 reconoce tres niveles de entidades federales: junto al Estado central y a los estados locales, se ubican los municipios, que adquieren estatus federativo por imperio de la Constitución, al igual que en la India.

10.3. Europa

El federalismo tuvo escasa aplicación en Europa, donde la atención, como vimos, estuvo más bien dirigida en mantener o conseguir la unidad estatal, con escasas excepciones: en el siglo XIX, de Suiza y Alemania, y en el siglo XX, de Austria (1920) y Bélgica (1999).⁵² Los primeros a través de un federalismo agregativo, las últimas en uno de tipo asociativo, por provenir de monarquías centralizadas,⁵³ al igual que en Rusia, aunque es un caso muy especial.

10.3.1. Suiza

Aunque la historia federalista de Suiza se remonta a la baja Edad Media, con el Pacto de Defensa de 1291 entre los cantones de Uri, Unterwald y Schwyz, fue este último el que dio el nombre al país, con su posición estratégica, que le daba el dominio del paso de San Gotardo. Luego llegaron a conformar una confederación de 13 cantones (*Orte*), como un conglomerado de pequeños estados dentro del Imperio Habsburgo, aunque con un alto grado de independencia de hecho. En ese esfuerzo por resolver los conflictos que la diversidad les planteaba, fue formándose la identidad política suiza. Tras superar la crisis provocada por la Reforma religiosa en el siglo XVI, el Estado federal suizo se formaliza en el siglo XIX como reacción contra el modelo napoleónico de gobierno y administración centralizados. Fue durante el *annus mirabilis* europeo de 1848, cuando alumbró una constitución federalista que respeta los cantones y crea una entidad

52 No incluimos a Bosnia-Herzegovina porque presenta una situación muy *sui generis*.

53 Tampoco incluimos a la Unión Europea que aparenta un nuevo tipo de federación que trasciende el Estado-nación.

central (inspirada en la solución estadounidense). Al principio de ese gobierno, la autoridad central fue débil, hasta que, progresivamente, la autoridad de la confederación fue fortaleciéndose hasta llegar a la constitución actual. Esa constitución de 1848 tuvo grandes reformas: una en 1865 y otra en 1874, que en realidad renovó el texto y estuvo vigente durante 125 años (con 155 reformas). Finalmente, la reciente gran reforma de 1999 sancionó un nuevo texto que ya ha pasado por 27 reformas hasta 2016.⁵⁴ Para quienes ponen el acento en los obstáculos que significa la diversidad cultural y lingüística, el ejemplo suizo parece refutarlos, porque la identidad suiza encuentra un sustrato unificador en otros factores sociopolíticos, manifiestos en la voluntad de convivencia en unión y la superación de las divergencias.

10.3.2. Alemania

La historia de Alemania no es muy diferente de la de Suiza. Una pluralidad de entidades y comunidades con conciencia e identidad propias durante el siglo XIX acometieron el esfuerzo de lograr una anhelada unidad estatal (no muy diferente al caso de Italia) y sentaron las bases para que esa unión se lograra a través de vínculos federales. Por eso, algunos señalan que una cosa es la historia alemana y otra la historia de Alemania. Esta es una construcción posterior, aunque haya sido precedida por varios ensayos de reunión entre Estados que contuvieron *in nuce* la idea de unión federativa,⁵⁵ como la Confederación Alemana (*Deutscher Bund*) establecida en 1816 por el Congreso de Viena bajo la influencia de Austria y sustituida en 1867 por la Confederación del Norte bajo la hegemonía de Prusia. No podemos omitir un hito histórico que quebró el sistema político impuesto por K. von Metternich: la Revolución de 1848, como explosión de las ideas nacionalistas y liberales del *Vormärz*, la cual gestó la primera y efímera Constitución alemana: la *Paulskirchenverfassung* de 1849, aprobada por un parlamento democrático

54 Remedio Sánchez Ferriz y María Vicenta García Soriano, *Suiza. Sistema político y constitución* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).

55 De algún modo también el Sacro Imperio Romano Germánico hasta 1804 y la Confederación del Rin, formada a instancias de Napoleón entre 1806 y 1813, son proto-manifestaciones de esa idea.

en Frankfurt que impulsó una estructura de carácter federal. Sin embargo, la unidad recién se logró en 1871, luego de sucesivos pactos, con la Constitución del Imperio Alemán (*Verfassung des Deutschen Reiches*) que estableció el primer Estado federal alemán (monárquico) que reconocía la coexistencia de un Estado federal (*II Reich*) junto a príncipes y ciudades libres. Fue, precisamente, la fórmula federalista la que hizo posible en 1871 la unidad alemana. En el principio federal también tuvo protagonismo la Constitución de Weimar de 1919, pero ahora como mecanismo de limitación del poder, porque sirvió a los *Länder*, especialmente los del sur, para intentar neutralizar el hegemonismo prusiano por razones tanto políticas y culturales como económicas y sociales.

Este problema de Prusia ya no existía después de la Segunda Guerra Mundial, porque Alemania había sido dividida (Yalta, 1945); sin embargo, el principio federal fue uno de los ejes centrales de la reconstrucción del nuevo Estado democrático y cumplió una función legitimadora, impuesta tanto por las potencias aliadas ocupantes como por las propias fuerzas políticas de la República de Bonn. La premisa fue establecer una profunda división vertical del poder a través de una amplia descentralización (Postdam, 1945), como garantía contra la concentración del poder. De algún modo, resurgía la concepción originaria del federalismo estadounidense, como limitación por división de poder, y del suizo, como intrínsecamente unido a la idea de democracia, diversidad y participación ciudadana. En suma, el principio federal fue garantía del pluralismo político y social en la reconstrucción alemana.⁵⁶ Luego de cinco conferencias de ministros de relaciones exteriores y de la Conferencia de las Seis Potencias (Londres 1947), la reconstrucción política y económica de Alemania estuvo a cargo del

56 En este sentido, las posiciones de las potencias ocupantes no fueron homogéneas. En un extremo, Francia propiciaba una división territorial profunda del poder a través de una Confederación; en el otro, la URSS, un Estado unitario; en el medio, Reino Unido propiciaba la vuelta a la Constitución de Weimar (que no había sido derogada); y EE. UU. promovía un régimen federal al modo americano. Esta última postura, la que finalmente prevaleció, demuestra la fuerte impronta del federalismo estadounidense.

Consejo de Control Aliado,⁵⁷ junto a los ministros presidentes de los *Länder* (designados por los gobernadores militares) de las tres zonas aliadas, que luego conformaron la República Federal de Alemania.⁵⁸

El principio federal fue, entonces, el instrumento de la reconstrucción del Estado alemán (de abajo hacia arriba). En la Conferencia Constitucional (*Verfassungskonvent*) de los ministros presidentes de los *Länder* en el palacio de Herrenchiemsee discutieron principalmente cuestiones de naturaleza federal, entre ellas, el nombre del futuro Estado: República Federal de Alemania: *Bundesrepublik Deutschland* (RFA). Así se llegó a la reunión del Consejo Parlamentario (*Parlamentarische Rat*) en Bonn, a cuyo cargo estuvo la redacción de un nuevo texto que reemplazó a la Constitución de Weimar, pero que no llevaría el nombre de constitución (*Verfassung*), sino de Ley Fundamental (*Grundgesetz*). Los miembros de la Asamblea Parlamentaria no fueron elegidos directamente por el pueblo, sino por los parlamentos estatales (*Landtage*), que luego tendrían que ratificar el texto. Cuando nace la RFA estuvo integrada por 11 *Länder* y se redujo a 9, por fusión de tres en uno (Baden-Württemberg). Posteriormente, con la reunificación alemana, se añadieron cinco *Länder* que provenían de la República Democrática Alemana y que, junto al Sarre, forman los actuales 16 *Länder*. El país se convertirá progresivamente en un ejemplo de federalismo de cooperación, como mecanismo muy institucionalizado de resolución de conflictos de competencias entre el *Bundesstaat* y los *Länder*.

57 En Londres, la URSS abandonó el *Alliiertes Kontrollrat*, a cuyo cargo estaba el gobierno de Alemania; a partir de entonces funcionó solo con las potencias ocupantes occidentales.

58 En Londres se elaboraron tres documentos (*Frankfurter Dokumente*). El primero organizaba la reunión de una asamblea parlamentaria que dictaría una constitución bajo ciertos parámetros (principio de democracia, garantía de derechos y federalismo) que luego sería ratificada por los concejos locales. A principios de 1948, se celebró en Frankfurt una reunión de ministros presidentes de los 11 *Länder* que analizó la propuesta de los gobernadores militares de las tres zonas aliadas de ocupación (zona británica: Gral. Robertson; zona estadounidense: Gral. Clays; zona francesa: Marie-Pierre Koenig). Estos *Länder* constituirán el territorio del nuevo Estado.

10.3.3. Austria

Con la caída del Imperio Austro-Húngaro⁵⁹ luego de su derrota en la Primera Guerra Mundial, los *Länder* tendrán un papel decisivo en el nacimiento una república organizada de acuerdo con el principio federal incorporado por la constitución de 1920. Luego de la Segunda Guerra Mundial, los *Länder* volvieron a desempeñar un papel decisivo en 1945, pues condicionaron el reconocimiento del nuevo gobierno al restablecimiento del principio federal. Actualmente, sin embargo, las nueve entidades federadas tienen poco peso, pues predomina el Estado central, a causa del escaso arraigo ideológico del federalismo en la población y en la élite política. Este efecto centralizador se ve morigerado por el peso significativo que fue adquiriendo la conferencia de gobernadores de los *Länder* (*Landeshauptmänner*), especialmente en materia de distribución de recursos fiscales y a través de mecanismos intergubernamentales de cooperación, innovando con modelos multilaterales como el “federalismo por negociación” (mecanismo de consulta) entre la Federación, los *Länder* y agrupaciones de ciudades y municipios.

10.3.4. Bélgica

Bélgica ofrece quizás el caso de mayor singularidad federal, porque rompe con dos axiomas federalistas. Por un lado, con la endiádis federalismo y república, porque es un Estado federal monárquico; y por el otro, con la perspectiva territorialista del federalismo, porque ha inventado un federalismo no territorial. Además del gobierno federal para el conjunto, existen las tres regiones: Flandes flamenca, Valonia francófona y Bruselas bilingüe, cada una con su propio gobierno territorial (encargado del transporte, en asuntos económicos), que además funcionan para las personas de la comunidad flamenca o valona, cualquiera que sea el lugar donde residan (o sea, pueden encontrarse en territorio de otra región) para brindarles servicios

⁵⁹ Verdadero precedente de una unión estatal entre el Imperio Austríaco y del Reino de Hungría basada en el Compromiso Austrohúngaro de 1867, con dos reinos gobernados por el mismo monarca.

sociales, educación y sanidad. El “gobierno comunitario” francófono y flamenco se ocupa de la minoría francófona sita de Flandes y, viceversa, de la minoría flamenca que habita de Valonia, porque se considera que forman parte de sus respectivas comunidades lingüísticas, aunque residan en alguna de las otras dos regiones. El modelo belga es una combinación compleja de elementos territoriales y no territoriales o comunitarios.

10.3.5. Rusia

La historia moderna de Rusia estuvo marcada por la Revolución Bolchevique de 1917, que en 1918 dictó la primera Constitución rusa. Fue seguida en 1924 por la segunda constitución, que dio nacimiento a la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Luego le siguieron la constitución de Stalin de 1936 y la de Brezhnev en 1977. Aunque el modelo de la URSS se autodenominaba federal, en los hechos la dinámica de partido monolítico no dejaba espacios de autonomía. Con la disolución de la URSS, en 1993 se sancionó la quinta constitución, aprobada por referéndum, que integró rasgos del constitucionalismo occidental, entre ellos, la estructura federal. En el año 2020, se llevó a cabo un referéndum que realizó una profunda reforma constitucional con la idea de un modelo ruso propio que se diferenciara del occidental. En Rusia se habla de un modelo “mixto” de federalismo compuesto por 84 entidades federativas que conforma el número más grande del mundo: 21 repúblicas, tres ciudades federales (Moscú, San Petersburgo y Sebastopol), 47 provincias o regiones (incluye una región autónoma judía) y 13 entidades autónomas.

Las repúblicas tienen sus propias constituciones, de las cuales 14 están fundadas en criterios de nacionalidad con lenguas propias. Los demás sujetos son territoriales: integrados por 47 provincias (*Oblast*) con legislatura propia y gobernador designado por la autoridad federal (se incluye el *oblast* autónomo judío); 13 territorios o distritos autónomos, y tres ciudades federadas: Moscú, San Petersburgo y Sebastopol. Sin embargo, se desconoce soberanía a las provincias, porque, según la Corte Constitucional (2000), solo Rusia en su conjunto goza de soberanía.

10.4. Federalismo británico (*Commonwealth*)

En la década de los cincuenta del siglo XIX, el Imperio Británico, con el propósito de fomentar el asentamiento colonial, empezó a conceder cierta independencia a las colonias, incentivó la división territorial y promovió la unión federal, pero esta dinámica se frenó cuando apareció el “problema de Canadá” y la resistencia de las élites coloniales de mayores divisiones. Con el Estatuto de Westminster de 1931, los dominios británicos (Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Terranova, la Unión Sudafricana e Irlanda) adquirieron un importante estatus de autonomía y quedaron vinculados solo a la Corona, no ya al gobierno británico. De este grupo se desvincularon, convertidas en repúblicas independientes, Irlanda en 1949 y Sudáfrica en 1961. Terranova en 1949 pasó a ser una provincia de Canadá, que recién en 1981 obtuvo plena autonomía. De los 54 estados que integran el Commonwealth of Nations (antigua British Commonwealth of Nations), solo seis –aunque los más extensos y poblados– son federales: Canadá, Australia, Nigeria, India, Paquistán y Sudáfrica (que reingresó al Commonwealth en 1994, cuando se abolió el *apartheid*).

10.4.1. Canadá

El fracaso del referéndum independentista de Quebec de 1980 aceleró los tiempos para arribar al “pacto de repatriación constitucional” de 1981, que en realidad significó un retroceso para los reclamos nacionalistas quebequeses. La absorción del Quebec dentro de la amplia fórmula pancanadiense terminó por diluir en todos lo que es un reclamo individual de una comunidad lingüístico-cultural singular. El problema quedó sin resolver o, como entienden algunos, empeoró la situación que había establecido la constitución de 1867.

10.4.2. Australia

Junto a la independencia alcanzada en 1901, los líderes de las seis colonias que integraban Australia celebraron, en un contexto democrático, un compromiso federativo, conscientes de que no podría aplicarse en tan extenso y despoblado territorio la fórmula de centralización británica. La consigna

“un país para un continente” contrasta con otros países del sudeste asiático, como Indonesia o Filipinas, dispersos en inmensos archipiélagos con gran diversidad étnica. La solución federal aportaba beneficios económicos (producción y mercado) para una población dispersa y pequeña, pero también políticos, dirigidos a conformar un país sobre bases de igualdad social. Sin embargo, quedó pendiente la asimilación de la población autóctona. La división del inmenso territorio australiano en seis provincias se hizo con parámetros geográficos, muy parecido a la conformación de los estados del centro-oeste estadounidense. Extensos espacios que agrupan regiones variadas son causa de tensiones dentro del federalismo australiano.

10.5. África y Asia

Uno podría suponer que el principio federalista sería la solución óptima para los procesos de formación poscolonial de nuevos Estados en regiones africanas multiétnicas y plurilingüísticas; sin embargo, no fue así, pues son muy pocos los Estados federales en África: Nigeria, Etiopía y Sudáfrica.⁶⁰ A diferencia de Nigeria, que tuvo alguna experiencia de autogobierno de unidades territoriales autónomas, Etiopía⁶¹ y Sudáfrica carecieron de tradición federalista. Aunque en la práctica se observa una ausencia de compromiso federalista, la solución federal ofrece una fórmula práctica para articular complejos conflictos culturales, étnicos y lingüísticos. En Asia, la formación de Estados nacionales fue el correlato del proceso de descolonización, pero solo Malasia adoptó la forma de federación. En cuanto a la India, este es el estado federal más poblado del mundo, con 1.400 millones de habitantes que forman una federación de 28 estados y 8 territorios. La separación de Paquistán le permitió a la India, a pesar de ser un conglomerado de etnias y dispersión lingüísticas, conformar un federalismo lábil, en un progresivo proceso de federalización.

Este sucinto panorama tuvo por finalidad demostrar la importancia de observar la génesis de los distintos Estados federales para comprender su

⁶⁰ Se registran como estados federales Comoras, Sudán, Sudán del Sur y Somalia.

⁶¹ Hubo una breve experiencia federativa entre Etiopía y Eritrea (1952-1962).

naturaleza, vinculada esencialmente a la “estatalidad” de las unidades integrantes de la unión federal. Precisamente esta doble estatalidad aporta la nota más valiosa del federalismo: la flexibilidad, la ductilidad o la fluidez en la gestión estatal. Esta cualidad es su ventaja y, a la vez, su gran debilidad. La articulación competencial de esferas estatales es el *quid* de un sistema federal. Y aquí se encuentra el *punctum Archimedis* que permite diferenciar un Estado federal de un Estado descentralizado.

11. Federalismo cooperativo

Sobre la base de que las entidades federativas, pese a sus diferencias, manifiestan su voluntad de sostener una convivencia en común, asoman dos notas fundamentales: una dinámica y otra sustantiva. La primera habla de la necesidad de consensos colectivos básicos y la otra muestra un contenido irreductible y permanente: la identidad local. Esto produce, inevitablemente, una tensión. En este punto reside la diferencia sustancial con el Estado unitario, donde no existen ni conviven simultáneamente estas dimensiones.

La cuestión jurídica central de las relaciones federales intergubernamentales es la confluencia de atribuciones en la gestión del bien común: por un lado, de los estados federados y, por el otro, del gobierno federal. La solución de los conflictos que plantea actualmente la gestión estatal no la hallaremos en un federalismo dual, porque tal modelo estático estuvo pensado para otra realidad que no se adapta a las demandas del Estado democrático contemporáneo. Así como hay sistemas federales que establecen como regla general de atribución competencial la potestad residual de los estados federados, también hay países como Canadá o Alemania que establecen como principio la preferencia del orden federal (*Bundesrecht bricht Landessrecht*).

Como podemos extraer de este panorama, el federalismo nos brinda un marco dinámico de relaciones estatales que permite su adaptación en el tiempo. Claramente no podemos desconocer que el desarrollo del Estado social de derecho a partir de la Segunda Guerra Mundial significó un impacto negativo en la poliarquía federal. Pero en este *corsi e ricorsi* histórico,

la crisis del Estado social revirtió la fuerza centrípeta hacia una dirección centrífuga, especialmente en la década de los ochenta, cuando se promovió la privatización y transferencia de servicios públicos a los estados locales como un modo de paliar el déficit público federal a través del traspaso a ellos de ciertos derechos sociales, como sanidad y educación básica y algunos servicios públicos (distribución eléctrica, servicios sanitarios). Esta potenciación de las atribuciones de los estados locales revivió el conflicto de potestades, que se agudizó cuando los estados federados, para enfrentar nuevos desafíos, como la pandemia, no cuentan con capacidad para tomar acciones coherentes ni con las herramientas adecuadas.

Las competencias concurrentes son fuente de conflictos, aun cuando la propia constitución establece leyes marco para articular campos competenciales, en especial en materia de educación, salud y medio ambiente. Es natural que puedan aparecer contradicciones, desacuerdos o incertidumbres jurídicas entre la legislación local y la federal y, a tal efecto, se establecen tribunales federales (de tipo arbitral) independientes para resolver el conflicto conforme a la constitución.⁶²

Sin embargo, no siempre los órganos de decisión constitucional resuelven estos conflictos de competencia. Para superar estas situaciones se debe recurrir a un federalismo de coordinación a través de la articulación de las normativas y de la ejecución operativa entre el Estado central y los estados locales en asuntos de su competencia.

En los Estados federales la cooperación intrafederal es un principio clave que adquiere un valor jurídico preeminente, porque, según nos explica Raúl Díaz Ricci,

... permite superar la pluralidad autonómica, no esquivándola ni dominándola, sino recuperándola por absorción de un nuevo orden heterónimo común de sus miembros. La participación de cada comunidad territorial en ese nuevo orden se expresa en un operar conjunto –cooperación– al cual se arriba por ejercicio de las atribuciones autonómicas, como adhesión al mismo. Ello comporta una añadidura social y una permuta por reciprocidad

62 Un tal órgano arbitral judicial no existe en Suiza, que difiere a los ciudadanos la resolución del conflicto a través de mecanismos de democracia directa.

–mancomunidad– destinada a una actuación que beneficia a las partes cooperantes y al todo donde estas se sitúan al restaurar el equilibrio plurimembre del estado descentralizado.⁶³

La articulación de las relaciones federales nos lleva al punto crucial: el sistema de distribución competencial entre el poder central y los estados miembros. La doctrina suele distinguir, dentro de un sistema federal, distintas maneras de organizar las relaciones intergubernamentales entre nivel nacional y nivel provincial o estadual,⁶⁴ a partir de tres principios funcionales: colaboración, coordinación y cooperación.⁶⁵

Los principios constitucionales de compromiso con el federalismo y de lealtad federal (*Bundestreue*)⁶⁶ son supuestos básicos a partir de los cuales pueden desarrollarse diferentes tipos de vinculación: a) principio de colaboración –como auxilio–, b) principio de coordinación y c) principio de cooperación.

- a. La *colaboración*, como deber de auxilio, alude a una obligación genérica de asistencia recíproca entre las distintas instancias de la relación federal, sin alterar el orden competencial de cada parte, por ejemplo, al intercambiar información de seguridad, convalidar actos jurídicos, brindarse asistencia sanitaria o prestarse colaboración, cuando una parte lo requiera y la otra dispone de facultades para ayudar.
- b. La *coordinación*, como criterio de organización cuyo propósito es dar coherencia y unidad a la actuación del conjunto. Con el fin de armonizar el ejercicio de las respectivas potestades, la unidad de grado

63 Cfr. Raúl Díaz Ricci, “La cooperación: una clave de la descentralización política y administrativa del Estado democrático”, *Revista El Derecho*, Serie Especial Administrativo 11396 (2005): 1-6.

64 Véase Guillermo Barrera Buteler, *Provincias y nación* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996).

65 Véase Raúl Díaz Ricci, *Relaciones gubernamentales de cooperación* (Buenos Aires: Ediar, 2009).

66 Véase Enoch Alberti Rovira, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986), 235 ss.

superior tiene la posibilidad de intervenir en el ejercicio de atribuciones ajenas, sin que por ello los estados miembros pierdan su titularidad. Es un procedimiento de actuación que se caracteriza por que la entidad federal asume un “poder de dirección” sobre los sujetos coordinados a través de un instrumento vinculante (ley o convenio) que limita el ejercicio de sus competencias, sin que por ello pierdan su titularidad. Se recurre a mecanismos idóneos que conducen a la integración de la diversidad en un conjunto y dan uniformidad a las medidas y unidad de conducción, a fin de lograr que la actividad guarde homogeneidad y consonancia en todo el territorio nacional y, así, tenga eficacia general. La coordinación es obligatoria cuando surge de un imperativo constitucional, pero también puede ser facultativa, cuando procede del común acuerdo o del consentimiento entre las partes, que resulta indispensable cuando el ente centralizador carece de atribuciones expresas o se proyecta sobre áreas en las que no tiene competencia. La técnica de coordinación tiene un cierto sentido asociativo, porque requiere la aquiescencia de las partes, pues no se puede obligar su adhesión. Los entes coordinados no se desprenden de sus competencias (pues incurrirían en extralimitación ilícita) y, por tanto, pueden recuperar en todo momento las facultades comprometidas.

- c. Por último, hay *cooperación* cuando las partes ejercitan sus respectivas competencias de manera mancomunada e interdependiente. Se diferencia de la colaboración y la coordinación en que en estas las partes ejercen sus competencias de forma alternativa, mientras en la cooperación hay un único proceso de decisión que se concreta en el ejercicio mancomunado de competencias concurrentes que se realiza con acciones conjuntas.

La pandemia ha planteado desafíos a la gestión federal y, como lo advierten Wilhelm Hofmeister y José Tudela Aranda, puso en evidencia ciertos

... problemas estructurales en el diseño de la organización territorial y en el reparto de competencias, que pueden provocar problemas de eficiencia debido a la duplicidad de competencias así como a la falta de transparencia

en el ejercicio de las responsabilidades. En muchos de los casos observados, las entidades subestatales no cuentan con las competencias suficientes para enfrentarse a los desafíos importantes que emergen dentro de su ámbito de responsabilidad, sino que dependen de asignaciones de recursos públicos por parte del poder central.⁶⁷

12. Conclusiones: el principio de identidad federal como límite absoluto

Debemos concluir que el intento de desentrañar la naturaleza jurídica del Estado federal dando cabida a todos los estados federales o sedicentes federales es algo que está destinado al fracaso, pues ¿en qué se parecen el federalismo estadounidense, el ruso, el belga y el brasileño? Por ello conviene, entonces, elevar el nivel de abstracción hacia el sentido último del federalismo, que, como principio, admite modulaciones en su aplicación práctica y temporal. El principio federal es un ingrediente esencial de un Estado cuando se convierte en elemento de la “identidad constitucional” de ese Estado. Una *enabling condition* en sentido habermasiano,⁶⁸ o sea, una condición que favorece la identificación, cuya ausencia hace irreconocible el orden político dispuesto por la comunidad política en la constitución, entendida como fuente de este presupuesto identitario, de modo que la estructura estatal singular se asienta por completo en el principio federal o, mejor dicho, se convierte en la garantía de la preservación de la existencia e identidad de los estados miembros que componen la federación. Sin estos, la federación no es posible. La identidad constitucional está, por tanto, soportada en la preservación de la identidad individual de cada una de las partes, en razón del idioma, la cultura, la idiosincrasia, la religión, la experiencia histórica, el sentido autonomía, etc. O sea, la particularidad distintiva y variable presente en los diferentes estados constituye la razón de ser del estado local, que no debe desaparecer y que, justamente por ello, da sentido al conjunto federal.

67 Cfr. Wilhelm Hofmeister y José Tudela A., “Prefacio”, en *Sistema federales*, 9.

68 Cfr. Jürgen Habermas, “Tiempo de transiciones”, en *El estado de derecho democrático: ¿una visión paradójica de principios contradictorios?* (Madrid, Trotta, 2014), 147.

El Estado federal, en realidad, ha adquirido existencia para tal finalidad, como reaseguro a través del cual cada estado parte busca perdurar y preservarse. Allí encontraremos el núcleo intrínseco del principio federal, que se funda en varias comunidades políticas con sentimientos de autosubsistencia y, consecuentemente, de autodeterminación. El principio federal se convierte entonces en una garantía de preservación de la identidad estatal local, que no puede desaparecer en manos del Estado federal, so riesgo de perder este el fundamento que sostiene y da sentido a su propia existencia. Desde un punto de vista jurídico lógico-formal, así se incurriría en flagrante inconstitucionalidad, que debe ser reparada.⁶⁹

En definitiva, es preciso el reconocimiento de un núcleo irreductible de autodeterminación estatal local, que se manifiesta en la potestad propia del estado federado de dictar su propia constitución sin intervención del gobierno federal. En este punto se diferencia de los Estados regionales, en los cuales la región o comunidad autónoma recibe del Estado (el único reconocido) el estatuto autonómico, que no nace de una autodeterminación constituyente, sino de la única constitución estatal. Por otro lado, la autodeterminación estatal sirve a la vez de límite al poder del Estado central, efecto que fue *leit motiv* en la conformación de la República de Bonn.

Lo central entonces es la condición de estados de las unidades miembros, con la capacidad de dictar sus propias constituciones sin intervención del gobierno central. Este intento de encontrar el mínimo denominador común de los Estados federales, de inmediato nos revela una limitación, cuando estas pautas no aparecen en aquellos "Estados federales" que no dictan sus constituciones de manera independiente o tienen estatalidad restringida (Rusia, Canadá, Australia). De este modo, aquel mínimo esencial solo lo

69 En este sentido, la Corte Suprema de Justicia Argentina ha ido abriendo paso el estándar de "margen de apreciación local" como límite a la interferencia del Estado central sobre la identidad provincial. Sentencias de la CSJA (Caso "Bazán, Fernando s/ amenazas", Fallos 342:509; Caso "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal", Fallos 342:533) que señala como sujetos políticos de existencia necesaria o inexorables, cuya "identificación y regulación o la previsión de su regulación" obra en la propia Constitución: Estado nacional, las provincias, los municipios de provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

encontramos en muy pocos estados (EE. UU., Argentina, Brasil, Alemania), lo que vuelve a poner en entredicho cualquier esfuerzo de teoría general.

En este sentido, se sostiene, no sin razón, que hay federalismo allí donde existe un “federalismo del empoderamiento”, entendido como el empoderamiento efectivo de más de un orden estatal, para mantener un espacio abierto en el que puedan intervenir múltiples órdenes de gobierno en respuesta a necesidades cambiantes. Lo explica Chemerinsky:

Una ventaja clave de contar con varios niveles de gobierno es que distintos actores pueden resolver problemas acuciantes. Si el gobierno federal no actúa, puede hacerlo el estatal o el local. Dicho de otro modo, su gran belleza reside en la redundancia: distintos niveles de gobierno para un mismo territorio y una misma población, cada uno de los cuales posee la capacidad para actuar.⁷⁰

Solo es posible lograr una competencia auténtica si las unidades constituyentes de la federación gozan realmente de autonomía para innovar y sostener su voz por sí mismas. La participación en la preservación intersubjetiva de la identidad es *conditio sine qua non* para desarrollar “el sentido de la autoestima de individuos y grupos que los empodera para convertirse en agentes libres, iguales y autónomos, tanto en la vida privada como pública”.⁷¹ Valores que aporta el federalismo para promover el desarrollo pluralista de la convivencia política en democracia.

Bibliografía

Alberti Rovira, Enoch. *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

Barrera Buteler, Guillermo. *Provincias y nación*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

Broschek, Jörg. “Federalismo en Europa, América y África: un análisis comparativo”. En *Sistemas Federales. Una comparación internacional*. Coords. Martin

⁷⁰ Cfr. Erwin Chemerinsky, “The values of federalism”, *Florida Law Review, Distinguished Lesson in Law*, 4, núm. 47 (1994): 538.

⁷¹ Cfr. James Tully, “Democracy and Civic Freedom”, en *A new key* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 169.

- Friedek y Mario Kölling, eds. Wilhelm Hofmeister y José Tudela Aranda. Zaragoza: Fundación Konrad Adenauer, Fundación Manuel Giménez, 2017.
- Chemerinsky, Erwin. "The values of federalism". *Florida Law Review. Distinguished Lesson in Law*, 4, núm. 47 (1994): 538
- Díaz Ricci, Raúl. "La cooperación: una clave de la descentralización política y administrativa del Estado democrático". *El Derecho*, 11396 (2005): 1-6.
- Díaz Ricci, Raúl. *Relaciones gubernamentales de cooperación*. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- Díaz Ricci, Sergio. *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
- Elazar, Daniel. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1987.
- Groppi, Tania. *Il federalismo*. Roma: Laterza, 2004.
- Häberle, Peter. *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional*. México: UNAM, 2006.
- Hernández, Antonio María. *Studies in comparative federalism: Argentina, The United States and Mexico*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2019.
- Hesse, Konrad. *Escritos del derecho constitucional*. Madrid: FCE, 1983.
- Montesquieu, Charles Secondat. *El espíritu de las leyes*. Trad. N. Buenaventura Selva. Madrid: Imprenta de Marcos Bueno, 1845.
- Sánchez Ferriz, R y María Vicenta García Soriano. *Suiza. Sistema político y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Tully, James. "Democracy and Civic Freedom". En *A New Key*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Verdú, Pablo Lucas y Pablo Lucas Murillo. *Manual de Derecho Político*. Madrid: Tecnos, 1987.
- Wheare, Kenneth. *Federal government*. Michigan: Oxford University Press, 1946.

Capítulo II

Federalismo en tiempos de covid-19 (experiencias nacionales)

Méritos y desafíos del sistema federal alemán ante la pandemia del covid-19*

Marie-Christine Fuchs (Alemania)**

Julia Nassl (Alemania)***

RESUMEN: La Constitución de la República Federal de Alemania (RFA) establece que este país es un Estado federal. Son principalmente los estados federados (*Länder*) los que vienen moldeando la imagen de la lucha contra la pandemia en Alemania. Este artículo explica por qué el gobierno federal, basado en razones históricas, no declaró una emergencia constitucional y, en razón de esto, por qué los estados enfrentaron la crisis causada por el virus Sars-CoV-2, principalmente con los instrumentos administrativos que se exponen en el presente texto. Si bien se intentó evitar una dispersión de las medidas para combatir la pandemia en la República Federal por medio de modelos de cooperación y de coordinación (informales) entre el gobierno federal y los estados federados, las autoras explican por qué las medidas utilizadas para combatir la crisis no pasaron sin críticas.

PALABRAS CLAVE: Decisión federal básica, federalismo cooperativo, Ley de Protección contra Infecciones.

Con 10.812 muertes a causa del coronavirus y 577.593 personas infectadas hasta la fecha,¹ la crisis del Sars-CoV-2 ha afectado a la República Federal

* Original en alemán: *Bundesrepublik Deutschland: Föderalismus und die Covid-19-Pandemie*. Inédito. Traducido al español por el Dr. iur. John Zuluaga LL.M.

** Abogada alemana LL.M. (Eur.) y Doctora en Derecho (Dr. iur.) por la Universidad de Saarland (Alemania). Actualmente es directora del Programa de Estado de Derecho de América Latina de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung. marie-christine.fuchs@kas.de

*** Estudiante de Derecho y pasante del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung. julia-nassl@t-online.de

1 Informe del 4 de noviembre de 2020. Las cifras de los casos proceden de la descripción general que diariamente es actualizada por el Instituto Robert Koch (RKI) (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html).

de Alemania de una forma más benigna, si se la compara con lo sucedido a nivel global. En este artículo se analiza el papel que jugó la estructura federativa básica de Alemania en la lucha contra la crisis y si esto fue provechoso en la confrontación de la pandemia. Por la distribución de competencias entre el nivel central y los estados federados en Alemania, los llamados *Länder*, el marco normativo alemán para la prevención y mitigación de emergencias puede parecer difuso y marcadamente administrativo. Aunque como respuesta a la crisis sanitaria causada por el virus Sars-CoV-2 se hicieron algunos ajustes normativos y adaptaciones informales a la distribución de competencias a nivel federal, el país pudo enfrentar exitosamente la primera ola de la pandemia con instrumentos legales ordinarios y, especialmente, jurídico-administrativos, en lugar de acudir a medios constitucionales.

Así las cosas, en primer lugar, el texto expone la historia y describe tanto la estructura básica del Estado federal, que tiene su arraigo a nivel constitucional, como las medidas de emergencia decididas en la República federal; después da cuenta de los medios a los que recurrieron los estados federados para combatir la crisis hasta la fecha, en el marco de la estructura del federalismo alemán, y señala los instrumentos de cooperación entre el gobierno federal y los estados federados, especialmente en tiempos de crisis; en los dos últimos títulos, se discute sobre el control ejercido por el Poder Judicial, para finalizar con una valoración de cierre en las conclusiones.

1. Federalismo y normativa de emergencia en el nivel constitucional

Para comprender la forma como se ha enfrentado la pandemia *a la alemana*, dos premisas resultan de especial importancia: en primer lugar, el robusto diseño del federalismo alemán a nivel constitucional, con un fuerte posicionamiento de los estados federados, a los que en principio se les encomiendan las preocupaciones sobre la seguridad y el orden público, incluso en el contexto de una crisis de salud. En segundo lugar, la inercia de los órganos estatales alemanes respecto a la legislación de emergencia, que, entre otras cosas, explica por qué el gobierno federal no declaró el estado de emergencia durante toda la crisis del covid-19.

1.1. Estructura constitucional del sistema federal en Alemania

1.1.1. Desarrollo histórico constitucional del Estado federal alemán

Nunca existió un Estado unitario alemán, aparte del Estado totalitario nazi. La historia alemana más bien da cuenta de numerosos intentos por unir pequeñas entidades territoriales para configurar un Estado nacional alemán. Los fundamentos del federalismo alemán se remontan a los tiempos medievales del Sacro Imperio Romano Germánico, compuesto por una multitud de estados independientes y autónomos, siendo los Reinos de Prusia y Austria los más grandes y poderosos. Esta línea histórico-política de Alemania como conglomerado de fuertes entidades autónomas continuó durante los tiempos de la Confederación Germánica (*Deutscher Bund*) de 1815, el Imperio Alemán de 1871 y la República de Weimar, hasta los tiempos de la República Federal de Alemania. Durante el Tercer Reich, por primera y única vez en su historia Alemania fue un Estado centralizado.² La implementación del sistema federal alemán en su forma actual, después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, fue una exigencia entre otras de los poderes de ocupación para garantizar la distribución del poder político en diferentes centros, tanto a nivel horizontal como a nivel vertical, como bastión contra el totalitarismo.

1.1.2. Concepto general del federalismo en la Constitución alemana

A. Autonomía de los estados federados

La Constitución alemana, también denominada Ley Fundamental o *Grundgesetz* (GG), define la República Federal de Alemania en su artículo 20.1 como un Estado federal, democrático y social, y prohíbe su derogación en la llamada cláusula de intangibilidad o perpetuidad (*Ewigkeitsklausel*),³

2 Véanse las dos leyes de sincronización (*Gleichschaltungsgesetze*) de 1933: Ley provisional para la sincronización de los estados con el Reich del 31 de marzo y Segunda Ley para la sincronización de los estados con el Reich del 7 de abril.

3 La cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 de la Constitución alemana protege la estructura de la Federación en los *Länder*, la participación fundamental de estos en la legislación y los principios del artículo 1.1-3 (de garantía de la dignidad humana y derechos fundamentales vinculantes para todo poder estatal) y el artículo 20.1-4 de la Constitución alemana (forma republicana de gobierno, principio de

artículo 20.3, en concordancia con el artículo 79.3 de la GG.⁴ La relación entre la Federación y los estados federados se concibe como una coexistencia autónoma e igualitaria, pero no independiente.⁵ Como resultado, a los 16 estados miembros se les concede un alto grado de autonomía. Junto al ejercicio del poder estatal del respectivo estado federado, tal autonomía involucra sus propios órganos ejecutivos, primeros ministros y ministros de estado. Este aspecto se manifiesta de una forma especial en la existencia de constituciones estatales (*cf.* art. 142 GG), parlamentos estatales legitimados democráticamente de forma directa y tribunales constitucionales estatales, así como en una personalidad jurídico-internacional parcial –o al menos derivada– de los respectivos estados federados (art. 32.3 GG).⁶ Solo la llamada cláusula de homogeneidad (art. 28.1 y 3 GG) establece límites a la autonomía constitucional de los estados federados, que no tienen que imitar a la federación en cuanto a su organización estatal; sin embargo, la libertad para definir su propia organización solo llega hasta el límite que supone el respeto de los principios democráticos y constitucionales –sobre todo el respeto de los derechos fundamentales por parte de los órganos estatales– prescritos en la Constitución alemana.⁷ Más allá de las consideraciones relativas a la organización estatal, el artículo 31 GG asegura la homogeneidad del ordenamiento jurídico alemán, al regular una preponderancia de la ley federal, independientemente de su rango, sobre la ley de los estados federados en conflicto (“La ley federal invalida la ley del estado

democracia y Estado de bienestar, Estado de derecho, separación de poderes y Estado federal) ante un abandono mediante enmiendas constitucionales.

- 4 Esto protege la estructura federal como tal, pero no la subdivisión precisa del territorio federal.
- 5 Bernd Grzeszick, “Art. 20 GG”, en Theodor Maunz y Günther Dürig (Eds.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck, 2020), nm. 41.
- 6 Hartmut Bauer, “Art. 20”, en Horst Dreier (ed), *Grundgesetz-Kommentar* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), nm. 42.
- 7 El Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCF) exige un “grado mínimo de homogeneidad” en las Sentencias BVerfGE 24, 367, 390; 36, 342, 361; 60, 175, 207 f.; 90, 60, 85; Armin Dittmann, “Verfassungshoheit der Länder und bundesstaatliche Verfassungshomogenität”, *Handbuch des Staatsrechts*, t. VI, ed. por Josef Isensee y Paul Kirchhof, § 127 (Heidelberg: C.F. Müller, 2009), nm. 13.

federado”),⁸ siempre y cuando la Federación posea la competencia legislativa correspondiente.

Una expresión de la soberanía organizativa de los estados federados y, por tanto, de la “democracia dividida”, es su suborganización en otras subunidades: las denominadas entidades o autoridades locales o comunales (*kommunale Gebietskörperschaften*).⁹ De acuerdo con el artículo 28.2 GG, estas disponen del derecho a autogobernarse, de modo que regulan los asuntos locales de manera independiente, bajo su propia responsabilidad dentro del marco de las leyes (del estado federado)¹⁰ y protegidas de la influencia del gobierno federal y de los estados federados.¹¹

B. Excepciones a la autonomía de los estados federados

La Constitución alemana solo se aparta de la decisión constituyente a favor de la soberanía y la independencia de los estados federados cuando, por medio del llamado poder de coacción federal (*Bundeszwang*), el gobierno federal puede emprender de forma supletoria acciones que un estado federado no ha regulado o si transgredió una “obligación federal” (*cf.* arts. 83 y ss GG).¹² Sin embargo, la mera falta de idoneidad de una medida ejecutiva por parte de los estados federados a los ojos del gobierno federal es insuficiente para promover la coacción federal.¹³ Por otro lado, el gobierno federal puede proporcionar ayuda oficial a los estados federados

8 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg: C.F. Müller, 1999), 116.

9 TCF, Sentencia BVerfGE 52, 95, 111 s.

10 Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 202 ss.

11 Según reiterada jurisprudencia del BVerfG, el Estado debe garantizar los siguientes derechos soberanos en el nivel municipal en un grado básico: soberanía territorial, urbanística, de personal, organizativa y financiera. TCF, Sentencias BVerfGE 138, 1, 21 s. nm. 59; BVerfGE 91, 228, 239.

12 Janbernd Oebbecke, “Verwaltungszuständigkeiten”, § 136, en Josef Isensee y Paul Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. VI (Heidelberg: C.F. Müller, 2009), nm. 49; Hans Klein, “Art. 37 GG”, en Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck, 2020), nm. 45 ss.

13 Hasta el momento no se ha aplicado la coacción federal. Véase también Oebbecke, “Verwaltungszuständigkeiten”, § 136, nm. 50.

en razón de una catástrofe (art. 35.2-3 GG). Es de anotar que se trata de servicios de asistencia, es decir, que el gobierno federal u otros estados federados proporcionan fuerzas de la policía federal o estatal o fuerzas armadas a solicitud del estado afectado por desastres naturales o graves accidentes. Aquí no tiene lugar una efectiva ruptura de la autonomía de los estados federados, porque el gobierno federal no puede actuar por iniciativa propia, sino exclusivamente a petición de los estados.¹⁴

De este modelo del Estado federal alemán –el gobierno federal y los estados federados como unidades relativamente autónomas unas de otras– se deduce en última instancia que, en los casos de emergencia no es posible una centralización, ni siquiera temporal. Por tanto, resulta fundamental dejar claro que el orden federal prevalece.

1.2. Normativa de emergencia en el nivel constitucional federal y de los estados federados

El federalismo alemán incluso en tiempos de crisis se completa por el hecho de que la Constitución alemana, por razones históricas que se explican más adelante, no prevé una regulación del estado de emergencia en caso de crisis sanitaria que permita un traslado excepcional y exclusivo de poderes al servicio del poder ejecutivo (federal).

1.2.1. Historia de la normativa de emergencia en la Constitución alemana y su inaplicabilidad en caso de la crisis sanitaria de 2020

En lo que concierne al diseño institucional del federalismo alemán, la Constitución alemana ha sido descrita como un “contrapunto al totalitarismo del régimen nacionalsocialista”.¹⁵ Durante las deliberaciones del Consejo Parlamentario sobre una nueva constitución para Alemania en 1949, se expresó un marcado escepticismo ante las propuestas sobre una normativa

¹⁴ Andreas Walus, “Pandemie und Katastrophenzustand: Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzmängel des Bundes”, *DÖV*, 3 (2010): 131.

¹⁵ TCF, dec. del 4 de noviembre de 2009, 1 BvR 2150/08, párr. 65.

constitucional que regulará el estado de emergencia.¹⁶ Se plantearon razones para ello porque, después de su llegada al poder, el gobierno nacional-socialista usó los poderes excepcionales de la Constitución de Weimar (art. 48) para deshabilitar efectivamente la democracia y el Estado de derecho.¹⁷ Aun antes, en los últimos años de la República de Weimar, el estado de excepción había sido utilizado como un instrumento de legislación sustitutiva ejercida por el presidente,¹⁸ razón por la cual el Parlamento dejó de ejercer su función legislativa a partir de 1930. Por consiguiente, hasta 1968 la Constitución alemana no previó ningún tipo de estado de excepción.¹⁹

En un punto álgido de la Guerra Fría en 1968, el Parlamento de la RFA incluyó un régimen de excepción que incluía el estado de peligro exterior o defensa y el estado de excepción interior. Para el estado de peligro exterior, es decir, una agresión desde fuera, incluyó los artículos 115a.I GG, que prevén, entre otras cosas, un procedimiento legislativo especial. Para el estado de excepción interior incorporó el artículo 35, para el caso en que una “catástrofe natural o siniestro pusieren en peligro el territorio” de un *Land*, y el artículo 91 para el caso de “peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia”. *De lege lata*, esta normatividad no aplica para una crisis sanitaria y no hubiera permitido la declaración constitucional del estado de emergencia.

16 Comité Constitucional de la Conferencia de Primeros Ministros de las Zonas de Ocupación Occidental, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, 48, citado por: Georg Dederer, “Art. 91”, en Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck, 2020), nm. 13.

17 Thomas Raithel y Inge Strenge, “Die Reichtagsbrandverordnung. Grundlegung der Diktatur mit den Instrumenten des Weimarer Ausnahmezustandes”, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 48 (2000): 421 ss.

18 La Constitución de Weimar concedió al presidente (*Reichspräsident*) un inmenso poder: fue legitimado por elección directa, podía nombrar y destituir al Canciller (*Reichskanzler*, art. 53) y disolver el Parlamento (*Reichstag*; art. 25). El artículo 48 resultó ser el medio de poder más incisivo, pues permitió al presidente emitir decretos de emergencia sin especificar las condiciones de una emergencia. Esto hizo posible gobernar sin participación parlamentaria en la forma de los llamados gabinetes presidenciales (*Präsidentkabinette*) y allanó el camino para la toma del poder por Hitler.

19 Véase Marie-Christine Fuchs y Jonas Hein, “La historia tiene patas largas: El combate ‘a la alemana’ contra la Covid-19”, *Agenda Pública*, 11 de mayo de 2020.

Además, en el ámbito de los derechos fundamentales, en lugar de un “modelo de suspensión de derechos” la Constitución alemana optó por crear un “modelo de restricción” de derechos.²⁰ Es decir, la doctrina de los derechos fundamentales de la constitución no distingue entre la vigencia en tiempos normales y de emergencia, sino que plantea límites a los poderes de restricción que pueden adaptarse al contexto real regulatorio.²¹ Sobre todo, el principio de proporcionalidad y el principio del contenido esencial representan frenos inherentes,²² pues impiden la restricción de un derecho hasta el punto de suspenderlo *de facto*, dado su menor peso en situaciones de balance con derechos colectivos y sociales.²³

20 Anna-Bettina Kaiser, *Ausnahmezustand* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020), 221; Tors-ten Stein, “§ 24 - Grundrechte im Ausnahmezustand”, D. Merten y H.-J. Papier, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (Heidelberg: C.F. Müller, 2013), 945-987.

21 La doctrina de los derechos fundamentales en Alemania contiene cuatro pilares conceptuales para el examen de constitucionalidad de actos estatales: primero, hay que demarcar el ámbito protegido del derecho y verificar si se incorpora el supuesto particular. Segundo, es necesario identificar la intervención estatal concreta. Tercero, la Ley Fundamental establece límites precisos a los derechos fundamentales que constituyen el marco de las posibilidades de restricción (*Schranken*). Finalmente, estas posibilidades de restricción deben, por su parte, ser valoradas a la luz de sus límites jurídico-constitucionales, los llamados límites de los límites (*Schranken-Schranken*), entre ellos el principio de proporcionalidad, la garantía del contenido esencial o el principio de precisión legislativo. Véase Jesús María Casal, *Los derechos fundamentales y sus restricciones: Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana* (Bogotá: Temis, KAS, 2020), en proceso de publicación.

22 De acuerdo con el principio de proporcionalidad, las intervenciones del Estado en los derechos fundamentales solo se permiten si son proporcionales al propósito o al éxito que se pretende con la intervención. El Tribunal Constitucional Federal estableció cuatro requisitos que emanan del principio de proporcionalidad y se aplican a toda intervención estatal: el fin legítimo (*legitimer Zweck*), la idoneidad (*Geeignetheit*), la necesidad (*Erforderlichkeit*) y la proporcionalidad en sentido estricto (*Angemessenheit*). Véase BVerfGE 30, 292, 316; 92, 277, 326 ss.; 67, 157, 173; 107, 299, 316 ss; instructivo en Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (Göttingen: Schwartz, 1981). El último requisito conlleva una ponderación que busca “el grado permisible de incumplimiento o menoscabo de un principio en comparación con el grado de importancia del cumplimiento del otro principio”; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Berlín: Suhrkamp, 1986), 146. Véase también: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht* (Berlín: Duncker & Humblot, 1975), 17-19.

23 Kaiser, *Ausnahmezustand*, 238-241.

1.2.2. Inaplicabilidad de la normativa constitucional de emergencia en los Länder

De los estados federados, 12 de los 16 tienen previsiones constitucionales para casos de emergencia, pero ninguno las utilizó para adoptar las medidas durante la pandemia actual. Sin embargo, la constitución de cuatro²⁴ de ellos se limita a la constitucionalización de unos deberes extraordinarios o a la ayuda en caso de catástrofe. Solo en ocho de estos 12 estados²⁵ –entre otros, Baviera– estas reglas constitucionales permiten restricciones extraordinarias a los derechos fundamentales o prevén competencias extraordinarias materiales en beneficio de los gobiernos u otro órgano ejecutivo del respectivo estado. Aunque la Constitución alemana permite a los estados federados adoptar su propio catálogo de derechos fundamentales (art. 142 GG)²⁶ solo si refuerzan o aumentan la protección de estos derechos, debido al principio de la primacía del derecho federal (Art. 31 GG) son inaplicables las restricciones o suspensiones de derechos fundamentales no previstas en la Ley Federal.²⁷ Por ende, declarar un estado de emergencia basado en la constitución de un estado federado y en contra de la decisión federal sería plenamente inconstitucional a nivel federal.

24 Se trata de los estados federados de Berlín (art. 17 BerLV), Brandemburgo (art. 46 BraLV), Mecklemburgo-Pomerania Occidental (constitución financiera) y Schleswig-Holstein (constitución financiera).

25 Baviera (arts. 48, 98, 112 y 122 BayLV), Baden-Württemberg (art. 62 para 1-3 BWLV), Bremen (arts. 10 y 101 BLV), Hesse (arts. 110 y 125 HLV), Baja Sajonia (art. 44 párr. 1 NLV), Norte-Westfalia (art. 60 NWLV), Renania-Palatinado (arts. 22 y 112 RPLV) y Sajonia (art. 113 SLV).

26 TCF, dec. del 15 de octubre 1997, 2 BvN 1/95, BVerGE 96, 345, 368.

27 Tristan Barczak, *Der nervöse Staat* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020), 75; Jost Pietzcker, "Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat", § 134, en Josef Isensee y Paul Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. VI (Heidelberg: C.F. Müller, 2009), nm. 66 ss. Véase Horst Dreier, "Art. 28", en Horst Dreier (ed), *Grundgesetz-Kommentar* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), nm. 44, quien a través del artículo 1.3 de la Constitución alemana quiere aplicar directamente los derechos constitucionales básicos más amplios en el caso de infragarantía a nivel constitucional estatal, porque en este evento no existe ningún caso de conflicto en el sentido del artículo 31 GG, sino que existe un *aliud*.

2. Manejo de la crisis sanitaria en el ámbito de la legislación ordinaria

Para afrontar la crisis del coronavirus y dado que en la Constitución alemana no se reconoce una distinción entre el “derecho constitucional ordinario y el derecho constitucional de excepción”, se ha conservado vigente el orden constitucional ordinario, sobre todo en lo que respecta a la repartición de competencias entre la Federación y los estados federados. La cuestión del ámbito y la forma de acción en el Estado –centralizada o descentralizada, unitaria o compuesta de una colcha de retazos– es fundamental para determinar la capacidad de acción del Estado, especialmente cuando este se enfrenta a la cuestión de cómo combatir una pandemia. Con ello se puede mantener o menguar la efectividad, pero también la legitimidad y aceptación de las medidas utilizadas para combatirla. Por tanto, fueron los estados federados los que tomaron casi todas las medidas *anti-coronavirus* emitidas en el manejo de la primera etapa de reacción a la pandemia.

2.1. Competencias legislativas

2.1.1. Distribución básica de competencias legislativas en la Constitución alemana

En principio, la competencia para legislar de acuerdo con los artículos 30 y 70 GG recae en los estados federados, de modo que toda actividad legislativa de la Federación requiere una asignación especial de competencia en el rango constitucional.²⁸ Sin embargo, esta relación de regla y excepción a favor de los estados federados no debe ocultar el hecho de que la Constitución alemana le asigna a la Federación el grueso de los ámbitos regulatorios en los artículos 71 y 73 GG –con exclusividad– junto a los artículos 72 y 74 GG –de forma concurrente–.²⁹ La asignación exclusiva de competencia a la

28 Además de la asignación expresa de competencias por parte de la Constitución alemana, ahora se reconocen indiscutiblemente otras tres competencias legislativas no escritas del gobierno federal: competencia federal en virtud del contexto fáctico, por naturaleza del asunto y competencia anexa.

29 Cfr. al respecto como ilustrativo, Konrad Hesse, *Der unitarische Bundesstaat* (Karlsruhe: C.F. Müller, 1962).

Federación excluye *a priori* una acción legislativa de los estados federados. Por regla general, se trata de áreas temáticas que, por su propia naturaleza, solo pueden ser discernidas a nivel federal. Así, el artículo 73 GG enumera dichas áreas temáticas: los asuntos exteriores (No. 1) o referentes a la ciudadanía (No. 2). La legislación concurrente, por el contrario, permite que los poderes legislativos de los estados federados actúen, en principio, mientras y en la medida en que la legislatura federal no haya actuado. Dentro de estas se encuentran materias enumeradas en el artículo 74.1 GG, tales como el derecho civil y el derecho penal (No. 1), ambas reguladas casi por completo por el Código Civil y el Código Penal del ámbito federal. Sin embargo, incluso a pesar del constante crecimiento en el área de la legislación federal,³⁰ los intereses de los estados federados no pasan desapercibidos en razón de la participación del Consejo Federal, la segunda cámara del Parlamento alemán (*Bundesrat*) en los asuntos legislativos (véase *infra* 3.1.1).

2.1.2. *Diseño y ejercicio de competencias legislativas por parte del gobierno federal en razón de la pandemia*

Siguiendo esta lógica de competencias legislativas, la primera cámara del Parlamento alemán: el *Bundestag*, adoptó un paquete legislativo para estabilizar la economía,³¹ el cual es inédito en la historia de Alemania.³² Este paquete incluyó fondos considerables para apoyar a empresas,

30 El ámbito de las competencias legislativas (y también administrativas) ha sido objeto de 19 reformas desde que entró en vigor la Ley Fundamental alemana, que finalmente amplió la competencia legislativa del gobierno federal. Arnd Uhle, "Art. 73", en Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck, 2020), nm. 21.

31 Para comparar: durante la crisis financiera de 2008/2009 la Federación ayudó a la economía con dos paquetes de apoyo directo por un monto de \$73.000 millones de euros y el Fondo Especial para la Estabilización del Mercado con un volumen máximo de \$480.000 millones euros. Para luchar el frenazo económico derivado de la pandemia del covid-19 se estableció, entre otros, un fondo de estabilización de \$600 mil millones euros, un programa de apoyo directo de \$130.000 millones euros y un apoyo extraordinario de \$10.000 millones euros. El presupuesto suplementario de 2020 se elevó a \$218.000 millones de euros y supera el récord de 2010 de \$47.000 millones.

32 La página web LexCorona contiene todas las normas que se tomaron para el combate a la crisis de la covid-19: <http://lexcorona.de/doku.php>

empleadores y trabajadores independientes y para fortalecer el sistema de salud, de prevención del Sars-CoV-2 y de diagnóstico del covid-19. También intervino temporalmente el Código Civil –competencia concurrente de la Federación (art. 74.1 num. 1 GG)– para introducir modificaciones y alivios en el dercho contractual, por ejemplo una mejor protección de los arrendatarios en caso de que para estos fuese imposible el pago del arriendo. En marzo de 2020, siguiendo la competencia federal para la seguridad de las fronteras (art. 73.1 num. 1 GG), el Ministerio del Interior reinstaló los controles en las fronteras con los países vecinos.³³ Unos días más tarde se cerraron las fronteras por completo, las cuales se reabrieron el 15 de junio de 2020.

Más allá de los aspectos señalados, sin lugar a duda la ley federal más importante en el marco de la lucha contra la pandemia fue la Ley de Protección contra Infecciones³⁴ (*Infektionsschutzgesetz* - IfSG), una norma de la cual solo los especialistas habían oído hablar antes de la llegada del Sars-CoV-2: En el año 2000, en el marco de su competencia concurrente para legislar en el ámbito de enfermedades humanas y animales contagiosas (art. 74.1 num. 19), el Parlamento alemán la adoptó, indudablemente sin conocer la importancia que 20 años más tarde obtendría esta norma. Como se profundizará más adelante, los estados federados fundamentaron la mayoría de las medidas administrativas para la contención del covid-19 en una cláusula general de la ley federal IfSG.

En el § 1.1 IfSG se establecen, por un lado, normas relacionadas con la prevención de enfermedades contagiosas (§§ 15a y 23a) y, por el otro, para la contención de su propagación (§§ 24 y 32). Como medidas de

33 Con el Acuerdo de Schengen de 1985, varios países de la Unión Europea suprimieron los controles en las fronteras interiores y trasladaron esos controles a las fronteras exteriores de la UE. Por el brote del Sars-CoV-2 rigen restricciones temporales de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y entre países asociados Schengen.

34 Ley del 20 de julio 2000 (BGBl. p. 1045), último cambio: 19 de junio de 2020, disponible en alemán en: Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor), “Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG” (<https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/BJNR104510000.html>).

contención, es posible declarar la cuarentena en casa o en instituciones médicas (§ 30) o prohibiciones del ejercicio de la profesión (§ 31), esto solo frente a personas enfermas o con sospecha de enfermedad o contagio. La cláusula general de contención de enfermedades contagiosas se encuentra en el § 28, que permite la adopción de “todas las medidas de protección necesarias” para combatir infecciones contagiosas como la del covid-19 (§ 28.1 frase 1).³⁵ Por su parte, el § 32 les permite a los estados federados expedir estas medidas de manera y con vigencia general mediante decretos administrativos orientados al combate de enfermedades contagiosas.³⁶

2.2. Legislación para enfrentar catástrofes por parte de los estados de la federación

La IfSG se complementa con el derecho que regula las medidas de protección contra catástrofes en un nivel más general y que está sujeto a la competencia legislativa de los estados federados, en ausencia de una asignación constitucional específica de competencias a la Federación. A diferencia de la protección civil –competencia exclusiva de la Federación según el artículo 73.1 GG– que se refiere a la protección de la población en caso de defensa, la protección contra desastres cubre la prevención de catástrofes en tiempos de paz.³⁷ Dado que todos los estados federados han hecho uso de su competencia, existen 16 codificaciones separadas en

35 Las dudas sobre la certeza legal de esta norma como fundamento jurídico de confinamientos obligatorios o restricciones de contacto provocaron una reforma del IfSG del 27 de marzo que pretendió introducir más certeza legal. Véase al respecto Stephan Rixen, “Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise - Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* (2020): 1098 ss; Johannes Bethge, “Ausgangssperre”, *Verfassungsblog*, 24 de marzo de 2020 (<https://verfassungsblog.de/ausgangssperre/>).

36 La diferencia es que, distinto de un decreto, un acto administrativo, en primer lugar, sigue siendo vinculante, a pesar de una posible ilegalidad, y la ilegalidad solo induce la impugnabilidad. Su cesación requiere la anulación por un tribunal administrativo; y en segundo lugar, dicha anulación meramente tiene efectos *inter partes*, no *erga omnes*. Por tanto, si la corte anula el acto administrativo respecto al impugnante, sigue en pie para el resto de la ciudadanía.

37 Walus, “Pandemie und Katastrophenzustand”, 131; Fabian Wittreck, “Art. 73”, en Horst Dreier (ed), *Grundgesetz-Kommentar* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), nm. 8.

el área de las medidas legales de protección contra catástrofes (*Landeskatastrophenschutzgesetz*) que, incluso, poseen un contenido similar.³⁸

En general estas leyes ordinarias de protección contra catástrofes facilitan la concentración del control normativo y administrativo para el combate de la crisis por parte del gobierno del respectivo estado federado y una ampliación material de las competencias en lo que respecta a la unidad de crisis. Para que se pueda declarar un “estado de catástrofe” generalmente tienen que existir: 1) un peligro concreto para una gran cantidad de personas de escala inusual y 2) una sobrecarga de las estructuras de auxilio extraordinarias que solo se pueda solventar por medio de una concertación entre las autoridades competentes para catástrofes.³⁹ En el contexto del combate de la pandemia curiosamente solo el estado de Baviera declaró el estado de catástrofe (art. 4 de la Ley de Estado de Catástrofe de Baviera). La mayoría de los estados federados optaron por la cláusula general del IfSG como fundamento legal de su política *anticoronavirus*. Por un lado, es convincente considerar la IfSG como *lex specialis* frente a las leyes de catástrofe de los estados federados y,⁴⁰ por otro, existe cierta incertidumbre sobre si la pandemia califica como “catástrofe”. Además, por las razones explicadas más arriba, los actores políticos mostraron una especie de inercia en declarar el estado de catástrofe, debido a las consecuencias políticas, sociales y psicológicas de esta declaración.

38 Un panorama sobre la KatSchG de los estados federados puede encontrarse en: Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe, “Links zu den Katastrophenschutzgesetzen der Bundesländer”, https://www.bbk.bund.de/DE/Service/Fachinformationsstelle/RechtundVorschriften/Rechtsgrundlagen/Bundeslaender/bundeslaender_node.html

39 Véase, por ejemplo, el artículo 1.2 de la Ley de Protección contra Catástrofes de Baviera; y Anna-Maria Grüner, *Biologische Katastrophen* (Baden-Baden: Nomos, 2017), 195.

40 Christoph Gusy, “Katastrophenschutzrecht – Zur Situation eines Rechtsgebiets im Wandel”, *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 3 (2011): 86.

2.3. Competencias administrativas

2.3.1. Distribución básica de competencias administrativas en la Constitución alemana

Las leyes promulgadas por los estados federados también serán siempre ejecutadas por ellos. Más allá de esto, la fragmentación de competencias legislativas y administrativas es una “particularidad”⁴¹ del Estado federal alemán y una expresión del federalismo cooperativo existente en Alemania. Incluso si la Federación tiene la competencia legislativa, las leyes federales de alcance nacional generalmente son implementadas y administradas por los estados federados, es decir, como un asunto propio y su responsabilidad (art. 84.1 frase 1 GG).⁴² También el poder organizativo recae en principio en los estados federados,⁴³ de tal manera que estos puedan delegar el ejercicio de funciones a los municipios en el marco de las constituciones del estado federado o de normas facultativas de derecho ordinario.⁴⁴ El papel del gobierno federal se reduce esencialmente a la promulgación de disposiciones administrativas generales (art. 84.2 GG) y a la supervisión de la ejecución de las leyes que tengan alcance federal por parte de los estados federados (art. 84.3 GG).⁴⁵ Las únicas excepciones a la ejecución por parte del estado federado las constituyen los casos de ejecución por delegación

41 TCF, Sentencia BVerfGE 12, 205, 146.

42 Véase Veit Mehde, “Föderalismusbilder im Wandel – Rechtliche Perspektiven zwischen Empirie und Ideologie”, en *Der moderne Staat - dms: Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management*, 5, núm. 2 (2012): 458, quien caracteriza el Estado federal alemán como un “federalismo ejecutivo cooperativo asimétrico”.

43 El gobierno federal puede establecer requisitos para la aplicación de la ley, de los cuales pueden desviarse los estados federados (art. 84.1 frases 2-4 GG), a menos que una regulación federal uniforme sea particularmente necesaria (art. 84.1 frases 5-6 GG).

44 Cfr. Georg Hermes, “Art. 84 GG”, en Horst Dreier, *Grundgesetz-Kommentar* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), nm. 47.

45 El artículo 84.3 GG le otorga al gobierno federal un derecho de supervisión, pero se limita a un control de legalidad y no se puede verificar la conveniencia. Cfr. Ferdinand Kirchhof, “Art. 84 GG”, en Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck, 2020), nm. 214. Además, al gobierno federal le está absolutamente prohibido asignar directamente tareas a los municipios (art. 84.7 GG).

de la Federación (art. 85 GG) y de administración propia de la Federación (art. 86 ss).

2.3.2. Medidas para confrontar el coronavirus por parte de los estados

federados con base en la IfSG como forma de administración propia del Estado

La administración y ejecución de la IfSG es un asunto propio de los estados federados (art. 84.1 GG). En especial, la cláusula general contenida en el § 28.1 IfSG sirvió de base para que los estados federados expidieran actos administrativos (generales) dirigidos a la protección de la salud. De hecho, a comienzos de marzo de 2020, cuando la enfermedad se extendió por toda Alemania, los estados federados se limitaron a ordenar la cuarentena de personas enfermas y de aquellas que hubieran estado en contacto con personas contagiadas. Además, desde el inicio de la crisis se prohibieron eventos masivos (de más de mil personas y posteriormente de más de cien personas) y el cierre tanto de espacios públicos como de universidades, locales, escuelas, guarderías, iglesias, parques infantiles, entre otros.

Durante los días en los que se registró el primer pico más alto de la pandemia, a partir del 20 de marzo de 2020, en Baviera, Berlín, Brandemburgo, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Sarre se tomaron medidas administrativas de confinamiento obligatorio basadas en la cláusula general de los §§ 28.1 num. 1 y 32 IfSG, las cuales solo permitían salir de casa con motivos justificados, como el desplazamiento al lugar de trabajo que tiene relevancia sistemática, la asistencia a centros sanitarios o la adquisición de alimentos u otros productos de primera necesidad.⁴⁶ Mientras tanto, los otros estados federados en su mayoría fueron menos restrictivos y solo limitaron el contacto con personas de otros hogares en el espacio público. Se estipuló, entre otras medidas, un distanciamiento social de 1,5 metros (en algunos estados, de 2 metros) en espacios públicos y una prohibición de encuentros

⁴⁶ Por ejemplo: § 2 CoronaSchVO Sajonia, del 31.03.2020; § BayIfSMV Bayern, del 24.03.2020; § 11.3-4 SARS-CoV-2-EindV Brandemburgo, del 22.03.2020; § 3, 4 AV Corona Sarre, del 20.03.2020.

de más de dos,⁴⁷ cinco⁴⁸ o seis⁴⁹ personas de diferentes hogares. Pero no se estipuló un confinamiento total. A esto se sumó la disposición de los estados federados de cerrar las tiendas o centros comerciales que no tuvieran una “relevancia sistemática” para cubrir las necesidades básicas de las personas. También fueron prohibidas o fuertemente restringidas las visitas a residencias de adultos mayores y se prohibieron los viajes con fines privados o a residencias secundarias. Algunos de estos estados incluso cerraron temporalmente sus fronteras interiores con otros estados federados, como en el caso de Schleswig-Holstein.⁵⁰ A finales de abril, todos los estados federados introdujeron el uso obligatorio de tapabocas en el transporte público y en lugares cerrados.⁵¹

El mes de mayo de 2020 representó un punto de inflexión en dos aspectos. En primer lugar, los estados federados decidieron seguir un proceso de flexibilización paulatino de las medidas.⁵² Con una disminución del número de reproducción (*Reproduktionszahl*)⁵³ por debajo de 1 desde mediados de abril –en ese momento ya había aperturas en sitios de comercio al por menor con áreas de venta de hasta 800 metros cuadrados y una relajación de las medidas de confinamiento en Baviera y Sajonia⁵⁴–. Por

47 Por ejemplo: § 3 Corona-VO Baden-Wuerttemberg, del 22.03.2020.

48 Por ejemplo: § 2.2 CoBeLVO Renania Palatinado, del 20.03.2020.

49 Por ejemplo: § 1 AV Corona Hamburgo, 20.03.2020.

50 § 2 Corona-VO Schleswig-Holstein, del 23.03.2020, derogado el 2 de abril de 2020, prohíbe viajar en el área del Estado alemán.

51 Por ejemplo: § 2 Sars-CoV-2-EindV Sajonia, del 2.05.2020; § 2.4, § 11.2 SARS-CoV-2-EindV Brandemburgo, del 24.04.2020, § 2 (3) Sars-CoV-2-EindV Berlín, del 28.04.2020 que restringe la obligatoriedad al transporte público.

52 Resolución Bund/Länder, del 6.05.2020, p. 1, disponible en: Telefonschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1750986/fc61b6eb-1fc1d398d66cfea79b565129/2020-05-06-mpk-beschluss-data.pdf?download=1>

53 El número de reproducción se refiere al de nuevas infecciones que un individuo infectado causa en una población susceptible. Si el número está por encima de 1, la cantidad de casos aumenta exponencialmente.

54 Resolución Bund/Länder, del 15.04.2020, disponible en: Telefonschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Län-

tanto, fueron posibles algunas aperturas en otras áreas de la vida pública bajo ciertas condiciones. En segundo lugar, se lanzó la llamada estrategia de “puntos calientes” o “puntos de mayor actividad”, que consistió en que, si durante la llamada incidencia de los siete días⁵⁵ en una región se superaba el valor de 50 casos de infección, serían necesarias nuevas restricciones. Tanto el establecimiento como el alcance de estas restricciones ahora recaen en particular en los municipios (§ 54 IfSG en concordancia con las respectivas leyes de protección y autorización de infecciones de los estados federados).⁵⁶ Con el inicio de la temporada de viajes de regreso de las vacaciones de verano desde áreas de riesgo internas (nacionales) y externas (no alemanas),⁵⁷ numerosos estados federados promulgaron reglamentaciones sobre medidas de cuarentena para viajeros que entraban al país y para aquellos que estaban de regreso. Estas medidas se tomaron con base en los §§ 28, 29, 30.1 frase 2 y § 31 IfSG, sometidas a sanción por medio de las prescripciones que regulan multas al respecto (*cf.* § 73.1a num. 24 IfSG).⁵⁸ A esto se adicionó una prueba obligatoria para los viajeros que regresan de áreas de riesgo, ordenada por el Ministerio Federal de Salud con base en el § 5.2 IfSG (véase *infra*). El 27 de agosto de 2020, el gobierno federal y los estados federados acordaron uniformar el régimen de cuarentena.

Desde finales de septiembre Alemania se ha enfrentado a una segunda ola del virus. El número de contagios volvió a aumentar, especialmente en las regiones metropolitanas, por lo que ha sido necesario reactivar la

der, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1744452/b94f2c-67926030f9015985da586caed3/2020-04-16-bf-bk-laender-data.pdf?download=1>

55 La incidencia de siete días indica el valor de nuevas infecciones en siete días por cada 100.000 habitantes.

56 Resolución Bund/Länder, del 6.05.2020, p. 1.

57 El Ministerio Federal de Relaciones Exteriores declara como áreas de riesgo fuera de Alemania aquellas zonas o países en donde el número de personas recién infectadas supera un valor de incidencia de 50 durante 7 días. Las áreas de riesgo, tanto dentro como fuera de Alemania, se publican en el sitio web del Instituto Robert Koch, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogebiete_neu.html

58 Por ejemplo: § 1 Einreise-Quarantäneverordnung Bayern, del 15.06.2020.

“estrategia de los puntos calientes” y se han impuesto prohibiciones a nivel local para el consumo de alcohol, se ha ampliado la obligación de llevar tapabocas, se ha limitado el número de personas en fiestas privadas o reuniones y se ha impuesto toque de queda nocturno.⁵⁹ Al respecto, han sido los organismos municipales afectados los que han reaccionado de manera autónoma y dispersa frente al número de nuevas infecciones y en parte se han tomado como modelo los decretos administrativos de los respectivos estados federados. A partir de un acuerdo entre el gobierno federal y aquellos, logrado el 29 de septiembre de 2020,⁶⁰ se estableció un número máximo único de 50 participantes, por lo menos para celebraciones privadas en espacios públicos. A principios de octubre de 2020, los estados menos afectados reaccionaron a brotes localizados con mandatos de cuarentena o prohibiciones de alojamiento para viajeros provenientes de zonas de riesgo dentro de Alemania, las denominadas prohibiciones de alojamiento (*Beherbergungsverbote*) que, sin embargo, no resistieron las críticas de la población⁶¹ y de los tribunales.⁶²

A finales de octubre, la tasa de infección volvió a adquirir una dinámica de crecimiento exponencial, cuestión que ya no pudo ser limitada a unos puntos calientes locales. Por lo tanto, la Federación y los estados federados acordaron nuevamente un procedimiento general, en forma de un denominado cierre suave (*Lockdown Light*). El término como tal no está definido legalmente y también incluye medidas por debajo del umbral del confinamiento. A diferencia de lo que ocurrió al comienzo de la pandemia, los estados federados decidieron entonces imponer, de manera mayoritariamente

59 Véase por ejemplo Allgemeinverfügung (AV) Corona, Aachen, del 8.10.2020; AV Corona Landratsamt Esslingen, del 8.10.2020; Corona-VO, Berlin, del 6.10.2020; AV Corona, Landeshauptstadt München, del 23.09.2020.

60 Resolución Bund/Länder, del 29.09.2020, disponible en: Bundesregierung, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/mpk-corona-1792242>

61 “Kritik an Beherbergungsverbot wird immer massiver”, *Süddeutsche Zeitung*, 12.10.2020, <https://www.sueddeutsche.de/politik/coronavirus-deutschland-beherbergungsverbot-1.5054487>

62 Véase VGH Mannheim, dec. del 15 de octubre de 2020, 1 S 3156/20; OVG Schleswig-Holstein, dec. del 26 de octubre de 2020, 3 MR 47/20.

uniforme, restricciones de contacto más estrictas y cierres de instalaciones culturales, de ocio y restaurantes. Por otro lado, las escuelas, guarderías, e incluso el comercio minorista, fueron excluidos (hasta ahora) de los nuevos cierres.

2.4. Distribución de gastos e ingresos entre la Federación y los estados federados en la Constitución alemana y su aplicación en caso de emergencia sanitaria

La distribución de tareas entre los gobiernos federal, estatal y local descrita anteriormente solo puede implementarse de manera efectiva si las unidades responsables cuentan con los recursos financieros necesarios.⁶³ Por lo tanto, la constitución financiera es la “piedra angular del orden federal consagrado en la Constitución alemana”,⁶⁴ porque estipula el principio de sincronización de la responsabilidad sobre tareas y gastos (art. 104a.1 GG) y garantiza a cada nivel de la estructura sus propias posibilidades de ingresos.⁶⁵

Hasta 2020 la distribución de ingresos entre la Federación y los estados federados se llevó a cabo en dos etapas. En la primera, los ingresos tributarios se distribuyeron entre el gobierno federal, los estados federados y los municipios (art. 106.1-3 GG).⁶⁶ En la segunda, hubo una compensación financiera horizontal entre los estados federados “más pobres y más ricos” (la llamada compensación financiera de los estados, art. 107.1 GG, versión

63 Alexander Schwarz, “Art. 104a”, en Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck, 2020), nm. 30; “Art. 106”, en Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck, 2020), nm. 99.

64 BVerfGE 55, 274, 300.

65 Schwarz, “Art. 104a”, nm. 30.

66 Existe soberanía de ingresos exclusiva del gobierno federal, por ejemplo, para monopolios financieros, derechos de aduana, impuestos al consumidor, impuestos al transporte, impuestos adicionales al impuesto sobre la renta y de sociedades e impuestos dentro de la UE. Los estados federados tienen soberanía fiscal sobre los impuestos de sucesiones, impuestos sobre vehículos, otros impuestos sobre el tráfico, impuestos sobre la cerveza y sobre los casinos. Los municipios tendrán soberanía recaudatoria conjunta en impuesto a la renta e impuesto a las ventas, y soberanía recaudatoria única, entre otras cosas, concedido al impuesto predial y comercial.

antigua).⁶⁷ Ahora la Federación asume la tarea de compensar las diferencias en la capacidad financiera de los *Länder* en la distribución del porcentaje que cada estado federado recibe en la recaudación del impuesto al valor agregado. De esta manera, el procedimiento de múltiples niveles está siendo reemplazado por un procedimiento uniforme de un solo momento (art. 107.2 GG, nueva versión).⁶⁸ Esta reforma mantiene la idea central de encontrar una compensación entre la responsabilidad individual de los estados federados por sus finanzas y el “principio de solidaridad”.⁶⁹

Los gastos generados a partir de las medidas primarias para la contención del coronavirus, en gastos como los derivados de la creación de nuevos puestos para el denominado *contact tracing* ante las autoridades sanitarias, el establecimiento de centros de prueba o los costos de implementación de las medidas, son estipendios administrativos clásicos que deben ser cubiertos por el respectivo estado federado o municipio (art. 104a.1 GG). De conformidad con el principio de autogobierno local (efectivo) (art. 28.2 frases 1-2 GG), los estados federados tienen la tarea de proporcionar a sus municipios los recursos financieros adecuados.⁷⁰ Al contrario, las medidas secundarias, que tienen como objetivo amortiguar el daño económico como consecuencia de la crisis causada por la pandemia, están a cargo de la Federación (*cfr.* art. 104a.3 GG).

67 Esta redistribución financiera es siempre motivo de duras críticas, especialmente hay tres estados donantes (Baviera, Hesse y Baden-Württemberg) que cofinancian los 13 restantes. En el derecho constitucional financiero se concreta de forma especial el conflicto entre federalismo competitivo y cooperativo.

68 Ley que modifica la Constitución Alemana (arts. 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) del 13.7.2017, BGBl, 2017 I p. 2347. Esta nueva regulación tuvo lugar en 2017 debido a la expiración de una regulación temporal del sistema de reparto de impuestos federales a los estados de 2001 a 2020.

69 BVerfGE 72, 330, 386; 86, 148, 214; Sommermann, Karl-Peter. “Art. 20”. *Kommentar zum Grundgesetz*, establecido por Hermann von Mangoldt *et al.* (C.H. Beck: München, 2018), nm. 41.

70 Las constituciones estatales contienen correspondencias con el principio de conexión para la relación entre estado y municipio. *Cfr.* Veit Mehde, “Art. 28”, en Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck, 2020), nm. 24.

3. Cooperación dentro de la Federación en tiempos de crisis

3.1. Principios y desarrollo del federalismo cooperativo en Alemania

La distribución de competencias entre la Federación y los estados federados que se expuso en el apartado 2 delimita claramente los ámbitos de actividad de estos y deja ver a primera vista dos niveles autónomos concurrentes. Sin embargo, la realidad federal en Alemania no se estancó ahí. Gradualmente se introdujeron elementos de federalismo cooperativo⁷¹ –en parte normativos, pero en su mayoría informales– para garantizar la homogeneidad en las condiciones de vida a través de las fronteras de los estados federados o para compensar las aparentes deficiencias y dificultades en la distribución constitucional de competencias.⁷²

3.1.1. Modelos de cooperación regulados a nivel constitucional

Desde que la Constitución alemana entró en vigor en 1949, el engranaje entre las competencias de la Federación y de los estados federados se ha expresado especialmente en el hecho de integrar dos cámaras en el Parlamento alemán. La segunda cámara, el Consejo Federal (*Bundesrat*, art. 50 GG), representa al Poder Ejecutivo de los estados federados a nivel de la Federación.⁷³ Además de las facultades para participar en la legislación federal,⁷⁴ especialmente si esta invade la soberanía administrativa y

71 El concepto de federalismo cooperativo apareció por primera vez en 1966 como parte de un documento conceptual de la denominada Comisión Troeger para la reforma de la constitución financiera; véase en detalle Grzeszick, “Art. 20”, nm. 142 ss.

72 En el discurso de la ciencia política, la teoría de la interdependencia política según Scharpf se ha establecido para analizar la insuficiencia de las “estructuras de toma de decisiones de un solo nivel” para la solución de “problemas multinivel”, véase Fritz W. Scharpf, “Theorie der Politikverflechtung”, en Fritz W. Scharpf et al. (eds.), *Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik* (München: Cornelsen Verlag, 1976), 13.

73 Ralf Müller-Terpitz, “Art. 50 GG”, en Theodor Maunz y Günther Dürig (Eds.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck, 2020), nm. 39.

74 Sin embargo, cabe señalar que el Consejo Federal no forma parte de un parlamento general como segunda cámara y no participa por igual en el proceso legislativo. TCF, Sentencia BVerfGE 37, 363, 380 y Stephan Koriath, “Art. 50”, en Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck, 2020), nm. 24.

organizativa de los estados federados,⁷⁵ el *Bundesrat* tiene importantes competencias: por ejemplo, la elección de jueces del Tribunal Constitucional Federal (art. 94.1 frase 2 GG) y en asuntos de la Unión Europea (art. 23.4-5 GG). Además, puede participar en la elaboración de la agenda legislativa de la Federación a través del derecho a presentar proyectos de ley en virtud del artículo 76.1 de la Constitución alemana.

Adicionalmente, en el marco de numerosas reformas constitucionales, vienen regulándose cada vez más formas de cooperación entre la Federación y los estados federados, como las llamadas tareas comunes (arts. 91a-b GG) o modelos de financiación mixta (art. 104b.1 GG). Los momentos de cooperación también se pueden encontrar en el artículo 91 de la Constitución alemana, relativo al concurso de fuerzas policiales de otros estados federados, o en el artículo 35.2-3 de la Constitución alemana, que regula la ayuda oficial en caso de catástrofes o siniestros, tal como fue descrito anteriormente. Más allá de esto, rige el principio de comportamiento amistoso a nivel federal o entre los estados federados, que entre tanto es reconocido en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán⁷⁶ y que obliga a la Federación y a los *Länder* a una cooperación verdadera, más allá de los momentos de cooperación expresamente previstos en la Constitución alemana.

3.1.2. Modelos de cooperación informal

A pesar de lo anteriormente descrito, el trabajo común y cooperativo entre la Federación y los estados federados se ha configurado de una forma deficiente en la Constitución alemana. En la historia de la República Federal de Alemania estas brechas se han ido cerrando paulatinamente mediante la creación de formas de cooperación informal.⁷⁷ Estas modalidades varían en términos de intensidad, fuerza legalmente vinculante y diseño. De esta

75 Por ejemplo, al emitir ordenanzas legales (arts. 80.2, 84.2, 85.2, 108.7 GG) el organismo de inspección alemán (art. 84.3-4 GG) o en la coacción federal (art. 37.1 GG).

76 Véase por todos TCF, Sentencias BVerfGE 1, 299, 315; BVerfGE 34, 9, 20.

77 Walter Rudolf, "Kooperation im Bundesstaat", § 141, en Josef Isensee y Paul Kirchhof (ed.). *Handbuch des Staatsrechts*, t. VI (Heidelberg: C.F. Müller, 2009), nm. 31.

manera, en la actualidad existen formas institucionalizadas de realización de convenciones, conferencias y comisiones entre los niveles de gobierno federal y de los *Länder*, modelos (federales) para leyes de los *Länder* que tienen como objetivo asegurar un diseño armonioso del derecho a nivel del estado federado o regulaciones contractuales a la manera de acuerdos administrativos o convenios interestatales.⁷⁸ La falta de regulación de los procedimientos cooperativos en la Constitución alemana no impide que se llene este vacío de manera informal. Los estados federados, más bien, tienen derecho a ello en razón de su autonomía.⁷⁹ Sin embargo, ni *de iure* ni *de facto*, la cooperación informal entre la Federación y los estados federados debe socavar la capacidad de acción de estos últimos, garantizada por la constitución.⁸⁰

3.2. Cooperación entre la Federación y los estados federados frente a la pandemia

Siendo la ejecución de la IfSG un asunto propio de los estados federados, el gobierno federal, para asegurar la homogeneidad del actuar de estos en el afrontamiento de la crisis, en teoría no pudo hacer más que recomendaciones a la espera de que las autoridades de los respectivos estados federados las cumplieran. Sin embargo, en la práctica los numerosos mecanismos informales de cooperación han jugado un papel muy importante, en especial la llamada Conferencia de los Ministros Presidentes, de la cual también hace parte la canciller Angela Merkel, o la Conferencia de los Ministros de Salud de la Federación y de los *Länder*.⁸¹ En este sentido, para atenuar el

78 Harmut Maurer, *Staatsrecht I* (München: C.H. Beck, 2010), § 10, nm. 58-62.

79 Grzeszick, "Art. 20", nm. 162.

80 Grzeszick, "Art. 20", nm. 160. Además, se critica la cooperación intrafederal y *prae-ter*-constitucional, porque el Estado de derecho y el principio de democracia son precarios en los procesos de alto Poder Ejecutivo. Naturalmente, estos están orientados a la eficacia y existe riesgo de falta de transparencia, pérdida de pluralidad y dilución de responsabilidad.

81 Anika Klafki y Andrea Kießling, "Fighting Covid-19. Legal Powers and Risks. Germany", *Verfassungsblog*, 20 de marzo de 2020, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany/>

peligro que se corre con la adopción de medidas incontroladas o caóticas, el gobierno federal y los primeros ministros de los estados federados, desde el inicio de la crisis, mantuvieron comunicación por videoconferencia el 16 y 22 de marzo y, derivado de ello, publicaron directrices para la coordinación conjunta de la contención de la pandemia.⁸² En estas directrices se acordó la implementación uniforme de medidas de distanciamiento social y no de medidas más restrictivas, como la cuarentena obligatoria. Aunque las directrices no tienen ningún valor legal vinculante, crearon un impulso, una especie de “presión de grupo”, para la promulgación de decretos anti-coronavirus.⁸³ En efecto, las medidas administrativas correspondientes en cada territorio fueron similares. Tan solo Baviera y Sarre ordenaron medidas más estrictas que llegaron al extremo de las cuarentenas obligatorias.

Adicionalmente, los estados federados concurren al Centro de Situación Común de la Federación y los Estados Federados (*Gemeinsames Lagezentrum von Bund und Ländern*),⁸⁴ desde el cual se coordinaron las solicitudes de asistencia de estos estados. Además, el Instituto Robert Koch, una institución federal que responde ante el Ministerio Federal de Salud, tiene como tarea proveer información especializada a las autoridades competentes al nivel federal y publicar recomendaciones con significancia epidemiológica, como lo es la crisis sanitaria actual (§ 4 IfSG). Estas

82 Disponible en: Bundesregierung “Vereinbarung zwischen Bundesregierung und den Bundesländern. Leitlinien zum Kampf gegen die Corona-Epidemie”, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/meseberg/leitlinien-zum-kampf-gegen-die-corona-epidemie-1730942>

83 Roberto Gargarella, y Jorge Ernesto Roa Roa subrayan la preponderancia de la deliberación como respuesta a la concentración y el abuso de poder en tiempos de covid-19 en “Diálogo democrático y emergencia en América Latina”, *Max Planck Institute for International Law. Research Papers*, No. 2020-21 (2020): 11-13.

84 El Centro de Situación Común elabora cuadros de situación actuales y completos sobre temas relacionados con la protección de la población en el país y en el extranjero. El Centro pone sus evaluaciones y análisis a disposición de los ministerios y autoridades federales, los estados federados y las organizaciones nacionales e internacionales de protección civil. Si bien los análisis no tienen ningún tipo de obligatoriedad, sería políticamente inadecuado ignorarlos.

recomendaciones también tuvieron un efecto unificador sobre la actuación administrativa de los 16 estados federados.

Hasta el mes de mayo las medidas adoptadas por los estados federados fueron en gran parte uniformes y coordinadas. Cuando la crisis se estabilizó, se produjo una reducción del número de rondas de coordinación que promovió un escenario de medidas más dispersas, sobre todo a nivel local.⁸⁵ De hecho, solo hubo otras tres reuniones de alto nivel entre junio y agosto.⁸⁶ En los primeros meses de verano, las cifras de infección se mantuvieron constantemente por debajo de mil, en parte debido al primer cierre y en parte debido a la reducción del riesgo de infección causada por el verano. A partir de mediados de agosto se pudo observar una tendencia al alza en el número de casos, debido principalmente al aumento de la movilidad social durante las vacaciones de verano.

Las últimas rondas federales-estatales en otoño de 2020 muestran nuevamente una clara tendencia a la adopción de medidas más uniformes, lo que puede atribuirse no solo al número creciente de nuevas infecciones, sino también directamente a las críticas dirigidas desde los medios de comunicación contra las reacciones descoordinadas de los estados federados ante procesos de infección comparables.⁸⁷ Las críticas más duras se concentraron en la prohibición de alojamiento para personas de “estados federados de alto riesgo”, que al inicio de la segunda ola se aplicó de forma completamente diferente en los distintos estados federados. En octubre de 2020 se escaló hasta la petición de un procedimiento cada vez más formal (que hasta la fecha se ha hecho de una manera más suave) por una reparlamentarización de los procesos de toma de decisiones fuera de las conferencias de los primeros

85 Resolución Bund/Länder, del 6.05.2020.

86 Resolución Bund/Länder del 17.06.2020: Acuerdo para adherirse a las medidas de higiene (*Verständigung auf ein Festhalten an den Hygienemaßnahmen*); del 26.06.2020 y 16.07.2020, Determinación de la estrategia de “puntos calientes”; del 27.08.2020: Unificación de medidas de cuarentena y multas mínimas (*Vereinheitlichung der Quarantänemaßnahmen und Mindestregelbußgelder*).

87 “Kritik am Beherbergungsverbot – Das ist fast schon grober Unfug”, *Tagesschau*, 10.10.2020; “Kritik an Beherbergungsverbot wird immer massiver”, *Sächsische Zeitung*, 12.10.2020.

ministros de los *Länder*. Los llamados por asumir un rol más protagónico por parte de la Federación también se hicieron más fuertes.⁸⁸ Esto, por un lado, porque las últimas rondas de coordinación en particular se limitaron a una votación respecto de la estrategia de contención en general,⁸⁹ pero dejaron el ajuste de los detalles a los ejecutivos de los estados federados. Por otro, porque crece el escepticismo frente al secretismo que crean las reuniones de trastienda entra la canciller y los primeros ministros.⁹⁰

En cambio, con el reciente y rápido aumento del número de infecciones a finales de octubre, también creció la capacidad de alcanzar un consenso entre los primeros ministros de los estados federados. Con el fin de prevenir una “emergencia sanitaria nacional aguda”, en una videoconferencia adicional llegaron a un acuerdo con la canciller federal sobre el concepto *Lock-down Light* y, con ello, nuevas injerencias de alta intensidad, restrictivas de los derechos humanos.⁹¹ Para ayudar a compensar esto, se anunció nuevamente una ayuda económica extraordinaria. Sin embargo, hasta finales de octubre de 2020 la participación del Parlamento federal se limitó a debates sobre cuestiones de actualidad (*Aktuelle Stunde*) o peticiones. Esto también fue criticado por algunos primeros ministros en vista de la prolongación de la pandemia y de las medidas correspondientes de contención, que no tienen sustento en una ley parlamentaria más apta para el combate al Sars-CoV-2 que vaya más allá de la cláusula general en el § 28 del IfSG.⁹²

3.3. Cambio normativo de competencias a favor de la Federación durante la crisis

En vista de que una pandemia, *per definitionem*, no se detiene en las fronteras de los estados federados y que parece necesaria una fuerza coordinada,

88 Frank Capellan, “Im Namen des Föderalismus viel Vertrauen verspielt”, *Deutschlandfunk*, 7.10.2020.

89 Resolución Bund/Länder, del 7.10.2020.

90 “Führende Parlamentarier fordern mehr Mitspracherecht”, *Spiegel*, 19.10.2020.

91 Resolución Bund/Länder, del 28.10.2020.

92 Resolución Bund/Länder, del 28.10.2020, Declaración Protocolaria de Turingia (*Protokollerklärung Thüringen*).

durante la presente hubo cambios en la IfSG concebidos para aumentar las facultades de la Federación, en detrimento de las competencias de los estados federados. Esto desató una discusión sobre si estos cambios legislativos están en línea o no con la repartición de competencias entre la Federación y los *Länder* consagrada en la constitución.

La asignación de roles *de iure* se cambió con la enmienda de la IfSG el 27 de marzo de 2020:⁹³ en el § 5 IfSG se reguló una redistribución de competencias a favor de la Federación, después de que el Parlamento alemán reconociera la existencia de una “situación epidémica de alcance nacional”, determinación que se tomó el 25 de marzo de 2020 con respecto al Sars-CoV-2 y ha continuado aplicándose desde entonces. Por otro lado, el Ministerio Federal de Salud (Bundesministerium für Gesundheit - BMG) puede ahora, en primer lugar, intervenir a nivel nacional en la implementación del IfSG (§ 5.2 num. 1, 2, 5, 6) y en las regulaciones de los estados federados.⁹⁴ En segundo lugar, a través de nuevas competencias regulatorias (§ 5.2 num. 3, 4, 7, 8), discrecionalmente puede admitir excepciones a las disposiciones de la IfSG (§ 5.2 num. 3). Estas “competencias especiales” expiran cuando se levante la declaratoria de situación epidémica de alcance nacional⁹⁵ o, en caso contrario, a más tardar el 31 de marzo de 2021.

Desde el punto de vista del derecho constitucional, existen reservas fundadas sobre esta ampliación de competencias del ejecutivo federal,

93 Cfr. Ley para proteger a la población ante una situación epidémica de alcance nacional (*Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage nationaler Tragweite*) del 27.03.2020 – BGBl. I 2020, p. 587.

94 Cfr. Parlamento Alemán, Proyecto de ley de los grupos parlamentarios CDU / CSU. Proyecto de ley para proteger a la población ante una epidemia de alcance nacional (*Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU. Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*), en BT-Drs. 19/8111, 18, <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/181/1918111.pdf>

95 Informe del 12.10.2020. El Parlamento alemán trató por última vez el 17 de septiembre de 2020 las mociones que pedían el fin de la declaratoria de la “situación epidémica de alcance nacional”. Sin embargo, estas fueron rechazadas. Deutscher Bundestag, “Aussprache: Aufhebung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite”, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw25-de-corona-rechtsverordnungen-701082>

también con miras a la distribución federal de competencias en la constitución.⁹⁶ El BMG ahora puede intervenir a nivel nacional en la implementación de la IfSG y así socavar la competencia de los estados federados que les garantiza el artículo 83 GG.⁹⁷ Hasta ahora, el BMG solo ha hecho uso de las competencias del § 5 IfSG en áreas de interferencia en las que la Federación ya tiene competencia exclusiva (art. 73.5 num. 5 GG sobre protección de fronteras), por ejemplo, para pruebas obligatorias al entrar a Alemania desde las denominadas áreas de riesgo, y respecto de las obligaciones de recopilación y divulgación de datos de quienes se encargan del transporte de pasajeros a nivel transfronterizo.⁹⁸ Sin embargo, las controversias en torno al § 5.2 de la IfSG y su dudosa constitucionalidad muestran que, en ausencia de una asignación constitucional de competencias a la Federación, no hay obligación de cooperar entre el gobierno federal y los estados federados y tampoco puede ser introducida por ley ordinaria.⁹⁹

Sin embargo, el punto de partida para una mayor coordinación y homogeneidad podría ser la cláusula de autorización contenida en el IfSG. Porque es la vaguedad de la cláusula general de los §§ 28 y 32 del IfSG lo que da a los ejecutivos de los estados federados un gran margen de maniobra para adoptar medidas de confrontación del coronavirus. Solo la Ley Fundamental pone límites a su "creatividad". Una sustitución de esta cláusula general de *lege ferenda* por medio de cláusulas especiales de autorización para medidas con un alto nivel de injerencia, como restricciones de contacto o cierres preventivos de fábricas, pondría en el *Bundestag* la

96 El cumplimiento constitucional es un tema de debate. Véase por todos: Thomas Mayen, "Der verordnete Ausnahmezustand", *NVwZ* (2020): 828; *Wiss. Dienst des Bundestages*, WD 3 – 3000 – 080/20, con otras referencias, p. 7, disponible en: *Deutscher Bundestag*, <https://www.bundestag.de/resource/blob/690262/cb718005e6d37ecce82c99191efbec49/WD-3-080-20-pdf-data.pdf>

97 En principio, los actos jurídicos derivados, como las ordenanzas, también tienen prioridad en virtud del artículo 72.1 GG. Uhle, "Art. 72", nm. 102

98 Órdenes relativas a viajes después de que se haya establecido una situación epidémica de alcance nacional en Bundesministerium für Gesundheit, 29.09.2020, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Anordnungen_Einreise_Risikogebiete_BAnz_AT_290920.pdf

99 Walus, *Pandemie und Katastrophenzustand*, 131.

decisión sobre asuntos esenciales en la lucha contra la pandemia y limitaría el margen de configuración de los ejecutivos de los estados federados en el sentido del federalismo ejecutivo alemán e indirectamente provocaría una homogenización.¹⁰⁰

4. Control judicial: ¿unificación mediante derechos fundamentales?

Incluso en tiempos de pandemia, el Poder Judicial no perdió su rol protagónico como guardián del Estado de derecho y del cumplimiento de la constitución y refutó nuevamente el adagio de la crisis sanitaria como la “hora del Poder Ejecutivo”. Al inicio de la pandemia este se dejó guiar sobre todo por la efectividad de las medidas de combate frente a la propagación del Sars-CoV-2. Un enriquecimiento del debate desde una perspectiva ética social y constitucional solo empezó a tener lugar paulatinamente a lo largo de la pandemia.¹⁰¹ El Estado tiene el deber de proteger “poniendo por delante la vida” humana (art. 2.2 frase 1 GG, el cual se concreta en el § 1 IfSG).¹⁰² Sin embargo, el derecho a la integridad física no se asegura sin restricciones (*cf.* art. 2.2 frase 3 GG), ya que tiene que ponderarse con los derechos fundamentales de terceros que están en conflicto en el sentido de una concordancia práctica. Por ende, una comprensión demasiado absolutista del deber de protección de la vida frecuentemente incitó durante la crisis

100 El servicio científico interno del *Bundestag* (*Wissenschaftlicher Dienst*) recomendó medidas para fortalecer el *Bundestag* frente al poder de los estados federados en el combate de la crisis sanitaria, sobre todo una estandarización de medidas especialmente intensivas y generalizadas, en *Deutscher Bundestag*, “Maßnahmen zur Stärkung des Bundestages gegenüber der Exekutive bei der Bewältigung der Corona-Pandemie”, <https://www.bundestag.de/resource/blob/800008/935d-55b4b84c5cce286d08247886197b/2020-10-19-Empfehlungen-Corona-data.pdf>

101 El Consejo de Ética (*Ethikrat*) que jugó un rol preponderante iniciando un debate más amplio respecto a repercusiones económicas, sociales o psicológicas provocadas por el combate contra la crisis sanitaria. Sus declaraciones sirven como base de las decisiones de los actores políticos. Véase *Deutscher Ethikrat*, Declaración *ad-hoc* “Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise”, <https://www.ethikrat.org/publikationen/kategorie/ad-hoc-empfehlungen/>

102 TCF, Sentencias BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164.

intervenciones de los tribunales administrativos de los estados federados¹⁰³ y del Tribunal Constitucional Federal,¹⁰⁴ la mayoría de ellas en el escenario de medidas provisionales y caracterizadas por la exigencia de una ponderación proporcional entre la protección de la salud y las libertades civiles. Este control de los derechos fundamentales se caracterizó por tener un efecto unificador, al punto que ha garantizado una protección uniforme de los derechos fundamentales a nivel nacional, ya que el parámetro de control son los derechos fundamentales consagrados en la constitución federal.¹⁰⁵

Las medidas de contención del coronavirus representaron una injerencia que tuvo lugar especialmente en los siguientes derechos fundamentales: la libertad personal (art. 2.2 frase 2 GG), que fue restringida debido a las medidas de cuarentena en Baviera¹⁰⁶ y Saarland; la libertad de creencias y de confesión (art. 4.1-2 GG) debido al cierre de iglesias y a las prohibiciones de cultos religiosos;¹⁰⁷ la libertad artística (art. 5.3 GG) en razón del cierre del sector cultural; el derecho de cuidado y educación de los padres (art. 6.2 GG) incluido el derecho a la formación (art. 2.1, en

103 Las bases de datos relevantes en el contexto de la pandemia Sars-CoV-2 condujeron a casi 480 decisiones de los tribunales administrativos superiores y 580 de los tribunales administrativos a nivel nacional solo para la jurisdicción administrativa.

104 Según el sitio web Tribunal Constitucional Federal Alemán, hasta ahora este ha decidido más de 35 procedimientos en el contexto de la crisis ocasionada por el coronavirus en 2020. Un resumen de todas las decisiones se encuentra disponible en: Bundesverfassungsgericht, https://www.bundesverfassungsgericht.de/Site-Globals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html?language_=de

105 Esta afirmación no manifiesta lo obvio, porque sería concebible una aplicabilidad funcionalmente separada de los derechos fundamentales del estado federado desde el punto de vista de los catálogos de los de las constituciones estatales. Sin embargo, los estados federados incorporan plenamente los derechos fundamentales de la Constitución alemana (véase *supra* nota 26).

106 Negando una anulación del decreto del 24.3.2020 con el que Baviera ordenó el confinamiento obligatorio a través de medidas cautelares: TCF, dec. del 7.04.2020, 1 BvR 755/20.

107 Véase TCF, dec. del 10.04.2020, 1 BvQ 28/20 sobre prohibición de cultos religiosos durante semana santa y TCF, dec. del 29.04.2020, 1 BvQ 44/20 sobre prohibición de oración colectiva sagrada durante el mes de ramadán.

concordancia con los arts. 1.1, 3.1, 6.1-2, 7.1, 12.1 GG),¹⁰⁸ en vista del cierre de guarderías, escuelas y universidades; la libertad de asociación (art. 8.1-2 GG);¹⁰⁹ la libertad de movimiento dentro del territorio federal (art. 11.1 GG), que estaba limitada debido a restricciones de contacto; y la libertad de profesión (art. 12.1 GG); y la protección de la propiedad (art. 14.1 GG) en vista de que algunos negocios aún se encuentran cerrados.¹¹⁰

Este problema básico de la dogmática alemana de los derechos fundamentales, es decir, el de la decisión proporcional sobre las colisiones de derechos fundamentales mediante ponderación, se hizo más complejo durante la pandemia del Sars-CoV-2 debido a dos nuevas líneas de problemas: 1) el “dinámico y generalmente volátil proceso de contagio”¹¹¹ y 2) la incierta evaluación *ex ante* sobre la eficacia de determinadas medidas. Los cuatro parámetros clásicos del juicio de proporcionalidad (adecuación a un fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) pierden su nitidez y dependen en gran medida de circunstancias temporales y espaciales acerca de las cuales aún no hay total certeza.¹¹² En este sentido, las medidas para enfrentar el coronavirus, que podrían parecer excesivas, rara vez resultan desaprobadas en razón de su falta de idoneidad para combatir la pandemia. Como un ejemplo de medidas no idóneas se pueden mencionar ordenanzas expedidas durante el primer período de relajación de medidas. Por ejemplo, la aperturas de las tiendas se condicionó a que el área del negocio afectado tuviera menos de 800 metros cuadrados.

108 El derecho a la educación no está expresamente garantizado en la Constitución alemana. Su consagración sigue siendo controvertida: *cfr.* Robbers, en v. Mangoldt, “Art. 7”, nm. 31.

109 Véase sobre todo TCF, dec. del 15 de abril de 2020, 1 BvR 828/20. Véase al respecto *El País*, “El Constitucional alemán defiende el derecho de manifestación, también en tiempos de pandemia”, 16 de abril de 2020. <https://elpais.com/internacional/2020-04-16/el-constitucional-aleman-defiende-el-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia.html>

110 Véase TCF, dec. del 29 de abril de 2020, 1 BvQ 47/20 sobre prohibiciones de operación para tiendas con una superficie de venta de más de 800 m².

111 Véase TCF, dec. del 11 de junio de 2020, 1 BvQ 66/20, nm. 5.

112 Véase Jens Kersten y Stephan Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 49 ss.

Frente a esto se puede decir que no es evidente una conexión entre este límite específico y la reducción del riesgo de infección.¹¹³

Con más frecuencia se pudo encontrar que las medidas anticoronavirus no superaron el requisito de necesidad, es decir, que existió, en el caso concreto, un medio menos invasivo, pero igualmente eficaz, para llegar al mismo fin: en algunos casos las autoridades competentes declararon prohibiciones generales sin utilizar el poder discrecional que les otorga la ley para averiguar –atendiendo a situaciones individuales y, dado el caso, en coordinación con las autoridades sanitarias– acerca de la posibilidad de una autorización bajo condiciones y restricciones adecuadas para cada situación, como opción menos invasiva de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en lugar de prohibiciones generales a la aglomeración de personas¹¹⁴ o de reuniones religiosas,¹¹⁵ las autoridades competentes, según las cortes, deben utilizar el margen de discrecionalidad del que disponen para sopesar si la protección contra la infección no puede garantizarse también con medidas de protección tomadas teniendo en cuenta cada caso individual, tales como el número limitado de participantes, reglas de distancia o protección para la boca y la nariz, en lugar de una prohibición total de manifestaciones o reuniones religiosas.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, se ponderan los derechos en colisión. Por lo que puede verse hasta la fecha, los tribunales administrativos han tenido la mayor cautela al respecto. Por ejemplo, el derecho a la integridad personal rara vez está sujeto a otras posiciones sobre derechos fundamentales en este nivel de consideración.¹¹⁶ Por ende, la concordancia práctica en tiempos del coronavirus tiene en cuenta el

113 VG Hamburg, dec. del 21 de abril de 2020, 3 E 1675/20, p. 7. Ante la OVG de Hamburgo, la decisión fue nuevamente revocada con referencia a la prerrogativa de evaluación. OVG Hamburg, 5 Bs 64/20. Véase también TCF, dec. del 29 de abril de 2020, 1 BvQ 47/20.

114 Véase TCF, dec. del 17 de abril de 2020, 1 BvQ 37/20, nm. 23.

115 Véase TCF, dec. del 29 de abril de 2020, 1 BvQ 44/20, nm. 14-16.

116 Así, por ejemplo, el OVG Greifswald, dec. del 9 de abril de 2020, 2 KM 268/20 OVG u. 2 KM 281/20 OVG, nm. 41, sobre restricciones de viaje dentro del propio Estado alemán.

margen de configuración y discrecionalidad del legislador de una manera muy especial y, en cierto modo, conduce a una relatividad dependiente del tiempo y el lugar y, como también enfatizó el TCF, hace necesaria una reevaluación continua de la situación epidemiológica teniendo en cuenta los últimos conocimientos en la materia.¹¹⁷ Por lo tanto, un nivel uniforme de protección de los derechos fundamentales no exige medidas iguales, sino diferenciadas y decididas caso por caso. El efecto homogenizador que tiene la protección de los derechos fundamentales solo llegó hasta el punto en el que los tribunales pudieron restringir la legislación reglamentaria –particularmente ambiciosa– a partir del principio de proporcionalidad.¹¹⁸

Aunque los ciudadanos han cuestionado la constitucionalidad de tantas variaciones y grandes diferencias entre las distintas modalidades de confinamiento que se han impuesto¹¹⁹ y los tribunales han levantado parcialmente diversas prohibiciones de alojamiento¹²⁰ u horarios de cierre en los estados federados, tampoco es posible derivar algo más, desde el punto de vista del principio de igualdad (art. 3 GG), porque no todo trato desigual subjetivo entre residentes de diferentes estados federados se traduce en una violación del artículo 3 GG.¹²¹ La libertad de configuración de los estados federados es el resultado y la salvaguarda del sistema federal,¹²² por lo que el gobierno federal y los de los estados federados solo están sujetos al artículo 3.1 de la Constitución alemana dentro de su área de competencia.¹²³

117 Véase dec. del 10.04.2020, 1 BvQ 28/20, nm. 14.

118 Véase la última derogación de la prohibición del alcohol en toda la ciudad en Tribunal Superior Administrativo de Baviera (BayVGH), dec. del 1 de septiembre de 2020, 20 CS 20.162.

119 Véase VG München, dec. del 12 de mayo de 2020, 20 NE 20.969.

120 Véase VGH Mannheim, dec. del 15 de octubre de 2020, 1 S 3156/20; OVG Schleswig-Holstein, dec. del 26 de octubre de 2020, 3 MR 47/20.

121 Aquí es diferente con un trato desigual dentro del ámbito de validez de una reglamentación relativa a la confrontación del coronavirus. Véase BayVGH, dec. del 27 de abril de 2020, 20 NE 20.793, nm. 37.

122 Véase también Kersten y Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 114.

123 Christoph Degenhardt, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht* (Karlsruhe: C.F. Müller, 2020) nm. 505.

5. Conclusiones: ambivalencias del Estado federal alemán en el manejo de la pandemia del coronavirus

En un debate general en el Parlamento alemán el 30 de septiembre de 2020, la canciller alemana Angela Merkel destacó el sistema federal como la mayor fortaleza de Alemania en la lucha contra la pandemia y señaló que “su adaptabilidad y dinamismo son altamente ideales”.¹²⁴ La percepción de la población, al contrario, es menos positiva: al 78% le gustaría que los estados federados adoptaran un procedimiento más unificado contra la pandemia causada por el coronavirus.¹²⁵ Las diversas medidas, que varían según el estado –como los variados catálogos de multas, los tamaños de grupos permitidos en fiestas o en espacios públicos, las regulaciones divergentes de horarios de apertura de las escuelas o las prohibiciones de alojamiento–, a menudo se perciben como confusas y fragmentadas, ralentizadoras y cualitativamente deficientes.¹²⁶ Este panorama se vio reforzado por lo que parecía ser una competencia entre los primeros ministros de los 16 estados federados por la mejor medida, inicialmente con miras a establecer cierres, luego con miras a la relajación de dichos cierres y ahora, otra vez, respecto de las nuevas medidas de contención frente a la pandemia. Ante todo, existe el peligro de perder el respaldo de la ciudadanía, lo que pondría en riesgo el éxito de las medidas anticoronavirus, ya que la lucha contra una pandemia se mantiene y/o fracasa con la suma de los comportamientos individuales. La afectación relativamente leve de Alemania en la llamada primera ola de la pandemia puede atribuirse no solo a la llegada del verano, que ocasionó una reducción de infecciones y, en gran medida, fue consecuencia del alto nivel de aprobación popular de

¹²⁴ Bundestag, Plenarprotokoll 19/179, 30.09.2020, p. 10, <https://www.bundestag.de/protokolle>

¹²⁵ Encuesta representativa, Infratest Dimap, ARD-DeutschlandTREND, período de la encuesta: 28.09-29.09.2020, <https://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/ard-deutschlandtrend/2020/oktober/>

¹²⁶ Cfr. Maximilian Plücker, “Föderalismus, wie er nicht sein sollte”, *Rheinische Post*, 13.10.2020, https://rp-online.de/nrw/landespolitik/foederalismus-wie-er-nicht-sein-sollte_aid-54025565

las medidas adoptadas.¹²⁷ Es esta aceptación por parte de la población la que debe asegurarse también en la segunda ola y la llegada del invierno y los futuros cambios, tanto de las estaciones como de las políticas públicas, hasta que se pueda erradicar del todo la crisis sanitaria.

Esto no requiere una fractura del sistema federal, porque difícilmente se puede descartar de plano que la proximidad sustancial y espacial en la toma de decisiones federales y regionales contribuye significativamente a una confrontación flexible, puntual y relativa de la pandemia a nivel de los procesos de infección local.¹²⁸ Por el contrario, las estructuras federales empiezan a reflejarse negativamente en el valor de aceptación, cuando las decisiones de ponderación entre las posiciones de derechos fundamentales divergen drásticamente de un estado federado al otro atendiendo a la misma tasa de infección. Por ende, es necesario un desarrollo cooperativo de planes conjuntos para confrontar la pandemia entre la Federación y los estados federados, que se puedan activar gradualmente y dependiendo de las circunstancias concretas de una situación epidemiológica.

Para llegar a este fin, no es necesario que la Federación tenga un papel ejecutivo central en la protección contra infecciones, que además es cuestionable de *constitutione lata*. Se puede recurrir a las formas de cooperación informal desarrolladas en el Estado federal alemán. Esto requeriría, por supuesto, una renuncia voluntaria y temporal al margen de configuración propio de los estados federados. En la ronda de votación entre el Gobierno federal y los estados federados que tuvo lugar el 16 de marzo de 2020, ella fue decisiva para la definición de las medidas durante las primeras semanas

127 Encuesta representativa, Infratest Dimap, ARD-DeutschlandTREND extra “Medidas anticorona” del 5.11.2020, periodo de la encuesta: 02.-04.11.2020, <https://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/ard-deutschlandtrend/2020/november-extra-coronamassnahmen/>

128 Para un análisis empírico de las medidas tomadas por los estados federados que refuta la impresión de descoordinación total, véase: Nathalie Behnke, “Föderalismus in der (Corona-)Krise? Föderale Funktionen, Kompetenzen und Entscheidungsprozesse”, Bundeszentrale für Politische Bildung, 21 de agosto de 2020. [Portal web] <https://www.bpb.de/apuz/314343/foederalismus-in-der-corona-krise>. (Primera Publicación del Proyecto de investigación “Regulaciones Anticorona en el Federalismo Alemán” de la TU Darmstadt).

de la pandemia en Alemania. En ese momento se logró la cuasiunificación de alcance nacional de las reglamentaciones para confrontar el coronavirus por parte de los estados federados. También, en vista de la emergente segunda ola y posibles futuras olas, se logró el acuerdo sobre el concepto de *Lockdown Light*. Ahora depende de los actores políticos mantener esta capacidad, para llegar a consensos más allá del mínimo común denominador y llevarla hacia fases en las que el proceso de infección ejerza menos presión.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Berlín: Suhrkamp, 1986.
- Barczak, Tristan. *Der nervöse Staat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.
- Bauer, Hartmut. "Art. 20". En Horst Dreier (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- Behnke, Nathalie. "Föderalismus in der (Corona-)Krise? Föderale Funktionen, Kompetenzen und Entscheidungsprozesse". Bundeszentrale für Politische Bildung, 21 de agosto de 2020. [Portal web] <https://www.bpb.de/apuz/314343/foederalismus-in-der-corona-krise>
- Bethge, Johannes. "Ausgangssperre". *Verfassungsblog*, 24 de marzo de 2020. [Blog] <https://verfassungsblog.de/ausgangssperre/>
- Casal, Jesús María. *Los derechos fundamentales y sus restricciones: constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*. Bogotá: Temis, KAS, 2020.
- Capellan, Frank. "Im Namen des Föderalismus viel Vertrauen verspielt". *Deutschlandfunk*, 7.10.2020. [Portal web] https://www.deutschlandfunk.de/deutsche-corona-kleinstaaterei-im-namen-des-foederalismus.720.de.html?dram:article_id=485429
- "Debatte um einheitliche Corona-Regeln". *Tagesschau*, 24 de octubre de 2020. <https://www.tagesschau.de/inland/rki-neuinfektionen-corona-105.html>
- Dederer, Georg. "Art. 91". En Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 2020.
- Dittmann, Armin. "Verfassungshoheit der Länder und bundesstaatliche Verfassungshomogenität". En *Handbuch des Staatsrechts*, t. VI, eds. Josef Isensee y Paul Kirchhof, § 127. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.
- Dreier, Horst (ed.). *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- Dreier, Horst. "Art. 28". En Horst Dreier (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

- El País*. "El Constitucional alemán defiende el derecho de manifestación, también en tiempos de pandemia", 16 de abril de 2020. <https://elpais.com/internacional/2020-04-16/el-constitucional-aleman-defiende-el-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia.html>
- Fuchs, Marie-Christine y Jonas Hein. "La historia tiene patas largas: el combate a la alemana' contra la covid-19". *Agenda Pública*, 11 de mayo de 2020. <http://agendapublica.elpais.com/la-historia-tiene-patas-largas-el-combate-a-la-alemana-contra-la-covid-19/>
- "Führende Parlamentarier fordern mehr Mitspracherecht". *Spiegel*, 19 de octubre de 2020. <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/corona-krise-fuehrende-parlamentarier-fordern-mehr-mitspracherecht-bei-massnahmen-a-997601cf-98b8-4262-832d-8fddf91073a0>
- Gargarella, Roberto y Jorge Ernesto Roa Roa. "Diálogo democrático y emergencia en América Latina". *Max Planck Institute for International Law. Research Papers*, No. 2020-21, 2020.
- Grüner, Anna-Maria. *Biologische Katastrophen*. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- Grzeszick, Bernd. "Art. 20 GG". En Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 2020.
- Gusy, Christoph. "Katastrophenschutzrecht – Zur Situation eines Rechtsgebiets im Wandel". *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 3 (2011): 85-95.
- Hermes, Georg. "Art. 84 GG". En Horst Dreier, *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999.
- Hesse, Konrad. *Der unitarische Bundesstaat*. Karlsruhe: C.F. Müller, 1962. <http://ds.sub.uni-bielefeld.de/viewer/image/97324/1/>
- Hirschberg, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen: Schwartz, 1981.
- Isensee, Josef y Paul Kirchhof (eds.). *Handbuch des Staatsrechts*, t. VI. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.
- Kaiser, Anna-Bettina. *Ausnahmezustand*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.
- Kersten, Jens y Stephan Rixen. *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*. München: C.H. Beck, 2020.
- Kirchhof, Ferdinand. "Art. 84 GG". En Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 2020.

- Klafki, Anika y Andrea Kießling. "Fighting Covid-19. Legal Powers and Risks. Germany". *Verfassungsblog*, 20 de marzo de 2020. [Blog] <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany/>
- Klein, Hans. "Art. 37 GG". En Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 2020.
- Korioth, Stephan "Art. 50". En Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 2020.
- "Kritik am Beherbergungsverbot – Das ist fast schon grober Unfug". *Tagesschau*, 10 de octubre de 2020. <https://www.tagesschau.de/inland/corona-beherbergungsverbote-kritik-101.html>
- "Kritik an Beherbergungsverbot wird immer massiver". *Sächsische Zeitung*, 12 de octubre de 2020. <https://www.sueddeutsche.de/politik/coronavirus-deutschland-beherbergungsverbot-1.5054487>
- Maunz, Theodor y Günther Dürig (eds.) *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 2020.
- Maurer, Harmut. *Staatsrecht I*. München: C.H. Beck, 2010.
- Mayen, Thomas. "Der verordnete Ausnahmezustand". *NVwZ* (2020): 828-834.
- Mehde, Veit. "Föderalismusbilder im Wandel - Rechtliche Perspektiven zwischen Empirie und Ideologie". *Der Moderne Staat: Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management*, 5, núm. 2 (2012): 443-458.
- Mehde, Veit. "Art. 28". En Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 2020.
- Müller-Terpitz, Ralf. "Art. 50 GG". En Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 2020.
- Oebbecke, Janbernd. "Verwaltungszuständigkeiten". § 136. En Josef Isensee y Paul Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. VI. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.
- Pietzcker, Jost. "Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat". § 134. En Josef Isensee y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. VI. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.
- Plück, Maximilian, "Föderalismus, wie er nicht sein sollte". *Rheinische Post*, 13 de octubre de 2020. https://rp-online.de/nrw/landespolitik/foederalismus-wie-er-nicht-sein-sollte_aid-54025565
- Raithel, Thomas y Irene Strenge. "Die Reichtagsbrandverordnung. Grundlegung der Diktatur mit den Instrumenten des Weimarer Ausnahmezustandes". *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 48 (2000): 413-460.

- Rixen, Stephan. "Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise - Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes". *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* (2020): 1097-1103.
- Rudolf, Walter. "Kooperation im Bundesstaat". § 141. En Josef Isensee y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. VI. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.
- Scharpf, Fritz W. "Theorie der Politikverflechtung". En Fritz W. Scharpf et al. (eds.), *Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*. München: Cornelsen Verlag, 1976.
- Schlink, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.
- Sommermann, Karl-Peter. "Art. 20". *Kommentar zum Grundgesetz*, establecido por Hermann von Mangoldt et al. C.H. Beck: München, 2018.
- Stein, Torsten. "§ 24 - Grundrechte im Ausnahmezustand". D. Merten y H.-J. Papier, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. Heidelberg: C.F. Müller, 2004, 945-987.
- Schwarz, Alexander "Art. 104a" y "106". En Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 2020.
- Uhle, Arnd. "Art. 73". En Theodor Maunz y Günther Dürig (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 2020.
- Walus, Andreas. "Pandemie und Katastrophenzustand: Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzmängel des Bundes". *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 3 (2010): 127-133.
- Wittreck, Fabian. "Art. 73". En Horst Dreier (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

Experiencia argentina en la lucha contra la pandemia provocada por el virus Sars-CoV-2: un análisis sobre el funcionamiento del federalismo

Esteban Nader (Argentina)*

Daniel Méndez (Argentina)**

Cristian Altavilla (Argentina)***

RESUMEN: En el capítulo se analiza la manera como el federalismo argentino funcionó en el marco de la pandemia generada por el virus Sars-CoV-2 y la enfermedad del covid-19. Se verá cómo las interacciones entre el gobierno nacional y el de las provincias fueron mutando desde un federalismo de coordinación con rasgos centralizadores a uno de cooperación. Esto resulta novedoso y positivo, teniendo en cuenta que históricamente el federalismo argentino estuvo caracterizado por rasgos centralistas. Tal vez, la pandemia sirva como una oportunidad para implementar el tipo de federalismo cooperativo que se concibió en la reforma de 1994 a la constitución de 1853.

PALABRAS CLAVE: Federalismo, covid 19, mecanismos de coordinación y cooperación.

* Profesor de Derecho Constitucional, Investigación Jurídica; subdirector de la Oficina de Derecho Alemán y del Instituto de Derecho Parlamentario de la Facultad de Derecho; Cs. Universidad Nacional de Tucumán; exbecario doctoral del Servicio Alemán de Intercambio Académico (Deutscher Akademischer Austauschdienst – DAAD) y del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet). bannader@hotmail.com

** Abogado y Cs., Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Tucumán; aspirante a la docencia en Derecho Constitucional. dnmendez95@gmail.com

*** Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Público Provincial y Municipal y Derecho Político, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Siglo 21; director de la Carrera de Abogacía de la Universidad Siglo 21; Investigador Conicet (2020). cristianaltavilla@hotmail.com

1. Origen histórico y estructura federal en Argentina

Luego de casi cuatro décadas de guerras civiles y de intentos fallidos de reunificación nacional, las provincias argentinas lograron el 1 de mayo de 1853 sancionar una constitución a través de la cual se crearía el Estado argentino.¹ Este texto constitucional fue reformado en cinco oportunidades: 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994.²

Teniendo la reforma de 1994 como la más amplia y profunda llevada a cabo en la historia constitucional argentina, con importantes modificaciones en lo que hace al sistema federal argentino, a continuación se analizará la estructura institucional del federalismo de acuerdo con el texto constitucional vigente, es decir, luego de la reforma de 1994. Cabe aclarar que esta no sustituyó ni reemplazó al texto de 1853, sino que modificó algunas de sus partes e incorporó una serie de derechos e instituciones al viejo esquema constitucional, por lo que la Constitución argentina sigue siendo la sancionada en 1853.

La constitución establece en su primer artículo que “la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal” y en el artículo 122 se reconoce formalmente la autonomía de las provincias, al establecer que estas “se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal”. El artículo 5, por su parte, fija las bases del poder constituyente provincial, al instituir que “cada

1 La Provincia de Buenos Aires se había escindido de la federación Argentina, pero, tras las batallas de Cepeda y Pavón, acuerda incorporarse, bajo la condición de revisar el texto de 1853. Una comisión revisora (compuesta entre otros, por Domingo Sarmiento, Bartolomé Mitre, Valentín Alsina, Dalmacio Vélez Sarsfield, Pastor Obligado, José Barros Pazos, entre otros) propuso una serie de reformas al texto del 53 que terminaron por fortalecer aún más el sistema federal, que serían definitivamente incorporadas a la Constitución en 1860.

2 De ellas, la reforma del 1866 tuvo un impacto importante en el sistema de distribución de competencias tributarias entre nación y provincias, dejando a cargo del gobierno federal la facultad de establecer, de manera exclusiva y privativa, derechos de importación y de exportación. La reforma de 1949 sería dejada sin efecto en 1955 y la reforma de 1957 recentralizaría en el gobierno federal la competencia de legislar en materia de policía laboral.

provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria”³

La federación argentina se compone de cuatro niveles de gobierno diferentes: el gobierno federal, 23 provincias, una ciudad autónoma y gobiernos municipales que, si bien tienen autonomía, dependen de las provincias. La federación se originó primeramente con 14 provincias históricas adecuándose a un federalismo que fue creado por la acción y decisión de las provincias. Así lo establece el propio preámbulo de la constitución: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes [...] ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”. A lo largo del siglo XX, los diferentes territorios nacionales del sur y del noroeste del país se fueron convirtiendo en provincias, cuya incorporación se realizó en pie de igualdad (siguiendo el mismo principio de la federación norteamericana del *Equal Footing*), con los mismos poderes y con la misma extensión que tienen las provincias originarias.⁴

3 El artículo en análisis contempla los elementos que delimitan la autonomía de los entes provinciales dentro de la federación. De allí que muchos autores coincidan en denominarlo “cláusula de garantía federal”. En sentido estricto, el concepto de autonomía es empleado para referirse a aquellos órganos gubernamentales que se encuentran fuera de la órbita del poder ejecutivo y que consecuentemente se dan sus propias normas y poseen sus propias autoridades. En principio, si bien las provincias poseen estas características, las potestades reconocidas en la CN exceden este concepto, por lo cual no parece adecuado atribuirles tal noción. Coincidimos en este punto con que sería más apropiado, para referirse a las potestades provinciales mentadas por el artículo 5, emplear el término “autonormatividad constituyente” según acertada denominación de Horacio Rosatti, en Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Federación Argentina de la Magistratura c/ Salta, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 14 de noviembre de 2017, Fallos 340:1614.

4 CSJN, “Provincia de Misiones c/ Nación Argentina”, 10 de diciembre de 1965, Fallos 263:447.

1.1. Relaciones intergubernamentales del federalismo argentino

El diseño federal argentino originalmente previsto por la constitución de 1853 contempla un sistema de relaciones básicas que posibilitan la coexistencia y actuación del gobierno federal y las provincias. Para articular ese complejo entramado institucional, el constituyente optó por seguir el modelo norteamericano, un modelo dual de distribución de competencias y potestades (*dual federalism*). De acuerdo con este modelo, los poderes no delegados expresamente al Estado federal están reservados para los estados provinciales. De esta manera, se establece una esfera reservada a la federación y otra esfera privativa de los estados miembros, constituyendo el soporte del federalismo dual.⁵ El principio general en esta materia está dado por el artículo 121, que dispone que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.⁶ Según las expresiones utilizadas por la propia constitución, las competencias del gobierno federal son entonces delegadas por las provincias, mientras que las competencias propias y exclusivas de las provincias son reservadas.⁷

Si bien nuestro federalismo es dual en su origen, es dinámico.⁸ Debido a las estructuras de mayor complejidad que presentan los Estados

5 Francisco Fernández Segado, “El federalismo en América Latina” (México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003).

6 Este principio es tomado de la X Enmienda de la Constitución norteamericana que, en términos muy similares, implementa una cláusula residual a favor de los estados miembros. En consecuencia, los poderes del gobierno federal son de excepción y, como tales, deben ser interpretados de manera restrictiva, enumerados y acotados, mientras que los poderes de las provincias son amplios e indefinidos.

7 Madison postula que los poderes del gobierno federal “son pocos y definidos”; mientras que “los poderes reservados a los diversos estados se extenderán a todos los objetos que, en el transcurso ordinario de las cosas, conciernen a las vidas, libertades y propiedades del pueblo y al orden interno, al progreso y la prosperidad de los estados”. Cfr. James Madison, “A further discussion of the supposed danger from the powers of the union, to the state governments” en A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *The Federalist Papers* (Indianapolis: Liberty Fund, 2001), art. 45, 237-242.

8 En general esta característica es común en la gran mayoría de países federales. George Anderson, “Federalism: An introduction” (Oxford University Press, Canadá,

modernos, para equilibrar la distribución de competencias y garantizar el correcto funcionamiento del Estado federal se instituyó como concepto armonizador el principio de lealtad federal, el cual

... supone que en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales que, para su deslinde riguroso, pueden ofrecer duda, debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes; en sentido positivo, implica asumir una conducta federal leal, que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal *in totum*.⁹

Esto evidencia que en el diseño federal argentino, con respecto al reparto de competencias entre el Estado federal y las provincias, existen ámbitos de compleja delimitación.¹⁰ No obstante esta condición, desde los albores del Estado argentino y sobre todo durante el siglo XX, se observó una tendencia centralizadora del poder político en la federación y particularmente en el ejecutivo federal, más allá incluso de las previsiones constitucionales, con el subsiguiente debilitamiento de los estados miembros.¹¹ Esta tendencia se observa con mayor detenimiento en el terreno de las denominadas competencias “concurrentes”, donde, en detrimento

2008); Rainer-Olaf Schultze, “Föderalismus”, en Dieter Nohlen (ed.), *Kleines Lexikon der Politik* (Múnich: C.H. Beck, 2001).

9 Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, t. II (Buenos Aires: Ediar, 1996), 470.

10 Víctor Bazán, “El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas”, *Estudios Constitucionales*, 11, núm. 1 (2013), 37-88.

11 Esta pauta se desarrolla de forma más acabada en Dardo Pérez Guilhou, “Significado histórico-político del federalismo argentino”, *Anuario de Estudios Americanos de la Escuela de Estudios Hispano Americanos de Sevilla*, XXVII (separata) (1970): 635-639; Antonio María Hernández, “El fortalecimiento federal”, en Miguel Ekmekdjiján et al., *Reforma constitucional* (Madrid: Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Argentina y Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1994) 114; Pedro J. Frías, “El proceso federal argentino, su situación actual. Autonomía y dependencia”, en Antonio Hernández (coord.), *Derecho público provincial* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2008), 114-115; Antonio Hernández, (2011b) “El Federalismo Argentino”, en Antonio M. Hernández y Guillermo Barrera Buteler (coords.), *Derecho público provincial*. 3 ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2020), 631-682.

de las autonomías provinciales, el poder central ha acaparado casi exclusivamente su ejercicio, con el agravante de que prorrogó esta adjudicación indefinidamente en el tiempo.

Sin embargo, lo cierto es que conceptualmente los regímenes federales han ido mutando a través del tiempo, lo que muestra asimismo su dinamismo. Han surgido elaboraciones doctrinarias con sustento fáctico que postulan nuevas formas de interacción entre las entidades que componen una federación. Entre ellas, la que ha ingresado a nuestra constitución a partir de la reforma de 1994: el federalismo de cooperación.¹² Esta noción, que surge como un producto de la complejización de las competencias y obligaciones en cabeza de los Estados, sumado a la necesidad de superar los problemas que el federalismo dual provocaba en la forma de relacionarse entre el poder central y los entes territoriales autónomos, se basa en la idea de coparticipación de poderes y funciones entre las distintas entidades de gobierno, a través de instrumentos dialógicos.¹³

1.2. Distribución de competencias en la Constitución Nacional.

La cláusula federal

Entre las competencias propias y exclusivas del gobierno federal –competencias delegadas– se encuentran aquellas que típicamente corresponden a los gobiernos centrales y son, como dice Alberdi, “poderes nacionales por su esencia”¹⁴ en lo relativo a: intervención federal, declaración del estado de sitio, relaciones internacionales, dictar los códigos de fondo o de derecho común, ciudadanía, declarar la guerra y la paz, fuerzas armadas, etc. Se trata de todas aquellas competencias que dotan al gobierno común de todas las provincias, es decir, de lo que le es común a la nación toda.

12 En la Constitución nacional este principio parece haber sido receptado expresamente en el artículo 41 según el cual “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

13 Raúl M. Díaz Ricci, *Las relaciones gubernamentales de cooperación* (Buenos Aires, Ediar, 2009).

14 Juan Bautista Alberdi, *Derecho público provincial argentino* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998), 41.

En principio, se puede sostener que la totalidad de las competencias asignadas a los órganos del gobierno federal pueden considerarse exclusivas del nivel federal (arts. 75, 99, 100 y 116, CN).

Entre las competencias exclusivas del nivel federal y aquellas reservadas a las provincias existe un cúmulo importante de competencias concurrentes, que son aquellas que pueden ser ejercidas indistintamente por ambos niveles de gobierno, lo que produce serios problemas en la práctica, si no se implementan mecanismos de coordinación.¹⁵ Además, el texto constitucional no establece, en la gran mayoría de los casos, cómo deben operar los niveles de gobierno involucrados en el diseño e implementación de estas competencias concurrentes.¹⁶

Algunas de estas, que expresamente menciona la constitución, son las siguientes: los fines y objetivos fijados por el preámbulo¹⁷, la protección del medioambiente (art. 41), la regulación y reconocimiento de los pueblos originarios (art. 75, inc. 17) y, en general, todas aquellas competencias que apunten al bienestar general del país, lo que puede interpretarse analizando armónicamente los artículos 75, inc. 18 (la llamada cláusula del progreso) y 125, que reconocen expresamente a las provincias y al gobierno federal similares poderes.

En lo que se refiere a la emergencia sanitaria surgida de la propagación del virus Sars-CoV-2, y teniendo en cuenta nuestro diseño federal, es importante a los fines de este trabajo aclarar a quién corresponde la competencia en materia de policía sanitaria para restringir derechos con el objetivo de proteger la salud pública. En el esquema institucional argentino, la

15 Raúl M. Díaz Ricci, "La cooperación: una clave de la descentralización política y administrativa del Estado democrático", *El Derecho*, 11, núm. 296, año XLIII (2005); Bazán, "El federalismo argentino".

16 Altavilla, Cristian, *Conflicto y coordinación política en las relaciones intergubernamentales en Argentina. Un análisis neoinstitucional a través del Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos* (tesis doctoral, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2016).

17 Arturo Iturrez, "La provincia en la Nación", en Antonio M. Hernández y Guillermo Barrera Buteler, coords., *Derecho público provincial* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011), 199-220.

Constitución Nacional no prescribe ninguna delegación expresa efectuada al gobierno federal en relación con la materia señalada.¹⁸ A esto debemos sumar que un gran número de constituciones provinciales hacen expresa mención de la reserva de competencia en materia sanitaria.¹⁹ Esta postura se sustenta también en el hecho de que todos los hospitales públicos son provinciales. En la década de 1990 el gobierno federal trasladó a la órbita provincial todos los hospitales y centros de salud que hasta ese momento eran gestionados por las autoridades centrales, de modo que en la actualidad la gestión e implementación directa de la política de salud quedó en manos de las provincias y, en algunos casos, de los municipios.²⁰ Otro dato importante a tener presente es que la atención en los hospitales públicos es gratuita y abierta a todas las personas; por tanto, la carga financiera está principalmente en manos de los presupuestos provinciales. Los argumentos expuestos permiten afirmar que es una atribución que las provincias se reservaron para sí, de acuerdo con nuestro sistema federal.

De todas maneras, como se expondrá a lo largo de este texto, lo que debe primar en las relaciones entre los distintos órdenes federales es el modelo de cooperación, y, de hecho, es lo que sucedió en el marco de la pandemia.

18 Sergio M. Díaz Ricci, "El sistema de fuentes del derecho en Argentina por la emergencia sanitaria", en Daniel Barceló Rojas, Sergio M. Díaz Ricci Javier García Roca y María E. Guimarães Teixeira Rocha (coords.), *Covid 19 y parlamentarismo: los parlamentos en cuarentena* (México: UNAM-IIJ, 2020), 285-300.

19 La Constitución de Tucumán: "La provincia reserva para sí la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración de salud" (art. 146); de Córdoba: "La Provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí, la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud" (art. 59); de la provincia de Buenos Aires: "La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general" (art. 36.8); de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: "La Ciudad conduce, controla y regula el sistema de salud" (art. 21) y "la Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria" (art. 22).

20 Altavilla, *Conflicto y coordinación política*.

2. Relación normativa entre la nación y las provincias en el marco de la pandemia

Antes de realizar el análisis sobre el diseño federal, la distribución de competencias y la manera como las provincias recibieron la normativa federal, como referentes para evaluar las acciones estatales adoptadas en esta pandemia, resulta necesario precisar algunos detalles relativos al marco constitucional vigente en Argentina.

La Constitución argentina prevé solo un estado de excepción, denominado “estado de sitio”, previsto para situaciones extremas de guerra o conflictos internos que pongan en peligro la constitución y las autoridades (art. 23 CN). Esta medida extraordinaria debe ser decidida por el Congreso y, excepcionalmente, por el presidente, en el caso de que aquel se encuentre en receso parlamentario, y puede suspender temporalmente ciertas garantías constitucionales. No obstante, este mecanismo de emergencia no fue utilizado en esta pandemia, debido a que no se daba ninguno de los supuestos mencionados y porque existe en general un profundo rechazo social al uso de este instituto por las experiencias históricas vividas en las dictaduras del siglo XX.

El país carece de disposiciones en la constitución federal que aborden de manera específica las cuestiones sanitarias y tampoco cuenta con una ley federal que regule dicha materia. Por tanto, resulta pertinente entender que el panorama normativo actual de Argentina no posee un régimen o una ley general que le permita intervenir en situaciones de emergencia sanitaria extrema y que regule la articulación entre Estado nacional y las provincias.²¹ Por ello, para afrontar la emergencia sanitaria, se utilizaron como herramienta jurídica los decretos de necesidad y urgencia (DNU), instrumento del poder ejecutivo que en el sistema de fuentes del derecho argentino posee el mismo rango que una ley ordinaria, en sentido material, y se halla expresamente contemplado en la Constitución Nacional.²²

21 Algunos países con estructuras federales, como Alemania o México, poseen una ley que regula específicamente esta cuestión.

22 Art 99 inc. 3 CN.

El criterio del constituyente para regular estos decretos de naturaleza legislativa fue el de establecer como principio general su prohibición, pero contemplando consecuentemente su admisión en casos de necesidad y urgencia y “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes”. Esta vía excepcional es finalmente sometida a un control *ex post* efectuado por el Congreso nacional, que debe analizar si el poder ejecutivo cumplió con los requisitos establecidos en la constitución.²³

Con respecto al esquema federal argentino, como ya se mencionó, es originariamente dual y correspondía a las provincias definir el esquema de restricciones, en un ejercicio de poder de policía sanitaria que no delegaron.

No obstante, el aspecto más relevante en el cual se centra la investigación en este punto es que, durante el desarrollo de la pandemia, se observó que las relaciones entre las distintas entidades gubernamentales se desarrollaron de forma dinámica y fueron mutando hacia la concepción denominada *federalismo de cooperación*.²⁴

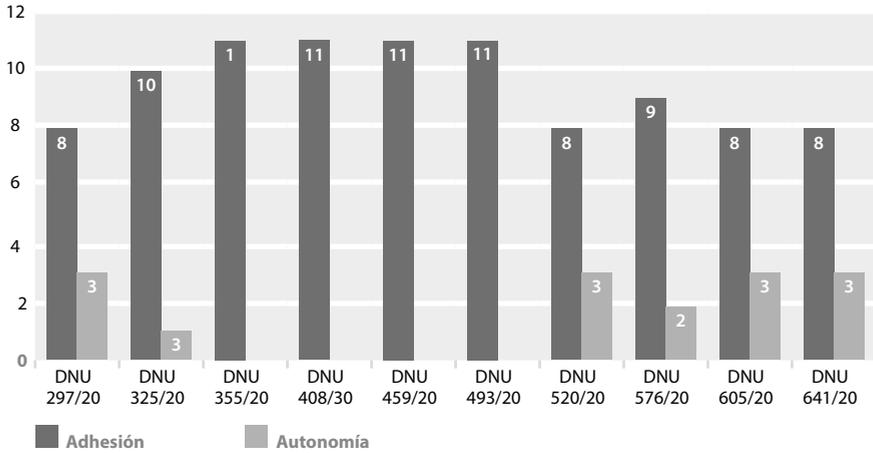
Más allá de la aclaración previa sobre el reparto de competencias, fue el poder ejecutivo nacional (PEN) el primero en atribuirse como propia, de hecho, la potestad de policía sanitaria y ejecutar consecuentemente el programa de prevención y contención de la pandemia, que consistió en: 1) la declaración de emergencia sanitaria y 2) la adopción de un instrumento, de naturaleza *sui generis*, denominado aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO), como principal medida para contener la propagación del virus, a través de un sistema de restricciones, recaídas principalmente en el derecho a circular libremente y la consecuente obligación de permanecer en el domicilio.²⁵

23 La ley nacional 26.122 reglamenta el régimen legal y el procedimiento de control de los decretos de necesidad y urgencia (DNU). Naturalmente, el poder judicial puede realizar también oportunamente un control judicial de constitucionalidad sobre esa medida.

24 Para más detalles, véanse los puntos 3 y 4, respectivamente, sobre restricciones de derechos e interacciones deliberativas entre la nación y las provincias.

25 En realidad, la declaración de emergencia sanitaria provino del DNU 260/20 (13/03/2020). Posteriormente a 19 de marzo de 2020 se dictaba el DNU 297/20 que instrumentó el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO).

FIGURA 1. Recepción de la normativa nacional por parte de las provincias en Argentina durante la pandemia entre marzo y agosto de 2020



Fuente: Elaboración propia con base en artículos de prensa de la página web del gobierno nacional y de los diarios de mayor circulación del país.

* En la Figura 1 se relevaron las siguientes provincias: Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Corrientes, Jujuy, Mendoza, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe y Tucumán. En todos los casos la información empleada fue extraída de sus respectivas páginas web oficiales del boletín oficial. Puede accederse a ellas desde el siguientes sitio web <http://www.reddeboletines.gob.ar/>

En los dos casos, como ya se expresó, ambas medidas se instrumentaron a través del uso de DNU, dándose por cumplidas las condiciones fácticas para el uso de este instrumento: la necesidad y urgencia, por un lado, y la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes, por el otro.²⁶

26 De manera coincidente, tanto la Constitución nacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen que las restricciones que se impongan al ejercicio de derechos fundamentales deben establecerse con arreglo al cumplimiento de ciertos requisitos de forma y a condiciones de fondo. En estos casos –y de forma enfática– se impone el principio de legalidad en virtud del cual las restricciones deben ser prescriptas por una ley en sentido formal (*cf.* Bidart, *Manual de la Constitución reformada*). En el caso argentino, *a priori*, esta condición no se halla satisfecha, toda vez que las restricciones se impusieron a través de leyes en sentido material (DNU), aunque en un primer momento se hallaría justificada en la urgencia inminente y la imposibilidad de sesionar del Congreso. Sin embargo, resulta objetable la reincidencia de esta fórmula, empleada por el PEN para prorrogar estas restricciones, teniendo en cuenta que ya no se verificaban

En la Figura 1, se exponen en forma cronológica los sucesivos DNU que expidió el PEN, desde el número 297/20, primero en instaurar el ASPO y sus consecuentes prórrogas entre el período de marzo y agosto.

La Figura 1 ilustra cómo fue la recepción de estas normas en el plano provincial para evidenciar la forma en que los estados provinciales fueron acogiendo las medidas del PEN, ya sea adhiriendo a lo dispuesto a nivel nacional y promoviendo, consecuentemente, la adopción de tales medidas y el control de las mismas, o bien, por el contrario, optando por implementar un régimen autónomo de restricciones para enfrentar la pandemia.²⁷

Este esquema revela en forma empírica la tendencia aducida con anterioridad de la adopción, de hecho, de un sistema de cooperación federal entre el Estado central y los estados provinciales. Para una exposición más didáctica dividiremos el análisis de este sistema en dos fases. En la primera fase, el instrumento central objeto de análisis es el DNU 297/20 que

las condiciones acaecidas en un momento inicial, sobre todo en relación con el Congreso nacional que, desde el mes de mayo, ya había retomado sus sesiones en forma remota.

- 27** Por adhesión se entiende la situación en la cual las provincias, a través de instrumentos administrativos propios, receptaron la normativa nacional y la aplicaron en el orden provincial. Puede ejemplificarse mejor este concepto con el texto de alguno de los decretos provinciales de adhesión: “Dispónese la adhesión al Decreto Acuerdo de Necesidad y Urgencia 297/20, por el que se establece la medida de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, en los términos indicados en el mismo [...] en todo el territorio de la Provincia de Tucumán” (Tucumán, DNU 2/1 de 20 de marzo de 2020); “Adhiérese la Provincia de Córdoba a lo dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia No. 297/2020 por el que se establece el aislamiento social, preventivo y obligatorio en todo el territorio nacional” (Córdoba: Decreto 201, de 20 de marzo de 2020). Por régimen autónomo nos referimos a aquellos casos en los que las provincias no realizaron una recepción de las normas nacionales, sino que implementaron su propio régimen de limitaciones o restricciones a través de normas o instrumentos administrativos provinciales: “Paralizase, desde el día de la fecha hasta el día viernes 20 de marzo de 2.020 inclusive, la actividad de la administración pública provincial, organismos autárquicos, descentralizados y sociedades del estado, salvo funcionarios, servicios esenciales, hospitalarios, ambulatorios, guardias, y supuestos que se determinen reglamentariamente por los distintos Ministerios del Poder Ejecutivo Provincia, en especial Ministerios de Salud y Seguridad” (Jujuy, Decreto 742-G/2020, de 17 de marzo de 2020).

instrumenta el ASPO como programa restrictivo de naturaleza sanitaria y, en la segunda, el DNU 520/20.

Respecto de la primera, desde el punto de vista operativo, la norma prescribe la adopción del aislamiento de forma uniforme en todo el territorio nacional.²⁸ La instrumentación de este programa fue decidida en el seno del PEN, pero con una previa articulación de diálogos y reuniones, remotos y personales, con los gobernadores de las distintas provincias.²⁹ En este sentido, por el contexto y la poca información que se tenía sobre cómo se propagaba el virus Sars-Cov-2, resultaba necesario que las medidas a adoptar por los gobiernos guardasen un grado de cohesión. En efecto, si bien el PEN se adjudica una competencia que no le ha sido delegada, como ya lo anticipamos, la forma en que articuló esta medida permite observar el desarrollo de relaciones de cooperación³⁰, claves para articular el sistema distributivo de competencias frente a la emergencia y el peligro inminente proveniente de la misma.

Entre las derivaciones prácticas que son producto de las relaciones de cooperación, pudo detectarse la aplicación del principio de subsidiariedad en su faz positiva.³¹ Esta habilitación surge de la recepción normativa expresa que la mayoría de las provincias hacen del instrumento nacional dando

28 DNU 297/20, artículo 10: “las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto [...] sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias”.

29 Estas dinámicas deliberativas pueden observarse con más profundidad en el punto 4.

30 Nótese aquí que voluntariamente utilizamos el término colaboración. Si bien desde el punto de semántico los términos cooperación y coordinación suelen ser empleados como sinónimos, desde el punto de vista jurídico, que es el que aquí nos interesa, poseen un valor diferenciado que permite clasificar distintas formas de relacionarse entre los entes gubernamentales que se suceden en los Estados descentralizados. Pueden ampliarse teóricamente estos conceptos en Díaz Ricci, *Las relaciones gubernamentales de cooperación* (Buenos Aires, Ediar, 2009).

31 Díaz Ricci, “La cooperación”.

lugar al Estado central para intervenir y contener la situación.³² Sin embargo, es necesario remarcar que en estas primeras instancias la estructuración del ASPO tuvo como característica la concentración del poder político en el gobierno federal, situación que fue cambiando con el correr de la pandemia hacia instrumentos que generasen espacios deliberativos de cooperación entre las provincias y el gobierno nacional.

Como ya explicamos, el ASPO consistió en la restricción de ciertos derechos.³³ Este mecanismo, previsto como regla general para toda la población, previó a su vez excepciones para ciertas actividades consideradas “esenciales” y enumeradas por el decreto. El mismo estableció que se podía “ampliar o reducir las excepciones dispuestas, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y de la eficacia que se observe en el cumplimiento de la presente medida”.³⁴ Lo interesante es que dicha atribución se colocó en cabeza del jefe de gabinete de ministros (JGM), es decir que existió en primer lugar una autoadjudicación de tal potestad en poder del PEN y en segundo una delegación de dicha facultad al JGM.³⁵

Este sistema continuó vigente en los DNU 325/20 y 355/20. En este último se realizó una pequeña modificación al sistema original previsto que continuó manteniendo al JGM como única autoridad para determinar la ampliación de actividades exceptuadas, con la diferencia de que se incorporó la posibilidad de que los gobernadores pudieran peticionar ante

32 Nótese que hasta el Decreto 493/20 (25/05/2020) existió una recepción casi unánime de todas las provincias en sus respectivas jurisdicciones.

33 Para más detalles, véase punto 4.

34 DNU 297/20, art 6.

35 El jefe de gabinete de ministros (JGM) fue una figura incorporada a nuestro sistema por conducto de la reforma constitucional de 1994. Originalmente se pensó como un instrumento para atenuar el hiperpresidencialismo argentino, introduciendo esta figura más propia de los sistemas parlamentarios, que debía precisamente servir como nexo entre el poder ejecutivo y el legislativo. Se trata de un ministro que, si bien se halla dentro de la órbita del PEN, posee mayores atribuciones que los demás ministros. En la práctica, terminó siendo un ministro más, fiel a los resortes presidenciales.

este³⁶ y solicitar excepciones en sus respectivas jurisdicciones.³⁷ Esto marcó un paulatino avance hacia una forma de relacionamiento cooperativo.

Este fenómeno se profundizó a partir del DNU 408/20, el cual trasladó la prerrogativa de determinar las excepciones al APSO a los gobernadores, siempre y cuando se observasen los requisitos epidemiológicos fijados en la normativa. Nótese que de aquí en adelante el sistema se configura de la siguiente forma: fue el PEN el que continuó disponiendo la prórroga del aislamiento y las provincias realizaron una recepción y adhesión expresa, en la mayoría de los casos –como puede observarse en la Figura 1–, y, a su vez, las autoridades provinciales, en función del contexto epidemiológico en sus respectivas jurisdicciones, pudieron determinar ampliar o reducir las excepciones al régimen.

Esta modificación en el mecanismo del ASPO resultó superadora para nuestro esquema federal, ya que son las provincias las que se encuentran mayormente legitimadas y poseen mayor información de su situación epidemiológica para decidir acerca de la intensidad de las restricciones. Más aún si tenemos en cuenta que, al momento de dictarse el DNU 408/20, existían numerosas provincias que no registraban circulación comunitaria del virus y algunas ni siquiera tenían casos confirmados de contagio.³⁸ Por esta razón, resultaba incoherente mantener un criterio uniforme en torno a las restricciones, sobre todo por las implicancias y consecuencias que estas tienen en el aparato productivo y económico provincial.

36 Durante la vigencia del DNU 355/20, el JGM dictó 12 decisiones administrativas (DA) que extendieron dichas excepciones.

37 DNU 355/20, artículo 2: “El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la ‘Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional’ podrá, previa intervención de la autoridad sanitaria nacional, y a pedido de los Gobernadores o de las Gobernadoras de Provincias o del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, exceptuar del cumplimiento del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ y de la prohibición de circular, al personal afectado a determinadas actividades y servicios, o a las personas que habiten en áreas geográficas específicas y delimitadas”.

38 En provincias como Catamarca no se registraba ningún caso, mientras que en otras los casos confirmados eran muy escasos y provenientes de fuera de su jurisdicción, sin circulación comunitaria (La Pampa 5, San Luis 11, Santiago del Estero 22, Tucumán 49).

La segunda fase del programa operativo para contener la emergencia sanitaria fue definida por el DNU 520/20. A través de este se instrumentó un nuevo mecanismo de restricciones denominado distanciamiento social preventivo y obligatorio (Dispo). Esta nueva figura implicó limitaciones más leves de los derechos y permitió el desarrollo de actividades que hasta ese momento se hallaban restringidas por el ASPO como regla general. El Dispo pasó entonces a coexistir con ASPO, que se mantuvo vigente en algunos departamentos provinciales que aún registraban elevadas cifras de contagios.

Desde el punto de vista institucional, esta segunda etapa evidenció aún más la tendencia al desarrollo de relaciones de cooperación entre los agentes federales. En ambos casos, en este nuevo sistema, las provincias pudieron disponer la reactivación de distintas actividades, limitadas solo por protocolos de distanciamiento sanitarios, pero sin que el gobierno nacional pudiese imposibilitar su desarrollo. Ya no se trató de excepciones a la prohibición de circulación propia del ASPO, sino de la apertura de actividades, sometida a ciertas condiciones, para evitar los contagios, que fueron decididas y aprobadas por los gobiernos provinciales.

En este marco, tal como lo evidencia la Figura 1, si bien continuó existiendo una amplia adhesión de las provincias, se observó también un aumento en el número de otras que, encontrándose alcanzadas por el régimen del Dispo, no efectuaron una recepción expresa del instrumento normativo federal, sino que optaron por instrumentar regímenes autónomos similares al nacional.³⁹

Este diseño articulado entre los distintos entes que componen la federación permitió entrever la facultad de intervenir de un agente federal, con potestad propia, en el ejercicio de competencias ajenas, pero sin vaciarla de su contenido. Esto implica la integración de las partes en un todo realizada de una forma jerárquica con miras a lograr la cohesión de la acción

39 En este sentido, incluso existieron provincias como Jujuy, que si bien habían sido catalogadas de acuerdo con el Dispo, decidieron en forma autónoma, producto de las complicaciones en la contención de los contagios, retornar al régimen del ASPO manteniendo un régimen de restricciones severas. Véase el Decreto Acuerdo 1190-G/2020 de 29 de junio de 2020 extraído del boletín oficial de la provincia de Jujuy.

pública, tal como postulan las diferentes teorías que definen los mecanismos de cooperación.⁴⁰

A modo de síntesis, este cambio en la forma como se articularon y se ejercitaron las competencias estatales permitió adoptar un mejor sistema de gestión en la esfera pública para abordar la emergencia sanitaria, ya que la tarea de concertación federal supone que las autoridades políticas nacionales y provinciales puedan conjugar intereses para potenciar el cumplimiento del texto constitucional, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto de la constitución.⁴¹

3. Restricciones de derechos en el marco de la pandemia

En este punto, se realiza un análisis sobre cuáles fueron las restricciones de derechos que la nación y las provincias implementaron con el objetivo de contrarrestar la pandemia y, de alguna manera, proteger a la población en general. Con el objetivo de realizar un estudio empírico detallado sobre las medidas que se tomaron, se decidió efectuar un relevamiento sobre las normas ejecutadas por la nación y 11 provincias⁴² cada vez que estas fueron prorrogando la cuarentena. El período seleccionado fue entre la primera medida que se tomó el 19 marzo y el 5 de agosto. Si bien las Figuras 1 y 2 muestran datos hasta el mes de agosto, por una cuestión de procesamiento de datos se procuró prolongar el análisis sin tanta especificidad por fuera de este, hasta el mes de octubre. Este análisis nos provee de una situación general sobre qué derechos y en qué medida fueron restringidos.

40 Díaz Ricci, *Las relaciones gubernamentales*.

41 CSJN, Fallos 342:917.

42 Las provincias relevadas fueron Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chaco, Corrientes, Córdoba, Jujuy, Mendoza, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe y Tucumán. Este recorte del análisis –partiendo de que Argentina tiene 23 provincias– se debe, por un lado, a que con él se ven representadas todas las regiones y distintos signos políticos y, por el otro, a que no todas las provincias fueron haciendo públicas sus medidas y este grupo seleccionado fue publicando de manera accesible en sus respectivas páginas web las que se fueron tomando, lo que permitió realizar un relevamiento más preciso de todas las normas entre marzo y agosto.

Como se observa en la Figura 2, se optó por investigar las restricciones que afectaban dos grupos de derechos: la libertad de circulación o ambulatoria⁴³ y la libertad de comercio.⁴⁴ Asimismo, se clasificaron las restricciones de estos derechos en intensa, moderada o leve. Esto nos permite tener un panorama más claro y preciso de la manera en la que estos derechos fueron restringidos y al mismo tiempo observar las distintas etapas de la pandemia y cómo este fenómeno fue evolucionando en función de la provincia que se tratase.

Si bien el objetivo apunta a mostrar un panorama de los derechos que mayormente fueron restringidos durante el lapso mencionado de la pandemia, y no a hacer específicamente un juicio valorativo sobre su constitucionalidad, debemos dejar en claro que para que estas restricciones sean válidas deben cumplirse *a priori* una serie de requisitos: legalidad, necesidad, proporcionalidad, no discriminación, interpretación de modo estricto y en favor del derecho en cuestión, y la obligación de las autoridades de justificar las restricciones impuestas a los derechos.⁴⁵

Como se explicó en el punto anterior, tanto la nación como las provincias implementaron restricciones sobre estos derechos a través de decretos de necesidad y urgencia.⁴⁶

43 En este caso se eligieron tres derechos en función de lo que las distintas normativas fueron restringiendo: las actividades recreativas, las reuniones sociales y las actividades deportivas.

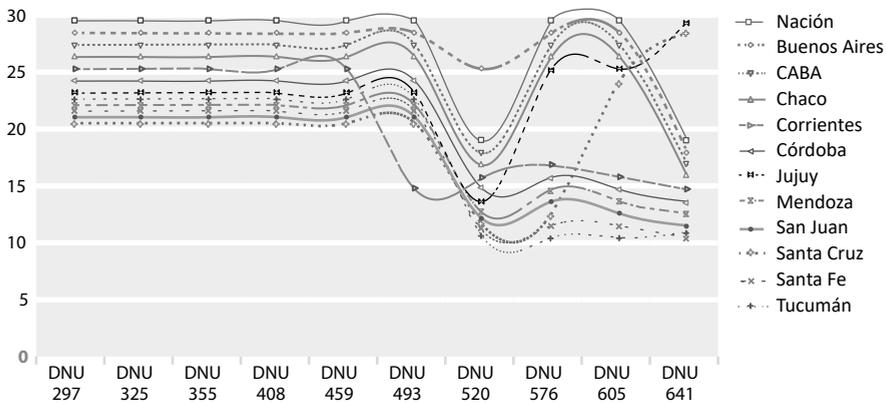
44 En este punto los derechos relevados fueron aquellos que limitaron el derecho a ejercer la industria lícita en tres casos: industrias, comercios en general y bares y restaurantes. Se realizó esta diferenciación porque la normativa investigada optó por restringirlos de manera diferenciada.

45 Para profundizar estos conceptos véanse: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3 reimp. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002); Laura Clérico, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión: miradas locales, interamericanas y comparadas* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018); Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (Madrid, Dykinson, 2003); Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos, *Las medidas de emergencia y el covid-19: orientaciones*, 27 de abril de 2020.

46 Si bien la utilización de esta herramienta estuvo justificada en un comienzo, porque se cumplía con los requisitos establecidos en la Constitución nacional, ya que no se podía seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes y existía una verdadera situación de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3) y provinciales para su

FIGURA 2. Restricciones de derechos en el marco de la pandemia en Argentina entre marzo y agosto de 2020*

Actividades recreativas



* Para medir este tipo de restricciones se utilizó este modelo tríadico que nos permite modelizar las intensidades leve, moderada e intensa. Si bien no hubo un criterio totalmente uniforme, ya que los datos fueron extraídos de los distintos decretos, que muchas veces eran confusos y en algunos casos no contenían con claridad y completitud las restricciones impuestas, los datos plasmados acá nos sirven para graficar una tendencia diferencial entre el Estado nacional y las distintas provincias relevadas.

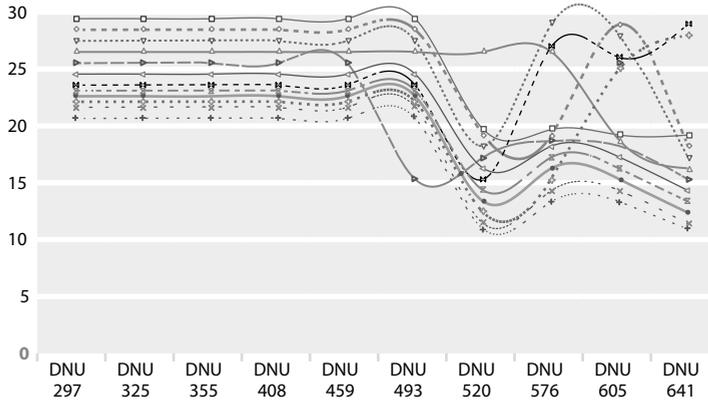
En las Figuras 1 y 2 pueden observarse estos tres tipos de restricciones de la siguiente manera: de 0-10 restricción leve, de 10,1 a 20 restricción moderada y de 20,1 a 30 restricción intensa.

De la Figura 2 se desprende una tendencia clara: el federalismo en el marco de la pandemia, en un primer momento, tuvo características de coordinación, ya que el poder ejecutivo nacional se colocó en una posición de superioridad decidiendo cómo debían ser las primeras medidas para contrarrestar la pandemia, condicionando las competencias de las provincias.⁴⁷

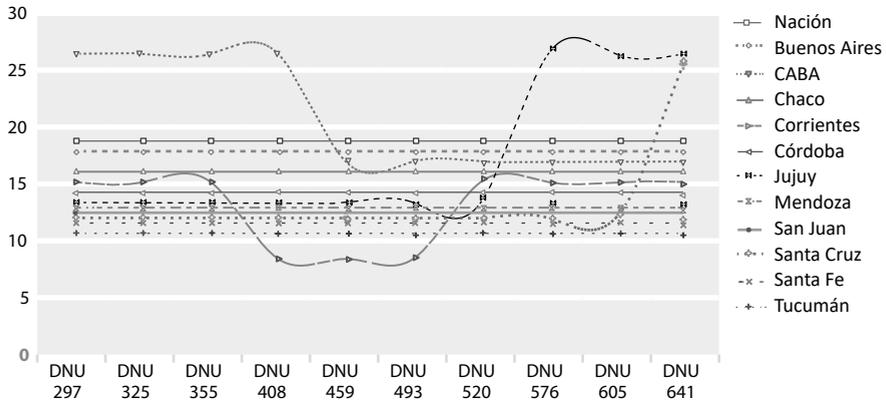
utilización, con el correr la pandemia, tal vez lo más adecuado constitucionalmente habría sido –y teniendo en cuenta que el Congreso de la nación y las legislaturas provinciales comenzaron a sesionar, de forma virtual o presencial, cumpliendo con estrictos protocolos– que fueran estos órganos democráticos y no los poderes ejecutivos a través de una herramienta de emergencia, los que dictaran las normas prorrogando la cuarentena y, por lo tanto, la restricción de los derechos analizados en este punto.

⁴⁷ Un punto que demuestra esta característica tiene que ver con el posicionamiento que toma el PEN en el DNU 297/20, artículo 10: “Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional”. Esto colocaría

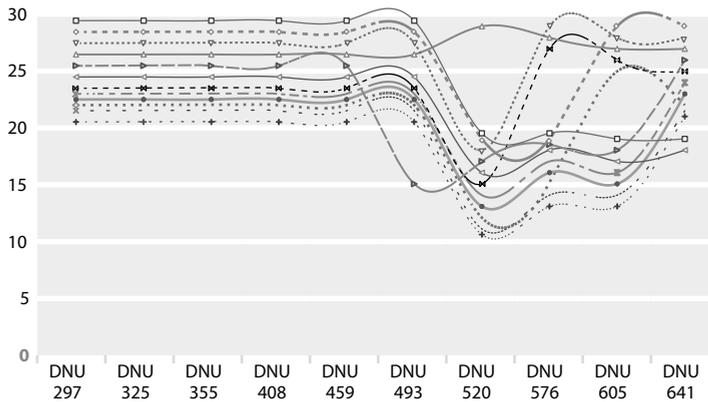
Actividades deportivas



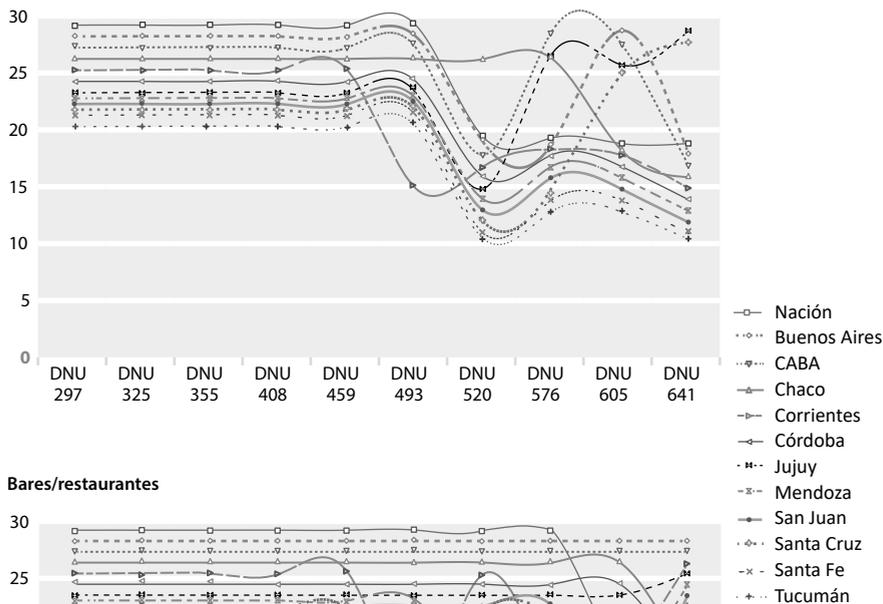
Comercios



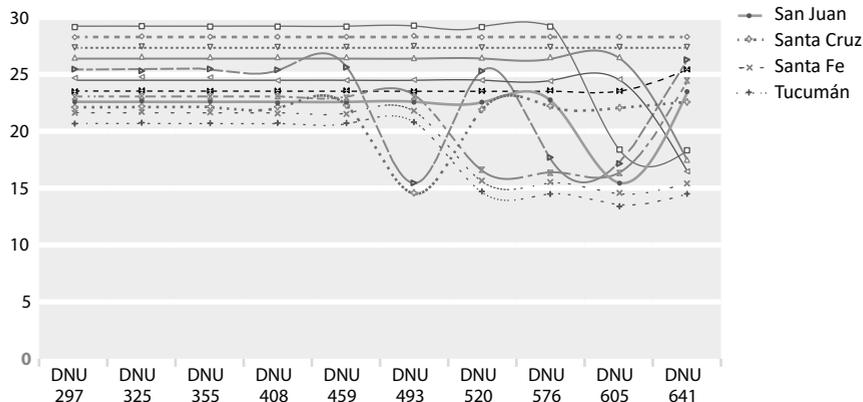
Reuniones sociales



Industrias



Bares/restaurantes



Fuente: Elaboración propia con base en artículos de prensa de la página web del gobierno nacional y de los diarios de mayor circulación del país.

El panorama general que se desprende de la Figura 2 es que, desde el dictado del DNU 297/20, que fue el primero donde se implementó el ASPO, hasta el DNU 408/20, la mecánica consistió en que el PEN disponía de la ampliación del ASPO y las provincias adherían a esos DNU a través de las mismas herramientas provinciales; por lo tanto, se observa que las restricciones incluían los mismos derechos y, a su vez, la intensidad de restricción fue idéntica.

a las provincias y a CABA en un lugar de subordinación. Para profundizar en las características del federalismo de coordinación véase, Díaz Ricci, "La cooperación".

Al mismo tiempo, la normativa nacional estableció que el JGM debía coordinar las medidas con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) para dar cumplimiento a las restricciones establecidas y podía ampliar o reducir dichas excepciones en su carácter de coordinador de la Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional, lo que acentuó las características mencionadas.⁴⁸

Ese criterio se modifica de manera parcial a partir del DNU 355/20, donde se admite que los gobernadores pueden solicitar al JGM excepciones a lo establecido en los DNU nacionales en función de la realidad epidemiológica de cada provincia.⁴⁹ De esta manera, se perfiló un cambio de criterio hacia un federalismo con mayores características de cooperación.

Este escenario se profundiza a partir del DNU 408/20, donde se faculta directamente a los gobernadores a decidir excepciones al ASPO, siempre y cuando se dé cumplimiento a ciertos parámetros epidemiológicos y sanitarios. Y a partir del DNU 520/20, se suma otra variable que consiste en modificar el ASPO hacia medidas de distanciamiento social, preventivo y obligatorio (Dispo). Esto implicó pasar a una etapa con menores restricciones de derechos en función de las características distintivas locales.

Podemos concluir entonces, según la interpretación de la realidad general plasmada en la Figura 2, lo siguiente: en un primer momento el Estado nacional y las provincias estaban alineados en cuanto a qué derechos debían ser restringidos y la graduación, que fue intensa, sin tener tanto en cuenta las distintas realidades locales. Esta tendencia se vio modificada a partir del DNU 408/20, según el cual los gobernadores pudieron comenzar a decidir de manera autónoma, siempre y cuando se cumplieran ciertos parámetros epidemiológicos, lo que indica que fuimos transitando hacia un federalismo de cooperación según las distintas realidades locales, con menores restricciones de derechos e intensidad a partir de la implementación de medidas de Dispo. Ahora bien, analizando específicamente los derechos ilustrados

48 DNU 297/20, art. 6.

49 DNU 355/20, art. 2.

se puede concluir que los derechos de libre circulación y el de ejercicio libre de la profesión, comercio o industria fueron los más restringidos.

Con respecto a la libertad de circulación,⁵⁰ los especialistas que asesoraban al gobierno nacional entendieron que era necesario evitar contactos masivos por la gran facilidad de contagio que muestra el virus.⁵¹ Ello explica que en un primer momento se restringieran de manera intensa las actividades recreativas en lugares públicos, las actividades sociales en espacios privados y las deportivas.⁵² Como se observa en la Figura 2, la tendencia fue la mencionada en los párrafos anteriores: en un comienzo y a partir del DNU 408/20, las provincias comenzaron a tomar decisiones de acuerdo con las realidades locales y a restringir de forma más moderada estos derechos, siempre y cuando se cumpliera con ciertos protocolos. Por ejemplo, con respecto a las reuniones sociales hubo una etapa en la que en todas las provincias, a excepción de AMBA (Área Metropolitana de Buenos Aires), con la implementación del Dispo se permitieron reuniones de hasta 10 personas.⁵³

En lo que se refiere al derecho a trabajar y ejercer la industria lícita,⁵⁴ para las industrias desde un primer momento las restricciones fueron moderadas tanto a nivel nacional como en las provincias, y si bien tuvieron

50 Este derecho se encuentra contemplado en el artículo 14 de la Constitución: “de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”.

51 En referencia al comité de expertos véase: *Clarín*, “Pandemia. Coronavirus en Argentina: quiénes integran el comité de expertos que asesora a Alberto Fernández”, Sociedad, 29 de marzo de 2020. https://www.clarin.com/sociedad/coronavirus-argentina-integran-comite-expertos-asesora-alberto-fernandez_0_D5ZVoVBW1.html

52 Un punto que se decidió no incorporar fue la imposibilidad de hacer turismo interno e interprovincial debido a que fue prohibido en un comienzo de la pandemia y al menos hasta octubre de 2020 no fue permitido, salvo en lugares muy específicos y por lapsos muy cortos.

53 Los datos de las Figuras 1 y 2 reflejan la situación hasta el mes de agosto; a partir del mes de octubre en general las provincias vieron modificada su situación epidemiológica por el aumento importante de casos de covid-19, de modo que muchas volvieron a restringir de manera intensa el derecho a la libre circulación.

54 Este derecho se encuentra contemplado en el artículo 14 constitucional: “Toda persona tiene los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: De trabajar y ejercer toda industria lícita”.

que incorporar protocolos y en muchos casos restricciones en cuanto a la cantidad de personal y forma en la que podían trasladarse los trabajadores, nunca llegaron a cerrarse completamente.⁵⁵

Con los comercios no sucedió lo mismo. Estos sí sufrieron una restricción intensa en un comienzo y hasta el DNU 355/20 las provincias relevadas siguieron el mismo camino que la nación. A partir del DNU 408, pudo verse cómo las provincias comenzaban a tomar caminos diferentes en función de sus realidades y contextos locales. Un ejemplo es la provincia de Corrientes, que en un momento aplicó restricciones leves y luego, debido al aumento de casos de covid-19, decidió volver a una restricción intensa. Lo mismo sucedió con Jujuy, que de una restricción moderada viró a una intensa, debido al cambio de la situación epidemiológica de la provincia.

Algo similar sucedió con los bares y restaurantes, aunque en este caso las restricciones intensas⁵⁶ duraron más tiempo. De hecho, en provincias como Buenos Aires o CABA durante el tiempo relevado las restricciones fueron intensas todo el tiempo; en cambio, en otras provincias, como Tucumán y Santa Fe, a partir del DNU 520/20 pasaron a un nivel de restricción moderada.⁵⁷

Si bien las Figuras 1 y 2 reflejan la situación en relación con los derechos hasta el mes de agosto, debido a que el proceso de recopilación de datos y análisis de la información para realizarlas precisaba marcar un corte, a partir de los DNU dictados a fines de septiembre y octubre, se puede ver cómo la tendencia que se observaba en meses anteriores varió. Algunas provincias que comenzaron a tener realidades epidemiológicas más complicadas restringieron nuevamente de manera intensa los derechos relevados, mientras que CABA y la provincia de Buenos Aires, que fueron las que

55 Desde el primer momento gran cantidad de industrias fueron consideradas esenciales y la cifra fue aumentando a medida que fue transcurriendo la pandemia.

56 Si bien, en general, a nivel nacional y provincial se permitió que los bares y restaurantes brindaran su servicio en modo *delivery*, el hecho de que no pudieran atender al público se vio como una restricción intensa.

57 En general este tipo de restricción moderada consistió en que los bares y restaurantes podían tener mesas en lugares abiertos, con ciertas restricciones y cumpliendo protocolos.

mantuvieron restricciones intensas desde un principio, debido a que la situación epidemiológica ha sido complicada desde un comienzo, empezaron a estabilizarse, lo que les permitió implementar restricciones moderadas.⁵⁸

Por último, aunque se decidió no incorporar el derecho a la educación dentro de los analizados, debido a que fue restringido de manera intensa tanto a nivel nacional como por las provincias desde un primer momento, es importante mencionar que recientemente el Consejo Federal de Educación⁵⁹ acordó, luego de 200 días de suspensión de clases, que cada jurisdicción puede autorizar el regreso a las aulas y definir un calendario, dando cumplimiento a un índice epidemiológico que permite evaluar el riesgo del regreso a las aulas en cada localidad. No obstante, solo podrán regresar a clases aquellas localidades donde este índice dé como resultado un riesgo leve o nulo.⁶⁰

4. Interacciones deliberativas entre nación y provincias como consecuencia de la pandemia

En una democracia republicana y federal es imprescindible crear espacios donde puedan darse deliberaciones colectivas al momento de formularse

58 *La Nación*, “Horacio Rodríguez Larreta anunció la nueva fase de la cuarentena en la Ciudad”, Sociedad – Coronavirus, 10 de octubre de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/horacio-rodriguez-larreta-anuncia-nueva-fase-cuarentena-nid2474890>; José María Costa, “Coronavirus: las 18 provincias que tendrán aislamientos de 14 días en algunas zonas”, *La Nación*, Sociedad – Coronavirus, 10 de octubre de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/coronavirus-cuales-son-18-provincias-tendran-aislamientos-nid2475013>

59 El derecho a la educación en Argentina corresponde en última instancia a las provincias, quienes son las que implementan el sistema educativo en sus jurisdicciones; sin embargo, existe a nivel nacional la Ley 26.206 de Educación Nacional que establece parámetros mínimos en materia del derecho a la educación y crea un Consejo Federal de Educación conformado por el Ministro de Educación de la Nación y los de todas las provincias. Este tiene como finalidad dictar las disposiciones necesarias para que las distintas jurisdicciones garanticen lo estatuido en el artículo 32 de la Ley 26.206. En definitiva, se trata de un órgano de coordinación y cooperación federal.

60 Evangelina Himitian, “Coronavirus en la Argentina: autorizan la vuelta a clases y cada provincia definirá su calendario”, *La Nación*, Sociedad – Coronavirus en Argentina, 9 de octubre de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/coronavirus-argentina-autorizan-vuelta-clases-cada-provincia-nid2473757>

políticas públicas, más aún cuando estas pretenden restringir derechos en una situación tan compleja como la de la actual pandemia.⁶¹ Esto significa, por un lado, que la nación y las provincias deben crear canales de deliberación para formular estas políticas de acuerdo con sus distintas realidades locales. De haber estos canales, estaríamos hablando de la existencia de un federalismo con rasgos cooperativos, que es de alguna manera el que más se adecúa a las realidades de los países occidentales que adoptaron el federalismo como forma de estado. Por otro lado, para la formulación de una política pública es de vital importancia escuchar las voces de los potencialmente afectados.⁶² Esto es así porque las élites que formulan e implementan estas políticas no tienen las mismas perspectivas que los potenciales afectados y pueden implementar políticas que no se ajusten a sus realidades, colocándolos en una situación de mayor vulnerabilidad.⁶³

Para observar si existieron canales deliberativos en el marco de la pandemia que hayan fomentado la cooperación entre el ámbito nacional y el de las provincias, se realizó un rastreo de cómo fue la interacción entre el presidente y los gobernadores cada vez que el primero dictó un DNU prorrogando la cuarentena. Con ese objetivo, la Tabla 1 muestra si el presidente dio conferencias de prensa cada vez que dictó un DNU, quiénes lo acompañaron en esa conferencia y si previamente se reunió con los gobernadores para discutir las medidas a tomar en función de las distintas

61 Roberto, Gargarella y Jorge Roa Roa, "Diálogo democrático y emergencia en América Latina", Research Paper No. 2020-21, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, 2020. Social Science Research Network - SSRN. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3623812

62 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6 reimpr. (Madrid: Trotta, 2010); Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa* (Buenos Aires: Gedisa, 2003).

63 Estas afirmaciones, como sostiene Gargarella: "se basan en al menos dos supuestos que aún parecen ser reconocibles en las democracias actuales. Primero, la suposición 'Milleana' según la cual cada persona es el mejor juez de sus propios intereses [...]. La otra suposición se relaciona con lo que Jeremy Waldron –siguiendo a Aristóteles– llamó 'la sabiduría de la multitud'. La idea es que 'diferentes personas aporten diferentes perspectivas sobre los temas en discusión'". Gargarella y Roa, "Diálogo democrático y emergencia en América Latina", 12.

realidades provinciales, y busca evidenciar que hubo una actitud dialógica entre el presidente y los gobernadores de las distintas provincias del país.

En primer lugar, se puede observar que de los 14 DNU dictados por el poder ejecutivo nacional en el período analizado solo en tres de ellos el presidente no realizó una conferencia de prensa. Esto demuestra una intención de comunicar de manera directa a la población en general. Asimismo, en ninguna de ellas estuvo solo y la mayoría las dio en presencia del gobernador de la provincia de Buenos Aires y el jefe de gobierno de CABA, donde se concentra más de la mitad de la población en Argentina. Sin embargo, también en momentos específicos el presidente decidió rodearse de gobernadores de otras provincias.⁶⁴ Por ejemplo, en la primera se garantizó que todos los partidos políticos que gobiernan en las provincias estuviesen representados. En julio, estuvo acompañado por los de CABA y Buenos Aires y por los de Río Negro, Chaco y Jujuy, que en ese momento eran las provincias más comprometidas en su situación epidemiológica, junto a las dos primeras.

De la Tabla 1 también se desprende que el presidente se reunió en siete oportunidades con todos los gobernadores antes de dictar un DNU que prorrogaba el ASPO o el Dispo. Esto demuestra nuevamente que se priorizó el consenso cooperativo entre el PEN y las provincias, al punto que artículos de prensa incluso destacan esa actitud como histórica.⁶⁵

Esto nos permite concluir que existió un espacio de deliberación, cooperación y consenso federal en lo que respecta a cómo las distintas

64 “¡Es una alegría tener los gobernadores que tengo!, aseguró el presidente, quien agradeció la coordinación con todos”. Véase Bernardo Vázquez, “Alberto anunciará la extensión de la cuarentena: cuáles fueron los puntos clave de la cumbre con los gobernadores”, *El Cronista*, Economía y Política, 24 de abril de 2020, <https://www.cronista.com/economiapolitica/Coronavirus-Alberto-define-en-videoconferencia-con-gobernadores-hasta-cuando-extiende-la-cuarentena-20200424-0025.html>

65 La definición se terminará de consensuar tras el encuentro histórico que la cúpula del gobierno y los gobernadores mantienen en la residencia presidencial. *Infobae*, “Terminó la reunión entre Alberto Fernández y los gobernadores: anunciarán la cuarentena obligatoria”, Política, 19 de marzo de 2020. <https://www.infobae.com/politica/2020/03/19/alberto-fernandez-esta-reunido-con-los-gobernadores-para-sumar-respaldo-al-anuncio-de-la-cuarentena-obligatoria>

TABLA 1. Efecto dialógico de cooperación en el marco de la pandemia en Argentina

DNU nacional/ fecha	Conferencia Presidente	Participantes/ gobernadores*	Reunión previa/fecha**
DNU 297/20 19 de marzo	SÍ	Gobernadores de: Buenos Aires, CABA, Santa Fe, Jujuy, Córdoba y Entre Ríos	19 de marzo: Reunión previa en la Quinta Presidencial de Olivos con todos los gobernadores
DNU 325/20 31 de marzo	NO		29 de marzo: Reunión virtual previa con todos los gobernadores
DNU 355/20 11 de abril	SÍ	Ministros de Salud, Interior, jefe de gabinete de ministros	NO
DNU 408/20 26 de abril	SÍ	Ministros de Salud, Interior, jefe de gabinete de ministros	24 de abril: Reunión virtual previa con todos los gobernadores
DNU 459/20 10 de mayo	SÍ	Gobernadores de: CABA, Buenos Aires	NO
DNU 493/20 24 de mayo	SÍ	Gobernadores de: CABA, Buenos Aires	NO
DNU 520/20 08 de junio	SÍ	Gobernadores de: CABA, Buenos Aires	04 de junio: Reunión virtual previa con todos los gobernadores
DNU 576/20 29 de junio	SÍ	Gobernadores de: CABA, Buenos Aires	NO
DNU 605/20 18 de julio	SÍ	Gobernadores de: CABA, Buenos Aires, Río Negro, Chaco y Jujuy	18 de julio: Reunión virtual previa con todos los gobernadores
DNU 641/20 2 de agosto	SÍ	Gobernadores de: CABA, Buenos Aires	NO
DNU 677/20 16 de agosto	SÍ	Gobernadores de: CABA, Buenos Aires	NO
DNU 714/20 30 de agosto	NO		27 de agosto: Reunión virtual previa con gobernadores de Córdoba, Entre Ríos, Jujuy, Mendoza, Neuquén, Santa Fe, La Rioja, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tucumán
DNU 754/20 20 de septiembre	NO		NO
DNU 792/20 11 de octubre	SÍ	Gobernadores de: Neuquén, Santa Fe y Jujuy	10 de octubre: Reunión virtual previa con todos los gobernadores

* La columna hace referencia a aquellos que estuvieron presentes en la conferencia de prensa, otorgándole mayor legitimidad a la comunicación. ** La columna hace referencia a reuniones donde se discutieron conjuntamente las medidas a tomar.

Fuente: Elaboración propia con base en artículos de prensa de la página web del gobierno nacional y de los diarios de mayor circulación del país.

provincias fueron implementando medidas para luchar contra la pandemia.⁶⁶ Asimismo, los gobernadores plantearon la necesidad de ser solidarios y rescataron que a lo largo de la pandemia la nación mantuvo una “política federal y equitativa” en relación con las medidas de contención social y sanitaria que se dieron, como el ingreso familiar de emergencia (IFE), el programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción (ATP) o la tarjeta alimentaria ampliada.⁶⁷

Naturalmente como en todo Estado federal, pueden plantearse desacuerdos entre las partes. Es así que en varias ocasiones existieron diferencias entre el presidente y el jefe de gobierno de CABA y, sin embargo, este último sostuvo en una conferencia de prensa que seguía “trabajando en coordinación con el gobierno nacional y el de la Provincia. A pesar de que tenemos diferencias públicas y explícitas, como la que sucedió hace un par de semanas, yo reafirmo que mi convicción es que para enfrentar la pandemia tenemos que trabajar juntos”.⁶⁸

Aunque podamos concluir que la interacción entre presidente y gobernadores fue positiva y da la pauta para la existencia de un federalismo de cooperación, no sucedió lo mismo con la incorporación de otras voces a la hora de discutir e implementar las políticas públicas locales. La mayoría de las provincias crearon comités operativos de emergencia que fueron tomando las medidas locales concretas. Lamentablemente se perdió la

66 Algunos artículos destacaron que: “El presidente Alberto Fernández acordó con los gobernadores que cada jurisdicción mantendrá o modificará sus medidas de restricción de acuerdo a los escenarios locales de propagación del coronavirus”. *Télam*, “Fernández analizó el escenario de pandemia con gobernadores y este viernes se reúne con Kicillof y Larreta”, *Política*, 27 de agosto de 2020, <https://www.telam.com.ar/notas/202008/507174-alberto-fernandez-analizara-la-situacion-sanitaria-con-gobernadores.html>

67 Martín Dinatale, “Alberto Fernández analizó junto a los gobernadores de todo el país cómo será la nueva extensión de la cuarentena”, *Infobae*, *Política*, 8 de octubre de 2020, <https://www.infobae.com/politica/2020/10/09/alberto-fernandez-analizo-junto-a-los-gobernadores-de-todo-el-pais-como-sera-la-nueva-extension-de-la-cuarentena/>

68 *La Nación*, “Horacio Rodríguez Larreta anunció la nueva fase de la cuarentena en la ciudad”, *Sociedad*, 10 de octubre de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/horacio-rodriguez-larreta-anuncia-nueva-fase-cuarentena-nid2474890>

oportunidad de incorporar dentro de estos las voces de los distintos grupos que vieron afectados sus derechos mediante las restricciones implementadas.

Otro punto negativo tiene que ver con que la totalidad de las medidas tanto a nivel local como nacional fueron tomadas a través de DNU por parte de los ejecutivos, cuando el único órgano que garantiza la representación de todos los sectores sociales y la deliberación es el legislativo. En lo que a la deliberación y legitimidad de las medidas respecta, hubiese sido importante que estas se tomaran a través de los órganos legislativos una vez que comenzaron a funcionar, ya sea de manera presencial, semipresencial o virtual. Los grandes ausentes de esta contienda fueron el Congreso de la nación y el poder judicial, como se verá en el punto 6.⁶⁹

5. Implicancias presupuestarias durante la pandemia

La reforma constitucional del año 1994 incorporó el artículo 75, inciso 2, que constitucionalizó el sistema de coparticipación y estableció la distribución entre la nación, las provincias y la CABA, contemplando criterios objetivos de reparto basados en la solidaridad, la equidad y el logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.⁷⁰ La misma debía sancionarse, según lo establecido por la cláusula transitoria sexta, antes de 1996. Lamentablemente, aunque fue un punto en el que hubo amplio consenso en la reforma de 1994, que buscaba lograr a partir de este nuevo sistema de reparto un federalismo más fuerte y con rasgos cooperativos,⁷¹ hasta el día de hoy no ha sido posible implementar dicho artículo. Por tanto, continúa vigente el régimen de coparticipación federal impuesto a través de la Ley 23.548 de

69 Podemos estar de acuerdo en que tal vez al principio de la pandemia el instrumento adecuado pudo haber sido un DNU, pero con el correr de la pandemia y con las legislaturas funcionando algunas de manera virtual y otras presencialmente cumpliendo los protocolos, estas deberían haber sido el lugar donde se tomaran las decisiones.

70 Para profundizar en la temática véase Horacio G. Corti, *Derecho constitucional presupuestario* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006).

71 Altavilla, *Conflicto y coordinación política*.

1988, que carece de reglas claras y sobre todo no se ajusta a lo establecido por la Constitución Nacional. Esto provoca de alguna manera lo que Spisso denomina un “federalismo en cautiverio”,⁷² debido a la dependencia que las provincias tienen de estos recursos coparticipables, que son manejados muchas veces de manera discrecional por la nación.

Lo cierto es que este mecanismo, que provoca desfasajes estructurales, sumado a la recaudación impositiva, que disminuyó notablemente, y al colapso de la economía a raíz de la pandemia, produjeron que las provincias vieran gravemente afectado el ingreso de estos recursos coparticipables.⁷³ Para intentar corregir de alguna manera la caída de estos recursos provinciales, la nación dictó el Decreto 352/20 a través del cual se creó el Programa para la Emergencia Financiera Provincial. Por medio de este, se redestinaron recursos para mejorar los aportes del Tesoro a las jurisdicciones provinciales y para fortalecer el Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial.⁷⁴ Si bien, de alguna manera este programa sirvió para morigerar los problemas económicos provinciales, no hizo más que profundizar un modelo centralista de distribución de los recursos presupuestarios en contra del federalismo que establece la Constitución Nacional.

Por otro lado, para intentar disminuir el impacto económico que produjo la pandemia, el PEN tomó algunas medidas para beneficiar a ciertos grupos que se vieron mayormente afectados.⁷⁵ Lo cierto es que, al menos

72 Rodolfo Spisso, *Derecho constitucional tributario* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011).

73 Para ver detalles porcentuales de la caída de los recursos coparticipables de las provincias véase CEPA - Centro de Economía Política Argentina, “Transferencias a las provincias por coparticipación: una aproximación a la evolución de la recaudación impositiva - Septiembre 2020”. 02 de octubre de 2020, <https://centrocepa.com.ar/informes/274-transferencias-a-las-provincias-por-coparticipacion-una-aproximacion-a-la-evolucion-de-la-recaudacion-impositiva-septiembre-2020.html> (último acceso: 12 de octubre de 2020).

74 CEPA, “Transferencias a las provincias”.

75 Constituyó un fondo de afectación específica con el objeto de otorgar garantías y facilitar el acceso a préstamos para capital de trabajo, por parte de las micro, pequeñas y medianas empresas (DNU 326/20), creó un Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, por el cual subsidió a empresas y personas

en este plano, no pudieron verse muchos aspectos positivos en lo que al federalismo respecta, como en los otros puntos analizados.

6. Intervención del poder judicial en el marco de la pandemia

En referencias anteriores señalamos con preocupación la escasa intervención por parte del Congreso de la nación durante el transcurso de la pandemia. Para ver este asunto con claridad, resulta práctico distinguir, en primer plano, su ausencia de participación como órgano constitucionalmente investido de la potestad para deliberar y sancionar, en el caso, un programa normativo que regule y determine las restricciones necesarias para contener los efectos nocivos derivados de la circulación del Sars-CoV-2 y, en segundo plano, su escasa actuación en materia de control, como el órgano encargado de supervisar y controlar las diversas medidas emanadas del PEN. Su actividad en esta última etapa se limitó a aprobar, en sesiones parlamentarias⁷⁶ con escasa deliberación, diferentes DNU relacionados con la pandemia.⁷⁷

A continuación analizaremos el rol y la participación del poder judicial en el cumplimiento de su obligación como órgano de control sobre la actuación de los demás poderes durante la crisis sanitaria. Para ello, en primer lugar, debemos describir brevemente el modelo judicial argentino.

sin trabajo (DNU 332/20; 376/20; 621/20) y dispuso el congelamiento y suspensión de cortes de servicios en general (DNU 311/20; 543/20).

- 76** Recordemos que el poder legislativo nacional posee una estructura bicameral, con una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores que participan formalmente en el proceso de formación y sanción de las leyes. Realizada esta necesaria aclaración y con respecto al control sobre algunos de los DNU emitidos por el PEN, los mismos solo fueron tramitados en la Cámara de Senadores, donde fueron convalidados por la mayoría de sus miembros, mientras que aún no han recibido tratamiento expreso en el recinto de Diputados. Sin embargo, en nuestro sistema, esta ausencia de tratamiento o silencio del Congreso o de alguna de las Cámaras no produce el efecto de derogar el DNU, motivo por lo cual los DNU que fueron aprobados por el Senado y no fueron tratados por la Cámara de Diputados continúan vigentes.
- 77** Hasta el 29 de octubre, en tres sesiones virtuales, celebradas el 13 de mayo, el 4 de junio y el 23 de julio, el Senado dio expresa aprobación a 33 DNU sobre la pandemia. Senado Argentino, Versiones Taquigráficas y Diarios de Sesiones, <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/busquedaTac>

La organización del sistema judicial se asienta sobre el esquema federal, lo cual supone la coexistencia de dos órganos judiciales: el federal y el provincial. En este último se tramitan la gran mayoría de los procesos, en materia civil, comercial, laboral, contencioso administrativo, penal y tributario local. Los tribunales federales solo se ocupan de limitadas cuestiones de jurisdicción federal.⁷⁸

Con respecto al control de constitucionalidad, el diseño judicial argentino adopta el modelo de control difuso y judicial, lo cual implica que cualquier juez de primera instancia, provincial o federal, puede llevarlo a cabo en un caso concreto con efecto reducido a las partes.⁷⁹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) es el máximo tribunal encargado de resolver los casos en que se controvierta una cuestión federal referida a la Constitución argentina (arts. 116 y 117). Se trata del último tribunal de la estructura judicial argentina y su intervención solo puede darse en “causas” o controversias concretas entre partes contendientes.⁸⁰

Para explicar de forma más acabada la intervención del poder judicial durante la pandemia, diferenciamos la dimensión de control sobre los instrumentos empleados para articular el programa sanitario de restricciones (control formal) de la dimensión de control sobre la legitimidad y proporcionalidad de las medidas *per se* (control sustancial o de fondo). Desde el punto de vista formal, en diversos procesos judiciales relevados⁸¹ donde

78 Horacio Rosatti, *Tratado de derecho constitucional*, 2 ed. (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2017).

79 Néstor P. Sagües, *Derecho constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2017).

80 Desde su ubicación como máximo tribunal, la interpretación que haga la CSJA influye inexorablemente sobre los restantes niveles judiciales inferiores, tanto provinciales como federales, cuando se tenga que aplicar en lo sucesivo dicha norma; sin embargo, es preciso aclarar que ningún tribunal o juez argentino se encuentran jurídicamente compelidos a seguir la interpretación constitucional de la CSJA, aunque de hecho suelen estar predispuestos a hacerlo, por estrictas razones de economía procesal. En caso de optar por apartarse de la interpretación efectuada por el máximo tribunal, se requiere siempre una adecuada explicación que justifique ese alejamiento.

81 Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional No. 21, *Hábeas Corpus nro. 19.326/2020 en favor de Eduardo Luis Di Rocco, Silvia Graciela Montedónico, Eugenia Di Rocco y Fe-*

el objeto del litigio giró en torno a la legitimidad de restricciones adoptadas por un DNU, observamos que no existió ninguna objeción por parte de los tribunales o jueces respecto a los decretos de necesidad y urgencia como canales para implementar las mentadas limitaciones a derechos fundamentales.

Esto resulta al menos reprochable desde nuestro punto de vista. Si bien en una primera etapa el empleo de los DNU se encontraba fácticamente justificado en razón de la urgencia y la imposibilidad de sesionar del Congreso, con el transcurso del tiempo estas circunstancias desaparecieron.⁸² Nuestra postura halla sustento en la actual y reiterada jurisprudencia de la CSJN que ha sostenido que la Constitución de Argentina (CA) “no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto de necesidad y urgencia”,⁸³ refiriéndose a la oportunidad y las circunstancias fácticas que deben verificarse para cumplir con los recaudos constitucionales exigidos para los DNU.

Con respecto al control de fondo sobre la legitimidad de las medidas, los fallos analizados revelan cierta uniformidad en la opinión de los tribunales y jueces, respecto de la procedencia y razonabilidad de las mismas.

derico Bucas (28 de marzo de 2020); Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional No. 21, *Hábeas Corpus nro. 19.346/2020 solicitado por Tatiana Farb, por derecho propio* (28 de marzo de 2020); Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, *R. D. M s/acción de Habeas Corpus, Causa No. 9791/2020-0* (1 de mayo de 2020); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Sala Integrada de habeas corpus), *Kingston, Patricio s/Habeas corpus 19.200/2020* (21 de marzo de 2020).

82 Desde el 13 de mayo el Congreso de la nación retomó sus sesiones en forma remota a través de plataformas virtuales, encontrándose nuevamente habilitado para sancionar leyes válidamente, con lo cual desapareció la imposibilidad de sesionar que justificaba el uso de los DNU.

83 En el mismo fallo la CSJA sostuvo que las palabras escogidas por la Constitución en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del poder ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación. CSJA, *Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - Ley 20.091 s/ amparo ley 16.986*, 19 de mayo de 2010, Fallos: 333:633.

En estos casos los tribunales sostuvieron en forma coincidente, con relación a las restricciones derivadas del ASPO, que “el aislamiento adoptado que constituye materia de agravio, se presenta razonable y proporcional a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta actualmente el mundo y, en particular, nuestro país” y que “el planteo efectuado no logra demostrar que la normativa impugnada implique una afectación a los derechos constitucionales. Por el contrario, se advierte que busca preservar la salud pública en forma razonable y proporcional”.

Si bien se observa cierta uniformidad de criterio en la reducida lista de fallos analizados, no resulta posible pregonar que esta haya sido la opinión general de los tribunales en todo el país, sobre todo teniendo en cuenta la multiplicidad de procesos que se sustanciaron durante la pandemia.

En conclusión, lo expuesto permite aseverar la errática y poco influyente participación del poder judicial durante la emergencia sanitaria, sobre todo teniendo en cuenta la enorme cantidad de restricciones dictadas por el PEN y el fuerte impacto que estas tuvieron en la sociedad argentina. En parte, este hecho puede atribuirse a la ausencia de pronunciamiento de la CSJN respecto de las medidas emitidas por el gobierno nacional, lo cual podría haber moldeado y uniformado el criterio de los tribunales inferiores a la hora de tener que resolver una controversia originada en alguna de ellas. Esto se debe a que la Corte, como máximo tribunal, actúa como revisor de los procesos sucedidos en instancias inferiores que, cumpliendo con ciertos requisitos, llegan a su conocimiento, lo cual en la práctica suele demorar años. Esto explicaría por qué la CSJN no pudo emitir opiniones.⁸⁴

84 Por el contrario, en el plano institucional, más precisamente en relación con el funcionamiento del Congreso, la CSJA dictó una sentencia, que se originó en una acción declarativa de certeza, incoada por la presidente de la Cámara de Senadores, para determinar si era constitucional que el Congreso nacional sesionara en forma virtual y remota. En aquella ocasión la Corte desestimó la petición, al entender que no existía vulneración concreta o inminente de un derecho que habilitara interponer dicha acción, de forma tal que no se configuraba el necesario requisito de un caso justiciable de la intervención del máximo tribunal. Sin embargo, y en forma residual en el fallo, la Corte sostuvo que el funcionamiento y la forma en que el Congreso ha de sesionar es una potestad inherente al propio órgano y derivado de su autonomía funcional expresamente reconocida por la Constitución nacional,

7. Conclusiones

La situación epidemiológica ocasionada por la pandemia no nos permite concluir a ciencia cierta si el régimen federal argentino sirvió como un mecanismo para favorecer la toma de decisiones adecuadas para combatir la pandemia. Lo cierto es que ningún país tiene la última palabra en este sentido. Lo que sí podemos concluir es que esta situación excepcional producida por la pandemia permitió que el federalismo en Argentina se pusiera en funcionamiento. Un federalismo con rasgos centralistas que se había convertido en la regla fue mutando hacia procedimientos deliberativos y de coordinación entre el gobierno nacional y los provinciales. Algunas de las conclusiones observadas son las siguientes:

Como pudo verse en el punto 2, donde se ilustró de qué manera las provincias dictaron medidas para contrarrestar la pandemia, existieron dos fases: la primera tuvo como característica la concentración del poder político en el gobierno federal, situación que fue cambiando con el correr de la pandemia hacia instrumentos que generaron mayores espacios deliberativos de cooperación entre las provincias y el gobierno nacional en una segunda fase.

En lo que se refiere a las restricciones de derechos, se vio una tendencia clara: en un primer momento el Estado nacional y las provincias estaban alineadas en cuanto a qué derechos debían ser restringidos y la graduación, que fue intensa, sin tener tanto en cuenta las distintas realidades locales en cuanto al aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO). Esta tendencia se vio modificada a partir del DNU 408/20, con el cual los gobernadores comenzaron a decidir de manera, autónoma siempre y cuando se cumplieran ciertos parámetros epidemiológicos. Esto marcó la pauta del tránsito hacia un federalismo de cooperación según las distintas realidades locales, con

motivo por el cual la forma en que ha de sesionar constituye una facultad reservada al parlamento ante la cual los demás poderes deben ser deferentes, no pudiendo intervenir, excepto que existiese un ostensible y arbitrario apartamiento de lo dispuesto por la Carta magna. CSJN, *Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza*, 24 de abril de 2020, Fallos: 343:195.

menores restricciones de derechos e intensidad a partir de la implementación de medidas de distanciamiento social preventivo y obligatorio (Dispo).

Con respecto a las interacciones dialógicas que se dieron entre el presidente y los gobernadores, se observó que fueron positivas. Esto puso sobre el tapete la existencia de un federalismo de cooperación. Lamentablemente, no sucedió lo mismo con la incorporación de otras voces a la hora de discutir e implementar las políticas públicas locales. La mayoría de las provincias crearon comités operativos de emergencia, quienes fueron tomando las medidas locales concretas. Se perdió la oportunidad de incorporar a estos espacios las voces de los distintos grupos que vieron afectados sus derechos mediante las restricciones implementadas.

Un aspecto negativo en cuanto al funcionamiento de los frenos y contrapesos que deben primar en una democracia federal fue la casi total ausencia de participación del Congreso de la nación en lo que se refiere al control de las medidas tomadas por el poder ejecutivo nacional a través de decretos de necesidad y urgencia (DNU). Lo que se vio agravado aún más cuando el Congreso comenzó a sesionar de manera virtual y, con el cumplimiento de protocolos, siguió sin legislar al respecto.

Otro gran ausente en esta contienda fue el poder judicial en general, que reaccionó de manera tibia, sobre todo teniendo en cuenta la enorme cantidad de restricciones dictadas por el poder ejecutivo nacional (PEN) y el impacto que estas tuvieron en la sociedad argentina. En parte este hecho puede atribuirse a la ausencia de pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) respecto de las medidas emitidas por el gobierno nacional, en razón de que la Corte, como máximo tribunal, actúa como revisor de los procesos sucedidos en instancias inferiores que, cumpliendo con ciertos requisitos, llegan a su conocimiento, lo cual en la práctica suele demorar años. De todas maneras, al ser difuso en Argentina el control de constitucionalidad, los tribunales inferiores que recibieron casos concretos podrían haber dictado resoluciones más duras en lo que respecta a las restricciones de derechos en el marco de la pandemia.

Tal vez la situación generada por este acontecimiento excepcional e histórico sea una oportunidad para que finalmente pueda implementarse

este tipo de federalismo cooperativo que pretendió incorporar la reforma constitucional de 1994.

Bibliografía

Alberdi, Juan Bautista. *Derecho público provincial argentino*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3 reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Altavilla, Cristian. *Conflicto y coordinación política en las relaciones intergubernamentales en Argentina. Un análisis neoinstitucional a través del Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos*. Tesis doctoral. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2016.

Anderson, George. *Federalism: An introduction*. Canadá: Oxford University Press, 2008.

Bazán, Víctor. "El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas". *Estudios Constitucionales*, 11, núm. 1 (2013): 37-88.

Bidart Campos, Germán. *Manual de la Constitución reformada*. T. II. Buenos Aires: Ediar, 1996.

CEPA - Centro de Economía Política Argentina. "Transferencias a las provincias por coparticipación: una aproximación a la evolución de la recaudación impositiva - Septiembre 2020". 02 de octubre de 2020. <https://centrocepa.com.ar/informes/274-transferencias-a-las-provincias-por-coparticipacion-una-aproximacion-a-la-evolucion-de-la-recaudacion-impositiva-septiembre-2020.html>

Clarín. "Pandemia. Coronavirus en Argentina: quiénes integran el comité de expertos que asesora a Alberto Fernández". Sociedad, 29 de marzo de 2020. https://www.clarin.com/sociedad/coronavirus-argentina-integran-comite-expertos-asesora-alberto-fernandez_0_D5ZVoVBW1.html

Clerico, Laura. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión: miradas locales, interamericanas y comparadas*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Corti, Horacio G. *Derecho constitucional presupuestario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.

Costa, José María. "Coronavirus: las 18 provincias que tendrán aislamientos de 14 días en algunas zona". *La Nación*, Sociedad – Coronavirus, 10 de

- octubre de 2020. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/coronavirus-cuales-son-18-provincias-tendran-aislamientos-nid2475013>
- Díaz Ricci, Raúl M. *Las relaciones gubernamentales de cooperación*. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- Díaz Ricci, Raúl M. "La cooperación: una clave de la descentralización política y administrativa del Estado democrático". *El Derecho*, 11, núm. 296, año XLIII (2005).
- Díaz Ricci, Sergio M. "El sistema de fuentes del derecho en Argentina por la emergencia sanitaria". En Daniel Barceló Rojas, Sergio M. Díaz Ricci Javier García Roca y María E. Guimarães Teixeira Rocha (coords.), *Covid 19 y parlamentarismo: los parlamentos en cuarentena*, México: UNAM-IIJ, 2020, 285-300.
- Dinatale, Martín. "Alberto Fernández analizó junto a los gobernadores de todo el país cómo será la nueva extensión de la cuarentena". *Infobae*, Política, 8 de octubre de 2020. <https://www.infobae.com/politica/2020/10/09/alberto-fernandez-analizo-junto-a-los-gobernadores-de-todo-el-pais-como-sera-la-nueva-extension-de-la-cuarentena/>
- Fernández Segado, Francisco. *El federalismo en América Latina*. México: UNAM, 2003.
- Frías, Pedro J. "El proceso federal argentino, su situación actual. Autonomía y dependencia". En Antonio Hernández (coord.), *Derecho público provincial*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2008, 114-115.
- Gargarella, Roberto y Jorge Roa Roa. "Diálogo democrático y emergencia en América Latina". Research Paper No. 2020-21, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, 2020. Social Science Research Network - SSRN. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3623812
- Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2010.
- Hernández, Antonio M. "El fortalecimiento federal". En Miguel Ekmekdjian *et al.*, *Reforma constitucional*. Madrid: Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Argentina y Fundación Centro de Estudios políticos y Administrativos, 1994, 114.
- Hernández, Antonio M. "El federalismo argentino". En Antonio M. Hernández y Guillermo Barrera Buteler (coords.), *Derecho público provincial*. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2020, 631-682.

Himitian, Evangelina. "Coronavirus en la Argentina: autorizan la vuelta a clases y cada provincia definirá su calendario". *La Nación*, Sociedad – Coronavirus en Argentina, 9 de octubre de 2020. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/coronavirus-argentina-autorizan-vuelta-clases-cada-provincia-nid2473757>

Infobae. "Terminó la reunión entre Alberto Fernández y los gobernadores: anunciarán la cuarentena obligatoria". *Infobae*, Política, 19 de marzo de 2020. <https://www.infobae.com/politica/2020/03/19/alberto-fernandez-esta-reunido-con-los-gobernadores-para-sumar-respaldo-al-anuncio-de-la-cuarentena-obligatoria>

Iturrez, Arturo. "La provincia en la nación". En Antonio M. Hernández y Guillermo Barrera Buteler (coords.), *Derecho público provincial*. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2020, 199-220.

La Nación. "Coronavirus en la Argentina: autorizan la vuelta a clases y cada provincia definirá su calendario". Sociedad, 9 de octubre de 2020. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/coronavirus-argentina-autorizan-vuelta-clases-cada-provincia-nid2473757>

La Nación. "Coronavirus: las 18 provincias que tendrán aislamientos de 14 días en algunas zonas". Sociedad, 10 de octubre de 2020. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/coronavirus-cuales-son-18-provincias-tendran-aislamientos-nid2475013>

La Nación. "Horacio Rodríguez Larreta anunció la nueva fase de la cuarentena en la ciudad". Sociedad, 10 de octubre de 2020. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/horacio-rodriguez-larreta-anuncia-nueva-fase-cuarentena-nid2474890>

Madison, James. "A further discussion of the supposed danger from the powers of the union, to the state governments". En A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *The Federalist Papers*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001, art. 45, 237-242.

Naciones Unidas - Oficina Alto Comisionado en derechos Humanos. "Las medidas de emergencia y el covid-19: orientaciones", 27 de abril de 2020.

Nino, Carlos S. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa, 2003.

Pérez Guilhou, Dardo. "Significado histórico-político del federalismo argentino". *Anuario de Estudios Americanos de la Escuela de Estudios Hispano Americanos de Sevilla*, XXVII (separata) (1970): 635-639.

Rosatti, Horacio. *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2017.

Sagües, Néstor Pedro. *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2017.

Spisso, Rodolfo. *Derecho constitucional tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

Schultze, Rainer-Olaf. "Föderalismus". En Dieter Nohlen, ed., *Kleines Lexikon der Politik*. Múnich: C.H. Beck, 2001.

Telam. "Fernández analizó el escenario de pandemia con gobernadores y este viernes se reúne con Kicillof y Larreta". Notas, 27 de agosto de 2020. <https://www.telam.com.ar/notas/202008/507174-alberto-fernandez-analiza-la-situacion-sanitaria-con-gobernadores.html>

Vázquez, Bernardo. "Alberto anunciara la extensión de la cuarentena: cuáles fueron los puntos claves de la cumbre con los gobernadores". *El Cronista*, Economía Política, 24 de abril de 2020. <https://www.cronista.com/economiapolitica/Coronavirus-Alberto-define-en-videoconferencia-con-gobernadores-hasta-cuando-extiende-la-cuarentena-20200424-0025.html>

Páginas web

Red de Boletines Oficiales de la República Argentina. <http://www.reddeboletines.gob.ar/>

Senado Argentino. Versiones Taquigráficas y Diarios de Sesiones. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/busquedaTaC>

La federación brasileña en movimiento: oportunismo y descentralización frente a la pandemia

Luiz Guilherme Arcaro Conci (Brasil)*

The first major finding emerging from our examination of the evolution of federalism in the three countries over two centuries underscores those tensions and dynamics, alerting us to the dangers of assuming that decentralization is a linear process or that there is a single dynamic or pattern of its implementation: the history of federal systems is far from linear, is certainly not evolutionary, and is rarely stable.¹

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo analizar los desafíos enfrentados por el Estado brasileño a partir del modelo de federación que se diseñó con la Constitución de 1988 y su desempeño en el enfrentamiento de la crisis sanitaria desatada con la pandemia. Para ello, se presentarán y analizarán

* Profesor de la Facultad de Derecho y del Máster en Gobernanza Global y Políticas Públicas Internacionales (*stricto sensu*) de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Profesor titular de la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo. lgaconci@hotmail.com o lgaconci@pucsp.br. Este trabajo está dedicado a Paulo Bonavides, hoy fallecido, profesor de todos nosotros. Intelectual brillante, persona admirable, de cuyo buen humor tendremos nostalgias también. Algunas de las ideas aquí presentadas, ahora desarrolladas con más rigor, se discutieron en otros textos anteriores, especialmente en Luiz Guilherme Arcaro Conci, "Impacto da pandemia da Covid-19 na federação brasileira: descentralizando a disfuncionalidade", *Opinião Jurídica*, 19, núm. 40 (2020): 225-242, y "O federalismo brasileiro e alguns de seus dilemas: cooperação e competição como problemas tradicionais do constitucionalismo brasileiro" (XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: el diseño institucional del Estado democrático, 15-17 de septiembre de 2015). Sobre el enfrentamiento de la pandemia, véase también Luiz Guilherme Arcaro Conci, coord., *O Direito Público em Tempos Pandêmicos – 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes* (Sao Paulo: Tirant lo Blanch, 2020).

1 P. M. Ward, R. H. Wilson y P. K. Spink. Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US. *Regional Science Policy & Practice*, 2, núm. 1 (2010): 51-62, 61.

las raíces históricas del federalismo y el modelo afirmado por la Constitución en cuanto a la distribución de las competencias y atribuciones constitucionales otorgadas a los entes nacional, regionales y locales, a partir también de su transformación desde la promulgación de la Constitución federal de 1988, para comprender lo que identifica la federación en términos de relación entre entes. La pandemia impuso desafíos y terminó presionando para lograr transformaciones en dirección descentralizadora, habiendo sido el Congreso nacional y los gobiernos subnacionales, al lado del Supremo Tribunal Federal, importantes actores en este cambio, dadas las omisiones y excesos practicados por el gobierno federal, lo cual terminó demostrando la fragilidad de la cooperación entre los entes, profundizada por la trayectoria anticientífica del gobierno federal. Se analizan, desde el mes de febrero de 2020 hasta noviembre de 2020, la regulación normativa y los fallos del Supremo Tribunal Federal para describir esta relación entre los entes nacionales y subnacionales, a los efectos de demostrar tanto esta poca disposición a la dirección de la crisis por parte de la Unión Federal como la profundización de la competitividad entre entes nacionales y subnacionales.

PALABRAS CLAVE: Covid-19, federación, disfuncionalidad, cooperación.

Los desafíos enfrentados por los diversos estados nacionales a partir de los variados modelos de distribución territorial de competencias y atribuciones para la gestión de una crisis pandémica han sido múltiples, independientemente de la decisión constitucional por la nomenclatura de federal, regional o unitario, pues los problemas entre centro y periferia en la dinámica territorial son una constante. El caso brasileño no es la excepción. A pesar de adoptar la fórmula territorial federal desde 1889, ella está marcada por fases en las que la relación centralización-descentralización se mueve de un lado hacia el otro. En estos períodos de cambio, en los cuales la realidad constitucional se impone, los espacios que definen las decisiones y acciones de los entes de la federación también se redefinen. El enfrentamiento de la pandemia por parte del Estado brasileño es uno de estos momentos en los que se pueden restablecer distancias que

permitan el surgimiento de un nuevo modelo federativo con experiencias nuevas.² Pero también puede profundizar problemas ya existentes.

En el caso de la epidemia del covid-19 y del modo como se enfrenta la crisis sanitaria, están presentes la novedad, por un lado, con un movimiento descentralizador que se describirá a continuación, y, por el otro, la disfuncionalidad de la federación brasileña en no lograr concretar, dadas las equivocaciones de los variados gobiernos, la coordinación³ de las acciones de los entes nacionales y subnacionales, pasando por el protagonismo judicial ejercido en este período por el Supremo Tribunal Federal.

En Brasil, el tema del pacto federativo presenta situaciones que merecen tomarse en cuenta para su análisis, pues aquel que comprende la Constitución y sus normas como objetos que se transforman constantemente y que, en este sentido, entiende la exigencia de que la realidad constitucional⁴ y el texto constitucional sean objetos permanentes de reflexión conjunta tiene un buen número de dudas en momentos como el presente.

Para pensar la federación brasileña se exige que se la entienda en su aquí y ahora, además de en su relación con la historia constitucional, sin perder de vista los influjos que imponen los momentos como el actual sobre su diseño constitucional, ya que se perciben en nuestro federalismo ciclos⁵ que dependen de dichas realidades constitucionales, imponiendo

2 Sobre Brasil y acciones durante la pandemia en otros ocho países, véase Conci, *O Direito Público em Tempos Pandêmicos*.

3 Gabriela Spanghero Lotta, Renata Gonçalves e Marina Bitelman. "A coordenação federativa de políticas públicas: uma análise das políticas brasileiras nas últimas décadas". *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, 19, núm. 64 (2014): 1-18, 15: "Coordinación que, por parte del gobierno federal, implica, además de la articulación entre diferentes niveles de gobierno, los mecanismos de incentivos e inducción, las normatizaciones, los buenos diseños de programas, la redefinición de la atribución de responsabilidades y competencias, las transferencias de recursos y la organización y capacitación de cuadros técnicos (tanto del órgano coordinador como de los órganos de quien está en la punta de la implementación), entre otros aspectos".

4 Marcelo Neves, *A Constitucionalização Simbólica* (Sao Paulo: Editoria Acadêmica, 1994), 77.

5 Richard P. Nathan, "There will always be a new federalism", *Journal of Public Administration Research and Theory*, 16, núm. 4 (2006): 499-510, 505.

más centralización o descentralización y exigiendo una readecuación de los espacios de competencia que existen para los entes. Y estos espacios se pueden alterar sin planificación. Por otro lado, no se puede negar que existe un grado importante de *oportunismo* en los federalismos, pues sus movimientos en pro de una mayor o menor centralización terminan sensibilizándose con las voluntades de la sociedad.⁶ Existe, además, un sistema de frenos y contrapesos vertical, propio de las federaciones, en las que los mecanismos adoptados en las Constituciones funcionan como instrumentos de control recíproco entre los entes y también terminan por redimensionar espacios.⁷

El modelo federal brasileño tiene marcas de una gran centralización y está signado por un largo proceso en dirección al fortalecimiento de la Unión Federal en detrimento de los demás entes subnacionales. Por esta razón, si se lo compara con otros diseños, como el norteamericano, el argentino y el mejicano, se ve una mayor proximidad con los dos últimos y una mayor distancia del primero,⁸ pero, aun así, todos ellos pasan por momentos pendulares de mayor o menor centralización, a pesar de que en la historia constitucional brasileña se perciba la tendencia a un federalismo autoritario y centralizado, con acentuado poder fiscal y político en el gobierno federal.⁹ El hiperpresidencialismo y el centralismo fiscal marcan

6 Nathan, "There will always be a new federalism", 500.

7 "Power being almost always the rival of power, the general government will at all times stand ready to check the usurpations of the state governments, and these will have the same disposition towards the general government", cfr. J. Madison, "Federalist Paper # 28", en Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers* (InteLex, 1971): 245; Leonam Liziero, "Federalismo, facções e freios e contrapesos na emergência do constitucionalismo norte-americano", *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 24, núm. 2 (2019): 128-146, 143.

8 Ward, Wilsom y Spink, *Decentralization*, 58; Antonio María Hernández, *Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino* (Córdoba: Academia de Ciencias de Córdoba, 2009), 22.

9 Marta Arretche, "Relações federativas nas políticas sociais", *Educação & Sociedade*, 23, núm. 80 (2002): 25-48, 28, <https://doi.org/10.1590/S0101-73302002008000003>

la trayectoria de las federaciones latinoamericanas, y Brasil no es una excepción.¹⁰

Sin embargo, el actual momento muestra que hay movimientos que exigen que los entes subnacionales exploren con más rigor sus capacidades, con miras a transformar la realidad en un laboratorio para nuestro federalismo. No quiero decir con esto que el pacto federativo sea mejor cuanto mayor sea la descentralización alcanzada. Esta es una equivocación bastante bien trabajada desde hace mucho en Brasil.¹¹ Tampoco la excesiva centralización lo sería.¹² Como se verá, algunos elementos serán importantes para estudiar nuestra realidad actual: el modelo fiscal, las capacidades constitucionales y el rol desempeñado por los poderes de Estado.

1. Notas históricas sobre el federalismo brasileño

Ya antes de la independencia, ideas federalistas fondeaban por aquí. Algunos ya leían en estas tierras¹³ las ideas federalistas que estaban presentes, en 1789, en los *inconfidentes mineiros*, que se reflejaban en los norteamericanos con la intención no solo de deshacer las relaciones con la monarquía, sino también de producir la descentralización política y administrativa.¹⁴ También en la Revolución Pernambucana de 1817 estaban presentes dichas ideas, incluso porque, a pesar de los esfuerzos de la metrópolis por producir centralización en la colonia brasileña, la realidad de este lado del Atlántico era bastante diferente. Como resultado de un pluralismo normativo poco racional, de la poca estructura administrativa portuguesa y,

10 Giorgia Pavani, "Tendencias centrífugas y centrípetas de la descentralización en América Latina", *Federalismi.it*, 5 (2019), 73.

11 Sobre el exceso de poder en el margen del federalismo brasileño y los beneficios de alguna centralización, véase Victor Nunes Leal, *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil* (Sao Paulo: Alfa Omega, 1975).

12 Levi Fernandes Carneiro, *Federalismo e judicialismo* (Río de Janeiro: Alba, 1930), 160.

13 Kenneth Maxwell, "Conjuração mineira: novos aspectos", *Estudos Avançados*, 3, núm. 6 (1989): 4-24.

14 En ese sentido, Emilia Viotti da Costa, *Da Monarquia à República: momentos decisivos*, 8. ed. (Sao Paulo: Unesp, 2007), 28.

quizá, de la estrategia de la corona de no permitir que cualquier autoridad se volviera demasiado poderosa de este lado, había una pluralidad de centros de poder que impresionaba.¹⁵

Con el imperio y con la independencia adquirida con costos financieros altísimos se relegó la realidad posindependencia a un conjunto de problemas de difícil solución. Entre ellos, la necesidad de hacer expandir, a lo largo de un vasto territorio, el poder del rey (o emperador). En la Asamblea Constituyente de 1823 la distribución política y administrativa del poder por todo el territorio era un asunto central. La reacción “federalista”, en el plano formal, vendría en 1834, con el Acto Adicional (Ley 16/1834) que otorgaba nuevas competencias a las Asambleas Provinciales (antiguos Consejos Generales de las Provincias), cuyos miembros serían elegidos en elecciones regionales y que legislarían sobre varias materias, incluso con capacidades tributarias. Este período de descentralización permitió que las provincias legislaran sobre “la fijación de los gastos municipales y provinciales, y los impuestos para ellas necesarios, con tal de que estos no perjudiquen las imposiciones generales del Estado” (art. 10 § 5.), habiendo sido el tema reglamentado por la ley en el 99, del 31 de octubre de 1835. Se trataba del primer acuerdo fiscal entre los “entes” estatales. Ya en 1837, ocurrió un retorno centralizador y con la supresión de poder a las asambleas provinciales, la creación de la justicia y policía vinculadas al poder central y, en seguida, la Ley de Interpretación de 1840 (Ley 105), se provocó un retorno centralizador que duraría hasta el final del imperio.

Con la proclamación de la república, el 15 de noviembre de 1889, en verdad se vio también un grito por la federación y por la inspiración norteamericana que se adueñaba de la élite liberal brasileña y ganaba fuerza en el transcurso de aquel siglo XIX.¹⁶ Así, la Constitución de 1891 fue el documento constitucional más descentralizador que se conoció en Brasil. El tema de la federación, a partir, principalmente, de las lecciones de Amaro

15 José Murilo de Carvalho, *Pontos e bordados: escritos de história e política* (Belo Horizonte: UFMG, 1998).

16 Murilo de Carvalho, *Pontos e bordados*, 250.

Cavalcanti, puso en las manos de los estados materias de importancia central. Y aunque aparece el modelo norteamericano de competencias expresas para la Unión Federal, remanentes para los estados y concurrentes entre los entes, la dependencia política del gobierno federal respecto de los acuerdos políticos con las oligarquías estatales tuvo, en aquel período, el poder de fortalecer sobremanera a las élites regionales. Preveía que los estados proveyeran sus necesidades especialmente por medio del impuesto a las exportaciones, aunque recaía sobre la Unión Federal, no obstante, la responsabilidad sobre la deuda pública interna y externa.¹⁷ Y las Constituciones estatales, en aquel momento, discrecionalmente, daban a los municipios un amplio poder de orden administrativo y financiero, con lo que reforzaban los poderes de las oligarquías regionales.¹⁸

Con la llegada de Getulio Vargas a la presidencia en 1930 y la falta de gobierno debido a la ausencia de una Constitución, que duró hasta 1934, no fueron pocas las insatisfacciones regionales, que tuvieron su cénit con la Revolución Constitucionalista de 1932. Sin embargo, el resultado no fue el esperado por las fuerzas descentralizadoras. La Constitución, a pesar de presentar las primeras normas características de un Estado social¹⁹ (un capítulo con deberes estatales vinculados al orden económico y social), recrudesció la centralización, aumentando los poderes federales y las materias de competencia de la Unión Federal. Por otro lado, reconoció la autonomía municipal, con tributos incluso de competencia de los entes locales, y concedió al distrito federal la prerrogativa de elegir a su gobernador por medio del voto directo. En el plano fiscal, la Unión Federal pasó a tributar la renta, exceptuando aquella sobre los inmuebles. Los estados tenían competencia para crear impuestos sobre los combustibles, que con la Constitución de 1946 pasaron a integrar la lista federal de competencias

17 Amaro Cavalcanti, *Regimen federativo e a Republica Brasileira* (Río de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900), 322.

18 Carneiro, *Federalismo e judiciarismo*, 182.

19 Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social* (Sao Paulo: Malheiros, 1996), 184.

tributarias.²⁰ También en 1934 se incluyó a los municipios en la partición tributaria, factor positivo en la transformación de nuestro constitucionalismo, hasta entonces dual, especialmente en cuanto a la división de los ingresos entre los estados y la Unión Federal, que excluía a los municipios de dicho reparto. Además, trajo normas de cooperación financiera.²¹

Pero el proyecto centralizador ganó fuerza con el otorgamiento de la Constitución de 1937, respecto de la cual se puede afirmar, incluso, que se dio la suspensión de la cláusula federativa, considerando que en el período entre 1937 y 1945 hubo intervención federal en todos los estados, habiendo el presidente de la república nombrado interventores que, a su vez, repetían el proceso en los municipios,²² por el sistema de la necesaria confirmación de los mandatos de los entonces gobernadores por parte del presidente o de la elección de los interventores (art. 176) y haciendo uso de la prerrogativa de legislar por decretos (art. 181 de la CF 1937).

Con el fin del Estado Nuevo y el inicio de la redemocratización, en 1945, se dio, en el orden federativo, el retorno de las autonomías estaduais y el consecuente aumento de las competencias municipales, volviendo el péndulo al centro con el orden autoritario instaurado con el golpe militar de 1964. Se vio nuevamente la pérdida de autonomía política por parte de los entes subnacionales, en los que los gobernadores y alcaldes de las 150 ciudades medianas y grandes eran seleccionados por la cúpula militar.²³ En el plano constitucional, la Constitución de 1967, alterada por la Enmienda 1 de 1969, provocó una nueva ola de centralización, con la consecuente ampliación de las competencias de la Unión y su reducción en los estados y municipios, y la implantación de un “federalismo cooperativo” de índole

20 Afonso Arinos de Melo Franco, *Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos: um estudo de direito constitucional comparado* (Rio de Janeiro: Forense, 1975), 94.

21 José Afonso da Silva, *O constitucionalismo brasileiro: (evolução institucional)* (Sao Paulo: Malheiros, 2011), 309.

22 Adriano Codato, “Os mecanismos institucionais da ditadura de 1937: uma análise das contradições do regime de Interventorias Federais nos estados”, *História*, 32, núm. 2 (2013): 189-208, 195. <https://doi.org/10.1590/S0101-90742013000200010>

23 Arretche, “Relações federativas”, 28.

autoritaria. En el plano fiscal, ya en 1965, con la Enmienda 18, se estructuró un sistema tributario centralizado, cuyas bases permanecen hasta hoy, cuando una lista ampliada de competencias tributarias fue traída al texto constitucional, al punto de no generar dudas sobre el avance financiero del poderío de la Unión Federal. Después, con la Enmienda 7 de 1977, se provocó un nuevo acuerdo en lo federal con la posibilidad de nombramiento de senadores por parte de las asambleas legislativas y el aumento de la representación de los estados más pequeños en la Cámara, pues eran esos los que daban un mayor apoyo político a los militares. En aquel momento, por ejemplo, las políticas sociales estaban totalmente centralizadas: su gestión estaba en las manos de la Unión Federal, aunque las unidades federativas subnacionales estuvieran plenamente instauradas.²⁴

2. Aspectos de la federación brasileña en la Constitución de 1988: diseño y realidad

El pacto formulado para la elaboración y promulgación de la Constitución de 1988 resaltó fórmulas de cooperación entre los entes regionales, locales y nacionales con la finalidad de disminuir las asimetrías regionales y el objetivo de concretar el principio de solidaridad en el plano institucional.²⁵ El proceso de redemocratización abrió las puertas a un federalismo cooperativo²⁶ y las cláusulas constitucionales se mostraron abiertas a la reducción de las desigualdades regionales y sociales como objetivo estampado entre los deberes del Estado democrático y social brasileño (art. 1 CC; art. 3 de la Constitución). El significado de dicha previsión entre los “principios fundamentales” del nuevo constitucionalismo brasileño, tan importante en la disposición

24 Arretche, “Relações federativas”, 30.

25 Interesa afirmar, especialmente para los lectores extranjeros, que, a pesar del cambio prometido, los estados históricamente aprueban Constituciones que terminan copiando el texto constitucional federal, en una demostración de cierta sumisión. Cfr. Celina Souza, “Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988”, *Revista de Sociologia e Política*, 24 (2005): 105-121.

26 Gilberto Bercovici, *Dilemas do estado federal brasileiro* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004), 23-24.

textual de la Constitución, apuntaba, por otro lado, en el plan de la realidad constitucional, a una promesa lamentablemente no realizada.

La fórmula cooperativa de federación diseñada en el texto constitucional prometía un cambio de rumbos en la historia constitucional brasileña. No quiere decir que no se hubieran hecho tentativas de diseño cooperativo, especialmente en 1934 y 1946. La promesa de una federación cooperativa exigía, por lo tanto, una mayor aproximación en el campo de las competencias entre los entes de la Federación, según se expuso en el párrafo único del artículo 23,²⁷ que, al estipular competencias comunes para los entes, apostaba por la necesidad de que dicha cooperación fuera establecida por leyes complementarias, que fijarían “normas para la cooperación entre la Unión y los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, con miras al equilibrio del desarrollo y del bienestar en el ámbito nacional”. Fue en este artículo 23, inciso II, donde se afirmó la competencia común de tratar la salud como atribución de todos los entes.

Esa relación de cooperación mediante leyes complementarias apuntaría a la necesaria coordinación entre los entes, para volverla adaptable a las diferencias regionales existentes en un Estado nacional con sede en un territorio tan extenso. Sin embargo, a pesar de los 32 de la Constitución, solo se aprobó una ley para dar concreción a dicha determinación constitucional, tratando del tema ambiental (Ley Complementaria 140/2001). Esto refuerza la fragilidad de la concreción del modelo cooperativo. Obviamente, hay otros mecanismos cooperativos en la federación brasileña, como la distribución de ingresos tributarios entre los entes (Fondo de Participación de los Estados y Fondo de Participación de los Municipios, por ejemplo) o la creación de sistemas cooperativos de gestión de servicios (como el Sistema Único de Salud y el Fondo de Mantenimiento y Desarrollo de la Educación Básica y de Valorización de los Profesionales de la Educación). Pero la inexistencia de leyes complementarias para la mencionada finalidad denota una realidad poco dada a la cooperación.

27 “Leyes complementarias establecerán normas para la cooperación entre la Unión y los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, tomando en cuenta el equilibrio del desarrollo y del bienestar en ámbito nacional” (art. 23).

En lo que se refiere al enfrentamiento de la pandemia, la Constitución brasileña adopta un Sistema Único de Salud, financiado por todos los entes, aunque organizado en una “red regionalizada y jerarquizada” (art. 198), que reforzó la tendencia a que los entes subnacionales se limitaran a ejecutar las políticas públicas elaboradas por el ente federal.²⁸ La dirección de tales políticas por parte del gobierno federal se volvió la regla y las transferencias federales a los demás entes, un instrumento importante para generar homogeneidad en dichas políticas,²⁹ lo que reforzó aquello que se había afirmado sobre el excesivo prestigio legislativo de la Unión Federal en detrimento de los entes subnacionales.³⁰ Como las leyes “de cooperación”, previstas en el párrafo único del artículo 23 de la CF no se elaboraron para reforzar el espíritu cooperativo de la Constitución, se impuso una estructura de salud jerarquizada en las decisiones y descentralizada en la ejecución de políticas públicas.

Por otro lado, el tema de la salud también está previsto en el artículo 24, que trata de las competencias legislativas concurrentes. Esa verificación de los “espacios legislativos” de cada uno de los entes suele generar conflictos constantes. Como lo veo, ello serviría mucho si dichos análisis competenciales se pudieran hacer también partiendo del principio *pro persona*,³¹ de modo que se buscara el control de la validez de dichas decisiones. Es decir: si por un lado hay una distribución de competencias por razones nacionales y regionales, por otro, una eventual regulación más protectora o menos restrictiva debería prevalecer sobre otra más restrictiva o menos protectora, de forma que admitiera una concurrencia substancial en pro de la mejor protección de los derechos fundamentales mencionados en el artículo 24.

28 Arretche, “Relações federativas”, 58.

29 Lotta *et al.*, *A coordenação federativa*.

30 Celso Bastos, *Curso de direito constitucional* (Sao Paulo: Celso Bastos, 2002), 489.

31 Luiz Guilherme Arcaro Conci, “O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana”, *Revista de Processo*, 29, núm. 232 (2014), 336.

Otra cuestión que debe entenderse en el presente caso es el modelo fiscal de la federación brasileña. No hubo un cambio del rumbo centralizador existente anteriormente, que fue reforzado con los cambios fiscales producidos desde la década de 1990, que terminaron creando nuevas contribuciones sociales, cuyos ingresos no se reparten entre los entes. El uso exagerado de recursos de renuncia fiscal sobre impuestos compartidos también mostró que, a pesar de que la autonomía financiera de los entes federativos era una característica relevante del Estado federal³² –pues sin ella las asimetrías se revelarían más y se reduciría el poder decisorio en los planos políticos y administrativo de los entes federados–, la realidad brasileña caminó en sentido opuesto.

En el orden de la realidad constitucional, los conflictos federativos pueden profundizarse en situaciones de crisis, como la que vivimos actualmente, donde restricciones a la circulación de personas y cosas, a las horas de funcionamiento del comercio y de actividades industriales o de servicios, y la implementación de multas por el incumplimiento de dichas determinaciones, entre otros, fueron posibles por no depender directamente de recursos públicos. Hay una clara dicotomía entre la libertad de decidir cuando no hay un uso ampliado de recursos financieros –lo que ocurrió– y las amarras existentes para demandas que involucren la compra de bienes y servicios, por ejemplo, supeditados al uso directo de recursos, que limitan sobremedida la autonomía decisoria de los entes subnacionales, tan dependientes de la Unión.

Se sabe que también existen recursos de descentralización financiera y que se usan corrientemente en estados unitarios.³³ La cuestión es la impresionante asimetría financiera en la federación brasileña. Así, en 1983, la Unión Federal se quedaba con el 70% de los ingresos públicos disponibles; a principios de los años 1990, los municipios y los estados pasaron a tener un 45% de participación en los ingresos públicos disponibles, y los municipios

32 Enrique Ricardo Lewandowski, *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil* (Belo Horizonte: Fórum, 2018).

33 OECD. Revenue Statistics 2019.

saltaron del 8,6%, en los comienzos de los años 1980 al 15,8% en 1993.³⁴ En 2013, los ingresos tributarios disponibles (verificados tras los repartos constitucionales) eran del 58% para la Unión y lo restante para los estados (22%) y Municipios (20%).³⁵ O sea: se verifica el constante protagonismo fiscal de la Unión y, aunque se perciba una ampliación de la participación de los municipios, esto afecta fundamentalmente a los estados miembros y no a la Unión misma y refuerza la ausencia de solidaridad en la federación brasileña, ya que 3/5 de los ingresos nacionales quedan disponibles para la Unión Federal. En el caso de otras federaciones, para poder comparar, Brasil solo es superado en lo que se refiere al poderío central fiscal –tomando en cuenta los datos de la OCDE– por Australia (80,6%), México (81,1%) y Austria (65,7%). En los demás casos, los entes nacionales se apropian de una menor parte de los recursos fiscales disponibles: Bélgica (51,4%), Canadá (40,9%), Alemania (29,5%), Suiza (36,5%) y EE. UU. (44,5%).³⁶

Otro aspecto que refuerza la centralización de los conflictos entre intereses subnacionales y nacionales se puede ver en la regulación de los partidos políticos en Brasil, que deben ser nacionales y tienen amplia libertad en su organización interna. Ello fortalece los vínculos entre políticas nacionales y decisiones partidarias, tomando en cuenta que habrá dificultad de decidir en pro de los entes subnacionales, si sus fuerzas internas no disponen de mecanismos regionales de veto. La fuerte sumisión a las decisiones de sus liderazgos nacionales conduce a la nacionalización de los intereses, en detrimento de los intereses regionales que podrían despertarse en sus instancias internas. Ello ocurre porque la libertad de reglamentación interna de los partidos políticos (art. 17 § 1 de la CF) crea un escenario

34 Marcelo Figueiredo, "Federalismo x centralização: a eterna busca do equilíbrio - a tendência mundial de concentração de poderes na união. A questão dos governos locais", en *As novas fronteiras do federalismo* (Sao Paulo: Imprensa Oficial, 2008), 134.

35 José Roberto Afonso, "Pacto federativo", Presentación, Câmara dos Deputados, Brasília, <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pacto-federativo/documentos/audiencias-publicas/JosRobertoAfonso.pdf>

36 OCDE *iLibrary*, Revenue Statistics 2019, https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/revenue-statistics-2019_0bbc27da-en

de superposición de los intereses nacionales sobre los subnacionales, pues dicha reglamentación impone la tendencia a la fidelidad interna, a la organización vertical, a votos que siguen a los liderazgos y a los intereses partidarios nacionales, más que a los de los entes subnacionales.³⁷ Las decisiones de las direcciones partidarias son seguidas por sus miembros,³⁸ y los directorios regionales también tienden a ser sumisos a la dirección nacional.³⁹ En este sentido, ni siquiera el Senado federal funciona como casa de representación de los intereses de los estados, rigiendo la regla de que las decisiones partidarias tomadas por sus liderazgos las siguen los miembros del partido al votar.⁴⁰ Esta tendencia se debilita en el momento actual, por no haber logrado el actual gobierno federal formar una base partidaria estable, lo que le viene causando severas derrotas. La fragmentación partidaria, sumada a la ausencia de una coalición de partidos, también profundiza el desacople entre las decisiones del gobierno federal y el apoyo de los parlamentarios y de los partidos en el Congreso nacional.⁴¹

El modelo de gestión interna de los partidos políticos refuerza la centralización de sus decisiones. El enfrentamiento entre gobierno⁴² y partidos

37 Marta Arretche, "Quando instituições federativas fortalecem o governo central?" *Novos Estudos Cebrap* 95, (2013), 54.

38 Fernando Limongi, "A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório", *Novos Estudos Cebrap* 76 (2006): 24; Carlos Pereira y Bernardo Mueller, "Weak parties in the electoral arena, strong parties in the legislative arena: the electoral connection in Brazil", *Dados*, 46, núm. 4 (2003): 735-771, 764.

39 Marcus Leonardo Corrêa Rodrigues, "Estruturas decisórias dos partidos políticos brasileiros: uma análise da distribuição de poder no PFL/DEM, PMDB, PSDB e PT" (encuentro Democracia e Representação: impasses contemporâneos, Associação Brasileira de Ciência Política, Curitiba, 2018); André Rehbein Sathler Guimarães, Malena Rehbein Rodrigues e Ricardo de João Braga, "A Oligarquia desvendada: Organização e estrutura dos Partidos Políticos Brasileiros". *Dados*, 62 (2019): 1-41.

40 Mona Marie Lyne, "Proffering pork: How party leaders build party reputations in Brazil", *American Journal of Political Science*, 52, núm. 2 (2008): 290-303, 293.

41 Conci, "Impacto da pandemia".

42 Bolsonaro, especialmente desde su campaña presidencial, ha demonizado a los partidos políticos, y cuando armó su gobierno los despreció al constituir su "gabinete", por lo cual los partidos políticos se rebelaron contra las elecciones. Viendo la fragilidad de tal decisión, desde el inicio de la pandemia ha venido cambiando esta

políticos ha mostrado el debilitamiento del gobierno en su poder de definición y aprobación de su agenda política. Confrontar los partidos políticos ha mostrado ser un error. Ello porque, además de la centralización de las decisiones intrapartidarias, existe un sistema de fuerte fidelidad de sus partidarios (parlamentarios),⁴³ que se someten a dichas decisiones so pena de ser castigados en el ejercicio de sus actividades. No hubo cambios en cuanto a la disciplina parlamentaria y se verifica que el control de la agenda ha dejado de estar centralizado en las manos del presidente para ser compartido con el Congreso.

Una síntesis de lo que se afirmó hasta el momento sería: a) es numerosa la lista de competencias concurrentes en el plano legislativo y comunes en el plan administrativo y el texto constitucional propone una fórmula federativa cooperativa de pacto territorial; b) el alto empoderamiento fiscal de la Unión Federal, por otro lado, fortalece en exceso sus decisiones, especialmente en temas de políticas públicas, para las cuales los entes subnacionales pasan a ser más sus ejecutores que sus formuladores; c) la reglamentación partidaria constitucional, al exigir partidos nacionales y otorgar amplia libertad de organización interna, impone la superposición de los intereses partidarios nacionales sobre los regionales o locales, con lo que debilita la protección de los intereses subnacionales en detrimento de los nacionales de la institución partidaria y de sus líderes. Como se afirmó, en el plano de la realidad constitucional, el federalismo cooperativo resultó ser una promesa no cumplida.

opción, acercándose a los partidos políticos, que considera actores de la corrupción en Brasil.

43 Sobre el tema, véanse: Limongi, "A democracia no Brasil"; Jairo Nicolau, *Representantes de quem?: Os (des) caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados* (Sao Paulo: Schwarcz-Companhia das Letras, 2017). Sobre su refuerzo por medio de la jurisprudencia del STF, véanse: Gilmar Mendes, "Fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", *Ciência Jurídica em Foco* (2007), 260; Clèmerson Merlin Clève y Ana Carolina de Camargo Clève, "A evolução da fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", en Luiz Fernando Tomasi Keppen y Eneida Desiree Slagado (orgs.), *Direito eleitoral contemporâneo: 70 anos da redemocratização pós-ditadura Vargas e da reinstalação da Justiça Eleitoral* (Curitiba: Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, 2016), 15-29.

3. Gestión descoordinada de la crisis en la federación brasileña: legislación y jurisdicción constitucional

A continuación, paso a analizar las decisiones más importantes tomadas por el poder ejecutivo federal y el Congreso nacional para enfrentar la pandemia (núcleo político), para luego verificar aquellas tomadas por el Supremo Tribunal Federal (núcleo jurídico). El movimiento que analizo demuestra que un evento tan abrupto como la crisis pandémica puede estar afectando, de modo oportunista,⁴⁴ el funcionamiento tradicional de la federación brasileña, tendiendo a la descentralización y al refuerzo de la autonomía decisoria de los entes subnacionales.⁴⁵

3.1. El “núcleo político” en el enfrentamiento de la crisis pandémica

El enfrentamiento de la crisis pandémica no exigió que se hiciera uso de los recursos constitucionales de emergencia (estado de sitio, estado de defensa o intervención federal). Tales previsiones normativas, que establecen el Sistema Constitucional de Crisis en situaciones más graves, admitirían decretar el estado de defensa, que podría ocurrir en casos de “calamidades de grandes proporciones en la naturaleza” (art. 136 CF). Sin embargo, al exigirse su condicionamiento al principio de la subsidiariedad,⁴⁶ era una obligación recurrir a soluciones menos restrictivas de derechos fundamentales y que controlen el exceso de empoderamiento estatal, la cual fue seguida en el presente momento. Por esta razón, la declaración de Emergencia en Salud Pública de Importancia Nacional ocurrió el 3 de febrero de 2020,⁴⁷ por intermedio de la Resolución 188/2020, expedida por el Ministro de la Salud. A continuación, se aprobó la Ley 13.979, de 06 de febrero de 2020, en la que se disponen medidas para enfrentar la emergencia de salud pública de importancia internacional.

44 Nathan, “There will always be a new federalism”, 500.

45 Conci, “Impacto da pandemia”.

46 Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais* (Río de Janeiro: Método, 2009), 210-211.

47 Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Legislação Covid-19, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/quadro_portaria.htm

Se trata de la ley que regula las cuestiones más esenciales para enfrentar la pandemia, como el concepto de cuarentena, el uso de los tapabocas o barbijos, y reglas excepcionales para las contrataciones públicas, entre otras cuestiones esenciales.

Además de estas dos medidas, se emitieron otros 504 actos normativos federales, entre leyes, decretos, resoluciones y medidas provisionales. A continuación se listan algunas, por grado de importancia:

- a. Decreto 10.212, del 30 de enero de 2020, en el que se promulga el Reglamento Sanitario Internacional, que había sido aprobado en la 58 Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el 23 de mayo de 2005. Aunque estuviera vigente en el ámbito internacional, internaliza reglas importantes construidas en otras crisis, como la del Sars, por ejemplo. Se trata, por lo tanto, de un conjunto de reglas internacionales eficaces jurídicamente.
- b. Resolución 188, del 3 de febrero de 2020, en la que el ministro de la Salud declara Emergencia de Salud Pública de Importancia Nacional (Espin) debido al covid-19. En su artículo 2 establece un Centro de Operaciones de Emergencias en Salud Pública (COE-CoV), que debería funcionar como “mecanismo nacional de la gestión coordinada de la respuesta a la emergencia en el ámbito nacional”. Lamentablemente, el centro mencionado no cuenta con información disponible sobre sus reuniones y decisiones.
- c. Medida Provisional No. 927, que estatuye medidas laborales para el enfrentamiento del estado de calamidad pública, con criterios para protección del trabajo, que acabó no siendo convertida en ley.
- d. Decreto 10.282/2020, que reglamenta la Ley 13.979/2020 y define servicios públicos y actividades esenciales.
- e. Decreto 10.316/2020 que reglamenta el Auxilio de Emergencia a los brasileños para protección social durante la epidemia del covid-19, después también tratado por la Medida Provisional No. 1000/2020, que instituyó el auxilio de emergencia residual para enfrentamiento de la emergencia de salud pública de importancia internacional resultante del coronavirus.

Vale decir, además, que el Congreso nacional también aprobó la Enmienda Constitucional 107, que postergó las elecciones municipales y alteró plazos electorales. Eso porque la Constitución brasileña (art. 29 II) determina que dichas elecciones se realicen el primer domingo de octubre y, considerando el modelo federal de administración de las elecciones, se postergaron plazos por decisión del Congreso nacional en función de la pandemia y, exclusivamente, para la contienda electoral del 2020.

En cuanto a los actos normativos estaduais y municipales (resoluciones, leyes y decretos, entre otros), existen por miles. Para que se tenga una idea, solo en el Estado de San Pablo, entre el 16 de marzo y el 28 de octubre ya iban 2.680 actos⁴⁸ estaduais y municipales, desde resoluciones a decretos y leyes. En Río Grande do Sul, 11.910.⁴⁹ O sea: hay una profusión legislativa increíble en temas vinculados también a los entes subnacionales.

La relación entre el gobierno federal y el Congreso nacional también se vio afectada. La Cámara de Diputados aprobó, el 13 de abril, un proyecto de ley que apunta a recomponer las pérdidas fiscales que sufrieron los estados y municipios con la disminución de la recaudación del Impuesto a la Circulación de Mercancía y Servicios (ICMS) y del Impuesto sobre los Servicios (ISS) durante la crisis. Ello acentuó los roces ya existentes entre el gobierno y el Parlamento, habiendo acusado el presidente al presidente de la Cámara de pretender derrocar a su gobierno.⁵⁰ Esta relación perturbada entre el Congreso nacional y el federal muestra que desde el inicio de la democratización (1985) tenemos el gobierno con más vetos revocados⁵¹ y

48 En Sao Pablo, el Decreto 64.881 de 22 de marzo de 2020 trató la cuarentena, habiendo sido prorrogado por el Decreto 69.420/2020.

49 Leyes creadas por los municipios brasileños, "Tenha conhecimento das Leis criadas pelo seu município e Governo do Estado, a respeito do novo Coronavírus (Covid-19)", Leis Municipais, <https://leismunicipais.com.br/coronavirus>

50 Daniel Carvalho, "Bolsonaro acusa Maia de conspiração e diz que atuação do presidente da Câmara é péssima", *Folha de São Paulo*, 16 de abril de 2020.

51 Daniel Waterman, "Bolsonaro é o Presidente com mais vetos no congresso", *Estado, Política*, 13 de agosto de 2020.

medidas provisionales no convertidas en ley⁵². Se trata del gobierno cuyo apoyo por el Congreso nacional se ha mostrado más débil desde 1985.

Los gobiernos estatales y municipales –actuando de forma descoordinada, ya que el deber de dirección de la Unión Federal está ausente, en un federalismo nacido para ser cooperativo en 1988– mostraron la faz de la disfuncionalidad de la implementación del modelo que se pretendió aplicar en Brasil. Un ejemplo de esta disfuncionalidad se puede ver en la compra de respiradores. Dada la ausencia de participación de la Unión en la coordinación de los esfuerzos, los precios pagados por los estados y municipios presentan una gran asimetría.⁵³ Si la Unión hubiera asumido su rol de dirección en este proceso, se habría ahorrado mucho. La misma realidad se presentó en el caso de los tapabocas y otros productos necesarios para el enfrentamiento de la pandemia.

3.2. El “núcleo judicial” en el enfrentamiento de la pandemia

El poder judicial también fue protagonista de importantes acciones en este período, habiendo recibido el Supremo Tribunal Federal 5.912 procesos que tratan temas relacionados con la epidemia de coronavirus, a 3.194 de los cuales se negó prosecución, 587 cuyas órdenes fueron denegadas, 178 recursos de amparo que fueron concedidos y 179 que no fueron concedidos, además de 174 concesiones y 978 otros actos.

Decir que el Supremo Tribunal Federal (STF) ha sido protagonista en este período exige que se trate, aunque sea rápidamente, el modelo mixto de jurisdicción constitucional brasileño, que presenta elementos tanto de una jurisdicción constitucional difusa y concreta, por un lado, como concentrada y abstracta, y excepcionalmente concreta (Argumentación de

52 Danielle Brant, “Bolsonaro é presidente que mais sofreu derrotas em votação de vetos pelo Congresso”, *Folha de São Paulo*, Governo Bolsonaro, 13 de agosto de 2020, <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/08/bolsonaro-e-presidente-que-mais-sofreu-derrotas-em-votacao-de-vetos-pelo-congresso.shtml>

53 Luiz Fernando Toledo, “Preço de respirador comprado por estados varia até 4 vezes e enfrenta apurações”, *CNN Brasil*, 26 de mayo de 2020, <https://www.cnn-brasil.com.br/saude/2020/05/26/preco-de-respirador-comprado-por-estados-varia-ate-4-vezes-e-enfrenta-apuracoes>

Incumplimiento de Precepto Fundamental o *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* - ADPF), por otro. Fue en el ejercicio de sus competencias concentradas que el STF asumió un rol importante. En el análisis que sigue trataré los fallos del STF en la modalidad concentrada, tanto concreta como abstracta, que tratan sobre el pacto federativo en este período.

- a. En la Acción Directa de Inconstitucionalidad 6341, el Supremo Tribunal Federal, cautelarmente,⁵⁴ analizó en profundidad el pacto federativo brasileño y su diseño para el enfrentamiento de la pandemia, confrontando la inconstitucionalidad del ímpetu centralizador que el gobierno federal estaba queriendo imponer, en vez asumir el deber de dirigir y coordinar políticas públicas en un régimen de cooperación con los entes subnacionales. El STF afirma que es “grave que, bajo el manto de la capacidad exclusiva o privativa, se premien las inacciones del gobierno federal, impidiendo que los Estados y Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, implementen las políticas públicas esenciales. El Estado garante de los derechos fundamentales no es solo la Unión, sino también los Estados y los Municipios”. Con ello reforzaba el protagonismo de los entes subnacionales con apoyo en la omisión del gobierno federal en asumir sus responsabilidades federativas y daba a los referidos entes el poder-deber de regular el enfrentamiento de la pandemia atendiendo a aspectos regionales y locales y reconociendo, por un lado, la competencia de la Unión para definir servicios esenciales y su funcionamiento, pero, por otro, atendiendo a los designios constitucionales de autonomía de los entes subnacionales, para que estos también establecieran sus decisiones. Es, en mi opinión, el principal fallo dictado por el Tribunal en el período y camina en sentido contrario a la jurisprudencia centralizadora que él venía diseñando desde la promulgación de la Constitución.

54 Referendo na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341, Proced: Distrito Federal, Relator: Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin.

Se trata de un fallo impositivo contra las omisiones federales y el espíritu negacionista del gobierno federal.

- b. En la ADPF 568, en recurso de amparo, el ministro Alexandre de Moraes determinó la destinación inmediata de R\$ 32 millones al Estado de Acre para costeo de las acciones de prevención, contención, combate y mitigación de la pandemia del nuevo coronavirus al homologar una propuesta de ajuste presentada por el gobierno de ese estado para autorizar la reasignación del monto que se le había asignado en un acuerdo de destinación de valores recuperados en la Operación Lava-Jato.⁵⁵ Se trata de una derrota de la Fuerza-Tarea de la Lava-Jato y de la Justicia Federal en aquel estado, que pretendía otra destinación para dichos valores.
- c. En la Acción Civil Originaria (ACO) 3363, el ministro Alexandre de Moraes suspendió durante 180 días el pago de las cuotas de la deuda del Estado de San Pablo para con la Unión para que el gobierno paulista aplicara íntegramente esos recursos en acciones de prevención, contención, combate y mitigación de la pandemia de covid-19 causada por el nuevo coronavirus. Lo mismo ocurrió en la ACO 3365 en relación con el Estado de Bahía.⁵⁶ Las acciones, que buscaban suspender deudas de los estados para con la Unión en función de la pandemia, acabaron siendo extinguidas porque se satisficieron los intereses por medio de la Ley Complementaria 173/2020.
- d. En la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 6357, propuesta por el presidente de la república, el ministro Alexandre de Moraes concedió una medida cautelar que descarta la exigencia de una demostración de adecuación presupuestal con relación a la creación y expansión de programas públicos destinados al enfrentamiento del covid-19, siendo válida para todos los entes de la federación que hayan decretado estado de calamidad pública consecuente de la

55 STF, “Ministro determina destinação de R\$ 32 milhões ao Estado do Acre para utilização em ações de combate ao coronavírus”, *Notícias STF*, 8 de abril de 2020.

56 STF, “Parcelas da dívida do Estado de SP com a União devem ser usadas no combate à covid-19”, *Notícias STF*, 23 de marzo de 2020.

pandemia del nuevo coronavirus.⁵⁷ Se trata de un fallo más del STF que cambia su jurisprudencia centralizadora. Ello porque desde la década de 1990 el STF venía siendo el garante de la Ley de Responsabilidad Fiscal.⁵⁸ En la práctica, refuerza el rol fiscalizador de la Unión. El tribunal entendió que durante ese período los estados que decretaron calamidad pública podían incurrir en gastos excepcionales “presupuestales destinados a la protección de la vida, la salud y la subsistencia misma de los brasileños afectados por esa grave situación –derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y merecedores de efectiva y concreta protección”, aunque riñeran con las obligaciones legales.

- e. En la Acción Directa de Inconstitucionalidad 6362, que trataba el tema de la solicitud administrativa de bienes y servicios contra la pandemia, el STF falló que los estados, el distrito federal y los municipios tienen autonomía para la expedición de órdenes de solicitud, independientemente de una autorización del Ministerio de Salud, pues no debe haber primacía en el poder de solicitud, sino una cooperación necesaria entre los entes y una responsabilidad común. La Unión pedía primacía en casos de conflicto en los pedidos. El ministro Lewandowski afirma en su fallo que el federalismo cooperativo “exige que los entes federativos se apoyen mutuamente, dejando de lado eventuales divergencias ideológicas o partidarias de los respectivos gobernantes, sobre todo ante la grave crisis sanitaria y económica resultante del coronavirus”,⁵⁹ en otro fallo contra la tentativa de centralización del gobierno Federal, ya tenido en aquel momento como incompetente y negacionista.

57 STF, “Ministro afasta exigências da LRF e da LDO para viabilizar programas de combate ao coronavírus”, *Notícias STF*, 29 de marzo de 2020.

58 Ley federal que tiene como objeto responsabilizar a los administradores públicos por la malversación de dinero público mediante el uso descuidado de los estándares fiscales existentes y que centraliza expedientes fiscales.

59 Plenário Virtual, Minuta de voto, 7 de agosto de 2020, https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/8/4C1C48B5E49ACO_leitos.pdf

f. En la Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental 709, el ministro Luis Barroso, en sede cautelar, determinó que el gobierno federal adoptara medidas para contener el avance del covid-19 en las comunidades indígenas, haciendo uso de la determinación de que las autoridades del gobierno federal deberían abrir un diálogo institucional y cultural con representantes de dichas comunidades para prevenir el mayor número de muertes y preservar etnias. Determinó que el gobierno federal trabajara también para expulsar invasores de las tierras indígenas, amenazadas por dichas personas, con su incidencia en la propagación del virus causante del covid-19. El 26 de octubre, en despacho, el ministro Barroso certificó el incumplimiento parcial de su decisión cautelar y determinó la devolución al gobierno federal de la obligación de elaborar un plan general para enfrentar el covid-19 orientado a las diversas comunidades indígenas del país. En este fallo, el STF evitó emitir medidas que significaran el uso del poder de coerción para exigir a la Unión obligaciones de hacer y no hacer. Se impuso que las partes involucradas se reunieran conjuntamente para elaborar planes de enfrentamiento de la pandemia. Se hizo uso del deber de realizar resultados, mediante diálogos institucionales, en forma compartida y plural. Es verdad que no se sabe aún si fue por temor a asumir responsabilidad por los efectos de sus fallos o por un accionar comedido, pero se abrió un nuevo capítulo en el enfrentamiento de la pandemia. Sin embargo, la respuesta del gobierno federal, como se vio más arriba, fue poco técnica y exigió al relator que no se aceptara la propuesta de plan general de enfrentamiento de la pandemia enfocado en las comunidades indígenas, dada la ausencia de respuestas objetivas y de un cronograma detallado. Ello mostró la falta de interés del gobierno federal en proteger a dichas comunidades, algo muy claro en su agenda política.⁶⁰

60 François-Michel Le Tourneau, "O governo Bolsonaro contra os Povos Indígenas: as garantias constitucionais postas à prova", *Confinns. Revue franco-brésilienne de géo-*

g. En la Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental 672, en recurso de amparo del ministro Alexandre de Moraes, se aseguró a los gobiernos estatales, distritales y municipales, en el ejercicio de sus atribuciones y en el ámbito de sus territorios, la competencia para la adopción o mantenimiento de medidas restrictivas durante la pandemia del covid-19, tales como “la imposición de distanciamiento/aislamiento social, cuarentena, suspensión de actividades de enseñanza, restricciones al comercio, a las actividades culturales y a la circulación de personas, entre otras”. Se trata, como se percibe, del ejercicio de funciones que no dependen directamente de grandes montos de dinero.⁶¹ Una vez más, el STF reafirmó “el respeto a las determinaciones de los gobernadores y alcaldes en cuanto al funcionamiento de las actividades económicas y las reglas de aglomeración”, pues la federación “gravita en torno al principio de la autonomía de las entidades federativas, que presupone el reparto de competencias legislativas, administrativas y tributarias”, con relación a la salud y a la asistencia pública, ya que la Constitución consagra (art. 23, incisos II y IX) la “existencia de capacidad administrativa común entre Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios”, y dichas reglas deben orientar el “reparto de competencias administrativas y legislativas [...] de la Ley 13.979/20, del Decreto Legislativo 6/20 y de los Decretos presidenciales 10.282 y 10.292, ambos del 2020”.

En las mencionadas acciones hay señales importantes para el pacto federativo brasileño. El federalismo fiscal brasileño y las asimetrías financieras existentes apuntaron, en ese momento, a una percepción, por parte del Supremo Tribunal Federal, en el sentido de entender que las reglas fijadas

graphie 501 (2020); Nayara Rodrigues Pires, “O indígena e seus direitos ameaçados por declarações de um presidente”, *Palmas: Humanidades & Inovação* 7, núm. 4 (2020): 48-54.

61 STF, “Ministro asegura que los estados, el DF y los municipios pueden adoptar medidas contra la pandemia”, *Noticias STF*, 8 de abril de 2020.

anteriormente sobre responsabilidad fiscal de los entes se debían mitigar durante la pandemia.

Dichos fallos las mitigan y apuntan a una realidad circunstancial que un tribunal supremo debe tener en cuenta, aun contrariando uno de los pilares del empoderamiento de la Unión Federal: el fiscal. De esta manera, el Supremo Tribunal Federal, que asumía una interpretación centralizadora del pacto federativo desde la promulgación de la Constitución,⁶² terminó fungiendo como un tribunal que arbitra los conflictos federativos durante la pandemia y cambiando este modo de fallar en momentos cruciales. Puede estarse verificando, por lo tanto, un cambio de mirada al pacto federativo brasileño⁶³ tendiente a la descentralización, con el recurso de la actualización del pacto federativo a partir de la interpretación del Supremo Tribunal Federal.

Otro aspecto interesante es que, a pesar de haber sido un tribunal que ha utilizado su poder de imposición de obligaciones de hacer y no hacer al gobierno federal, como se ha referido en los juicios mencionados más arriba, en la ADPF 709 indicó el sentido de un fallo compositivo, mediante el recurso a los *diálogos institucionales*. Esta propuesta –más conciliadora en el plano decisorio, que ponía al tribunal a funcionar como árbitro de los conflictos existentes– exigía que las partes involucradas dedicaran esfuerzos a formular conjuntamente un plan de enfrentamiento de la pandemia, en el caso de las comunidades indígenas referido anteriormente. El resultado, como se ha visto hasta el momento, es de fracaso, pues los planes presentados por el gobierno federal fueron rechazados por el relator: ministro Barroso. Con ello, el tribunal se retiraba del centro decisorio, imputándole la carga política de los fallos al gobierno federal, principalmente.

Se verifica, por lo tanto, una tendencia al cambio en la jurisprudencia del STF, rumbo a la descentralización del modelo federal brasileño.

62 Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, *Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF* (Río de Janeiro: Campus Jurídico, 2009).

63 Conci, "Impacto da pandemia".

4. Síntesis conclusiva

La tendencia centralizadora de la federación brasileña, que tiene raíces tanto en nuestra Constitución como en la historia constitucional republicana brasileña, ha sido víctima de importantes convulsiones durante el período del enfrentamiento de la pandemia. Tales convulsiones, que aún no se sabe si serán permanentes o si se volverá al modelo que se venía consolidando, muestran cierto oportunismo propio de modelos federales bajo presión hacia un cambio institucional. Para que este resultado ocurriera, actores como el Supremo Tribunal Federal y el Congreso nacional, además de los jefes de gobierno subnacionales, han sido esenciales reforzando las atribuciones y capacidades y protegiendo la salud financiera de los entes subnacionales.

El Supremo Tribunal Federal, con su consolidada jurisprudencia centralizadora, ha sido sorprendido por la dejadez e ineficiencia del gobierno federal y ha actuado, la mayoría de las veces en forma cautelar, contrariando intereses y decisiones de la Unión Federal. En el transcurso de la pandemia ha pasado también a hacer uso de la función de árbitro de conflictos, en vez de solo imponer fallos sobre políticas públicas, a pesar de que los resultados de esta opción sean débiles hasta el momento. Por su parte, el Congreso nacional, que ya venía consolidando la expansión de sus poderes de control sobre el gobierno –que es el más derrotado desde el inicio del proceso de redemocratización–, ha estado atento a las acciones del gobierno federal y ha actuado de modo independiente en determinados momentos.

La falta de cumplimiento por parte de la Unión Federal del deber de dirección en el sentido de un federalismo cooperativo ha acabado por reforzar la acción de los gobiernos estaduais y municipales, que han actuado de manera descoordinada. Queda claro que la profusión de actos estaduais y municipales sobre el tema de la pandemia, fortalecida por los fallos del STF analizados, ha reforzado el espacio legislativo y administrativo de los entes subnacionales y ha aumentado la presión en procura de la coordinación entre los entes nacional y subnacionales.

El momento y el modo como esto está ocurriendo no hacen más que poner en evidencia la falta de planificación en cuanto a la concreción de la descentralización en la federación brasileña, dispuesta en el texto

constitucional, la cual, ante la descoordinación⁶⁴ de las acciones y decisiones, ha engendrado más competición entre los entes subnacionales y el ente nacional.

Los resultados son débiles y muestran la necesidad de que el contrato federal brasileño se piense a partir de los problemas que se han presentado últimamente. Las federaciones se transforman a resultas de procesos de reflexión sobre su funcionamiento o cambian de manera oportunista en momentos de gran presión sobre su diseño. En los próximos años sabremos cuál ha sido el resultado del período en que estamos viviendo esta pandemia, cuyo final aún es desconocido.

Referencias

Abranches, Sérgio (2019, 30 de junho). "Presidencialismo sob Bolsonaro é disfuncional". *Folha de São Paulo*, Ilustríssima, 30 de junho. <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/06/presidencialismo-sob-bolsonaro-e-disfuncional-diz-sergio-abranches.shtml>

Afonso, José R. R. (2015). "Pacto federativo". Presentación, Câmara dos Deputados, Brasília. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pacto-federativo/documentos/audiencias-publicas/JosRobertoAfonso.pdf> (recuperado 9 de abril de 2020).

Arretche, Marta. "Quando instituições federativas fortalecem o governo central?". *Novos estudos Cebrap* 95 (2013).

Arretche, Marta. "Relações federativas nas políticas sociais". *Educação & Sociedade* 23, núm. 80 (2002): 25-48. <https://doi.org/10.1590/S0101-73302002008000003>

Bercovici, Gilberto. "A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro". *Revista de Direito Sanitário* 3, núm. 1 (2002): 13-28.

Bercovici, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Bonavides, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Sao Paulo: Malheiros, 1996.

⁶⁴ Gilberto Bercovici, "A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro", *Revista de Direito Sanitário*, 3, núm. 1 (2002): 13-28.

- Brant, Danielle. "Bolsonaro é presidente que mais sofreu derrotas em votação de vetos pelo Congresso". *Folha de São Paulo*, Governo Bolsonaro, 13 de agosto de 2020. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/08/bolsonaro-e-presidente-que-mais-sofreu-derrotas-em-votacao-de-vetos-pe-lo-congresso.shtml>
- Carneiro, Levi Fernandes. *Federalismo e judicialismo*. Rio de Janeiro: Alba, 1930.
- Carvalho, Daniel. "Bolsonaro acusa Maia de conspiração e diz que atuação do presidente da Câmara é péssima". *Folha de São Paulo*, 16 de abril de 2020.
- Cavalcanti, Amaro. *Regimen federativo e a Republica brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900.
- Carvalho, José Murilo de. *Pontos e bordados: escritos de história e política*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.
- Clève, Clèmerson Merlin y Ana Carolina de Camargo Clève. "A evolução da fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", en Luiz Fernando Tomasi Keppen y Eneida Desiree Salgado (orgs.), *Direito eleitoral contemporâneo: 70 anos da redemocratização pós-ditadura Vargas e da re-instalação da Justiça Eleitoral*. Curitiba: Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, 2016, 15-29.
- Codato, Adriano. "Os mecanismos institucionais da ditadura de 1937: uma análise das contradições do regime de Interventorias Federais nos estados". *História* 32, núm. 2 (2013): 189-208.
- Conci, Luiz Guilherme Arcaro. "O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana". *Revista de Processo* 29, núm. 232 (2014).
- Conci, Luiz Guilherme Arcaro. "O federalismo brasileiro e alguns de seus dilemas: cooperação e competição como problemas tradicionais do constitucionalismo brasileiro". XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: el diseño institucional del Estado democrático, 15-17 de septiembre de 2015.
- Conci, Luiz Guilherme Arcaro. "Algumas notas sobre o Poder Presidencial e os Partidos Políticos no Presidencialismo de Coalizão Brasileiro no Cenário Pós Eleições de 2018". En *Crise das Democracias Liberais. Perspectivas a partir da Separação dos Poderes e dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- Conci, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). *O Direito Público em Tempos Pandêmicos – 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes*. Sao Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

- Conci, Luiz Guilherme Arcaro. "Impacto da pandemia da covid-19 na federação brasileira: descentralizando a disfuncionalidade". *Opinião Jurídica* 19, núm. 40 (2020): 225-242.
- Costa, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. 8. ed. Sao Paulo: Unesp, 2007.
- Dantas, Fernando (2020). "Bolsonaro em Queda". *Estadão*, Economia y Negócios, 3 de abril. <https://economia.estadao.com.br/blogs/fernando-dantas/bolsonaro-em-queda/>
- Ferreira, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Método, 2009.
- Figueiredo, Marcelo. "Federalismo x centralização: a eterna busca do equilíbrio –a tendência mundial de concentração de poderes na união. A questão dos governos locais". Em *As novas fronteiras do federalismo*. Sao Paulo: Imprensa Oficial, 2008.
- Franco, Afonso Arinos de Melo. *Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos: um estudo de direito constitucional comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- Franco, A. A. D. M. "Estudos de direito constitucional". *Revista Forense* (1957).
- Guimarães, Andre Rehbein Sathler *et al.* "A Oligarquia desvendada: Organização e estrutura dos Partidos Políticos Brasileiros". *Dados* 62 (2019): 1-41. <https://doi.org/10.1590/001152582019181>
- Hamilton, Alexander, James Madison, John Jay. *The federalist papers*. InteLex, 1971.
- Hernández, A. M. *Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino*. Córdoba: Academia de Ciencias de Córdoba, 2009.
- Labanca Corrêa de Araújo, Marcelo. *Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009.
- Le Tourneau, François-Michel. "O governo Bolsonaro contra os Povos Indígenas: as garantias constitucionais postas à prova". *Confins. Revue franco-brésilienne de géographie* 501 (2020).
- Leyes creadas por los municipios brasileños. "Tenha conhecimento das Leis criadas pelo seu município e Governo do Estado, a respeito do novo Coronavírus (covid-19)". Leis Municipais. <https://leismunicipais.com.br/coronavirus>
- Lewandowski, E. Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

- Limongi, Fernando. "A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório". *Novos Estudos Cebrap* 76 (2006): 24.
- Liziero, Leonam. "Federalismo, facções e freios e contrapesos na emergência do constitucionalismo norte-americano". *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* 24, núm. 2 (2019): 128-146.
- Lotta, Gabriela Spanghero, Renata Gonçalves e Marina Bitelman. "A coordenação federativa de políticas públicas: uma análise das políticas brasileiras nas últimas décadas". *Cadernos Gestão Pública e Cidadania* 19, núm. 64 (2014): 1-18.
- Lyne, Mona M. "Proffering pork: How party leaders build party reputations in Brazil". *American Journal of Political Science* 52, núm. 2 (2008): 290-303.
- Macedo, Isabella. "Não devemos deixar um espaço aberto para que mais uma vez o Supremo decida", diz Maia sobre vacina". *O Globo*, 27 de outubro de 2020.
- Maxwell, Kenneth. "Conjuração mineira: novos aspectos". *Estudos Avançados* 3, núm. 6 (1989): 4-24.
- Mendes, Gilmar. "Fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". *Ciência Jurídica em Foco* (2007).
- Nathan, Richard P. "There will always be a new federalism", *Journal of Public Administration Research and Theory* 16, núm. 4 (2006): 499-510.
- Neves, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editoria Acadêmica, 1994.
- Nicolau, Jairo. *Representantes de quem?: Os (des) caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*. São Paulo: Schwarcz-Companhia das Letras, 2017.
- OCDE *iLibrary* (2019) Revenue Statistics 2019. https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/revenue-statistics-2019_0bbc27da-en
- Oliveira, Vinícius Mascarenhas de. *Federalistas na Bahia: trajetórias, idéias, sociedades e movimentos (1831-1838)*. Tesis de maestría en Historia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, UFBA, 2012.
- Pavani, Giorgia. "Tendencias centrífugas y centrípetas de la descentralización en América Latina". *Feseralimi.it* 5 (2019).
- Pereira, Carlos y Bernardo Mueller. "Weak parties in the electoral arena, strong parties in the legislative arena: the electoral connection in Brazil". *Dados* 46, núm. 4 (2003): 735-771.
- Pessôa, Samuel. "Caminhando sem presidencialismo de coalização". *Conjuntura Econômica* 73, núm. 7 (2019): 10-11.

- Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Legislação Covid-19, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/quadro_portaria.htm
- Rodrigues, Marcus Leonardo Corrêa. "Estruturas decisórias dos partidos políticos brasileiros: uma análise da distribuição de poder no PFL/DEM, PMDB, PSDB e PT", Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 2018.
- Rodrigues Pires, Nayara. "O indígena e seus direitos ameaçados por declarações de um presidente". *Palmes: Humanidades & Inovação* 7, núm. 4 (2020): 48-54.
- Silva, José Alfonso da. *O constitucionalismo brasileiro: (evolução institucional)*. Sao Paulo: Malheiros, 2011.
- Souza, Celina. "Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988". *Revista de Sociologia e Política* 24 (2005): 105-121. 121
- Supremo Tribunal Federal. "Ministro afasta exigências da LRF e da LDO para viabilizar programas de combate ao coronavírus". *Notícias STF*, 29 de marzo de 2020.
- Supremo Tribunal Federal. "Ministro assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia". *Notícias STF*, 8 de abril de 2020.
- Supremo Tribunal Federal. "Ministro determina destinação de R\$ 32 milhões ao Estado do Acre para utilização em ações de combate ao coronavírus". *Notícias STF*, 8 de abril de 2020.
- Supremo Tribunal Federal. "Parcelas da dívida do Estado de SP com a União devem ser usadas no combate à covid-19". *Notícias STF*, 23 de marzo de 2020.
- Toledo, Luiz Fernando. Preço de respirador comprado por estados varia até 4 vezes e enfrenta apurações. *CNN Brasil*, 26 de mayo de 2020. <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/05/26/preco-de-respirador-comprado-por-estados-varia-ate-4-vezes-e-enfrenta-apuracoes>
- Torres, Heleno Taveira. "Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira". *Revista dos Tribunais*, 2014.
- Vicente, Barretto, Vicente. "Interpretação constitucional e estado democrático de direito". *Revista de Direito Administrativo* 203 (1996): 11-23.
- Victor Nunes, Leal. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*. Sao Paulo: Alfa Omega, 1975.
- Ward, P. M., R. H. Wilson y P. K. Spink. "Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US". *Regional Science Policy & Practice* 2, núm. 1 (2010): 58.

Waterman, Daniel. "Bolsonaro é o Presidente com mais vetos no congresso". *Estado*, Política, 13 de agosto de 2020.

Legislación y jurisprudencia

Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363. (2020, 27 de março). Relator: Ricardo Lewandowski. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440927&caixaBusca=N>

Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 668. (2020, 27 de março). Relator: Luís Roberto Barroso. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440567&caixaBusca=N>

Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669. (2020, 27 de março). Relator: Luís Roberto Barroso. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440567&caixaBusca=N>

Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 662. (2020, 27 de março). Relator: Gilmar Mendes. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440865&caixaBusca=N>

Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 6357. (2020, 27 de março). Relator: Alexandre de Moraes. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440927&caixaBusca=N>

Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672. (2020, 27 de março). Relator: Alexandre de Moraes. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075&caixaBusca=N>

Descentralización en tiempos de pandemia. Una visión desde Chile

Esteban Szmulewicz Ramírez (Chile)*

RESUMEN: El presente capítulo explora la relación entre las autoridades nacionales y las subnacionales en el marco de la respuesta ante la pandemia por covid-19, particularmente a la luz del principio de coordinación y de las complejidades propias del estado de excepción constitucional que ha gobernado el sistema político en Chile desde mediados de marzo del año 2020. En este sentido, si bien las autoridades subnacionales han desplegado una significativa actividad para hacer frente a los efectos de la pandemia en sus territorios, particularmente las alcaldes y los alcaldes, esto no ha ido acompañado de modificaciones jurídicas, ni tampoco en las prácticas, que generen mecanismos o instituciones que incorporen al nivel subnacional en el proceso de toma de decisiones. En pocas palabras, ni las instituciones formales ni las informales dan cuenta de la realidad actual en materia de la necesaria articulación y coordinación de las competencias de los distintos niveles de gobierno y de la administración: nacional, regional y local, particularmente en contextos de emergencia o estados de excepción constitucional. En este sentido, la pandemia y el proceso constituyente abierto en Chile a partir del plebiscito sobre la elaboración de una nueva constitución realizado en octubre de 2020 abren la oportunidad para la deliberación sobre instituciones y prácticas de coordinación que conduzcan a un efectivo y legítimo sistema de gobernanza multinivel.

PALABRAS CLAVE: Coordinación multinivel, descentralización, municipalidades.

* Académico de la Escuela de Derecho-Coquimbo, Universidad Católica del Norte, Chile; Ph.D. Candidate, Universidad de Leiden, Países Bajos; Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Magíster en Ciencia Política, Universidad Autónoma de Barcelona; Master en Política Comparada, The London School of Economics and Political Science. esteban.szmulewicz@ucn.cl. Agradezco la colaboración del licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte y profesor de dicha casa de estudios superiores, don Ariel Malla Gallardo. La responsabilidad por los errores u omisiones de este texto es del autor.

El Estado de Chile se ha caracterizado, desde muy temprano en su historia, por un fuerte centralismo en la toma de decisiones políticas y administrativas, lo cual se debe a diversos factores, tales como la geografía, al ser un país largo y angosto en donde las comunicaciones y el transporte se dificultan, y también a razones culturales e históricas. Durante la dictadura militar, entre 1973 y la Constitución de 1980, se comenzó a desarrollar un incipiente proceso regionalizador. Sin embargo, la descentralización y desconcentración administrativa instauradas por el régimen autoritario estaban estructuradas sobre la base de agencias periféricas fuertemente subordinadas a las autoridades superiores de carácter nacional, lo cual resulta coherente con la lógica militar del *command and control*. Los gobiernos democráticos a partir de 1990, si bien han modificado profundamente esta estructura –sobre todo con la democratización de las municipalidades desde 1991 y, luego, de los Consejos Regionales, a partir del año 2009–, han reconocido el límite en la forma jurídica de Estado unitario y se han limitado a la descentralización administrativa y han restringido la dimensión política, e incluso la fiscal, de la descentralización.

De esta forma, la doctrina nacional sostiene que la descentralización y desconcentración administrativa del Estado chileno se ha caracterizado, en general, por una falta de profundidad política, con escasas innovaciones sustanciales, en extremo fragmentaria y carente de una estrategia de largo plazo.¹ En esta línea, el impulso que se ha dado en Chile a la descentralización ha sido tímido, ya que las decisiones políticas están determinadas por los órganos de gobierno, localizados en el nivel central y encabezados por el presidente de la república. La constitución, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 3, limita la descentralización a meros aspectos administrativos, al tiempo que reserva el gobierno de la región a una autoridad de la directa y exclusiva confianza del presidente de la república. A pesar de lo anterior, las entidades subnacionales, particularmente las municipalidades, que

1 Por todos, Luis Hernández, “La descentralización en el ordenamiento constitucional chileno”, *Revista Chilena de Derecho* 20, t. II (1993): 535-540; y Juan Carlos Ferrada, “El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado”, *Revista de Derecho* X (diciembre 1999).

gozan de autonomía constitucional, han desplegado una prolífica actividad en el marco de la pandemia de 2020. Esta actividad de los territorios no ha ido acompañada de modificaciones jurídicas o en las prácticas del nivel central, que generen mecanismos o instituciones que incorporen el orden subnacional en el proceso de toma de decisiones.

En consonancia con este diagnóstico, el presente capítulo ofrece una panorámica del desarrollo de la descentralización, comenzando con la presentación del marco normativo del gobierno y la administración a nivel territorial, a partir de sus bases constitucionales. Luego, se realiza una sistematización y comentario de las medidas nacionales y subnacionales adoptadas en el marco de la pandemia, incluyendo también el control jurídico de las mismas. Finalmente, se formulan ciertas conclusiones y observaciones generales, teniendo además presente la aprobación de la idea de una nueva constitución para Chile, en virtud del plebiscito nacional celebrado el 25 de octubre de 2020. En particular, se observa que las autoridades subnacionales carecen de dispositivos institucionales de articulación con el nivel nacional, lo que en otros contextos se ha denominado “gobernanza multinivel”. Este asunto, particularmente complejo en situaciones de crisis, como una pandemia u otras que se puedan presentar, indica falta de coordinación de las medidas que toman los distintos niveles de gobierno y la administración del Estado, frente a situaciones que afectan a los territorios, además de manera diferenciada.

1. Breve descripción de la forma jurídica de Estado en Chile

Chile se caracteriza por ser un Estado unitario y políticamente centralizado, con avances en lo que concierne a la desconcentración y la descentralización administrativa. Precizando el punto relativo a la forma jurídica del Estado de Chile, en primer lugar, cabe mencionar que esta se define en el artículo 3 de la Constitución Política de la República de Chile de la siguiente manera: “El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo

equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”.

La doctrina nacional² concuerda en señalar que se consagran en esta disposición tres principios clave: 1) el Estado de Chile tiene la forma jurídica de un Estado unitario; 2) la administración estatal será –como imperativo categórico– descentralizada o desconcentrada, ya sea territorial o funcionalmente; y 3) el mandato de desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas, que constituyen los tres niveles subnacionales del gobierno y administración interior del Estado.

La forma de Estado unitario consiste en la existencia de un solo centro de impulsión política y gubernamental, que en nuestro caso radica en el presidente de la república, quien es el jefe de Estado, jefe de gobierno y titular de la función administrativa a nivel nacional, y que constituye el centro del poder político a nivel nacional, dada la forma presidencialista de gobierno. En el Estado unitario, por definición constitucional, la soberanía es única e indivisible: las normas jurídicas valen indistintamente para todo el territorio y existe una única constitución de carácter nacional. También, en este tipo de Estado, los niveles subnacionales pueden desarrollar tareas de interés general, pero es la ley la que desarrolla sus competencias.³ A su vez, Domingo Claps define la descentralización administrativa, única autorizada bajo el actual artículo 3 constitucional, como la “atribución de una competencia (conjunto de fines y medios para satisfacer un fin público determinado) a una persona jurídica nueva que se crea al efecto, para que pueda actuar libremente, adquiriendo derechos o contrayendo obligaciones, así como la dotación y manejo de un patrimonio propio”.⁴

2 Por todos, véase Juan Carlos Ferrada, “El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado”, *Revista de Derecho* X (diciembre 1999): 115-123; y José Luis Cea, *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica* (Valdivia, Universidad Austral de Chile, 1999).

3 Humberto Nogueira y Francisco Cumplido, *Instituciones políticas y teoría constitucional* (Talca: Universidad de Talca, 2001), 333.

4 Domingo Claps, “Bases institucionales de los Gobiernos Regionales”, en *Universidades y Gobiernos Regionales: planificación, estrategias y desarrollos coordinados* (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1997), 452.

A nivel de la organización territorial del poder, el Estado unitario se despliega mediante la atribución del presidente de nombrar y remover a su voluntad (arts. 32 num. 7 y 111 de la Constitución) a los intendentes y gobernadores provinciales. No ocurre lo mismo en el caso de las municipalidades, que son corporaciones autónomas de derecho público, lideradas por un alcalde y concejales comunales directamente elegidos por la ciudadanía de la comuna (arts. 118 y 119 de la Constitución), ni tampoco respecto de los consejeros regionales, que son elegidos por “sufragio universal en votación directa, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva” (art. 113 inciso 2). A su vez, a nivel regional destaca igualmente la figura de las secretarías regionales ministeriales, en cuanto entidades territorialmente desconcentradas de los respectivos ministerios.

El capítulo XIV de la Constitución desarrolla lo relativo al gobierno y la administración interior del Estado. Como se señaló, la división político-administrativa del país distingue entre regiones, provincias y comunas, estando cada uno de estos niveles subnacionales a cargo de distintas autoridades. A nivel regional, el ordenamiento constitucional chileno distingue la función de gobierno de la función de administración regional.⁵ En cuanto a la primera, por mandato del artículo 111 constitucional, “el gobierno de cada región reside en un Intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República”, siendo nombrado y removido directamente por el presidente de la república.⁶ Por otra parte, en cuanto a la función administrativa regional, esta se encuentra radicada en el Gobierno Regional (GORE), un órgano descentralizado administrativamente desde el punto de vista territorial-regional, dotado de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, integrado por el intendente, quien ejerce la función ejecutiva, y en el Consejo Regional (CORE), encargado de “hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional”.

5 Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira *Derecho Constitucional*, t. I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994).

6 A nivel provincial, la principal autoridad son los gobernadores provinciales, pero este nivel de gobierno y administración tiene escasas competencias, por lo que no será materia del presente capítulo.

Ahora bien, cabe tener presente que, de conformidad con la Ley 20.990 de 2017, sobre reforma constitucional, se suprimió el cargo de intendente y se creó el de gobernador regional, electo por sufragio universal en votación popular, elección que acontecerá por primera vez en abril de 2021. El gobernador regional será el órgano ejecutivo del Gobierno Regional, correspondiéndole presidir el Consejo Regional y coordinar, supervigilar o fiscalizar a los servicios públicos que dependan o se relacionen con el GORE. A su turno, esta reforma establece el cargo de delegado presidencial regional (art. 115 bis), que reemplaza a los actuales intendentes y “ejercerá las funciones y atribuciones del Presidente de la República en la región, en conformidad a la ley”, siendo su “representante natural e inmediato”. Para implementar esta reforma constitucional, se dictó la Ley 21.074 de 2018, que amplió las funciones generales de los GORE y reguló la transferencia de competencias, entre otros aspectos de fortalecimiento de la regionalización. Ahora bien, esta reforma constitucional solo entrará en vigencia una vez que asuman su cargo los gobernadores regionales elegidos democráticamente, por lo que en la actualidad continúa vigente el sistema explicado.

Por otro lado, la Constitución política, en el artículo 118 y siguientes, regula la administración comunal. Señala que la municipalidad está constituida por el alcalde y el concejero municipal, elegidos democráticamente, siendo un órgano descentralizado territorialmente, con autonomía constitucional. La autonomía de las municipalidades se encuentra restringida por la forma jurídica del Estado unitario, la limitación a la técnica de la descentralización administrativa y el marco competencial establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM). Según Cordero,⁷ a partir del análisis de los artículos 1, 3-5, 118-119 y 124 de la Constitución, y de los artículos 3-5 y 12 de la LOCM, es posible establecer las siguientes notas acerca de la autonomía municipal: 1) constituye una garantía institucional; 2) supone el reconocimiento de una esfera de intereses propios y competencias para su gestión; 3) implica la autoselección

7 Luis Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2 ed. (Santiago: Legal Publishing, 2015), 212-213.

de sus órganos de gobierno mediante sistemas electivos y capacidad para representar y gobernar los intereses de la comunidad; 4) supone el poder de ordenanza de los municipios y de dictar normas, aunque sea de rango reglamentario; y 5) se le reconoce autonomía financiera.

Esta capacidad de acción con cierta discrecionalidad de las municipalidades, superior a la de los servicios públicos descentralizados, explica en parte las tensiones y conflictos que se han observado en las relaciones con las autoridades nacionales, en el contexto de la pandemia. Ahora bien, como se señaló, esta capacidad de acción está limitada “por las facultades que en relación a ella pueden ejercer el legislador, la autoridad administrativa, la judicial, la Contraloría General de la República”⁸

Dicho lo anterior, la autonomía de las municipalidades se manifiesta en el plano jurídico-normativo mediante las ordenanzas municipales, las cuales son “normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad”. Ahora bien, como lo establece Silva Cimma, “la potestad reglamentaria municipal es restringida, pues la Constitución y la Ley se han encargado de precisar detalladamente las materias en que ella debe recaer”⁹. Como ya se adelantó, la Contraloría General de la República (CGR), que vela por la constitucionalidad y legalidad de los actos de la administración del Estado, incluidas las municipalidades y los GORE, ha reiterado la importancia de sujetarse estrictamente al marco fijado por el ordenamiento jurídico en la respectiva materia y al principio de la certeza jurídica, el cual bajo ninguna circunstancia puede significar el amparar textos normativos de general aplicación que infrinjan el ordenamiento jurídico, como asimismo los derechos fundamentales contenidos en la Carta constitucional. Lo anterior conlleva el que no se puedan establecer, por medio de resoluciones municipales, mayores requisitos o restricciones que los consagrados en las leyes generales de la nación.

8 Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 10 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 130-131.

9 Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Introducción y Fuentes* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996), 171.

Explicado el diseño constitucional, se estima pertinente precisar algunos aspectos en relación con la coordinación entre las autoridades del nivel nacional y del nivel subnacional.¹⁰ En primer término, cabe destacar que a nivel regional dicho rol le corresponde en la actualidad al intendente, función que, una vez que entre en plena aplicación la reforma constitucional de 2017 a partir de la elección directa de gobernadores regionales que se produjo en mayo de 2021, será compartida entre el gobernador regional, quien coordinará los servicios públicos que se relacionen con el gobierno regional, y el delegado presidencial regional, que ejercerá dicha función respecto de los servicios públicos que se relacionen con el presidente de la república. Por otro lado, respecto de la actividad de las municipalidades, los servicios públicos deberán coordinarse con estas (art. 118), asunto que luego se ve enfatizado por el artículo 123 de la Carta fundamental. Será la ley la que deberá dirimir eventuales choques de competencias, en virtud del artículo 126 constitucional. Dado que en el caso de los GORE y las municipalidades se trata de autoridades administrativas que no tienen un superior jerárquico, por su personalidad jurídica propia, las controversias que se susciten no se pueden resolver mediante autoridades dependientes del nivel central.

Es interesante la incorporación del artículo 123 constitucional, ya que específicamente conecta el principio de coordinación con las relaciones interadministrativas y entre los municipios y el resto de la organización administrativa (“demás servicios públicos”). Según Luis Cordero, a pesar de la potestad normativa reconocida por las leyes a los gobiernos regionales y a las municipalidades, no se altera el régimen jurídico común aplicable en la totalidad del país, debiendo estos entes “sujetarse estrictamente a las normas legales y reglamentarias de alcance general, sin poder imponer condiciones o exigencias más estrictas de las que existan a nivel nacional,

10 Para un mayor desarrollo de esta temática, véase Esteban Szmulewicz, “Problemas de coordinación entre niveles de gobierno: perspectivas a partir de los impactos del Covid-19”, en *Derecho público en tiempos de Covid 19. Implicancias jurídico-públicas de una pandemia*, eds. Ferrada, Méndez y Rojas (Santiago: Tirant lo Blanch). En prensa.

salvo cuando la ley lo señala expresamente”.¹¹ Tampoco cabe desdeñar los problemas de articulación multinivel que se pueden producir respecto del nivel regional, principalmente con las nuevas competencias y atribuciones a partir de la ley de fortalecimiento de la regionalización (Ley 21.074 de 2018), del proceso de traspaso de competencias y, sobre todo, de la inminente elección de los gobernadores regionales.

2. Medidas tomadas en tiempos de covid-19¹²

Lo primero que debe relevarse es que no se previeron específicamente mecanismos de coordinación entre las municipalidades y el nivel central en el marco de la declaratoria de estado de excepción constitucional de catástrofe, que se fundó en la pandemia, y que actualmente rige en todo el territorio nacional y marca el funcionamiento del sistema político-administrativo a nivel territorial. De hecho, a la dimensión territorial del estado de excepción constitucional de catástrofe solo se refiere el artículo 41 constitucional, cuando señala que “el estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, lo declarará el Presidente de la República, *determinando la zona afectada por la misma*” (énfasis agregado). El estado de catástrofe puede abarcar un territorio determinado o bien todo el de la república, como ha sido el caso de la actual pandemia. Luego, el artículo 43 constitucional se encarga de precisar que el presidente de la república podrá adoptar restricciones excepcionales de ciertos derechos fundamentales y “adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada”. El presidente declara el estado de catástrofe, solo debiendo informar de ello al Congreso nacional, así como de las medidas que adopte en esta situación, por un plazo máximo de un año. El Congreso podría hacer cesar los efectos de la declaración de estado de catástrofe, pero solo atendiendo a los requisitos del artículo 41 –siendo que ha ocurrido justamente lo contrario, ya que en marzo de 2021 nuevamente se prorrogó el estado de excepción

11 Cordero, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 124.

12 El análisis comprende el período entre enero y octubre de 2020.

hasta junio de 2021–, según los cuales, en este estado de excepción constitucional, se pueden restringir las libertad de locomoción y de reunión y el derecho de propiedad.¹³

A su turno, la Ley 18.145, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción Constitucional, dispone como atribuciones del jefe de la Defensa Nacional, quien ejerce el mando en el territorio declarado bajo estado de catástrofe (en calidad de jefe de zona) y en función de las atribuciones que le delegue el presidente de la república, en su artículo 7, num. 5: “Impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública”.¹⁴ A los señalados jefes de zona se pueden delegar todas o parte de las facultades especiales que la constitución y la ley entregan al presidente de la república durante la vigencia de este estado. Estas facultades especiales consisten en la posibilidad de restringir las libertades de locomoción y reunión, disponer de la requisición de bienes, establecer limitaciones al derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto establecimiento de la normalidad en las zonas afectadas.

13 Para una perspectiva completa de los derechos fundamentales y su vigencia y efectividad en el marco de la pandemia en Chile, aunque sin un tratamiento específico de la cuestión territorial, véanse: Daniela Méndez-Royo y diego Molina-Conzue, “Chile”, en *A Human Rights and Rule of Law Assessment of Legislative and Regulatory Responses to the Covid-19 Pandemic across 27 Jurisdictions*, Bonavero Reports 7 (Oxford University, Bonavero Institute of Human Rights, 2020), 113-127.

14 A su turno, el artículo 5 del mismo cuerpo legal señala: “Para los efectos de lo previsto en el inciso primero del No. 6 del artículo 41 de la Constitución Política de la República, durante el estado de emergencia, el jefe de la Defensa Nacional que se designe tendrá los siguientes deberes y atribuciones: 1) Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada en estado de emergencia, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho estado, *debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades institucionales colocadas bajo su jurisdicción*” (énfasis agregado). Esta norma sería un ejemplo de aplicación de principio de coordinación, facultad reproducida en el Decreto 104, de 18 de marzo de 2020, en que se decreta el estado de excepción constitucional de catástrofe por covid-19.

De estas normas se puede colegir una importante centralización de la acción del Estado en el marco de los estados de excepción constitucional, toda vez que, dada la naturaleza de órganos territorialmente descentralizados de las municipalidades, junto con su autonomía constitucionalmente reconocida, en situaciones de normalidad constitucional ni el alcalde, en cuanto máxima autoridad comunal, ni los demás funcionarios municipales pueden recibir órdenes o instrucciones de la administración central del Estado, como sería precisamente el caso del jefe de la Defensa Nacional en el estado de catástrofe. Coherente con este marco normativo, las relaciones entre los distintos niveles de gobierno y administración en el marco de los estados de excepción constitucional no han recibido un tratamiento sistemático en la doctrina,¹⁵ no obstante tratarse de un marco analítico que sería importante elaborar para entender y analizar las relaciones entre las autoridades nacionales y las subnacionales en el marco de la pandemia y la consecuente declaración de estado de catástrofe.

2.1. Medidas de carácter nacional¹⁶

A continuación, cabe reseñar que entre las principales decisiones adoptadas por la autoridad sanitaria se encuentran las medidas de aislamiento de la población, a través del cierre de fronteras, toques de queda, aduanas sanitarias y cuarentenas obligatorias en una serie de comunas del país. En este contexto, el 5 de enero de 2020 el Ministerio de Salud, en aplicación del artículo 36 del *Código sanitario*, decretó alerta sanitaria por coronavirus y dotó a las autoridades sanitarias (Ministerio de Salud, Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, Instituto de Salud Pública y Servicios de Salud) de facultades extraordinarias para que puedan realizar acciones de salud

¹⁵ Por todos, véanse: Mariela Rubano, “Estados de excepción constitucional en Chile”, *Revista de Derecho Público* 48 (2015): 145; y Lautaro Ríos, “Los estados de excepción constitucionales en una perspectiva humanista”, en *La Constitución reformada de 2005*, coord. Humberto Nogueira (Santiago: Librotecnia, 2006), 319-344.

¹⁶ Para una revisión completa de la normativa y jurisprudencia vinculada a covid-19 en Chile, véase la base de datos del *Diario Oficial del Estado* (<https://www.doe.cl/covid-19.php>).

pública, así como otras complementarias. Comenzó a aplicarse entonces un protocolo de emergencia en cuatro fases epidemiológicas.

En materia de relaciones multinivel, el artículo 3, num. 9, del Decreto 4 del Ministerio de Salud, dispone que se otorguen “a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud del país, facultades extraordinarias para disponer, según proceda, de todas o algunas de las siguientes medidas: [...] 9. Requerir a las Municipalidades que corresponda, las medidas sanitarias, de aseo y ornato, necesarias para contener la propagación del virus”. A poco menos de dos meses de dictarse este decreto, y a un mes de su publicación, se informó el 3 de marzo del primer caso confirmado de covid-19 en Chile. Gradualmente, y a medida que llegaban noticias desde Italia y España, se empezaron a establecer progresivamente diversas medidas.¹⁷ Entre ellas cabe destacar:

- 10 de marzo: todas las personas provenientes de España e Italia debían realizar cuarentena obligatoria.
- 12 de marzo: la emergencia pasó a fase 2, anunciándose la no realización de actos masivos de más de 5 mil asistentes.
- 14 de marzo: la emergencia pasó a fase 3, disponiéndose cuarentena para las personas que provinieran de Irán, China, Corea, Japón, Francia y Alemania; la exigencia de un pasaporte sanitario en todos los puertos del país, evaluándose caso a caso el ingreso a personas provenientes de países de alto riesgo; prohibición de eventos, convocatorias y festivales de más de 500 personas, entre otras.
- 16 de marzo: la emergencia pasó a fase 4, disponiéndose el cierre de fronteras para extranjeros (incluidos puertos y aeropuertos) a partir del 18 de marzo.
- 18 de marzo: se decretó estado de excepción constitucional de catástrofe, mediante el Decreto Supremo (D.S.) 104, en razón de una calamidad pública, en este caso, por el covid-19, por un plazo de 90

17 Para un mayor desarrollo de las medidas y su secuencia, véase Francisco Muñoz y Esteban Szmulewicz. “Covid-19 y sus Impactos en Chile: Respuestas desde las Políticas Públicas del Turismo”, en *Legal Impacts of COVID-19 in the Travel, Tourism and Hospitality Industry*, ed. Carlos Torres. Estoril: ESTHE. En prensa.

días. Luego se ampliaría dicho plazo por 90 días más, por medio del D.S. 269, del 16 de junio de 2020, nuevamente extendido por medio del D.S. 400, de 12 de septiembre de 2020, por otros 90 días. Todos estos actos administrativos fueron dictados por el presidente de la república, con la firma del ministro del Interior y Seguridad Pública, y el ministro de Defensa. El decreto entrega la dependencia inmediata de un territorio determinado a un jefe de la Defensa Nacional, designado por el presidente, quien asume la dirección y supervigilancia de la respectiva zona (en este caso, se designó un jefe de zona por región). En particular, en materia de las relaciones multinivel, el artículo 4 señala: “En virtud del principio de coordinación, los Jefes de la Defensa Nacional deberán tomar en consideración las medidas sanitarias dispuestas para evitar la propagación del covid-19, en actos administrativos dictados por el Ministro de Salud, en el ejercicio de las facultades previstas en el artículo precedente”. A su vez, el artículo 5 señala: “La instancia de coordinación de los Jefes de la Defensa Nacional con las autoridades regionales y comunales será el respectivo Comité de Operaciones de Emergencia Regional”.¹⁸ Esta disposición resulta coherente con lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción Constitucional. Luego, mediante el Decreto 107 de 2020, de la misma cartera mencionada, se declararon como zonas afectadas por catástrofe las 346 comunas del país, por un plazo de doce meses.

- 20 de marzo: en el contexto del Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, los respectivos jefes de zona han decretado restricciones a las libertades de locomoción y reunión, a través de toques de queda. Luego, a partir del 26 de marzo, y frente a la fuerte presión de diversos alcaldes y alcaldesas, particularmente de comunas de la zona oriente de la capital, donde se concentraba la mayor cantidad

18 Para una revisión completa del decreto, véase: Ministerio del Interior y Seguridad Pública, “Declara estado de excepción constitucional de catástrofe...”, *Diario Oficial* 42-607-B, 18 de marzo de 2020: 1-5. <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2020/03/18/42607-B/01/1742691.pdf>

de contagiados en esa fecha, comenzaron a aplicarse cuarentenas totales y cordones sanitarios en áreas específicas del país para controlar la propagación.

- 22 de marzo: se estableció cuarentena obligatoria a toda persona que ingresara a Chile, con prescindencia de su origen.
- Hacia fines de marzo y principios de abril: se incorporaron a la cuarentena obligatoria, ya decretada en varias comunas de la capital, diversas comunas de la zona centro-sur. Más adelante, la pandemia pasó a golpear con más fuerza a la macrozona norte de nuestro país. Estas medidas se han ampliado o restringido a diversas comunas, provincias o regiones, de manera dinámica, en función de la evolución de la situación sanitaria.

Más recientemente, la Resolución 591 exenta del Ministerio de Salud, de 23 de julio de 2020, dispone el plan Paso a Paso para la desescalada de las medidas de protección, estrategia gradual de cinco etapas, que avanza o retrocede en virtud de la evolución de ciertos indicadores epidemiológicos, el estado de la red de salud y la trazabilidad de los contagios.¹⁹ Cabe hacer presente que el texto de la norma no menciona los niveles regionales o locales. De hecho, en su primer capítulo, denominado “I. Cordones sanitarios, aduanas sanitarias, aislamientos o cuarentenas a localidades determinadas”, señala: “1. Déjase constancia [de] que, en materia de cordones sanitarios, aduanas sanitarias, y aislamientos o cuarentenas a localidades determinadas, deberá estarse [sujeto] a lo dispuesto en las resoluciones sobre la materia que han sido dictadas por el Ministro de Salud o aquellas que se dicten en lo sucesivo”. Finalmente, otra medida importante fue la postergación del plebiscito relativo a una nueva constitución para Chile, que debió haberse celebrado en abril de 2020 y finalmente se realizó el 25 de octubre de ese año, con un resultado de casi 79% de los votos emitidos a favor de la elaboración de una nueva constitución, proceso que comienza

19 Ministerio de Salud, Resolución 591 Exenta, “Dispone medidas sanitarias que indica por brote de covid-19...”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1147774&idParte=0>

el año 2021 con la elección directa por la ciudadanía de la Convención Constitucional encargada de tal propósito.

En cuanto a los derechos fundamentales restringidos, ello se ha relacionado con medidas de carácter nacional, como las mencionadas anteriormente, que afectan las libertades de locomoción y reunión, a través de toques de queda y, en mucho menor medida, decisiones de las municipalidades. Como se verá en el apartado siguiente, estas ven muy limitadas sus capacidades de regular derechos fundamentales, por la reserva legal que establece la constitución a este respecto, en el artículo 19 num. 26, así como por la centralización de facultades en el presidente de la república en el marco del estado de excepción constitucional y en las autoridades militares que este designe, tal como se explicó previamente.

Finalmente, en cuanto a la actividad del Congreso nacional, en general ella se ha relacionado con lo relativo a los efectos socioeconómicos de la pandemia en Chile, aprobando diferentes medidas destinadas al otorgamiento de créditos a los micro y pequeño empresarios, así como distintos subsidios y apoyos a los segmentos más vulnerables de la población. Dado el diseño institucional reseñado en los párrafos precedentes, la adopción de medidas sanitarias y de restricción de derechos fundamentales está reservada a los órganos de gobierno y administración, encabezados por el presidente de la república, los ministerios pertinentes, típicamente en el ámbito del Ministerio de Salud, y los jefes de zona, en cuanto delegados del presidente en los territorios respectivos.

2.2. Medidas de carácter subnacional

De conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, estas pueden llevar a cabo “directamente o con otros órganos” administrativos funciones relativas a la salud pública y la prevención de riesgos y dar auxilio ante la emergencia. Se trata de una norma genérica, que no otorga específicas atribuciones a las entidades locales para el manejo de pandemias. Al contrario, de acuerdo con el *Código sanitario*, la gestión de la epidemia parece ser un ámbito reservado al gobierno central. De esta forma, cabe hacer una primera distinción, coherente con lo

señalado en el título relativo al diseño institucional de la organización territorial del gobierno y la administración. Primero, cabe puntualizar que no se han producido conflictos entre las autoridades regionales y provinciales, toda vez que en última instancia estas autoridades obedecen a una misma persona jurídica y a una misma lógica jerárquica. El presidente de la república nombra y remueve libremente a los intendentes regionales y a los gobernadores provinciales, por lo que los eventuales conflictos entre estas autoridades se resuelven en definitiva por aplicación del principio de jerarquía. Segundo, en el nivel municipal, donde tanto alcaldes como concejales comunales son elegidos directamente por la ciudadanía, las municipalidades gozan de autonomía constitucional, por lo que la relación con el nivel nacional, regional o provincial no se puede resolver por vía de la aplicación del principio de jerarquía, sino en función de la coordinación entre autoridades administrativas, según lo señalado más arriba.

Dicho lo anterior, y de conformidad con este esquema, los conflictos en la coordinación política podrían aparecer entre autoridades nacionales/regionales y municipales (estas últimas, electas), sobre todo cuando son de distinto color político. Sin embargo, en Chile el bloqueo de políticas públicas es prácticamente inexistente, dada su naturaleza centralista y los escasos recursos económicos que manejan las autoridades municipales, quienes son las que podrían bloquear políticas públicas nacionales o regionales. Las municipalidades en las que se podrían dar relaciones más conflictivas son aquellas de mayor tamaño y capitales regionales, y esto ocurriría con municipalidades de oposición al gobierno central y, consecuencia de ello, a los actuales gobiernos regionales. Estos potenciales conflictos es posible que se acentúen con las nuevas autoridades electas a nivel regional.²⁰ En esta línea, las dificultades de coordinación multinivel en el marco de la elección

20 Para un mayor desarrollo de estas dinámicas de colaboración y conflicto, con énfasis en un análisis prospectivo a partir de la próxima elección de gobernadores regionales, véase Egon Montecinos y Esteban Szmulewicz, "Gobernadores regionales y delegados presidenciales: zonas de conflicto y espacios de colaboración", en *Desarrollo territorial colaborativo. Descentralizando poder, competencias y recursos*, eds. Heinrich von Baer y Nicolás Bravo (Temuco: Universidad de la Frontera y Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 124-133.

directa de los gobernadores regionales implicarían que la “cohabitación” regional puede producir roces incluso aunque sus dos “cabezas”: gobernador regional y delegado presidencial regional, pertenezcan a la misma coalición política. No obstante lo anterior, el manejo de la pandemia sí ha relevado importantes tensiones entre las autoridades locales y centrales.

De hecho, en un primer momento se observaron abiertos conflictos entre las autoridades subnacionales, particularmente por parte de algunas alcaldías, y el gobierno de la república. Resulta interesante notar que, en muchas ocasiones, estos conflictos se dieron incluso entre autoridades pertenecientes a la coalición política gobernante, de centro-derecha. Se trata de un patrón que también se ha observado en otros casos comparados de respuestas ante la pandemia, particularmente en algunos Estados federales (como Estados Unidos o Brasil), con abiertos conflictos entre los presidentes respectivos y varios gobernadores estatales, pero también en Estados unitarios, como Colombia o Francia.²¹ En algunos casos se ha tratado de requerimientos, con mayor o menor intensidad, de parte de autoridades locales a fin de que las autoridades centrales correspondientes adopten las medidas pertinentes. Por ejemplo, aún antes de la declaratoria de estado de catástrofe, algunos alcaldes llamaban a las autoridades del gobierno central a suspender las actividades educacionales de nivel básico y medio.²² Más adelante, varios ediles de distintas localidades hicieron llamados a reforzar las medidas de protección, mediante la limitación y control al ingreso a ciertas localidades por parte de las fuerzas de orden y seguridad²³ y con la imposición de una cuarentena nacional, aun cuando estas medidas fueron originalmente decretadas de manera focalizada en

21 Para el caso de Colombia, véase Juan Carlos Colvilla, “Orden público, jerarquía y coordinación entre niveles de gobierno”, en *Seis perspectivas del derecho público en tiempos del covid-19*, coord. J. C. Covilla (Colombia: Tirant Tech, 2020). Para el caso francés, véase Thomas Perroud y Emma Guernaoui, “France’s Health Crisis is a Democracy Crisis, Too”. *The Regulatory Review*, Opinion/International, 21 de abril de 2020.

22 *El Día*, “Alcalde de Coquimbo pide al Gobierno suspensión inmediata de las clases en la región”, Región, 15 de marzo de 2020.

23 *El Día*, “Alcaldes de la región piden cierre de ciudades, pero Intendenta desestima la medida”, 18 de marzo de 2020.

ciertas comunas por parte del gobierno central²⁴. Esta situación incluso se repitió en diversas regiones, como Valparaíso y Coquimbo, luego de que el gobierno adoptara una estrategia dinámica y flexible de cuarentenas, activando y desactivando estas declaratorias en función de ciertos indicadores epidemiológicos. Aún en este contexto, numerosos alcaldes continuaron discrepando de las determinaciones del gobierno central y exigiendo un endurecimiento de las medidas frente al avance de la pandemia²⁵. Estos requerimientos, solicitudes o llamados fueron acogidos con menor o mayor éxito por las autoridades centrales requeridas.

En otros casos, se ha tratado de abiertos y públicos conflictos entre autoridades centrales y autoridades locales sobre los mejores caminos de políticas públicas para abordar la situación sanitaria de emergencia, por ejemplo, en materia de cierre de centros comerciales o de establecimientos educacionales, o en cuanto al acceso a la información relativa a las situaciones de salud, sin que se logren canalizar o vehicular dichos conflictos a través de mecanismos o instituciones idóneas para tal efecto.²⁶ De hecho, durante la gestión del exministro de Salud, Jaime Mañalich, fueron numerosas las oportunidades en que esta autoridad central se enfrentó, o fue enfrentada, por autoridades del nivel local, lo que llevó a demoras en la toma de decisiones, a entorpecimientos y, en definitiva, a una débil coordinación entre el nivel central y el nivel local en la respuesta a la pandemia.²⁷

24 *El Mostrador*, "Alcaldes aumentan presión y exigen cuarentena total nacional por crisis sanitaria del COVID-19", 20 de marzo de 2020; *El Día*, "Alcaldes de la región de Coquimbo y Colegio Médico exigen cuarentena total", 21 de marzo de 2020.

25 *El Día*, "Alcalde de La Serena exige cuarentena total en la región tras aumento de casos", 15 de mayo de 2020; *El Mostrador*, "Indignación en Valparaíso: autoridades claman por cuarentena regional ante negativa de Mañalich y tres alcaldes se suman a los contagiados", 27 de mayo de 2020.

26 *El Mostrador*, "Alcaldes critican levantamiento de cuarentenas y cordones sanitarios en comunas con casos de covid-19", 23 de abril de 2020.

27 *El Mostrador*, "Otra vez Mañalich en picada contra los alcaldes: ministro asegura que cuando piden cuarentenas totales 'no saben del daño que están hablando'", 15 de abril de 2020; *El Mostrador*, "Sigue gallito de alcaldes con Mañalich: ediles de todo el país aseguran que 'queremos ayudar pero hermetismo del Minsal lo impide'", 16 de abril de 2020.

Por otro lado, cabe recordar que, en virtud de su autonomía constitucional, las municipalidades tienen una cierta potestad normativa, que les permite dictar ordenanzas locales, destinadas a regular ciertas actividades que se realicen en la comuna respectiva, pudiendo incluso imponer multas por la vulneración de las restricciones establecidas en las ordenanzas. Es importante recordar que estas ordenanzas locales son propuestas y elaboradas por el alcalde respectivo, pero deben ser aprobadas finalmente por los concejos comunales, que actúan como cuerpos deliberativos de nivel local, representando a diferentes tendencias políticas y corrientes de opinión.

De hecho, algunas medidas adoptadas por ciertas municipalidades ponen en tensión el principio de coordinación y en tela de juicio el sistema de reparto competencial establecido en la constitución y las leyes, recibiendo cuestionamientos de parte de la CGR.²⁸ De hecho, ya hacia mediados de marzo y antes de la declaratoria de estado de catástrofe, varias municipalidades habían declarado “estado de emergencia comunal”,²⁹ una situación jurídica sumamente difusa basada en genéricas competencias de la normativa comunal, que de alguna manera contradice las atribuciones precisas de las autoridades sanitarias de carácter nacional. De hecho, en el marco de la pandemia, la Municipalidad de Las Condes, ubicada en la capital de la república, había decretado, el mismo día en que se declaró el estado de catástrofe por parte del presidente de la república, las siguientes

28 Para un análisis jurídico del ejercicio de esta suerte de “policía sanitaria municipal”, véase el excelente trabajo de Pablo Soto Delgado, quien además da cuenta que la tesis restrictiva respecto de la potestad normativa de las municipalidades en materias de seguridad pública, sostenida por la Contraloría General de la República en los dictámenes sobre actuaciones municipales en el marco de la pandemia, según se revisará más adelante, contrasta con cierta jurisprudencia judicial de los años recientes, aunque en un estado de normalidad constitucional. Este autor ofrece también una persuasiva argumentación jurídica en relación con la legalidad de las medidas de policía adoptadas por las municipalidades para hacer frente a la emergencia. Pablo Soto, “La resurrección de la policía sanitaria municipal durante la pandemia de covid-19. Una cuestión de densidad legal en clave histórico-normativa”, en *Derecho público en tiempos de Covid 19*.

29 *El Mostrador*, “El liderazgo de los alcaldes: más municipalidades decretan estado de emergencia comunal ante el coronavirus”, 17 de marzo de 2020.

medidas: 1) la suspensión temporal del funcionamiento de cines, teatros, salones de baile, gimnasios y centros de eventos; 2) la limitación de ocupación a un máximo de 50 personas en restaurantes, fuentes de soda, cafeterías y otros locales en que se vendan y consuman alimentos y bebidas alcohólicas; 3) requerir a dichos establecimientos para que adecuaran sus instalaciones al distanciamiento de sus mesas, y 4) sugerir a los supermercados, minimercados y comercios de venta al detalle limitar el expendio de los productos de higiene básica a un máximo de unidades por persona, para asegurar su abastecimiento a la población general.³⁰

En la misma línea, de forma pionera, el 8 de abril, el Concejo Municipal del territorio especial de Isla de Pascua aprobó el Decreto No. 801 con la ordenanza que establece medidas a fin de minimizar el riesgo de propagación de la pandemia de covid-19 en el territorio especial de isla. Entre otras, decretó: el autocuidado de los habitantes de Rapa Nui; la obligatoriedad del uso de guantes y mascarillas, en espacios de uso público de la comuna; que todo establecimiento de acceso público, sea o no de fines comerciales, deberá contar con una sanitización permanente de pisos, muros, superficies, muebles y en general de toda instalación; entre otras medidas.³¹

Más adelante, diversas entidades locales, en distintas zonas geográficas del país, adoptaron medidas de protección de la salud, tales como uso de mascarillas³², controles en puntos sanitarios, obligaciones de respeto

30 Punto 1 del Decreto 1911, del 18 de marzo de 2020, de la Municipalidad de Las Condes, que “decreta medidas de excepción, como consecuencia de emergencia de salud que indica”, en relación con el Decreto 1890, de 17 de marzo, de la misma entidad edilicia, que había modificado la ordenanza local para el ejercicio del comercio, en el sentido de facultar al alcalde para restringir las actividades comerciales en todo o parte de la comuna, en ciertas circunstancias.

31 Municipalidad de la Isla de Pascua, “Ordenanza municipal que establece medidas a fin de minimizar el riesgo de propagación de la pandemia...”, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1146036>

32 *El Mostrador*, “Ordenanza municipal que obliga al uso de mascarillas en Las Condes comenzará a regir el viernes: multas serán de hasta \$50 mil”, 15 de abril de 2020. También, sobre el uso de mascarillas, consúltense: el Decreto 684 Exento, del 9 de abril de 2020, de la Municipalidad de Coquimbo; la Ordenanza Municipal 1/2020, de 15 de abril de 2020, de la Municipalidad de Antofagasta; el Decreto Alcaldicio 728, de 6 de mayo de 2020, que aprueba ordenanza municipal sobre uso de mas-

a la regla de distancia física,³³ controles vehiculares, suspensión de ferias libres,³⁴ restricciones al horario de venta de bebidas alcohólicas,³⁵ entre otros. Para graficar concretamente este punto, cabe observar las medidas decretadas por la Municipalidad de Huasco, con fecha de 20 de marzo de 2020, en la forma de una “cuarentena preventiva”,³⁶ que de alguna manera sintetiza el conjunto de las restricciones de derechos fundamentales que las municipalidades han ido declarando, por la vía de las ordenanzas locales, sin mayor coordinación entre las entidades locales ni con el gobierno central. Esta norma local: 1) regula los horarios de funcionamiento del comercio; 2) suspende actividades y eventos en espacios públicos; 3)

carillas y protección facial en el contexto del brote del covid-19, en el espacio público de la Comuna de Lonquimay; la Ordenanza Municipal 19, de 2 de mayo de 2020, que establece el uso de mascarillas y otros elementos de protección en vías públicas, espacios públicos y recintos municipales de la Comuna de Peñalolén; el Decreto Alcaldicio 1.001, de 8 de mayo de 2020, que aprueba Ordenanza Municipal sobre uso obligatorio de mascarillas en el contexto del brote covid-19, en el espacio público de la Comuna de Tierra Amarilla; el Decreto Alcaldicio exento 557, de 19 de mayo de 2020, que aprueba Ordenanza 1, de 2020, sobre uso de mascarillas en el contexto del brote de covid-19 en la Comuna de Ollagüe; Decreto Alcaldicio 1.167, de 6 de junio de 2020, que aprueba Ordenanza Municipal sobre uso de mascarillas en los espacios públicos o lugares de uso público y la aplicación de otras medidas sanitarias de la Comuna de Nogales; entre muchas otras.

- 33** El texto de esta medida se contiene en el Decreto Exento 710, de 4 de junio de 2020, de la Municipalidad de Illapel.
- 34** El texto de esta medida se contiene en el Decreto Alcaldicio 1952, de 17 de julio de 2020, de la Municipalidad de Lo Espejo.
- 35** Entre otras, consúltese la Ordenanza 1, de 28 de abril de 2020, de la Municipalidad de San Pedro de Atacama, que fija horario de funcionamiento de locales de expendio de bebidas alcohólicas, que será entre las 9:00 y hasta las 18:00 horas; la Ordenanza 3, de 17 de abril de 2020, de la Municipalidad de Calama, que modifica la ordenanza que regula el expendio de bebidas alcohólicas, fijando el horario para ello entre las 9:00 y las 19:00 horas, durante la vigencia del estado de catástrofe; y el Decreto 1325 Exento, de 24 de agosto de 2020, de la Municipalidad de Coquimbo, que fija el horario de funcionamiento transitorio de los lugares de venta de bebidas alcohólicas, entre las 9:00 y las 20:00 horas.
- 36** Decreto Alcaldicio 43, de la Municipalidad de Huasco, publicado en el *Diario Oficial* el 26 de marzo de 2020 (<https://www.doe.cl/covid19/normativa/2603%20Municipalidad%20del%20Huasco%20Decreto43.pdf>) que decreta cuarentena preventiva y otras medidas que indica.

suspende la llegada y aparcamiento de buses interurbanos provenientes de todas las comunas (salvo tres comunas próximas); 4) solicita a las dos principales empresas que, tan pronto exista confirmación de brote de covid-19 en la comuna, disminuyan sus emisiones a mínimos de producción, a fin de mantener una condición atmosférica que no atente contra la vida de los contagiados.³⁷

No obstante, también han existido ejemplos de coordinación entre las autoridades de distintos niveles de gobierno y la administración. Por ejemplo, la comuna de Caleta Tortel fue la primera en ser declarada en cuarentena por 14 días. La cuarentena fue solicitada por el alcalde, luego de una reunión del comité de emergencia comunal, a pesar de que se declaró formalmente por la Secretaría Regional Ministerial (Seremi) de Salud de Aysén, con fecha de 14 de marzo de 2020, que decretó la alerta sanitaria a partir de las facultades conferidas en el *Código sanitario*.³⁸ De esta forma, se produce una dinámica de coordinación, casi de colaboración, entre la municipalidad respectiva y un ente desconcentrado del nivel central, como es la Seremi correspondiente. En otro caso, en la región de Coquimbo se impulsó por parte de una autoridad de nivel local la creación de una mesa provincial para acordar medidas frente al avance del coronavirus, mesa que

37 Por su trascendencia para el tema de esta publicación, cabe reproducir el fundamento 4 de la normativa municipal referida en la nota anterior: “Que los Municipios, conforme a su Ley Orgánica Constitucional, y el Municipio de Huasco en particular, poseen facultades dentro del ámbito que les compete en materias sanitarias y ambientales, y siguiendo las recomendaciones del Colegio Médico de Atacama, tras acordarlo con el Honorable Concejo Municipal, se ha solicitado al Intendente de Atacama la adopción de una serie de medidas contempladas en oficio de fecha 18 de marzo de 2020, sin que dicha autoridad haya dado respuesta a ello hasta la emisión de este decreto, pese a la urgencia y la naturaleza de la pandemia, en el caso de Huasco amenaza a un alto volumen de población vulnerable, esto es, personas de tercera edad que viven en una localidad que se encuentra en estado de latencia ambiental por contaminación del aire, cuestión que evidentemente agudizaría los efectos y letalidad del covid-19 en el evento de existir contagios, cuestión que nos hace razonar que por el bien común de la población y en defensa del derecho a la vida de niños y ancianos, se hace necesario adoptar medidas urgentes y concretas, relativas a las funciones privativas y compartidas de carácter municipal”.

38 Resolución 209 Exenta, de la Seremi de Salud de Aysén, de 14 de marzo de 2020.

incluía alcaldes de la provincia respectiva, así como representantes del nivel central en el territorio.³⁹ Esta misma lógica ha llevado a la celebración de reuniones entre autoridades representativas del nivel central en la región con los alcaldes respectivos.⁴⁰ De hecho, a raíz de los primeros casos de coronavirus, alcaldes del Gran Santiago apuntaban a medidas de coordinación intermunicipal en dicha ciudad, al día siguiente de la declaración de estado de catástrofe.⁴¹ Sería interesante observar estos mecanismos de coordinación de las áreas metropolitanas, en el marco de las nuevas competencias de los gobiernos regionales, una vez que entren en régimen las normas respectivas de la ley de fortalecimiento de la descentralización del año 2018.

En definitiva, si bien se esperaba que la declaración de estado de excepción constitucional contribuyera a limitar los conflictos entre autoridades de distintos niveles de gobierno y administración, la realidad demostró, al menos en lo que atañe a los actores municipales, que ello no fue así. Lo anterior solo se ha ido revirtiendo en las últimas semanas a partir de instancias informales, más bien de comunicación e información, entre las autoridades del Ministerio de Salud y los alcaldes y alcaldesas.⁴² Lo anterior da cuenta de la importancia de los estilos de liderazgo para abordar los problemas de gobernanza multinivel, sobre todo en contextos de crisis.

2.3. Control de constitucionalidad y legalidad de las medidas

En cuanto al control de las medidas adoptadas durante la pandemia, cabe tener presente que existen diferentes órganos y tipos de control en juego.

39 *El Illapelino*, "Alcalde de Illapel impulsó creación de mesa provincial para combatir al coronavirus", 7 de abril de 2020.

40 *El Día*, "Alcaldes de la conurbación se reunirán con la intendenta tras aumento de casos Covid-19", 26 de julio de 2020.

41 *La Tercera*, "Alcaldes opinan sobre como lograr una ciudad coordinada en Estado de Catástrofe", 20 de marzo.

42 *El Mostrador*, "Del 'ninguneo' de Mañalich al nuevo estilo de París: ministro da potente señal al sumar a alcaldes al balance diario del covid-19", 15 de junio de 2020; *El Mostrador*, "Ministro París reconoce que alcalde Alessandri 'tiene razón' respecto al desconfinamiento en Santiago y adelanta que estudiará su situación el domingo", 31 de julio de 2020.

En el plano nacional y en relación con las medidas de estado de excepción de catástrofe, conforme al artículo 45 de la constitución de 1980, “los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción”. Por lo tanto, las decisiones del presidente de la república en materia de estados de excepción constitucional no pueden ser objeto de control judicial en cuanto al mérito, oportunidad o conveniencia de las mismas.⁴³ No obstante, se podría cuestionar en general la declaratoria de estado de excepción constitucional, pero solo en restringidas hipótesis.⁴⁴ Sin embargo, las medidas que afecten derechos fundamentales sí pueden ser objeto de control jurisdiccional, ya que, según el mismo precepto, “respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda”.

Por otro lado, respecto de medidas adoptadas por las autoridades administrativas que no corresponden específicamente a la declaratoria de estado de excepción constitucional, existen numerosos recursos y acciones judiciales, entre los cuales destaca la acción constitucional de protección regulada en el artículo 20 de la constitución, que procede frente a acciones u omisiones, de cualquier autoridad o persona, que lesionen alguno de los derechos fundamentales enunciados en dicho precepto. Este arbitrio jurisdiccional ha sido utilizado para cuestionar medidas del nivel central, así como también decisiones de las municipalidades.

Finalmente, respecto de las decisiones adoptadas por el nivel local, de conformidad con el artículo 98 de la Constitución, a la Contraloría General de la República le corresponde el control de legalidad de los actos de

43 En esta línea, véase la Sentencia de la Corte Suprema, Rol número 39.504-2020, de 15 de mayo del año en curso, que no corresponde pronunciarse sobre las decisiones de la autoridad en ejecución de la política sanitaria, ya que ello es potestad del Poder Ejecutivo, más aún en el contexto de un estado de excepción constitucional (considerandos segundo y tercero). En la misma línea, véase la Sentencia de la Corte Suprema Rol número 43.768-2020, de 14 de mayo de 2020.

44 Ríos, “Los estados de excepción constitucionales”.

la administración, lo que incluye a las municipalidades y los gobiernos regionales. La Contraloría es un órgano de rango constitucional que, si bien pertenece a la administración del Estado, tiene plena autonomía para el ejercicio de sus funciones. Ejerce básicamente dos tipos de control: uno preventivo de constitucionalidad y legalidad, mediante la toma de razón de actos de la administración, si bien solo ciertos actos administrativos están sometidos a este control. Por otro lado, ejerce una suerte de control indirecto, mediante la potestad dictaminadora que le permite fijar la interpretación de las normas de derecho público aplicables al ámbito de la administración del Estado, incluyendo la administración central y la descentralizada.

En el marco de esta última función, se han producido siete casos en los cuales la Contraloría ha debido pronunciarse con respecto al ejercicio de competencias de autoridades subnacionales, particularmente alcaldes y alcaldesas, en el marco de la pandemia, que se reseñan a continuación:

- a. Dictamen No. 6.785, de 24 de marzo de 2020. Este dictamen tiene su origen en diversas denuncias en contra de medidas adoptadas por ciertos alcaldes, que implicarían restricciones a derechos fundamentales. En lo fundamental, sostiene que “compete a las autoridades expresamente habilitadas por la carta fundamental adoptar medidas que afecten derechos constitucionales en el estado de excepción de catástrofe”, y que ello no estaría dentro de la órbita de competencias expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico a las municipalidades. Las restricciones de derechos fundamentales solo corresponde decretarlas al presidente de la república y a los jefes de la Defensa Nacional, en el marco de la crisis sanitaria, a fin de resguardar el principio de unidad de acción. Además, se trata de uno de los pocos dictámenes de la Contraloría en que se hace una referencia explícita al principio de coordinación en materia de la actuación administrativa, ya que este límite a las actuaciones existe sin perjuicio “de la colaboración que corresponda prestar a los municipios en el respectivo ámbito local y de la coordinación que debe existir entre los distintos órganos de la Administración del Estado”. Las únicas excepciones que reconoce la entidad

de control serían en lo relativo a fijar el horario de funcionamiento de los establecimientos de expendios de bebidas alcohólicas y la administración de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna. Esto es importante en relación con las ordenanzas mencionadas en el apartado anterior, varias de las cuales, como se señaló, fijaron multas y sanciones por incumplimiento de las regulaciones allí establecidas.

- b. Dictamen No. 8.113, de 20 de abril de 2020. Mediante esta declaración de juicio, el órgano contralor, a partir de una solicitud del Ministerio de Salud, sostuvo que la información de salud relativa a los pacientes que hayan sido diagnosticados con covid-19 constituye un dato sensible, al cual no pueden tener acceso los terceros que no estén directamente relacionados con la atención de salud de la persona, salvo las propias excepciones que contempla la ley de derechos y deberes de los pacientes. Luego, las municipalidades o sus respectivos alcaldes no están autorizados para recibir esta información.
- c. Dictamen No. 8.998, de 13 de mayo de 2020. Se trata del dictamen relativo al decreto mediante el cual se modifica el Decreto Supremo No. 104, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe. La Contraloría hace presente que las instrucciones que pueden impartir los jefes de la Defensa Nacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7, núm. 5, de la ley orgánica constitucional de los estados de excepción constitucional, no pueden, en ningún caso, alterar las funciones y atribuciones que el legislador ha radicado en los órganos de la administración del Estado, pues lo contrario implicaría invadir la reserva legal. Lo anterior resulta también aplicable evidentemente a las funciones y atribuciones de los órganos subnacionales.
- d. Dictamen No. 9.080, de 14 de mayo de 2020. Se trata del parecer del órgano contralor en relación con el Decreto Supremo No. 201, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que impartió instrucciones a los jefes de la Defensa Nacional en lo relativo a

eventuales funciones de policía de funcionarios municipales, en el contexto del estado de catástrofe vigente. Sin embargo, a poco andar dicho decreto fue retirado de la Contraloría, y luego se ingresó el 13 de mayo el Decreto Supremo No. 103, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que modificó el decreto que declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe, en el sentido de precisar que las instrucciones que pueden impartir los jefes de la Defensa Nacional a los funcionarios de los órganos del Estado –incluidas las municipalidades– se refieren a la adecuada implementación de las medidas sanitarias adoptadas. Se acogieron de esa forma los alcances formulados previamente por la entidad de control, en el sentido de no alterar las funciones y atribuciones que el legislador ha radicado en los órganos de la administración del Estado, pues lo contrario implicaría invadir la reserva legal; por tanto, se concluye que no se ha tomado razón de acto alguno que implique entregar funciones de policía a los cuerpos de seguridad ciudadana de las municipalidades.

- e. Dictamen No. 8.935, de 4 de junio de 2020. Se origina en un requerimiento del prosecretario de la Cámara de Diputados, en orden a precisar las facultades de los alcaldes para ordenar la apertura o cierre de centros comerciales y fiscalizar el cumplimiento de las medidas sanitarias adoptadas por el brote de covid-19. En este sentido, la entidad de control precisó que, no obstante las facultades conferidas en el artículo 4 letras *b* e *i* de la LOCM, “el ordenamiento jurídico no ha dotado a las autoridades municipales de competencias que les permitan ordenar la apertura o cierre de centros comerciales”. A su vez, a partir de lo preceptuado en el Decreto con Fuerza de Ley No. 1, de 2005, del Ministerio de Salud, corresponde a dicha secretaría de Estado y a las respectivas Seremi velar por el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria en materia sanitaria, lo que se habría reforzado con el Decreto No. 4, de 2020, del Ministerio de Salud, que declaró la alerta sanitaria.

- f. Dictamen No. 21.309, de 23 de julio de 2020. Este dictamen de la Contraloría versa sobre las atribuciones del intendente regional para disponer de los vehículos y funcionarios de los servicios públicos sujetos a su fiscalización, particularmente de otros servicios públicos no sometidos a la jerarquía del intendente regional, como serían las municipalidades. En particular, analiza los artículos 12, 15 y 20 del Decreto con Fuerza de Ley No. 22, de 1959, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto de la Ley Orgánica del Servicio de Gobierno Interior, otorgándole al intendente facultades extraordinarias en casos de calamidades para requerir a los jefes de servicio la atención inmediata necesaria para proveer tales emergencias. Se concluye que es posible requerir el uso de vehículos pertenecientes a otros servicios públicos en las excepcionales circunstancias contempladas en la preceptiva citada. Este dictamen revela una vez más la centralización del manejo de las emergencias, aun respecto de instituciones autónomas como son las municipalidades.
- g. Dictamen No. 25.002, de 5 de agosto de 2020. La Contraloría se pronunció a partir de un requerimiento de la Asociación Chilena de Municipalidades, en orden a aclarar un dictamen anterior relativo a la realización de sesiones de Concejos Municipales vía remota, en el marco de la pandemia. Al respecto, concluyó que compete al concejo municipal respectivo verificar la factibilidad técnica de que sus integrantes puedan conectarse de forma remota y que se pueda convocar oportunamente a las sesiones, resultando indiferente la plataforma tecnológica que se utilice para ello, en la medida en que ofrezca estándares mínimos de seguridad a juicio del municipio. Esta conclusión también sería válida para los Consejos Comunales de Seguridad Pública, atendida la situación de emergencia sanitaria.

Respecto del control de constitucionalidad o legalidad generado por instancias jurisdiccionales, y a pesar de que no se relaciona con la cuestión de la descentralización, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional que rechazó un requerimiento de un grupo de senadores que buscaba declarar inconstitucional el proyecto de ley de indulto general

presentado por mensaje presidencial. En el contexto de la pandemia, esta iniciativa buscaba descongestionar las cárceles, permitiendo a reclusos hombres mayores de 60 años y a mujeres mayores de 55, con enfermedades basales o condenados por delitos de bajo nivel de peligrosidad, poder cumplir lo que les quedara de condena con arresto domiciliario, con excepción de aquellos condenados por delitos de lesa humanidad, violación, narcotráfico, homicidio y violencia de género. Frente a este fallo, un grupo de senadores acusó discriminación respecto de aquellos condenados por delitos vinculados a violaciones de los derechos humanos durante la dictadura de Augusto Pinochet, requerimiento que fue rechazado por el Tribunal Constitucional.⁴⁵

En materia judicial, y a pesar de no guardar estricta relación con el tema de esta investigación, cabe considerar las sentencias rol 62.735-2020, de la Corte Suprema, y rol 69.880, de la misma sede jurisdiccional,⁴⁶ que también versaron sobre cuestionamientos a medidas adoptadas durante la pandemia, pero que no conciernen a cuestiones de coordinación multinivel o a relaciones entre el gobierno central y las autoridades subnacionales. No obstante, son acciones de protección relevantes, por cuanto se cuestionan las acciones u omisiones adoptadas por la autoridad central relativas a la respuesta a la pandemia y sus consecuencias.

3. Conclusiones y lecciones aprendidas

Como se ha mostrado en este trabajo, si bien las autoridades subnacionales han desplegado una significativa actividad para hacer frente a los efectos

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 8574-20, de 31 de marzo de 2020. En una medida menos relacionada con el contenido de este artículo, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional, en control preventivo obligatorio de constitucionalidad, que declaró conforme a la Constitución un artículo del proyecto de ley que regula la facultad del Banco Central para comprar y vender en el mercado secundario abierto instrumentos de deuda emitidos por el Fisco, en circunstancias excepcionales, a partir del contexto de la política monetaria en el marco de la pandemia en el mundo. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 9133-20, de 1 de septiembre de 2020.

⁴⁶ Para una versión íntegra de estas sentencias, véase <https://www1.doe.cl/covid-19.php#jurisprudenciaJ>

de la pandemia en sus territorios, particularmente las alcaldesas y alcaldes, esto no ha ido acompañado de modificaciones jurídicas, ni tampoco en las prácticas, que generen mecanismos o instituciones que incorporen el nivel subnacional en el proceso de toma de decisiones. Este asunto, particularmente complejo en situaciones de crisis, da cuenta de una falta de coordinación de las medidas que toman los distintos niveles de gobierno y de la administración del Estado, frente a situaciones que afectan a los territorios de manera diferenciada. En pocas palabras, ni la constitución ni la ley dan cuenta de la realidad actual en materia de la necesaria articulación y coordinación de las competencias de los distintos niveles de gobierno y de la administración: nacional, regional y local.

En materia de propuestas, se debería crear una instancia de coordinación del gobierno nacional con los gobiernos regionales. Por ejemplo, en España (y también en Alemania y Australia, entre otros) existen las conferencias de presidentes de las comunidades autónomas (nuestros gobernadores regionales), en las que estos concurren con el presidente del gobierno español (nuestro presidente de la república, que luego baja las instrucciones a través de los delegados presidenciales) para coordinar distintas cuestiones de interés de las partes.

Queda por ver si las eventuales estrategias e instituciones de coordinación producirán mejores resultados para enfrentar o, al menos, abordar las emergencias o catástrofes que afecten a Chile. De hecho, de cara a las futuras situaciones de emergencia o crisis que inevitablemente se presentarán, cabe preguntarse por las instituciones, mecanismos y procedimientos para la adecuada realización del principio de coordinación a nivel de la organización territorial del gobierno y la administración del Estado en Chile. A su vez, cabe interrogarse acerca de los mecanismos o instituciones de los que disponen las autoridades subnacionales, sobre todo las municipalidades, que gozan de autonomía constitucional, para defenderse de las eventuales medidas intrusivas desproporcionadas en sus competencias por parte del gobierno central, aun en el marco de la declaratoria de un estado de excepción constitucional.

Finalmente, cabe destacar que en octubre del año 2020 la ciudadanía aprobó, por abrumadora mayoría, la idea de elaborar una nueva constitución mediante plebiscito nacional constitucional. A partir de aquello, se formulan algunas propuestas de cara al debate constituyente, en relación con el tema de la coordinación multinivel y sus impactos en la gestión de emergencias, a partir de los aprendizajes de la pandemia. En primer lugar, *avanzar hacia una efectiva y coordinada descentralización política, administrativa y financiera a nivel regional*. El proceso democratizador debe buscar un arreglo institucional que conjugue adecuadamente gradualidad en la implementación, selectividad de competencias en el territorio y entrega de recursos e instalación de capacidades, para que este mayor poder regional se traduzca en mejoras significativas para el desarrollo regional y local. No obstante lo anterior, en el marco del debate sobre una nueva constitución en Chile, se debieran habilitar y establecer las bases de un efectivo proceso de descentralización política, administrativa y financiera a nivel regional, en el marco del Estado unitario. Lo que caracteriza esta alternativa es que conserva la idea de un Estado unitario, pero, a la par, asegura una efectiva descentralización política por medio de la elección directa de las autoridades regionales, las que –por lo mismo– dejan de ser dependientes del presidente de la república. Junto con ello, y para garantizar una efectiva autonomía de los gobiernos regionales, se propone que la constitución, recogiendo esta fórmula, establezca en su texto no solo los principios rectores de esta forma de descentralización política y administrativa para promover una política de generación y promoción de capacidades locales, sino además una transferencia gradual de competencias desde las autoridades centrales sectoriales al gobierno regional, junto con asegurar una fuente de financiamiento estable mediante la aprobación de una Ley de Rentas Regionales.

En segundo lugar, tener presente la necesaria *gradualidad y flexibilidad en el proceso de reformas*. Lo anterior, dada la necesidad de fortalecer las capacidades regionales para abordar el traspaso de competencias y recursos financieros, y de reconocer la heterogeneidad de realidades territoriales, esto es, la diversidad en las realidades de las regiones y las desigualdades

que ello genera. En segundo lugar, también resulta importante disponer ciertos mecanismos de resolución de los conflictos o controversias sobre las competencias que se pueden generar entre el gobierno central y las autoridades regionales, en vista de la ampliación, clarificación y eventual traspaso de ciertas competencias a los gobiernos regionales. Existirían dos grupos de mecanismos para manejar una controversia o conflicto entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos regionales. Por un lado, se encuentran los mecanismos preventivos de conflicto, que son, en su mayoría, tipos de convenios, contratos o resoluciones de coordinación entre ambas entidades territoriales para prevenir futuros conflictos, así también para coordinar el actuar y delimitar funciones. Por otra parte, en cuanto a los mecanismos resolutivos de contiendas de competencias, en el caso chileno, el debate acerca de cuál de estos mecanismos es más conveniente debe estar circunscrito al modelo de Estado y al reconocimiento expreso o no en la constitución de competencias de los gobiernos regionales en relación con el nivel central.

Bibliografía

Cea, José Luis. *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*. Valdivia: Universidad Austral de Chile, 1999.

Claps Gallo, Domingo. "Bases institucionales de los Gobiernos Regionales". En *Universidades y Gobiernos Regionales: Planificación, estrategias y desarrollos coordinados*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1997.

Covilla, Juan Carlos. "Orden público, jerarquía y coordinación entre niveles de gobierno". En *Seis perspectivas del derecho público en tiempos del covid-19*, coord. J. C. Covilla. Colombia: Tirant Tech, 2020.

Cordero Vega, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 2 ed. Santiago: Legal Publishing, 2015.

El Día. "Alcalde de Coquimbo pide al Gobierno suspensión inmediata de las clases en la región". 15 de marzo de 2020. <http://www.diarioeldia.cl/region/alcalde-coquimbo-pide-gobierno-suspension-inmediata-clases-en-region>

El Día. "Alcaldes de la región piden cierre de ciudades, pero Intendenta desestima la medida". 18 de marzo de 2020. <http://www.diarioeldia.cl/region/alcaldes-region-piden-cierre-ciudades-pero-intendenta-desestima-medida>

- El Día.* "Alcaldes de la región de Coquimbo y Colegio Médico exigen cuarentena total". 21 de marzo de 2020. <http://www.diarioeldia.cl/region/alcaldes-region-coquimbo-colegio-medico-exigen-cuarentena-total>
- El Día.* "Alcalde de La Serena exige cuarentena total en la región tras aumento de casos". 15 de mayo de 2020. <http://www.diarioeldia.cl/region/alcalde-serena-exige-cuarentena-total-en-region-tras-aumento-casos>
- El Día.* "Alcaldes de la conurbación se reunirán con la intendenta tras aumento de casos covid-19". 26 de julio de 2020. <http://www.diarioeldia.cl/region/alcaldes-conurbacion-se-reuniran-con-intendenta-tras-aumento-casos-covid-19>
- El Illapelino.* "Alcalde de Illapel impulsó creación de mesa provincial para combatir al coronavirus". 7 de abril de 2020. <https://elillapelino.cl/2020/04/07/alcalde-de-illapel-impulso-creacion-de-mesa-provincial-para-combatir-al-coronavirus/>
- El Mostrador.* "El liderazgo de los alcaldes: más municipalidades decretan estado de emergencia comunal ante el coronavirus". 17 de marzo de 2020. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/03/17/el-liderazgo-de-los-alcaldes-mas-municipalidades-decretan-estado-de-emergencia-comunal-ante-el-coronavirus/>
- El Mostrador.* "Alcaldes aumentan presión y exigen cuarentena total nacional por crisis sanitaria del COVID-19". 20 de marzo de 2020. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/03/20/alcaldes-aumentan-presion-y-exigen-cuarentena-total-nacional-por-crisis-sanitaria-del-covid-19/>
- El Mostrador.* "Indignación en Valparaíso: autoridades claman por cuarentena regional ante negativa de Mañalich y tres alcaldes se suman a los contagiados". 27 de mayo de 2020. <https://www.elmostrador.cl/dia/2020/05/27/indignacion-en-valparaiso-autoridades-claman-por-cuarentena-regional-ante-negativa-de-manalich-y-tres-alcaldes-se-suman-a-los-contagiados/>
- El Mostrador.* "Ordenanza municipal que obliga al uso de mascarillas en Las Condes comenzará a regir el viernes: multas serán de hasta \$50 mil". 15 de abril de 2020. <https://www.elmostrador.cl/dia/2020/04/15/ordenanza-municipal-que-obliga-al-uso-de-mascarillas-en-las-condes-comenzara-a-regir-el-viernes-multas-seran-de-hasta-50-mil/>
- El Mostrador.* "Otra vez Mañalich en picada contra los alcaldes: ministro asegura que cuando piden cuarentenas totales 'no saben del daño que están hablando'". 15 de abril de 2020. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/04/15/otra-vez-manalich-en-picada-contra-los-alcaldes-minis->

[tro-asegura-que-cuando-piden-cuarentenas-totales-no-saben-del-da-no-que-están-hablando/](#)

El Mostrador. "Sigue gallito de alcaldes con Mañalich: ediles de todo el país aseguran que 'queremos ayudar pero hermetismo del Minsal lo impide'". 16 de abril de 2020. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/04/16/sigue-gallito-de-alcaldes-con-manalich-ediles-de-todo-el-pais-aseguran-que-queremos-ayudar-pero-hermetismo-del-minsal-lo-impide/>

El Mostrador. "Alcaldes critican levantamiento de cuarentenas y cordones sanitarios en comunas con casos de covid-19". 23 de abril de 2020. <https://www.elmostrador.cl/tv/2020/04/23/alcaldes-critican-levantamiento-de-cuarentenas-y-cordones-sanitarios-en-comunas-con-casos-de-covid-19/>

El Mostrador. "Del 'ninguneo' de Mañalich al nuevo estilo de París: ministro da potente señal al sumar a alcaldes al balance diario del covid-19". 15 de junio de 2020. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/06/15/del-ninguneo-de-manalich-al-nuevo-estilo-de-paris-ministro-de-salud-da-potente-senal-al-incorporar-a-alcaldes-al-balance-diario-del-covid-19/>

El Mostrador. "Ministro Paris reconoce que alcalde Alessandri 'tiene razón' respecto al desconfinamiento en Santiago y adelanta que estudiará su situación el domingo". 31 de julio de 2020. <https://www.elmostrador.cl/dia/2020/07/31/ministro-paris-reconoce-que-alcaldes-alessandri-tiene-razon-respecto-al-desconfinamiento-en-santiago-y-adelanta-que-estudiar-su-situacion-el-domingo/>

Fernández Richard, José. "La administración del Estado y las municipalidades en Chile". *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* VII, núm. 32 (2013): 148-160.

Ferrada, Juan Carlos. "El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado". *Revista de Derecho* X (diciembre 1999).

Hernández, Luis. "La descentralización en el ordenamiento constitucional chileno". *Revista Chilena de Derecho* 20, t. II (1993).

La Tercera. "Alcaldes opinan sobre como lograr una ciudad coordinada en Estado de Catástrofe". 20 de marzo de 2020. <https://www.latercera.com/pulso/noticia/alcaldes-opinan-sobre-como-lograr-una-ciudad-coordinada-en-estado-de-catastrofe/VXCMJRCHFBE2VOIAZPXCV07QNQ/>

Méndez-Royo, Daniela y diego Molina-Conzue, "Chile", en *A Human Rights and Rule of Law Assessment of Legislative and Regulatory Responses to the Covid-19 Pandemic across 27 Jurisdictions*. Bonavero Reports 7. Oxford

University, Bonavero Institute of Human Rights, 2020, 113-127. https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/bonavero_report_7_2020.pdf

Montecinos, Egon y Esteban Szmulewicz. "Gobernadores regionales y delegados presidenciales: zonas de conflicto y espacios de colaboración". En *Desarrollo territorial colaborativo. Descentralizando poder, competencias y recursos*, eds. Heinrich von Baer y Nicolás Bravo. Temuco: Universidad de la Frontera y Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

Muñoz, Francisco y Esteban Szmulewicz. "Covid-19 y sus impactos en Chile: respuestas desde las políticas públicas del turismo". En *Legal Impacts of COVID-19 in the Travel, Tourism and Hospitality Industry*, ed. Carlos Torres. Estoril: ESTHE. En prensa.

Nogueira, Humberto y Francisco Cumplido. *Instituciones políticas y teoría constitucional*. Talca: Universidad de Talca, 2001.

Palma, Eduardo. "Política de descentralización en Chile: Hacia una nueva etapa". *Asuntos Públicos*, Informe No. 317, 2003. www.asuntospublicos.cl

Perroud, Thomas y Emma Guernaoui. "France's Health Crisis is a Democracy Crisis, Too". *The Regulatory Review*, Opinion/International, 21 de abril de 2020. <https://www.theregreview.org/2020/04/21/perroud-guernaoui-frances-health-crisis-democracy-crisis/>

Ríos, Lautaro. "Los estados de excepción constitucionales en una perspectiva humanista". En *La Constitución reformada de 2005*, coord. Humberto Nogueira. Santiago: Librotecnia, 2006.

Rubano, Mariela. "Estados de excepción constitucional en Chile". *Revista de Derecho Público* 24, núm. 48 (2015): 139-146.

Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. T. 10. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Silva Cimma, Enrique. *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

Soto, Pablo. "La resurrección de la policía sanitaria municipal durante la pandemia de covid-19. Una cuestión de densidad legal en clave histórico-normativa". En *Derecho público en tiempos de Covid 19. Implicancias jurídico-públicas de una pandemia*, eds. Ferrada, Méndez y Rojas. Santiago: Tirant lo Blanch. En prensa.

Szmulewicz, Esteban. "Problemas de coordinación entre niveles de gobierno: perspectivas a partir de los impactos del Covid-19". En *Derecho público en*

tiempos de Covid 19. Implicancias jurídico-públicas de una pandemia, eds. Ferrada, Méndez y Rojas. Santiago: Tirant lo Blanch.

Verdugo Marinkovic, Mario, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá. *Derecho constitucional*. T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994.

Legislación y jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 8574-20, de 31 de marzo de 2020. <https://www.tribunalconstitucional.cl/expedientes?rol=8574-20>

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 9133-20, de 1 de septiembre de 2020. <https://www.tribunalconstitucional.cl/expedientes?rol=9133-20>

Corte Suprema. Sentencia Rol 62.735-2020, de 21 de septiembre de 2020. <https://www1.doe.cl/covid19/JJ/20200929319001.pdf>

Corte Suprema. Sentencia Rol 69.880, de 18 de agosto de 2020. <https://www1.doe.cl/covid19/JJ/20200819319002.pdf>

Jurisprudencia administrativa

Contraloría General de la República. Dictamen No. 6.785, de 24 de marzo de 2020. <https://www1.doe.cl/covid19/JA/20200424319009.pdf>

Contraloría General de la República. Dictamen No. 8.113, de 20 de abril de 2020. <https://www1.doe.cl/covid19/JA/20200424319006.pdf>

Contraloría General de la República. Dictamen No. 8.998, de 13 de mayo de 2020. <https://www1.doe.cl/covid19/JA/20200519319001.pdf>

Contraloría General de la República. Dictamen No. 9.080, de 14 de mayo de 2020. <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/009080N20/html>

Contraloría General de la República. Dictamen No. 8.935, de 4 de junio de 2020. <https://www1.doe.cl/covid19/normativa/20200606319001.pdf>

Contraloría General de la República. Dictamen No. 21.309, de 23 de julio de 2020. <https://www1.doe.cl/covid19/JA/20200731319009.pdf>

Contraloría General de la República. Dictamen No. 25.002, de 5 de agosto de 2020. <https://www1.doe.cl/covid19/JA/20200814319002.pdf>

Esquema híbrido de relaciones intergubernamentales para responder a la pandemia en Colombia

Juan Carlos Covilla Martínez (Colombia)*

Pablo Sanabria-Pulido (Colombia)**

RESUMEN: Colombia se define como una república unitaria descentralizada. Un modelo *sui generis* en el contexto regional, en la medida en que mezcla elementos federalistas con centralistas. La implementación del marco de ordenamiento territorial proveniente de la Constitución política de 1991, articulado por principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, así como la normativa posterior, han configurado un particular equilibrio en las relaciones intergubernamentales y aparentemente ha definido con claridad roles, competencias y funciones. Dicho modelo se ha puesto a prueba en el contexto de la pandemia ocasionada por el virus Sars-CoV-2, donde las tensiones emergentes, como suele suceder frecuentemente en el caso colombiano, evocaron un modelo federal que permitiera mayor autonomía a las autoridades subnacionales. No obstante, la coordinación de la respuesta y el rápido ajuste en las relaciones dejan ver que, al menos funcionalmente, el esquema unitario descentralizado parece permitir los beneficios de coordinación y convergencia del centralismo, a la vez que facilita la respuesta local contingente y ajustada a las necesidades y el apoyo del gobierno nacional a las regiones con menor capacidad institucional.

PALABRAS CLAVE: Federalismo, descentralización, relaciones intergubernamentales.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (España). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. juan.covilla@uexternado.edu.co

** Ph.D. en Administración y Políticas Públicas de la American University en Washington DC. Profesor asociado de la Escuela de Gobierno de la Universidad de los Andes (Colombia) y profesor afiliado de la División de Administración Pública del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), en México. psanabri@uniandes.edu.co

El objetivo de este capítulo es analizar el contexto de las relaciones intergubernamentales y las medidas administrativas adoptadas en Colombia para atender y controlar la expansión del virus Sars-CoV-2. El caso colombiano muestra cómo se utilizaron una serie de medidas que permitieron una adecuada coherencia, no sin tensiones, de los diversos niveles de gobierno y una mezcla de medidas administrativas ordinarias y legislativas propias de un estado de excepción que llevaron a adoptar medidas tanto prestacionales como organizativas y hasta limitadoras de derechos fundamentales. Para lograr el objetivo, en primer lugar, se hará una breve descripción del esquema de relaciones intergubernamentales en Colombia, donde se identifica la evolución y el desarrollo histórico de la descentralización, el contexto de gobernanza multinivel y las relaciones entre las instancias de gobierno en Colombia. En segundo lugar, se revisarán las medidas adoptadas para enfrentar la pandemia y se revisarán las decisiones ordinarias y propias de estados de excepción que sirvieron para enfrentar tanto la enfermedad covid-19 como la reducción del contagio del virus. Asimismo, se explican los mecanismos de control judicial de estas medidas.

1. Esquema de relaciones intergubernamentales en Colombia

Las tres últimas décadas han presenciado los cambios más importantes en el esquema de arreglo institucional de las relaciones internacionales y la gobernanza multinivel en Colombia, especialmente a partir de la Constitución de 1991. Un proceso que remonta sus orígenes a los años sesenta cuando, en un contexto amplio de reformas, surge un mayor interés por los temas regionales y se empiezan a explorar en detalle las formas de relación entre los niveles de gobierno nacional y subnacional en el país. Luego del plebiscito de 1957, que constituye uno de los momentos claves de reformas estructurales de la administración pública colombiana, se inicia una serie de reformas legales y constitucionales que de alguna forma apuntan a mejorar la presencia estatal, en un país con más territorio que Estado, y que se formulan probablemente buscando responder a las necesidades de las regiones y de sus grupos políticos y élites locales, que empiezan a demandar mayor autonomía.

Así, los años finales de la década del sesenta evidencian una serie de reformas estructurales constitucionales orientadas a alterar el esquema jerárquico y centralizado característico de la administración pública colombiana desde la Constitución de 1886, particularmente en lo que toca al ordenamiento territorial y a su efecto sobre las relaciones intergubernamentales. Estas medidas, como lo plantean Leyva *et al.*,¹ si bien siguieron la trayectoria de dependencia del sendero de centralización que había caracterizado buena parte de las medidas constitucionales y el marco normativo colombiano hasta el momento, iniciaron lo que años después constituirá el modelo descentralizador colombiano.

Y es en los años ochenta cuando aparecen con mayor contundencia reformas que buscan reducir los altos niveles de centralismo. Particularmente en 1983, cuando se expide la Ley 14 que propone un nuevo ordenamiento de las finanzas públicas territoriales y, posteriormente, en 1986, cuando se da una reforma estructural que busca precisamente reorganizar los departamentos (nivel intermedio de gobierno) y municipios y sus roles y competencias, y se empieza a abrir la puerta a una mayor descentralización.² Como consecuencia de dicha reforma surge la elección popular de alcaldes (mandatarios municipales) en 1988, que rompe una estructura piramidal y centralizada, por la cual, hasta ese momento, la presidencia de la república nombraba a los gobernadores (mandatarios departamentales) y estos a su vez nombraban a los alcaldes municipales, quienes tenían periodos particularmente cortos de gestión. Concretamente, el gobierno de Virgilio Barco (1986-1990) fue muy activo en proponer importantes cambios estructurales en las relaciones intergubernamentales en el país y sentó las bases para un modelo descentralizador que se consolidará en los años posteriores.

1 Santiago Leyva, Pablo Sanabria-Pulido, Enrique Rodríguez-Caporalli, "Metropolitan governance and policy analysis in Colombia", en *Policy Analysis in Colombia* (Bristol: Policy Press - Bristol University Press, 2020), 113-134.

2 Pablo Sanabria-Pulido, "Las capacidades institucionales de los municipios colombianos", en Eduardo Grin, Ady Carrera-Hernández y Fernando Abrucio, *Capacidades estatales en gobiernos locales iberoamericanos. Actualidad, brechas y perspectivas* (Sao Paulo: FGV - Fundação Getulio Vargas, 2020).

Las orientaciones de la presidencia de Barco dieron paso a los grandes cambios en la Constitución de 1991, mediante los cuales se consolidó la elección popular de gobernadores y alcaldes y se planteó un ordenamiento unitario descentralizado. Sus planteamientos no solo definieron un nuevo esquema de relacionamiento, sino que permitieron que los gobiernos subnacionales, particularmente los municipios, se erigieran como el centro de la administración pública colombiana, especialmente en lo que concierne a la implementación de la política social en salud, educación y saneamiento básico. Este fue solo el inicio de un proceso que culmina en la Constitución política de 1991 con una mayor transferencia de competencias hacia el nivel municipal en Colombia como parte de un fuerte énfasis en la descentralización.

Los años siguientes a la expedición de la Constitución de 1991 trajeron consigo el reto de poner en marcha la implementación de dicha Carta, lo cual tuvo efectos tanto en el número de nuevas administraciones públicas creadas, como en los mayores gastos del sector público, particularmente por los incrementos en la presencia y número de organizaciones públicas en los niveles subnacionales. El déficit fiscal, aunado a la crisis económica de 1999, llevó a grandes reformas en la década del 2000 que, con un enfoque principalmente fiscalista, afectarían tanto las finanzas públicas territoriales como el alcance, rol y autonomía de los entes subnacionales (municipios y departamentos). Como principales acciones se destacan la reforma a los esquemas de financiamiento nacional/subnacional, la definición de nuevas categorizaciones presupuestales de municipios y departamentos, unos mecanismos de saneamiento fiscal territorial para hacer frente a la crisis financiera de múltiples entes territoriales y exigencias acerca de recortes en el gasto por parte de las unidades subnacionales. Además, la Ley 617 de 2000 define nuevas condiciones para crear municipios y regulaciones a los gastos de los entes territoriales y sus gobernantes. Algunos autores incluso han ilustrado un proceso de recentralización en el caso colombiano.³

3 Julián Lopez, *Recentralization and its causes: Colombia, 1994-2014* (Ph.D. Dissertation, Department of Politics and International Relations, Oxford University, 2017).

Los no tan positivos resultados en temas de finanzas públicas territoriales posteriores a la entrada en vigencia de los nuevos arreglos en las relaciones intergubernamentales determinaron un enfoque que ha sido evidente en las reformas a los temas territoriales en Colombia, un fuerte enfoque técnico centralista y, si se quiere, paternalista hacia las regiones colombianas. Buena parte de las determinaciones se enfocaron en asegurar la estabilidad de las finanzas públicas, un objetivo a todas luces razonable, pero muchas veces a costa de la mejora de las propias relaciones intergubernamentales y de la profundización de los procesos de descentralización.

Sin embargo, en 2011 empieza a surgir un nuevo enfoque que le da ímpetu a la descentralización y la regionalización en Colombia. Con la expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) se redefinen los roles y niveles de interacción y concurrencia entre la nación, los departamentos y los municipios y se plantean nuevas competencias, claves para las autoridades locales, particularmente en temas de regulación y ordenamiento territorial, algo que ya se había desarrollado con la Ley 388 de 1997, pero que la ley busca dinamizar. También empiezan a aparecer, con la ley de áreas metropolitanas (Ley 1625 de 2013) y la de regiones (Ley 1962 de 2019), nuevas posibilidades de asociatividad interjurisdiccional para los entes territoriales, que han entrado con fuerza a crear nuevas capas en el esquema de gobernanza multinivel colombiano. En el contexto colombiano, históricamente asociatividad y descentralización han parecido apuntar en direcciones no siempre convergentes,⁴ de modo que el estado actual de la gobernanza multinivel refleja un rico y cambiante entramado de opciones orientadas a reestructurar y dinamizar las relaciones intergubernamentales en Colombia. Esta etapa se ha visto acompañada de un giro en la jurisprudencia constitucional que ha favorecido la descentralización en los asuntos en los que la autonomía entraba en tensión con la cláusula de un Estado unitario, como se pudo ver con el auto A-383 de 2010 de la Corte Constitucional que eliminaba la obsoleta idea de la pirámide unitaria en la

4 Leyva *et al.*, "Metropolitan governance".

organización territorial colombiana, para hablar de niveles de gobierno y competencias asumidas.⁵

A pesar de todos los procesos anteriores, no han sido pocos los llamados de diferentes gobernantes y actores departamentales y municipales que reclaman mayor autonomía frente al gobierno nacional y que plantean la necesidad de profundizar la descentralización y avanzar más rápidamente hacia un modelo federal, el cual ha aparecido históricamente como una potencial solución de política pública frecuente para Colombia. Todo ello, sin mayor conocimiento del *status quo* ni de las implicaciones o efectos no intencionados de la federalización, y, peor aún, sin tener claro cuál es el problema de política pública concreto que se quiere solucionar. Estas demandas aparecieron nuevamente como parte de las tensiones intergubernamentales en la atención a la pandemia, como veremos más adelante.

La vigente Constitución política de 1991 (CP) establece en su artículo 1 que Colombia “es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales”. Las entidades territoriales son los gobiernos territoriales que, en complemento con la nación, componen el Estado. Las entidades territoriales actuales son los municipios y departamentos y, a partir de la Ley 1962 de 2019, existe la posibilidad a futuro de constituir otra capa dentro de la gobernanza multinivel: las regiones y, con la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, fuera de la división oficial del territorio, otros esquemas asociativos territoriales.

De esta manera, se observa que, en el caso colombiano, se está frente a un sistema político-administrativo híbrido, que no es estrictamente federal, pero tampoco estrictamente centralista, el cual ha sido definido por la doctrina mediante la fórmula “centralización política y descentralización administrativa”.⁶ Dicho arreglo refleja un reto histórico casi permanente que

5 Paula Robledo Silva, Héctor Santaella Quintero, Juan Carlos Covilla Martínez (eds.), “Presentación”, en *Derecho de las entidades territoriales* (Bogotá: Universidad Externado, 2018), 15-18.

6 Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, t. I (Bogotá: Temis, 2017), 196.

ha caracterizado las relaciones intergubernamentales colombianas: cómo superar las dinámicas que potencian el centralismo sin perder el orden y la convergencia, y cómo ser capaz de reconocer la diversidad y autonomía regional sin desconocer la heterogeneidad en capacidad institucional a nivel subnacional.

Siguiendo los anteriores conceptos, Colombia, al ser una república unitaria, cuenta con una sola Constitución política, un cuerpo legislativo único de carácter nacional, denominado Congreso de la República (arts. 132 y 288 CP) y un ejecutivo nacional con fuertes competencias políticas y administrativas (art. 189 CP),⁷ mientras que la cláusula de descentralización supone la transferencia de la titularidad y ejercicio de competencias, inicialmente radicadas en el gobierno central, hacia las entidades territoriales.⁸ Sin embargo, este concepto no se limita a la distribución de competencias administrativas, sino que, por mandato de la Constitución, se otorga una verdadera autonomía a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, lo que se traduce en gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponden, tanto en decisiones administrativas de ejecución de alcaldes y gobernadores como en decisiones administrativas normativas de carácter reglamentario por parte de asambleas departamentales y concejos municipales. Además, las entidades territoriales tienen la competencia para administrar los recursos, establecer los tributos necesarios en cumplimiento de sus funciones y, finalmente, participar en las rentas nacionales (art. 287 CP).

La Constitución política establece en su artículo 287 que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley. Al respecto, es necesario hacer notar dos puntos. En primer lugar, el artículo 296 constitucional establece

7 La Corte Constitucional resalta como característica del Estado unitario que cuenta con la existencia de “competencias centralizadas para la formulación de decisiones políticas que tengan vigencia para todo el territorio nacional”. Corte Constitucional, Sentencia SU-095 de 11 de octubre de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

8 Colombia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 24 de agosto de 1994, Rad. 8183. M.P. Dolly Pedraza de Arenas.

que, para la conservación del orden público, los actos del presidente se aplicarán de manera inmediata y preferente por encima de los de los gobernadores y los de estos sobre los de los alcaldes. En segundo lugar, la descentralización administrativa otorga al poder central la posibilidad de hacer uso de controles administrativos. En este marco, Colombia sigue cercana a los planteamientos de un control de tutela,⁹ entendido este como cualquier mecanismo¹⁰ a través del cual se pueda ver limitada la autonomía de entidades descentralizadas y entidades territoriales, cuyo objetivo es garantizar que las decisiones controladas sean armónicas con el sector central.

A su vez, en buena parte de las entidades territoriales colombianas se encuentran dificultades debido a su falta de financiación y deficiente capacidad administrativa e institucional. Esto exige que se deba acudir bien al principio de subsidiariedad o a la colaboración del orden departamental o nacional para la atención de sus propios asuntos. Por esto, si bien las entidades territoriales cuentan con la autonomía establecida en la Constitución y las competencias otorgadas por ley, en ocasiones la descentralización no se ve concretada, debido a la incapacidad del municipio de tomar o ejecutar sus propias decisiones.

2. Medidas tomadas en tiempos de pandemia

2.1. Declaratoria de estado de emergencia

Para atender la pandemia ocasionada por el virus Sars-CoV-2 en Colombia se instauró un estado de excepción denominado estado de emergencia económica, social y ecológica. Este estado se puede decretar “cuando sobrevengan hechos [...] que perturben o amenacen perturbar en forma

9 Artículos 103 a 105 de la Ley 489 de 1998.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-727 de 21 de junio de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Establece que este control se puede manifestar de diferentes formas, por ejemplo, como “la capacidad nominadora de los cargos directivos de la entidad descentralizada, la presencia de representantes de este poder en los órganos directivos del ente funcionalmente descentralizado, la operancia del recurso de apelación por la vía gubernativa, el mecanismo del veto mediante la exigencia del voto favorable de la autoridad central, o los demás que el legislador en su libertad configurativa determine o se establezcan en los estatutos de las respectivas entidades”.

grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública” (art. 215 CP). En el marco del estado de emergencia, el presidente queda facultado para dictar decretos legislativos (decretos con fuerza de ley) con la firma de todos los ministros, a condición de que tengan por finalidad conjurar la crisis económica, social y ecológica e impedir la extensión de sus efectos.¹¹

Según la Constitución política durante un año calendario se puede decretar el estado de emergencia por un máximo de 90 días. Inicialmente, mediante Decreto 417 de 17 de marzo de 2020 se estableció por 30 días el estado de emergencia. Posteriormente, mediante Decreto 637 de 6 de mayo de 2020 se extendió la emergencia por 30 días más. En el marco del estado de emergencia se dictaron 115 decretos legislativos para hacer frente a la pandemia. Las medidas más relevantes fueron:

1. En el *sector hacienda y crédito público* se tomaron 42 medidas, las más relevantes de ellas dirigidas a: 1) la exención del impuesto al valor agregado (IVA) a ciertos bienes para promover su consumo, como aquellos para atención médica¹² (gafas, guantes y mascarillas) e insumos indispensables para la prestación de servicios médicos de pacientes con covid-19,¹³ como nebulizadores, ventiladores, monitores de signos vitales, entre otros; y 2) a aumentar la autonomía de las entidades territoriales para reorientar las rentas locales de destinación específica a la atención de la emergencia causada por el virus.¹⁴

11 Corte Constitucional, Sentencia C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido. Un desarrollo mayor de estas medidas se encuentra en Juan Carlos Covilla Martínez y Héctor David Rojas Villamil, “Legitimidad y coordinación de las decisiones de la administración pública durante emergencias”, en Jaime Villacreces (coord.), *Derecho administrativo para las emergencias* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020): 223-224.

12 Decreto legislativo 551 de 15 de abril de 2020.

13 Decreto legislativo 438 de 19 de marzo de 2020.

14 Decretos legislativos 461 de 22 de marzo de 2020 y 678 de 20 de mayo de 2020 (“Medidas para la gestión tributaria, financiera y presupuestal de las entidades territoriales (1) Autoriza a gobernadores y alcaldes para reorientar rentas de destinación específica y modificar el presupuesto hasta el 31/12/21; (2) faculta a dichas autoridades para realizar las adiciones, modificaciones, traslados y demás opera-

2. En el *sector transporte* se profirieron cinco decretos, donde la medida más importante fue la creación del Centro de Transporte y Logística,¹⁵ como entidad adscrita al Ministerio de Transporte “para adoptar y expedir regulaciones sobre cooperación y coordinación en el sector transporte”.
3. En el *sector vivienda, ciudad y territorio* se profirieron cinco decretos legislativos con medidas dirigidas al servicio público de acueducto, como ordenar “la reinstalación y/o reconexión inmediata del servicio de acueducto a los usuarios suspendidos y/o cortados”¹⁶ y medidas que ordenan a municipios y distritos asegurar de manera efectiva el acceso al agua potable, incluso a través de medios alternos de aprovisionamientos. Asimismo, en este sector se reguló el contrato de arrendamiento, donde se legisló para suspender, “hasta el 30 de junio de 2020, la orden o ejecución de cualquier acción de desalojo dispuesta por autoridad judicial o administrativa que tenga como fin la restitución de inmuebles ocupados por arrendatarios”.
4. En el *sector comercio, industria y turismo* se profirieron siete decretos para favorecer el acceso de los hogares más vulnerables a los productos de la canasta básica, medicamentos y dispositivos médicos mediante la asignación a diferentes entidades, como al Ministerio de Salud y Protección Social, de fijar un nuevo listado y precios de productos de primera necesidad.¹⁷ Además, se consagró un nuevo régimen de insolvencia transitorio¹⁸ y medidas transitorias en el arrendamiento de locales comerciales,¹⁹ como una regulación especial en materia de terminación unilateral del contrato de arrendamiento de local comercial.

ciones presupuestales para atender la ejecución de los recursos necesarios para atender la emergencia del Decreto 637 de 2020”).

15 Decreto legislativo 482 de 26 de marzo de 2020.

16 Decreto legislativo 441 de 20 de marzo de 2020.

17 Decreto legislativo 507 de 1 de abril de 2020.

18 Decretos legislativos 560 de 15 de abril de 2020 y 772 de 3 de junio de 2020.

19 Decreto legislativo 797 de 4 de junio de 2020.

5. En el *sector justicia y derecho* se profirieron 11 decretos, con medidas dirigidas a garantizar el derecho de acceso a la justicia mediante el uso de las tecnologías de la información (TIC).²⁰ Para los funcionarios de la rama judicial se declaró como regla general el trabajo en casa²¹ y para los que acceden a este servicio público de justicia se estableció como regla general la totalidad de trámites por vía virtual, por ejemplo, la notificación²² o el expediente electrónico,²³ además de poder realizar las audiencias virtualmente.²⁴
6. En el *sector tecnologías de la información* se profirieron siete decretos cuya medida principal la consagra el Decreto Legislativo 464 del 23 de marzo de 2020 que declara como “servicios públicos esenciales los de telecomunicaciones, incluidos los de radiodifusión sonora, televisión y postales, por lo que su prestación no se puede suspender durante el estado de emergencia”. Acá también se buscó garantizar los derechos a la salud y la alimentación, al disponer “que las empresas de comercio electrónico deberán dar prioridad al envío de productos y servicios de alimentación, salud, aseo, alimentos y medicinas para mascotas, así como terminales que permitan acceso a las comunicaciones”.
7. En el *sector educación nacional* se profirieron seis decretos que consagran medidas dirigidas en un primer momento a modificar “el marco legal del Programa de Alimentación Escolar con el fin de garantizar el derecho fundamental de educación de los menores en el país”;²⁵ en el entendido de que la alimentación del menor sea ahora en su hogar. Otras medidas relevantes se tomaron para facilitar créditos con el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex) y poder financiar los estudios²⁶

20 Decretos legislativos 491 de 28 de marzo de 2020 y 806 de 4 de junio de 2020.

21 Decreto legislativo 491 de 28 de marzo de 2020.

22 Decreto legislativo 491 de 28 de marzo de 2020.

23 Decretos legislativos 491 de 28 de marzo de 2020 y 806 de 4 de junio de 2020.

24 Decreto legislativo 806 de 4 de junio de 2020.

25 Decreto legislativo 470 de 24 de marzo de 2020.

26 Decreto legislativo 467 de 23 de marzo de 2020.

y para exonerar de la “presentación del Examen de Estado como requisito para el ingreso a los programas de pregrado de educación superior”.²⁷ Además de crear el Fondo Solidario para la Educación y adoptar acciones para mitigar la deserción en el sector educativo provocada por el contagio del Sars-CoV-2,²⁸ como el “auxilio económico para el pago de la matrícula de los jóvenes en condición de vulnerabilidad en instituciones de educación superior pública”.

8. En el *sector salud* se profirieron ocho decretos, dentro de los cuales se encuentran medidas relevantes, como la adopción de mecanismos que faciliten la importación o fabricación de dispositivos médicos, equipos biomédicos, geles antibacteriales, entre otros, por lo que se “decreta el otorgamiento de facultades a Ministerio de Salud para flexibilizar requisitos de entrada de productos necesarios para la atención de la emergencia”.²⁹
9. En el *sector trabajo* se profirieron diez decretos, encaminados principalmente a proteger el empleo y, llegada la situación, al cesante. El empleo se protegió principalmente mediante la medida encaminada a la disminución del preaviso de vacaciones anticipadas de 15 días a un día,³⁰ con la idea de que el trabajador no prestara el servicio por estar en vacaciones. Al cesante se lo protegió con la autorización a retirar cada mes de su cuenta de cesantías el monto que le permitiera compensar dicha reducción con el fin de mantener su ingreso constante. A ambos grupos se los protegió mediante la creación de fondos, programas y auxilios para solventar la crisis, como el Programa de Apoyo para el Pago de la Prima de Servicios PAP,³¹ el Programa de Auxilio a

27 Decreto legislativo 532 de 8 de abril de 2020.

28 Decreto legislativo 662 de 14 de mayo de 2020.

29 Decreto legislativo 476 de 25 de marzo de 2020: “De igual modo, exceptúa de los requisitos de apostille y consularización de los documentos requeridos para los trámites de otorgamiento de registros sanitarios, permisos de comercialización y otros, en relación con bienes para atender la emergencia”.

30 Decreto legislativo 488 de 27 de marzo de 2020.

31 Decreto legislativo 770 de 3 de junio de 2020.

los Trabajadores en Suspensión Contractual, el Auxilio Económico a la Población Cesante,³² el Programa de Apoyo para el Pago de la Prima de Servicios - PAP para el Sector Agropecuario,³³ y también se realizaron transferencias a ciertos grupos de la población, como “la transferencia económica no condicionada para los Adultos Mayores que se encuentran registrados en la lista de priorización del Programa Colombia Mayor”.³⁴

10. En el *sector agricultura y desarrollo rural* se promulgaron dos decretos con los que principalmente se buscó establecer incentivos económicos para los trabajadores y productores del campo, y se expedieron otras medidas³⁵ para garantizar el permanente funcionamiento del sistema de abastecimiento de productos agropecuarios y seguridad alimentaria en todo el territorio nacional, dentro del estado de emergencia.³⁶

Como se observa, las medidas adoptadas en el marco del estado de emergencia fueron principalmente prestacionales, en el sentido de que ellas buscaban proteger al ciudadano de las consecuencias que se producían por el contagio del virus, así como medidas tributarias, laborales y comerciales por la cesación de actividades como consecuencia de la pandemia.

La producción normativa durante esta época fue superlativa. No solo se utilizaron los decretos legislativos, sino decretos reglamentarios –que se revisarán en la siguiente sección– y otros instrumentos jurídicos, como circulares o acuerdos para regular las materias, además de las propias de las entidades territoriales.

Si bien algunas de las decisiones las pudo haber adoptado el Congreso de la república, con el trámite normal de ley, lo cierto es que la decisión

32 Decreto legislativo 801 de 4 de junio de 2020.

33 Decreto legislativo 803 de 4 de junio de 2020.

34 Decreto legislativo 553 de 15 de abril de 2020.

35 Por ejemplo: “Habilita a Ministerio de Agricultura a generar un incentivo económico a los trabajadores y productores del campo mayores de 70 años aislados obligatoriamente y que no estén cubiertos por algún beneficio del Gobierno nacional”. Decreto legislativo 486 de 27 de marzo de 2020.

36 Decreto legislativo 486 de 27 de marzo de 2020.

de esta corporación de no sesionar durante los momentos más críticos del confinamiento llevó a que estas medidas fueran necesarias, aunque, en todo caso, buena parte de esas decisiones pudieron haberse adoptado a través del debate democrático del Congreso y, con ello, haberles garantizado mayor legitimidad.

2.2. Respuesta a través de leyes y decretos ordinarios

Las medidas que se acaban de mencionar en el marco del estado de emergencia se complementaron con dos tipos de respuestas a través de un ordenamiento jurídico ordinario, es decir, de decretos reglamentarios que puede expedir el presidente de la república de acuerdo con la competencia general que este tiene para desarrollar la ley, y por leyes ordinarias, es decir, aquellas adoptadas por el parlamento (Congreso de la república) sin requerir un trámite especial y para regular los aspectos establecidos en la Constitución política. Se hará referencia a la declaratoria de emergencia sanitaria, las medidas de orden público en todo el territorio y las leyes ordinarias.

En primer lugar, se decretó el estado de emergencia sanitaria. Esta medida no se puede confundir con un estado de emergencia económica, social y ecológica. La diferencia más importante de esta institución jurídica es que los decretos proferidos en el marco del estado de emergencia sanitaria no son decretos con fuerza de ley, sino decretos reglamentarios ordinarios. Las medidas adoptadas a través del estado de emergencia sanitaria buscaban implementar el aislamiento preventivo y la cuarentena. Mediante la Resolución 385 del 12 de marzo del 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, inicialmente se dictaron medidas sanitarias, como suspender los eventos con aforo de más de 500 personas.

En segundo lugar, en el ámbito de policía administrativa ordinaria, se dictaron medidas para ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes del territorio nacional (Decreto 418 de 18 de marzo de 2020). Con ello se buscaba articular las decisiones adoptadas por los distintos niveles territoriales: nación, departamentos y municipios, y reaccionar a las diversas soluciones implementadas por los niveles territoriales, como toques de queda en municipios o cierre de fronteras entre

departamentos. De esta manera se buscó, y se logró, unificar las medidas de los distintos niveles de gobierno, por ser preferentes las del nivel nacional, y, sin establecer un procedimiento concreto a nivel legal, se pudo exigir coordinación en las medidas que adoptarían los niveles municipal y departamental. Esto, como veremos más adelante, muestra una de las potencialidades claras del modelo híbrido colombiano.

En tercer lugar, la ley ordinaria no fue un instrumento determinante para la atención de la pandemia. El Congreso de la república continuó con el debate y aprobación de leyes que seguían el trámite habitual, salvo algunos casos muy concretos, como las leyes 2050, 2052 y 2060 de 2020, que se refieren a seguridad vial, racionalización de trámites administrativos y el programa de apoyo para la prima de servicios, que de alguna manera suponían un apoyo a la atención de las medidas.

2.3. Nivel de restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales

En primer lugar, desde el orden nacional se dictó el Decreto 418 que estableció el tipo de medidas restrictivas que se podían adoptar por parte de los gobiernos territoriales, quienes, a su vez, debían coordinar con el gobierno nacional cuando decidían concretar las medidas.

En Colombia hubo una restricción importante de derechos fundamentales, como el de la libre circulación (art. 24 CP), que se vio limitada por el aislamiento preventivo obligatorio implementado desde el 25 de marzo hasta el 31 de agosto, es decir, por un poco más de cinco meses. Durante este tiempo se permitió que determinados sectores económicos pudieran ejecutar sus labores y que las personas pudieran realizar actividades de primera necesidad, pero la regla general fue la prohibición de la movilidad. En primera instancia, esta medida fue aceptada, debido a las dificultades del sistema de salud colombiano para atender un alto contagio del virus; sin embargo, en no pocas ocasiones fue cuestionado el mantenimiento del confinamiento estricto en todo el territorio nacional, sin que tuviera un fundamento constitucional definido.³⁷

37 Rodrigo Uprimny, "La cuarentena constitucional", *El Espectador*, Opinión, 19 de abril de 2020.

Ahora bien, como mecanismo de protección de la economía, a medida que avanzaba el confinamiento se adoptaron medidas para abrir sectores económicos exigiendo que se siguieran los protocolos de bioseguridad. Esto contrastó con las medidas que se iban adoptando respecto del resto de la población, a quienes se les exigía un confinamiento estricto, que incluso no permitía salidas a hacer deporte al aire libre, prácticas que no aumentaban el contagio, como en su momento se había demostrado.

Poco a poco se flexibilizaron las medidas mencionadas, hasta llegar en septiembre a una apertura generalizada de los sectores económicos y las actividades de la ciudadanía, exigiendo medidas de bioseguridad establecidas en términos generales por el gobierno nacional y complementadas en lo que correspondía por los gobiernos locales.

Fruto de la adopción del aislamiento preventivo obligatorio, se produjo una limitación de otros derechos fundamentales, tales como el derecho al trabajo (art. 25 CP), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP) y a la libertad de conciencia (art. 18 CP). El trabajo se vio limitado debido a la imposibilidad de los trabajadores de acudir a puestos de trabajo, mientras no se daba la apertura del sector económico correspondiente. El libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia se vieron limitados debido a que las personas que entendían que las medidas de limitación de movilidad no eran las adecuadas para prevenir el contagio o querían exponerse a un posible contagio, se vieron afectadas, al no poder moverse durante el tiempo de limitaciones estrictas de la movilidad.

Como se verá a continuación, la limitación del ejercicio de derechos fundamentales en el territorio colombiano tuvo varias etapas. En primer lugar, antes de la adopción del Decreto 418 de 2020 de 18 de marzo, cada nivel de gobierno adoptó medidas de restricción de libertades, con toques de queda en ciudades como Cartagena de Indias, simulacro de confinamiento en Bogotá y cierre de fronteras en departamentos como Boyacá.

Con posterioridad al 18 de marzo y con la unificación de criterios por parte del gobierno nacional, hubo una limitación de los derechos fundamentales mencionados arriba con criterio general, lo que fue modificado a partir de la apertura de sectores que se identificaban como prioritarios. El tiempo

que duró esta limitación de los niveles de gobierno, las decisiones debían ser adoptadas por cada entidad territorial con la coordinación del nivel nacional.

A partir del 1 de septiembre, con fundamento en el Decreto 1168 de 2020, se estableció un mecanismo de libertad de movilidad generalizada y la suspensión de determinadas actividades, que impactan el ejercicio de derechos fundamentales circunscritas a eventos públicos, bares y consumo de bebidas embriagantes, si bien esta última medida fue modificada posteriormente. A partir de esta norma la limitación continuó en aquellos lugares de alto contagio.

Con esta nueva estrategia para enfrentar la pandemia, se dio una diferenciación en las limitaciones de movilidad en los distintos niveles territoriales. En particular, en grandes ciudades, como Bogotá, se adoptaron medidas para reducir contagios de manera sectorizada por localidades –división territorial de esta ciudad– o fórmulas como “pico y cédula” que permitían la movilidad de grupos de personas por el número de identificación.

2.4. Distribución de competencias durante la atención de la pandemia

La emergencia producida por el covid-19 trajo consigo una cierta descoordinación inicial evidente entre los diferentes niveles de gobierno en Colombia.³⁸ Mientras las autoridades nacionales inicialmente se tomaron algún tiempo para expedir normativas de emergencia para enfrentar la pandemia y regular en detalle las potenciales decisiones de actores y gobiernos subnacionales, estos últimos empezaron a actuar mucho más rápidamente en la toma de medidas. Una crisis global que, en últimas, se resolvió con su implementación por parte de los gobiernos locales. Particularmente, estos fueron muy activos y expeditos en decisiones relacionadas con el aislamiento, la libre movilidad de personas, la definición de toques de queda, incluso el bloqueo de entradas a varios de los municipios y departamentos, o el uso de tapabocas y otras medidas. En ese orden de ideas, el esquema

38 Presidencia de la República, “Presidente Duque invitó a los alcaldes y gobernadores del país a trabajar unidos para proteger la vida y la salud de los colombianos”, Min-Tic, 14 de marzo de 2020.

unitario descentralizado de alguna forma reflejó cierta ambigüedad en las competencias y roles iniciales frente a la crisis.

No obstante, por el carácter unitario descentralizado, la entrada en acción del nivel nacional de gobierno trajo consigo una cierta organización y coordinación de las decisiones a nivel nacional.³⁹ En ese contexto, el particular esquema de competencias colombiano, que plantea cierta horizontalidad/complementariedad en temas sustantivos de política pública (formulación en el nivel nacional e implementación en el nivel local), parecía propiciar alguna anarquía inicial en las medidas, pero fue tomando rumbo lentamente en respuesta a la coordinación del nivel nacional de las principales medidas orientadas a responder a la crisis del ocasionada por el virus Sars-CoV-2,⁴⁰ particularmente evidente en el rol de articulación y organización de la respuesta nacional con las subnacionales por parte del Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Salud.

La descoordinación inicial y la multiplicidad de medidas de los gobiernos subnacionales no son sorprendentes, teniendo en cuenta el nivel de autonomía con el que cuentan los municipios en diferentes temas de política pública de acuerdo con la Constitución colombiana de 1991, la cual dejó a los municipios, particularmente, como ganadores en competencias y roles en el esquema de relaciones intergubernamentales colombianas. En el ordenamiento territorial colombiano, con su esquema normativo, si bien dichos temas responden a agendas nacionales, pasan en su operación necesariamente por las autoridades subnacionales, especialmente por las municipales. La aparición de la pandemia apenas dos meses después de la posesión de los nuevos alcaldes probablemente propició respuestas apuntando en múltiples direcciones.⁴¹ Esta situación, y la menor rapidez

39 *Semana*, "Con decreto, Gobierno tumba medidas tomadas por los alcaldes para enfrentar el coronavirus", 18 de marzo de 2020.

40 Édgar E. Ramírez de la Cruz, Eduardo José Grin, Pablo Sanabria-Pulido, Daniel Cravacuore y Arturo Orellana, "The transactions costs of the government's response to the Covid-19 in Latin America", *Public Administration Review* 80, núm. 4 (2020): 683-695.

41 *Semana*, "¿Qué pasará con las medidas que tomaron alcaldes y gobernadores?", 18 de marzo de 2020.

del gobierno nacional, introdujo una divergencia evidente entre los tres niveles de gobierno colombianos.

No obstante, los meses posteriores al inicio de la pandemia evidenciaron una rápida reconfiguración y recálculo de poderes y competencias entre los diferentes niveles de gobierno. En general, el gobierno nacional pudo en buena medida armonizar sus relaciones con los niveles subnacionales. La coordinación, la concurrencia y la subsidiariedad, como principios constitucionales de las relaciones intergubernamentales en el esquema de ordenamiento territorial colombiano, parecen haber funcionado y haber generado coordinación y convergencia en la respuesta al problema de política pública desde una perspectiva de gobernanza multinivel. No obstante, en un contexto de divergencias políticas entre los niveles de gobierno, era altamente probable observar choques y tensiones entre algunas de las capas de la estructura de las relaciones intergubernamentales.

2.5. Coordinación entre el nivel central y el subnacional

Ante la eventual confusión y discrecionalidad que se evidenciaba, con una multiplicidad de definiciones, restricciones, prohibiciones, sanciones y demás medidas tomadas por las autoridades de muchos de los más de mil cien municipios colombianos, en el marco del estado de emergencia, el gobierno nacional opta por definir una amplia normativa sobre temas múltiples que van desde facilidades para la contratación y la toma de decisiones hasta definiciones generales de restricciones y demás. Más importante, tal como se explicó previamente, expidió el Decreto 418 de 2020 en el que de alguna forma recordaba lo definido constitucionalmente en lo relativo a que las determinaciones del nivel nacional eran superiores en jerarquía a las definiciones de los niveles subnacionales (departamental y municipal).

En este contexto, el nivel nacional articuló todo un marco normativo orientado a facilitar la preeminencia de sus mandatos y la coordinación y concurrencia en las relaciones intergubernamentales. El desarrollo posterior mostró de alguna forma las bondades del modelo colombiano de república unitaria descentralizada, en la medida en que la mayor parte de los gobiernos subnacionales se acogieron rápidamente a las definiciones y

determinaciones del nivel nacional, como muestran Bello-Gómez y Sanabria-Pulido.⁴² Los desarrollos posteriores mostraron ciertos episodios mediatizados de tensión intergubernamental, pero la mayoría de los casos se resolvieron rápida y ciertamente siguiendo un nivel de convergencia alto entre los gobiernos nacionales y subnacionales.

No obstante, las tensiones aparecieron inicialmente, y de forma repetitiva, entre el gobierno nacional y el gobierno del Distrito Capital de Bogotá. Diferentes determinaciones de la presidencia generaron reacciones de las autoridades de la ciudad capital. Las tensiones evidenciaban cierta descoordinación, particularmente en temas relacionados con acceso y movilidad, por ejemplo, frente a la operación del aeropuerto internacional El Dorado, el principal del país, que responde a determinaciones nacionales, pero sirve al Distrito Capital y es uno de los de mayor movilización de pasajeros y carga de América Latina. Varias de esas tensiones en las relaciones entre los dos niveles de gobierno escalaron hasta los medios de comunicación, pero posteriores acercamientos facilitaron una mejor armonización y disminución en las tensiones, al menos en lo visible, entre la presidencia de Colombia y la alcaldía de Bogotá,⁴³ hasta que posteriormente las tensiones se hicieron menos evidentes y se dio una cierta distribución de competencias. Los gobiernos locales, encargados de su implementación, siguieron los lineamientos del gobierno nacional, mientras este se concentró en su definición.⁴⁴ El relativamente rápido ajuste del esquema de relaciones intergubernamentales arroja una conclusión clave acerca de la singularidad del caso colombiano, el cual, sin ubicarse en uno de los dos extremos del espectro centralismo-federalismo, parece eventualmente recoger aspectos positivos de ambos modelos.

42 Ricardo Bello-Gómez y Pablo Sanabria-Pulido, "The costs and benefits of duality: Colombia's decentralization and the response to the Covid-19 pandemic", *Brazilian Journal of Public Administration* (2020).

43 Santiago Torrado, "La alcaldesa de Bogotá marca el paso de la respuesta a la pandemia en Colombia", *El País*, 30 de abril de 2020.

44 *Portafolio*, "Este es el decreto que define los lineamientos de la nueva realidad", 18 de agosto de 2020.

2.6. Implicaciones financieras y de gasto público

La pandemia trajo consigo un número importante de determinaciones del nivel nacional que permitieron a los entes territoriales y sus gobiernos administrar el gasto de forma más directa y expedita frente a la emergencia. El sistema colombiano funciona principalmente por transferencias del nivel central a los niveles territoriales a través del sistema general de participaciones y del sistema general de regalías. Si bien los gobiernos territoriales tienen cierta autonomía para determinar el gasto, buena parte de las definiciones acerca de las destinaciones de gasto vienen predeterminadas desde el nivel nacional.

Los entes territoriales más grandes cuentan con más opciones y contribuyentes, lo que les permite gozar de mayor autonomía en la generación de ingresos, particularmente tributarios, pero también de otras fuentes. Los departamentos y municipios con mayor capacidad institucional son a la vez los de mayor población y ello les había garantizado hasta ahora mantener relativamente estables sus ingresos corrientes. Por su parte, los departamentos y municipios más pequeños tienden a depender más de las transferencias del nivel nacional y a ser menos activos en el número y características de las fuentes de financiación. Este fenómeno es sopesado en Colombia a través de métricas como el esfuerzo fiscal, cuyos indicadores muestran que precisamente esas regiones más desarrolladas y con mayor población tienen mayor capacidad para generar recursos propios y, por ende, mayor autonomía en sus ingresos, lo cual hasta antes de la pandemia aparecía como un estado ideal.

No obstante, la pandemia empieza de alguna forma a revertir dicha independencia de las regiones con mayores ingresos corrientes propios. La inminente recesión de la economía colombiana, al tener dos trimestres seguidos con crecimientos negativos en el PIB,⁴⁵ muestra cómo el aparato productivo y económico empieza a reflejar los efectos de la pandemia, el aislamiento y las medidas tomadas para reducir el contagio (cierre de empresas, restaurantes, actividades artísticas, culturales, turísticas, etc.) como

45 *Dinero*, "¿Colombia entró en recesión económica?", 18 de noviembre de 2020.

lo muestra el Observatorio de la Región Bogotá-Cundinamarca de la Cámara de Comercio de Bogotá.⁴⁶ En dicho contexto, la contracción en la demanda agregada, especialmente por la caída del consumo en hogares y empresas, generará una contracción en los ingresos tributarios, que muy probablemente afectará en mayor medida a empresas medianas y pequeñas, cuya presencia frecuentemente se da en las zonas y ciudades con más grandes mercados internos.⁴⁷

En ese contexto, la desaceleración de la actividad económica, el aumento rápido de la población desempleada y el cierre paulatino de empresas contribuirán a una reducción esperada de los ingresos corrientes de los entes territoriales. Es posible que dicha disminución en esas fuentes de ingresos afecte de forma más tangible a los entes territoriales más grandes, con mayores fuentes de ingresos y mayor capacidad institucional. En este contexto, surge una potencial paradoja: los departamentos y municipios más pequeños y con menor capacidad institucional, cuyos ingresos dependen en mayor medida de las transferencias del nivel central (nacional), probablemente estén mejor protegidos frente a la caída de ingresos de la contracción económica.

Un estudio hecho por la Escuela de Gobierno de la Universidad de los Andes para la Asociación Colombiana de Ciudades Capitales⁴⁸ muestra los importantes riesgos que implica esta caída en los ingresos para las ciudades más grandes. Muchas de ellas quedarían más expuestas y no podrían cubrir sus gastos de funcionamiento en un escenario de alta contracción en la demanda. En ese contexto, la autonomía que ha caracterizado a los departamentos con mayor capacidad institucional probablemente sufra una reversión, pues requerirán mayor apoyo del nivel nacional, al ver sus ingresos corrientes disminuidos. La pandemia sin duda afectará el

46 Cámara de Comercio de Bogotá, Observatorio de la Región Bogotá-Cundinamarca, "Impacto del contagio de COVID-19 en el mundo".

47 Pablo Sanabria-Pulido, Érika Londoño, Olga Dulce y Nicolás Castro, *Guía para la reactivación económica y social las ciudades capitales* (Bogotá: Asociación Colombiana de Ciudades Capitales, 2020).

48 Sanabria-Pulido et al., *Guía para la reactivación económica*.

componente financiero de las relaciones de la nación con los departamentos y municipios en el caso colombiano.

2.7. Control judicial de las medidas adoptadas durante la pandemia

Tanto el control inmediato de legalidad como el control constitucional tienen fundamento normativo y fueron necesarios para hacer de contrapeso a las medidas adoptadas por los gobiernos nacional y territoriales con el fin de confrontar la pandemia. En los estados de emergencia se atribuye al gobierno nacional la facultad de proferir decretos con fuerza de ley. La Corte Constitucional es la llamada a realizar un control inmediato de constitucionalidad de los decretos legislativos proferidos, por lo que debe afirmarse que existe un control concentrado y centralizado de constitucionalidad en este órgano judicial. La revisión constitucional de las normas consiste en el análisis de fondo y forma de los decretos expedidos. Los requisitos de forma son aquellos necesarios para expedir este tipo de decretos y se encuentran en la ley estatutaria de estados de excepción. Los requisitos de fondo, por su parte, exigen confrontar la decisión adoptada con la Constitución política, la ley estatutaria y el bloque de constitucionalidad y convencionalidad.⁴⁹

Esto llevó a que la Corte Constitucional adelantara un control de constitucionalidad sobre los 115 decretos expedidos en la emergencia, 57 de los cuales fueron declarados exequibles, 51 exequibles condicionados y 7 inexecutable. Tres meses después de terminado el periodo del estado de emergencia se pudo finalizar la revisión de las medidas.⁵⁰ La sensación al final fue que el control constitucional ejercido sobre los decretos con fuerza de ley fue suficiente, al hacer el análisis durante el tiempo establecido, aunque algunas críticas se elevaron sobre el trabajo realizado en este análisis.

Para algunos, el examen llevado por la Corte Constitucional no fue incisivo, debido a que permitió importantes victorias y algunas semiderrotas del

49 Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 15 de septiembre de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

50 El análisis oficial del control judicial hecho por la Corte Constitucional se puede consultar en su portal web (<https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/estadisticas.php>).

gobierno nacional.⁵¹ La razón es que fueron admitidos varios decretos importantes, como el que autoriza el traslado de dinero de fondos de regalías y pensiones de entidades territoriales para atender la pandemia, sin consultar a los gobernantes locales. A su vez, entre las semiderrotas se encuentran decisiones sobre las cuales, si bien hubo una declaratoria de inexecutable de la Corte, los decretos lograron efectos satisfactorios en cuanto a las medidas concebidas por el gobierno. Entre ellas se encuentra la del impuesto establecido para servidores públicos. Mientras se evaluaba por la Corte Constitucional este asunto el dinero del impuesto recaudado fue utilizado.

Respecto de las semiderrotas, no todas las críticas tienen fundamento y más que referirse al control de fondo realizado por la Corte, conciernen a la dificultad que tuvo esta para revisar a tiempo las normas sin que produjeran efecto, algo muy difícil frente a una producción normativa tan amplia. Respecto a las victorias, es decir, respecto de los decretos declarados ejecutivos, se puede observar que fijan un precedente para esta corporación a la hora de atender con un rasero más flexible las medidas adoptadas en época de emergencia.

Por último, en lo que tiene que ver con el control que realiza la jurisdicción constitucional relativo a la protección de derechos fundamentales, se da a partir de la denominada acción de tutela, que consiste en un recurso de amparo para proteger de manera inmediata este tipo de derechos. El caso más sonado fue el de la “Rebelión de las canas”, promovida por mayores de 70 años con antecedentes en el mundo político y judicial, quienes lograron eliminar la restricción de movilidad que se tenía para estas personas.⁵² El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, actuando como juez de tutela de segunda instancia, argumentó que los adultos mayores de 70, “haciendo uso de su independencia y autodeterminación puedan decidir” las veces que consideren adecuado salir. Este fallo puso la atención en la limitación de derechos fundamentales que se encontró en las medidas restrictivas de

51 *La Silla Vacía*, “El examen de la Corte a los decretos de emergencia crea un polémico precedente”, 2 de noviembre de 2020.

52 Rodrigo Uprimny, “En defensa de la rebelión de las canas”, *Dejusticia*, 26 de julio de 2020.

la libertad, discusión que no había llegado a estrados judiciales. De manera oportuna, el juez de tutela llamó la atención sobre la limitación de movilidad por un periodo temporal tan amplio como se dio en Colombia.

Por otro lado, se debe hacer referencia al control inmediato de legalidad que ejerce la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, debido a que, como se explicó más arriba, buena parte de las medidas que se adoptaron de aislamiento preventivo fueron ordinarias. De esta manera, frente a ellas no se requería un control constitucional, sino un control de legalidad. Este control inmediato de legalidad es difuso y descentralizado, en la medida en que le corresponde hacerlo al Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, y a los tribunales administrativos, cuando las medidas son adoptadas por gobiernos territoriales. Respecto del control de legalidad, se deben analizar dos aspectos: en primer lugar, la temática de las medidas adoptadas y, en segundo lugar, las propias medidas, que algunos consideraron como excepcionales.

Frente al análisis de las medidas adoptadas por el Consejo de Estado, se hizo un análisis en términos generales de decretos, resoluciones y circulares (actos administrativos de carácter general, como señala el artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) que eran desarrollo del estado de excepción.⁵³ En este análisis del Consejo de Estado no se dieron decisiones definitivas significativas, ya que buena parte de los actos administrativos estudiados se referían a suspensión de términos o circulares informativas de concreción de procedimientos administrativos.

La decisión más relevante fue la adoptada mediante el auto de 15 de abril, al ampliar sus competencias de manera autónoma y afirmar que no solo conocería de los actos administrativos adoptados en desarrollo del estado de excepción, sino que evaluaría los adoptados de manera ordinaria. Sin embargo, no se encontró una decisión significativa a partir

53 Portal web del Consejo de Estado sobre el control de legalidad de las medidas administrativas adoptadas durante la pandemia (<http://www.consejodeestado.gov.co/consejo-de-estado/transparencia/controllegalidad/>).

de este estudio. Sobre el aspecto temporal, se debe resaltar que el entendimiento que se le ha dado al control inmediato de legalidad opera sobre normas expedidas en desarrollo del estado de excepción, pero no se limita temporalmente a este, a diferencia de lo que sucede con los decretos legislativos revisados por la Corte Constitucional. Por esta razón, con corte a finales de octubre, aún el Consejo de Estado se encontraba revisado las medidas adoptadas.

En segundo lugar, la jurisdicción contencioso-administrativa debió conocer de las medidas adoptadas por ordenamiento jurídico ordinario que conllevaban la limitación de derechos fundamentales. Frente a este asunto, una parte de la doctrina consideraba que se trataba de medidas que materialmente eran propias de un estado excepción, por lo que debían entenderse como decretos legislativos y, en consecuencia, ser parte de la revisión de la Corte Constitucional.⁵⁴ Sin embargo, la Corte Constitucional no se pronunció al respecto, mientras que el Consejo de Estado, en el auto de 15 de abril arriba mencionado, hizo referencia expresa a la restricción de las libertades a través de un decreto ordinario así:

... se observa que algunas de las medidas más relevantes para afrontar la crisis generada por la pandemia, como son las de confinamiento y de restricción de la libertad de locomoción, fueron adoptadas mediante los Decretos 418 del 18 de marzo de 2020, 420 de la misma fecha y 457 del 22 de marzo de 2020, los cuales se fundamentaron, no en los decretos legislativos del estado de emergencia, sino en los poderes de policía ordinarios regulados en el numeral 4 del artículo 189 y 296 de la Constitución para el presidente de la República, y en los artículos 305 y 315 para los gobernadores y alcaldes, respectivamente.

Ante esta afirmación, se esperaba un análisis del Consejo de Estado del mencionado decreto o de los siguientes que ampliaron el confinamiento; sin embargo, frente a estos no hubo un pronunciamiento de fondo. Esta perspectiva se opone a la que se dio a nivel territorial, ya

54 Julián Gaviria Mira y Esteban Hoyos Ceballos, "Cuarentena y control jurídico de los Decretos Covid-19: el debate continúa", *El Espectador*, Opinión, 27 de abril de 2020.

que los tribunales administrativos sí conocieron y decidieron de fondo respecto de medidas restrictivas de la libertad que debían coordinarse con el gobierno nacional a partir de lo exigido en el Decreto 418. De particular interés fue la expedida por el Tribunal Administrativo de Caquetá, de 8 de mayo de 2020, al señalar que se declaraba nula una medida de limitación de locomoción, ya que el municipio de San Vicente del Cauán no había demostrado haber “coordinado” con el gobierno nacional la medida a adoptar. El fallo no hace referencia al procedimiento que debía seguirse para coordinar dicha actuación, aspecto que tampoco se encontraba en el decreto y fue objeto de críticas por parte de las entidades territoriales.

En síntesis, el análisis de la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas restrictivas de las libertades tiene una lectura distinta de la excepcionalidad de este tipo de decretos frente a la doctrina arriba mencionada.

3. Análisis y conclusiones

Varios son los análisis y conclusiones que pueden darse de las medidas administrativas que se adoptaron para enfrentar la pandemia en Colombia. En particular, se deben tomar en cuenta medidas que lleven a repensar el sistema unitario colombiano con la intención de armonizar la cláusula de descentralización establecida en la Constitución Política.

El primer análisis que se debe hacer corresponde al alcance del artículo 296 de la Constitución política, norma que fue el fundamento del Decreto 418 de 2020 y que habilita al presidente de la república a tomar decisiones en materia de orden público, que prevalecen sobre las medidas que tomen los gobernadores, cuya gestión prevalece a su vez sobre la de los alcaldes. Si bien esta norma tiene un antecedente justificado en el conflicto armado que se ha dado en el país, lo cierto es que su redacción permite su uso en situaciones como la restricción importante de libertades en otros ámbitos.

La necesidad de tomar decisiones uniformes para lograr controlar la pandemia sacó a relucir la importancia de la norma, pero dejó la sensación de que en alguna otra oportunidad podría ser usada para restringir

libertades y la autonomía de las entidades territoriales, por lo indeterminado del concepto “orden público” en este contexto.⁵⁵

Un aspecto llamativo fue la necesidad de dictar el Decreto 418 de 2020. El artículo 296 constitucional contiene las pautas mencionadas de manera clara, por lo que su expedición pareció repetitiva frente a lo contenido en la norma. Lo cierto es que, en el contexto de confusión e incertidumbre respecto a las medidas adoptadas por los distintos gobiernos locales, este decreto sirvió de llamado de atención para iniciar una ruta de cohesión de las medidas que limitan las libertades.

De la mano de este análisis deben revisarse los mecanismos de coordinación establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano. Debido a que no existe la tradición de incorporar procedimientos para llevar a cabo la coordinación entre niveles de gobierno, hay un inconveniente para articular las decisiones administrativas entre sí. La atención de la pandemia dejó en evidencia esta situación. Encontrar que cada nivel de gobierno tomaba decisiones especiales y diferentes frente a la pandemia hizo imperioso acudir a mecanismos que llevaran a una atención articulada de las medidas. Sin embargo, estas fueron establecidas finalmente por el orden nacional de manera imperativa sobre el orden territorial, a cuyos entes se les exigía coordinar sus decisiones con el orden nacional. Esa coordinación, en realidad, se trató de una verificación de la concordancia de la medida con lo establecido por el orden nacional.

Una adecuada coordinación supone contar con un procedimiento establecido que permita a los interesados en una decisión conocer y participar de ella, siempre que la urgencia lo permita, para lograr la articulación. Asimismo, se debería contar con límites sustantivos que busquen evitar el desconocimiento de la autonomía de las entidades territoriales justificada en la supuesta coordinación. Esto sin desconocer, por

55 Juan Carlos Covilla, “Orden público, jerarquía y coordinación entre niveles de gobierno”, en *Seis perspectivas del Derecho público en tiempos del Covid-19* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 13-16.

supuesto, el valor de las decisiones adoptadas con importante sustento técnico-científico.⁵⁶

Una posibilidad que puede incorporarse en este procedimiento, que lleve a la coordinación de las medidas adoptadas, debería involucrar a la autoridad destinataria de la decisión para conocer su opinión sobre la medida, sin llevar a que esto suponga una codecisión. Este tipo de medidas, como se ha dicho, deben ser tomadas atendiendo a la urgencia de la decisión que se va a dictar. La pandemia, en especial, demostró que los procedimientos de coordinación deben ser diferenciados dependiendo de la urgencia.

El análisis del caso colombiano frente al manejo y gestión de la pandemia, desde el punto de vista de las relaciones intergubernamentales, muestra rasgos interesantes. El inicio de la crisis trajo una cierta anarquía inicial por la multiplicidad de medidas de los gobiernos locales, que fue seguida por un activismo del nivel nacional, con una multiplicidad de medidas y decretos orientados a crear un marco para la acción de las organizaciones del sector público en el nivel nacional, pero también y especialmente en el nivel subnacional. Dicho proceso no estuvo exento de tensiones; sin embargo, llama la atención que dichas tensiones se disiparon relativamente rápido y permitieron el alcance de los principios de subsidiariedad, concurrencia y complementariedad.

En esa medida, la crisis desatada por la pandemia en sí misma reveló aspectos particulares del modelo de gobernanza multinivel colombiano que parecen ajustarse relativamente bien. Las acciones del gobierno nacional probablemente propician una cierta planificación y coordinación desde el centro, pero a la vez, aparentemente, se ajustan rápidamente a las necesidades y urgencias de los gobiernos locales, elemento destacado como parte clave de una estrategia de respuesta de la administración pública a la pandemia.⁵⁷ Las medidas tomadas en los 115 decretos expedidos

56 Juan Carlos Covilla, "Coordinating Colombia's Pandemic Response", *The Regulatory Review*, Opinión, 3 de junio de 2020.

57 Pablo Sanabria-Pulido, "Covid-19: una prueba ácida a la capacidad de Estados, gobiernos y sociedades. Recomendaciones de gestión y políticas públicas para una respuesta integral coordinada", *Apuntes de Gestión y Políticas Públicas* 1 (2020).

durante la emergencia no solo reflejan un detallado acervo normativo característico de la administración pública colombiana, sino cierto nivel de detalle, muy pronunciado en aspectos relacionados con la gestión pública local y cierta tendencia a la recentralización.

En general, la respuesta del ordenamiento colombiano de relaciones intergubernamentales a la crisis muestra resultados interesantes que invitan a analizar en profundidad el rol de la combinación de federalismo y centralismo que ostenta su particular modelo de república unitaria descentralizada. El caso colombiano, sin ubicarse en uno de los dos extremos del espectro centralismo-federalismo, recoge aspectos clave de ambos modelos, permitiendo los beneficios de coordinación y convergencia del centralismo y facilitando a la vez la respuesta local contingente y ajustada a las necesidades, con el apoyo del gobierno nacional a las regiones con menor capacidad institucional.

Aunque el proceso de ajuste parece implicar importantes costos de transacción y costos políticos en las relaciones intergubernamentales, estos costos de coordinación, y otros detalles menos evidentes provenientes de factores políticos y/o ideológicos, no explorados en este trabajo, pueden ser variables independientes que afectan la calidad de las relaciones intergubernamentales, lo que se buscará explorar en investigación futura. Así mismo, queda la pregunta abierta sobre los potenciales efectos de una mayor autonomía subnacional en el contexto de una pandemia global. Dicha pregunta queda para ser estudiada en un futuro trabajo y plantea potencialmente una agenda para el modelo colombiano de relaciones intergubernamentales en un contexto de emergencia.

Bibliografía

Bello-Gómez, Ricardo y Pablo Sanabria-Pulido. "The costs and benefits of duality: Colombia's decentralization and the response to the Covid-19 pandemic". *Brazilian Journal of Public Administration* (2020). <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/82801>

Cámara de Comercio de Bogotá - Observatorio de la Región Bogotá-Cundinamarca. "Impacto del contagio de Covid-19 en el mundo". [Portal web]

<https://www.ccb.org.co/observatorio/Economia/Economia-dinamica-incluyente-e-innovadora/Impacto-del-COVID-19>

Covilla Martínez, Juan Carlos. "Coordinating Colombia's Pandemic Response". *The Regulatory Review*, Opinión, 3 de junio de 2020. [Portal web] <https://www.theregreview.org/2020/06/03/covilla-martinez-coordinating-colombia-pandemic-response/>

Covilla Martínez, Juan Carlos. "Orden público, jerarquía y coordinación entre niveles de gobierno". En *Seis perspectivas del derecho público en tiempos del Covid-19*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Covilla Martínez, Juan Carlos y Héctor David Rojas Villamil. "Legitimidad y coordinación de las decisiones de la administración pública durante emergencias". En Jaime Villacreces (coord.), *Derecho administrativo para las emergencias*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.

Dinero. "¿Colombia entró en recesión económica?". 18 de noviembre de 2020.

Gaviria Mira, Julián y Esteban Hoyos Ceballos. "Cuarentena y control jurídico de los decretos Covid-19: el debate continúa". *El Espectador*, Opinión, 27 de abril de 2020. <https://www.elespectador.com/opinion/cuarentena-y-control-juridico-de-los-decretos-covid-19-el-debate-continua-columna-916831/>

La Silla Vacía. "El examen de la Corte a los decretos de emergencia crea un polémico precedente". 2 de noviembre de 2020. [Portal web] <https://lasillavacia.com/examen-corte-los-decretos-emergencia-crea-polemico-precedente-79016>

Leyva, Santiago, Pablo Sanabria-Pulido, Enrique Rodríguez-Caporalli. "Metropolitan governance and policy analysis in Colombia". En *Policy analysis in Colombia*. Bristol: Policy Press - Bristol University Press, 2020.

López, Julián. *Recentralization and its causes: Colombia, 1994-2014*. Ph.D. Dissertation, Department of Politics and International Relations, Oxford University, 2017.

Portafolio. "Este es el decreto que define los lineamientos de la nueva realidad". 18 de agosto de 2020.

Presidencia de la República. "Presidente Duque invitó a los alcaldes y gobernadores del país a trabajar unidos para proteger la vida y la salud de los colombianos". MinTic, 14 de marzo de 2020. [Portal web] <https://mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/126169:Presidente-Duque-invito-a-los-alcaldes-y-gobernadores-del-pais-a-trabajar-unidos-para-proteger-la-vida-y-la-salud-de-los-colombianos>

Ramírez de la Cruz, Édgar, Eduardo José Grin, Pablo Sanabria-Pulido, Daniel Cravacuore y Arturo Orellana. "The transactions costs of the government's response to the Covid-19 in Latin America". *Public Administration Review* 80, núm. 4 (2020): 683-695.

Robledo Silva, Paula, Héctor Santaella Quintero, Juan Carlos Covilla Martínez (eds.). "Presentación". En *Derecho de las entidades territoriales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. T. I. Bogotá: Temis, 2017.

Sanabria-Pulido, Pablo. "Las capacidades institucionales de los municipios colombianos". En Eduardo Grin, Ady Carrera-Hernández y Fernando Abrucio, *Capacidades estatales en gobiernos locales iberoamericanos. Actualidad, brechas y perspectivas*. Sao Paulo: FGV - Fundação Getulio Vargas, 2020.

Sanabria-Pulido, Pablo. "Covid-19: Una prueba ácida a la capacidad de Estados, gobiernos y sociedades. Recomendaciones de gestión y políticas públicas para una respuesta integral coordinada". *Apuntes de Gestión y Políticas Públicas* 1 (2020).

Sanabria-Pulido, Pablo, Érika Londoño, Olga Dulce y Nicolás Castro. *Guía para la reactivación económica y social las ciudades capitales*. Bogotá: Asociación Colombiana de Ciudades Capitales, 2020.

Semana. "Con decreto, Gobierno tumba medidas tomadas por los alcaldes para enfrentar el coronavirus", 18 de marzo de 2020.

Semana. "¿Qué pasará con las medidas que tomaron alcaldes y gobernadores?". 18 de marzo de 2020.

Torrado, Santiago. "La alcaldesa de Bogotá marca el paso de la respuesta a la pandemia en Colombia". *El País España*, Internacional - La crisis del coronavirus, 30 de abril de 2020.

Uprimny, Rodrigo. "En defensa de la rebelión de las canas". *Dejusticia*, 26 de julio de 2020. [Portal web] <https://www.dejusticia.org/column/en-defensa-de-la-rebelion-de-las-canas/>

Uprimny, Rodrigo. "La cuarentena constitucional". *El Espectador*, Opinión, 19 de abril de 2020. <https://www.elespectador.com/opinion/la-cuarentena-constitucional-columna-915234/>

Legislación y jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 24 de agosto de 1994, Rad. 8183.

Corte Constitucional, Sentencia SU-095 de 11 de octubre de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional, Sentencia C-727 de 21 de junio de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido.

Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 15 de septiembre de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Distribución territorial del poder público y lucha contra la pandemia en España: mutaciones durante la emergencia sanitaria

Francisco Velasco Caballero (España)*

Alfonso Egea de Haro (España)**

RESUMEN: La gestión pública de la pandemia ha transcurrido por distintas fases de distribución de las competencias entre el gobierno central y los autonómicos, desde el escenario ordinario de distribución de competencias, donde la materia sanitaria corresponde a los gobiernos de las Comunidades Autónomas, a la concentración de la gestión en el gobierno central, con la declaración del primer estado de alarma, pasando por escenarios híbridos de cogobernanza entre el gobierno central y las Comunidades Autónomas, con y sin declaración del estado de alarma. La transición entre los distintos escenarios no siempre ha estado exenta de conflictos entre el gobierno central y los autonómicos por razón del distinto impacto de la pandemia entre las Comunidades Autónomas, la falta de alineamiento en las preferencias de los distintos niveles de gobierno y la instrumentalización partidista de los medios de coordinación y cooperación territorial. Los distintos escenarios que han enmarcado las relaciones entre los gobiernos central y autonómicos durante la pandemia representan la búsqueda de un equilibrio entre ambos niveles de gobierno en una evolución cambiante de la pandemia.

PALABRAS CLAVE: Estado de alarma, cogobernanza, Comunidades Autónomas, coordinación interadministrativa.

* Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid. Exletrado del Tribunal Constitucional de España. Correo: francisco.velasco@uam.es

** Profesor ayudante de Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid. Correo: alfonso.egea@uam.es

1. Distribución territorial del poder público en España

1.1. Estructura del Estado autonómico español contemporáneo

El poder público en España se articula, desde una perspectiva territorial, en *cuatro organizaciones primarias*: Estado central, Comunidades Autónomas, provincias y municipios.¹ El Estado integra a 17 Comunidades Autónomas, más dos Ciudades Autónomas: Ceuta y Melilla. En el territorio de esas Comunidades Autónomas se localizan dos tipos de entes locales básicos: 50 provincias, que a su vez agrupan a 8.130 municipios.² Este esquema básico se complementa, en los archipiélagos de las Islas Canarias y las Islas Baleares, con entidades locales singulares: las islas. Esta organización territorial del poder, tal y como se establece en la Constitución española (CE) de 1978, solo puede comprenderse plenamente como reacción y corrección de la organización del Estado dictatorial vigente en España hasta 1975.³

Tras la larga dictadura del general Francisco Franco (1939-1975), la CE trajo no solo la *democracia* sino también la *descentralización política y administrativa* del Estado. En la oposición a la dictadura habían convivido fuerzas políticas simplemente democráticas (fundamentalmente, el Partido Comunista y el Partido Socialista Obrero Español) y fuerzas políticas a la par democráticas y nacionalistas (del País Vasco y de Cataluña). Esto explica que la CE estableciera un Estado *simultáneamente democrático y descentralizado*. La descentralización constitucional del Estado se estructuró en dos niveles, con mayor o menor calado político. La Constitución, en primer lugar, autorizó –no impuso– la creación de Comunidades Autónomas y, en segundo lugar, garantizó la autonomía de ciertas entidades locales: las provincias y los municipios (art. 137).

1 Una explicación exhaustiva de la organización territorial de España, en Santiago Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, vol. III: *La organización territorial del Estado* (Madrid: Iustel, 2009).

2 Una relación precisa de todos los entes locales en España se puede encontrar en https://administracion.gob.es/pag_Home/espanaAdmon/comoSeOrganizaEstado/EntidadesLocales.html

3 En este sentido, Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997) 5 y ss.

La CE reguló *varios procedimientos* por los cuales las “regiones y nacionalidades” de España podían constituirse en Comunidades Autónomas (arts. 143 y 151). Esta diversidad de vías procedimentales reflejaba la realidad territorial y política de España: convivían regiones de fuerte identidad cultural y política (País Vasco, Cataluña y, en menor medida, Galicia) con regiones que nunca antes habían gozado de reconocimiento formal de su identidad cultural o política diferenciada. Fiel a esta diversidad regional, la CE establecía un modelo de descentralización básicamente *asimétrico*: dejaba en manos de las propias regiones la iniciativa para su constitución en Comunidades Autónomas (principio dispositivo) y permitía diversos niveles de poder o competencias de las Comunidades Autónomas que efectivamente se crearan. La CE (art. 152) preveía que cada Comunidad Autónoma se rigiera, además de por la propia Constitución, por un Estatuto de Autonomía. Ese Estatuto sería impulsado por la propia región, pero sería aprobado como ley orgánica (ley de mayoría absoluta) por el Parlamento del Estado (las “Cortes Generales”). De esta manera, a partir de 1979 las Cortes Generales aprobaron los Estatutos de las nuevas Comunidades Autónomas, que hoy son 17.⁴ En su origen, estas eran *sustancialmente diferentes en competencias* y cada una tenía las competencias atribuidas por su correspondiente Estatuto, dentro de los límites establecidos por los artículos 148 y 149 (CE). Esto es, a diferencia de lo que ocurre normalmente en los Estados federales o descentralizados, la CE no definió directamente las competencias de las Comunidades Autónomas, sino que esa tarea correspondió a cada Estatuto de Autonomía. De acuerdo con las distintas formas de creación de Comunidades Autónomas previstas en la CE (arts. 143 y 152), unas comunidades (como Madrid o Cantabria) inicialmente solo podían tener un nivel competencial bajo y de poca entidad política (las competencias están enumeradas en el art. 148 CE) mientras otras (como el País Vasco o Cataluña) podían llegar mucho más lejos, mediante la

4 Por orden de creación: País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Principado de Asturias, Cantabria, Región de Murcia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias, Navarra, Extremadura, Illes Balears, Madrid y Castilla y León.

asunción de todas las competencias no reservadas expresamente al Estado en el artículo 149.1.18 CE. Esta forma de distribución del poder, basada en listados de competencias diferenciados para cada Comunidad Autónoma, hacía pensar en un *sistema territorial fuertemente asimétrico*. La realidad, sin embargo, ha sido distinta.

1.2. Evolución de las Comunidades Autónomas

La CE establece un *modelo abierto de descentralización política*. La CE no crea directamente las Comunidades Autónomas, no define sus competencias, no regula su financiación y tampoco establece un modelo acabado de relaciones entre las posibles Comunidades Autónomas y el Estado central, ni entre las Comunidades Autónomas y las entidades locales. En consecuencia, la descentralización estatal se ha producido a través de los distintos Estatutos de Autonomía, de diversas leyes institucionales del Estado (como la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, o Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas) y de la obra jurisprudencial del Tribunal Constitucional. En especial, este tribunal ha soportado, en sus cuarenta años de existencia, la difícil tarea de resolver con argumentación jurídica la falta de definición constitucional de España.

En su evolución, el sistema territorial español ha corregido parcialmente el rumbo definido originalmente por la CE y los Estatutos de Autonomía. El sistema es actualmente *más simétrico y centralizado* de lo que, en un inicio, era previsible. En un primer momento, tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía ofrecían una clara imagen de diversidad y asimetría en las Comunidades Autónomas. No solo los procedimientos de creación de las Comunidades eran diversos (arts. 143 y 151 CE) sino que el nivel de regulación institucional y las competencias de cada Comunidad Autónoma eran también, en principio, bien diferentes. Esta asimetría, fundamentalmente competencial, fue limitándose progresivamente, de varias formas. En primer lugar, con la progresiva igualación competencial. A partir del acuerdo entre los dos grandes partidos nacionales (Partido Popular y Partido Socialista Obrero Español), se procedió a una *progresiva igualación*

competencial de todas las Comunidades Autónomas. Aquellos Estatutos que, en origen, atribuían menos competencias a las respectivas Comunidades fueron reformados varias veces (1991, 1994 y 1999), a fin de elevar las competencias autonómicas hasta prácticamente igualarlas con las de las Comunidades Autónomas que inicialmente habían asumido el máximo posible de competencias (País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía).

En segundo lugar, las asimetrías se limitaron con la interpretación uniforme de las competencias autonómicas. El Tribunal Constitucional inició, ya en los años ochenta, una *interpretación uniforme de las competencias autonómicas*.⁵ Pese a la diversidad de los Estatutos de Autonomía en diversas materias, el Tribunal Constitucional simplificó y redujo la asimetría del mapa competencial. En la regulación constitucional inicial, basada en el principio dispositivo y en la asimetría competencial, cada Comunidad Autónoma podía ostentar distintos niveles de poder o competencia respecto del Estado central. De hecho, cada Estatuto de Autonomía atribuía competencias diferenciadas a cada Comunidad. La jurisprudencia constitucional fue corrigiendo progresivamente la asimetría competencial inicial y sustituyéndola por un *sistema competencial de doble lista*, frecuentemente presente en Estados federales o descentralizados (como Alemania o Italia): competencias del Estado central *versus* competencias del conjunto de las Comunidades Autónomas, en lugar de identificar las competencias que corresponderían en exclusiva al Estado y dejar el resto a la asunción por parte de las Comunidades Autónomas con base en un principio dispositivo.

Además de la igualación competencial, el Estado también impulsó una *reducción del ámbito real de poder de las Comunidades Autónomas*.⁶ Aunque parezca paradójico, al tiempo que las reformas de los Estatutos elevaron

5 Esta interpretación uniforme es el resultado de diversas líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional como la interpretación amplia del concepto de legislación básica, cuya delimitación correspondía al legislador estatal (SSTC 32/1981; 1/1982; 32/1983; 152/1988) o las facultades de control y supervisión estatal cuando las Comunidades Autónomas tienen competencias de ejecución de la legislación estatal (SSTC 6/1982; 63/1986; 86/1989).

6 Eliseo Aja y Carles Viver Pi-Sunyer, "Valoración de 25 años de autonomía", *Revista Española de Derecho Constitucional* 23, núm. 69 (2003): 69 y ss.

las competencias de algunas Comunidades Autónomas (para equipararlas con las de mayor nivel competencial), el Estado limitó el alcance real de las competencias de todas las Comunidades Autónomas. Este proceso se realizó mediante una interpretación amplia de las competencias del Estado, normalmente consentida por el Tribunal Constitucional. En primer lugar, el Estado inició una interpretación expansiva de algunas sus competencias “básicas”. Resulta que, en numerosas materias, el artículo 149.1 CE reserva al Estado la competencia para aprobar las “bases” de una materia. Por ejemplo: bases de la contratación pública (art. 149.1.18 CE) o bases del régimen energético (art. 149.1.25 CE). En estas materias, la regulación “básica” del Estado debía ser objeto de “desarrollo” en cada Comunidad Autónoma. Pues bien, el Estado inició en los años ochenta una interpretación amplia de sus propias competencias básicas, que limitaba simultáneamente el alcance del posible desarrollo de cada Comunidad Autónoma.

Durante su evolución, el Estado autonómico español también ha desarrollado numerosas *técnicas de colaboración* que no estaban inicialmente previstas en la CE. En efecto, siguiendo el modelo del llamado “federalismo cooperativo” alemán,⁷ en España se han creado numerosos instrumentos cooperativos entre el Estado y las Comunidades Autónomas: convenios bilaterales o multilaterales y órganos mixtos en los que se integran representantes autonómicos y del Estado central.⁸ En general, estos instrumentos de cooperación mejoran la eficacia del complejo sistema competencial español, pero también provocan problemas: en primer lugar, dificultan a los ciudadanos identificar cuál es la concreta organización pública responsable de una decisión específica, lo cual limita el control democrático tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas.⁹ En segundo

7 Tania Börzel, *States and Regions in the European Union. Institutional Adaptation in Germany and Spain* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).

8 Por todos: José María Rodríguez de Santiago, *Los convenios entre administraciones públicas* (Madrid: Marcial Pons, 1997); y Silvia Díez Sastre, “La administración mixta en España”, en *La unión administrativa europea*, ed. por Francisco Velasco Caballero y Jens-Peter Schneider (Madrid: Marcial Pons, 2008), 133 y ss.

9 El actual marco normativo (art. 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) prevé la responsabilidad solidaria de las admi-

lugar, por medio de la cooperación, el Estado está presente en materias en las que carece de competencia, por ejemplo, en asistencia social a las personas dependientes o en materia de vivienda. Con frecuencia, la cooperación del Estado central consiste en subvencionar selectivamente –y con ello condicionadamente– algunas políticas autonómicas. Esta práctica ha sido objetada por el Tribunal Constitucional (STC 13/1992), pero sigue siendo ampliamente utilizada por el Estado central hasta hoy, principalmente fundamentada en la competencia estatal de garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales.¹⁰

Por último, estos mecanismos de colaboración responden más a una lógica de *competición partidista* que de integración de intereses territoriales. El predominio de la competición partidista condiciona el resultado y la estabilidad misma de la colaboración al alineamiento circunstancial de los intereses de las distintas fuerzas políticas. Se produce además la paradoja de que la lógica de competición partidista en estos mecanismos de cooperación, a veces, transforma el conflicto ideológico sobre la configuración de políticas públicas en un conflicto territorial y del modelo mismo de Estado.

nistraciones intervinientes cuando la gestión se derive de fórmulas colegiadas de actuación. En ausencia de ese instrumento regulador de la actuación colegiada, la responsabilidad se distribuye según los criterios de competencia, interés tutelado e intensidad de la actuación, y se convierte en solidaria cuando no sea posible tal determinación. Sin embargo, el recurrente debe inicialmente proceder a la identificación de cuál es la administración o administraciones competentes a las que dirigir la reclamación, con las consecuencias negativas en cuanto a la prescripción de la acción, cuando no se tramita el procedimiento ante la administración competente.

- 10** En STC 150/2013, el Tribunal Constitucional señaló que la escasa cuantía de las ayudas o el carácter supraterritorial de las mismas no podían ser criterios que por sí mismos justificaran la centralización de la gestión y tramitación de las mismas, debiendo el Estado ostentar algún título competencial genérico o específico sobre la materia y que ella sea necesaria para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute, independientemente de la residencia de los potenciales beneficiarios. Así también, en materia de asistencia social, el Tribunal Constitucional ha avalado la intervención del legislador estatal para garantizar una igualdad mínima en la regulación de las prestaciones de contenido asistencial dentro del margen que le otorga su competencia para garantizar la igualdad en el ejercicio de derechos constitucionales (SSTC 18/2016 y 36/2016).

Esta circunstancia condiciona tanto la capacidad de los órganos de colaboración de adoptar decisiones colegiadas, como la implementación de las mismas, que, en última instancia, es responsabilidad de cada gobierno autonómico en el marco ordinario de distribución de competencias.

2. Distribución ordinaria de competencias sanitarias

La sanidad, que en sentido amplio incluye también la salud pública, es una materia competencial *compartida* entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, si bien en su dimensión administrativa o ejecutiva, tanto prestacional como de intervención sanitaria ante riesgos de salud pública, corresponde casi por completo a las Comunidades.¹¹ La CE solo reserva al Estado central la competencia sobre “sanidad exterior”, “sanidad animal”, “bases y coordinación general de la sanidad” y “legislación sobre productos farmacéuticos” (art. 149.1.16 CE). Con estos límites, los distintos Estatutos de Autonomía han atribuido amplias competencias –sobre todo *ejecutivas* y *prestacionales*– a las correspondientes Comunidades.¹² A partir de sus competencias básicas y de coordinación, el Estado ha aprobado diversas leyes sobre sanidad y salud, algunas de ellas muy detalladas.¹³ Estas leyes pretenden, fundamentalmente, establecer un nivel mínimo de *igualdad* en las prestaciones sanitarias en toda España. Más allá de estas normas homogeneizadoras, cada Comunidad Autónoma cuenta con sus propias

11 Edorta Cobreros Mendazona, “Comentario al artículo 149.1.16ª de la Constitución”, *Comentarios a la Constitución Española*, vol. II, ed. por María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Las Rosas: Fundación Wolters Kluwer, 2018), 1355-1367, 1357.

12 Por ejemplo: artículo 33.1 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; artículo 27.4 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; artículo 55 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; artículo 162 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

13 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

leyes de sanidad o salud y, en lo que atañe al presente libro, corresponde a cada Comunidad Autónoma organizar y prestar los servicios sanitarios y de salud pública, así como adoptar todas las medidas generales y singulares de salud pública, en caso de epidemia.¹⁴ De esta forma, las “autoridades sanitarias” a las que con frecuencia se refieren las leyes –incluso las estatales– son los correspondientes departamentos o agencias sanitarias de cada Comunidad Autónoma. Solo de forma excepcional, en situaciones graves, también el gobierno central puede actuar como autoridad sanitaria “ejecutiva” y adoptar decisiones sanitarias en situaciones concretas.

En ejercicio de sus competencias sanitarias, y ante el contagio de enfermedades, las autoridades autonómicas (regionales) pueden adoptar múltiples medidas que afectan a la libertad individual. Así, la Ley orgánica 3/1986 autoriza a las autoridades sanitarias, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, a que acuerden cualesquiera “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” (art. 3). También la Ley 14/1986 General de Sanidad permite adoptar medidas de carácter preventivo sobre actividades públicas y privadas con el fin de evitar consecuencias negativas para la salud, incluidas la suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas y de instalaciones, entre otras. Estas medidas, por cuanto pueden afectar libertades públicas y derechos fundamentales, han de ser ratificadas por un juzgado de lo contencioso-administrativo (art. 8.6 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa) o, según la reciente reforma operada por Ley 3/2020, por los Tribunales Superiores de Justicia en cada Comunidad Autónoma, cuando las

14 El artículo 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, señala en su párrafo segundo que “La prestación de salud pública incluirá, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique”.

medidas tengan un alcance general y no destinatarios individuales. Este control jurisdiccional de las medidas sanitarias adoptadas por los gobiernos central y autonómicos es adicional al control ordinario por la jurisdicción contencioso-administrativa de la actividad de la administración y representa un factor explicativo relevante en la sucesión de los distintos escenarios institucionales por los que ha transitado la gestión sanitaria de la pandemia.

Según este marco, en condiciones normales la pandemia habría sido combatida por las autoridades sanitarias autonómicas (regionales) con, a lo sumo, alguna asistencia y coordinación del Estado central. Esta coordinación estaba ya prevista en la Ley 14/1986 y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, donde se contempla, por ejemplo, la definición de estándares mínimos en el análisis e intervención sobre problemas de salud o la coordinación de los sistemas de información epidemiológica. Este marco normativo prevé que las actuaciones coordinadas sean adoptadas por el gobierno central (Ministerio de Sanidad) previo acuerdo de un órgano de coordinación entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS),¹⁵ salvo en situaciones de urgente necesidad. Sin embargo y debido a la magnitud de la pandemia en 2020, el marco ordinario de coordinación se desplazó con la decisión del gobierno central de declarar el estado de alarma, que alteró profundamente el sistema competencial ordinario, tal y como ese explica a continuación.

15 El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS) está constituido por el ministro de Sanidad, en representación de la Administración General del Estado, y los consejeros autonómicos competentes en materia de sanidad, y es el principal órgano de coordinación entre las administraciones competentes para la configuración del Sistema Nacional de Salud. A este órgano corresponde, entre otras funciones, el desarrollo de las prestaciones básicas y complementarias en materia sanitaria, así como los aspectos formales sobre el acceso a las prestaciones. También corresponde al CISNS las funciones de coordinación y cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pudiendo adoptar acuerdos y recomendaciones. En el caso de los primeros, se trata de un compromiso de actuación de obligado cumplimiento, con independencia de que alguna(s) de las administraciones no hubiera votado a favor del mismo (art. 151 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

3. Alteraciones en el régimen competencial ordinario

Desde que empezó el contagio masivo por Sars-CoV-2 en España, en la segunda semana de marzo, la respuesta pública contra la pandemia tuvo diversos protagonistas institucionales. En un primer momento, justo antes del 14 de marzo, la primera reacción fue, sobre todo, de las Comunidades Autónomas y, en menor medida, de los ayuntamientos. La actuación del gobierno central se dirigió a la sanidad exterior, la cooperación con los demás Estados europeos¹⁶ y a una modesta coordinación de las autoridades sanitarias autonómicas.

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia internacional y fue el 14 de marzo de 2020, con la declaración del “estado de alarma”¹⁷ mediante el Real Decreto 463/2020, cuando el gobierno nacional cobró todo el protagonismo y pasó a dirigir de forma *centralizada* la lucha contra la pandemia. El estado de alarma fue objeto de sucesivas prórrogas por el gobierno central –previa autorización del Congreso de los Diputados– por lapsos de 15 días, hasta llegar a seis prórrogas. Durante este período, todas las entidades y autoridades territoriales, incluidas las Comunidades Autónomas, actuaron bajo las órdenes del gobierno central.

Transcurridos dos meses de protagonismo estatal, y una vez iniciada la “desescalada”, con la quinta prórroga del estado de alarma (Real Decreto

16 Italia fue el primer Estado europeo en declarar el estado de emergencia, el 31 de enero de 2020. Un día antes, la Organización Mundial de la Salud había advertido de la necesidad de adoptar medidas de contención, detección temprana y aislamiento.

17 De conformidad con la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, su declaración procede cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes (art. 1). En el articulado de la norma se establecen distintos supuestos habilitantes para la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio. Con anterioridad, solo en una ocasión se ha acordado la declaración del estado de alarma, cuando en diciembre de 2010 se aprobó el cierre del espacio aéreo español ante la actuación irregular de los controladores de tránsito aéreo. La declaración del estado de alarma se justificó a partir del artículo 4.4c de la Ley 4/1981 relativo a la paralización de servicios públicos esenciales. En esa ocasión, se encomendó al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidas a la entidad pública empresarial encargada de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) (Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre).

537/2020, de 22 de mayo) se abrió paso a la llamada *cogobernanza* del Estado y las Comunidades Autónomas en la lucha contra la pandemia. Este proceso de progresiva “federalización” de la respuesta epidemiológica estatal se consolidó en la sexta y última prórroga (Real Decreto 555/2020, de 5 de junio). Las Comunidades Autónomas ganaron, en estas últimas semanas del estado de alarma, cierta autonomía en la ejecución de las medidas estatales, por ejemplo, para definir las áreas de confinamiento de la población. Adicionalmente, se ampliaron las actuaciones coordinadas que se podían adoptar en el seno del CISNS con la posibilidad de diseñar y activar planes y actuaciones en casos de emergencia sanitaria.

Una vez extinguido el estado de alarma, el 21 de junio de 2020, las Comunidades Autónomas volvieron a ser, como al principio, las protagonistas de la lucha epidemiológica. Durante los meses de verano, que en España van de junio a septiembre, ellas adoptaron múltiples medidas sanitarias generales, tanto de salud pública preventiva (tales como limitaciones de aforo en locales de ocio y entretenimiento y rastreos selectivos de contagios) como propiamente sanitarias, reorganizando la capacidad del sistema sanitario autonómico con vistas a la ineludible segunda ola de contagios que había de llegar en otoño. Para esta nueva situación, que se ha bautizado como de “nueva normalidad”, el gobierno central aprobó el Real Decreto-ley¹⁸ 21/2020, de 9 de junio, de Medidas Urgentes de Prevención, Contención y Coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Sars-CoV-2. En este Real Decreto-Ley se contenían algunos mandatos generales (como el uso de mascarillas) y, sobre todo, la ampliación de los instrumentos de coordinación sanitaria entre el gobierno central y todas las Comunidades Autónomas (Disposición Final 2). La *coordinación* –y no el “mando único” estatal– debía ser la respuesta pública ante los previsibles rebrotes de los contagios. En este marco, el CISNS adoptó por acuerdo de 16 de julio el denominado “Plan de respuesta temprana en un escenario

18 El Real Decreto-ley es una disposición legislativa provisional adoptada por el gobierno en caso de extraordinaria y urgente necesidad y sometida a posterior convalidación por el Congreso de los Diputados en el plazo de 30 días desde su promulgación (art. 86 CE).

de control de la pandemia por Covid-19". El Plan reconocía la competencia de las Comunidades Autónomas para adoptar medidas preventivas y correctoras ante situaciones de emergencia sanitaria de conformidad con las Leyes 3/1986 y 14/1986, y establecía medidas de coordinación al objeto de garantizar el suministro de material sanitario y farmacológico, así como una graduación de actuaciones en distintas áreas, desde la laboral a la educativa, en función de la evolución de la pandemia.

El rápido aumento de los contagios desde mediados del mes de agosto dio lugar a respuestas cada vez más intensas de las Comunidades Autónomas, incluyendo algunos confinamientos perimetrales (tales como la prohibición de movilidad fuera del propio municipio). El gobierno central, a través del Ministerio de Sanidad, actuó en este estadio temporal mediante técnicas de coordinación y cooperación, como también mediante la asistencia financiera a las Comunidades Autónomas. Así, dentro del CISNS se acordaron medidas de control (aforo y horario de apertura) en locales de ocio y restauración, centros de mayores o eventos multitudinarios. También a través del CISNS se canalizaron actuaciones coordinadas de cara al inicio del curso escolar o la campaña de vacunación frente a la gripe estacional.

Finalmente, el 25 de octubre de 2020 fue declarado nuevamente el estado de alarma en todo el territorio nacional (Real Decreto 926/2020). Esta vuelta al estado de alarma se produjo ante el ritmo en la evolución de la incidencia acumulada de la pandemia y la necesidad de adoptar medidas más restrictivas de la movilidad por parte de los gobiernos regionales. A diferencia del anterior estado de alarma, en este caso los gobiernos regionales, como autoridades sanitarias delegadas, contaron con una mayor capacidad de adoptar y modular las medidas de restricción de la movilidad contenidas en el Real Decreto 926/2020.

La secuencia cronológica recién descrita muestra que la respuesta pública frente a la pandemia no ha tenido un único patrón competencial. El protagonismo competencial, que inicialmente fue de las Comunidades Autónomas, pasó al gobierno central con la declaración del estado de alarma. Más adelante, el protagonismo ha vuelto a las Comunidades

Autónomas, aunque con una posición algo reforzada –coordinadora– del gobierno central tanto dentro como fuera del estado de alarma. Lo más importante, desde la perspectiva del Estado autonómico, es comprobar que nuestro sistema constitucional es *flexible* y permite la adaptación a la realidad sanitaria y epidemiológica. Es descentralizado con carácter general, pero permite el “mando único” (mediante la declaración del estado de alarma) en situaciones extremas. Y no impone una única forma de estado de alarma y de “mando único”, sino que favorece su *adaptación* al ritmo de la certidumbre científica y de los datos epidemiológicos. Así es como se explica que hayamos pasado por un estado de alarma unitario a otro más descentralizado y, finalmente, por una “nueva normalidad” protagonizada por las Comunidades Autónomas con coordinación estatal o de *cogobernanza* incluso dentro de un estado de alarma.

No obstante, las tres formas institucionales básicas por las que ha discurrido la gestión sanitaria se han sucedido en presencia de *conflictos* de distinta intensidad entre el gobierno central y los autonómicos, hasta el punto que este conflicto sirve también para explicar la sucesión misma de los patrones competenciales. Si bien el estado de alarma representa el nivel máximo de alteración del régimen competencial ordinario, ha sido durante la etapa de cogobernanza, tanto durante la desescalada como en la reescalada, cuando las tensiones entre los gobiernos central y autonómicos han sido mayores.¹⁹ Estas tensiones se han generado por la falta de alineamiento de los partidos que integran los distintos niveles de gobierno. A su vez, las tensiones políticas han provocado que los mecanismos institucionales de coordinación hayan sido presentados también como instrumentos de imposición de decisiones unilaterales por el gobierno central.

19 Un ejemplo de la intensidad del enfrentamiento fue el recurso presentado por el gobierno regional de Madrid frente a la Resolución de 30 de septiembre de 2020 del Ministerio de Sanidad que contenía el acuerdo adoptado en el CISNS sobre actuaciones coordinadas y por el que se establecía la obligatoriedad de adopción de medidas restrictivas de la movilidad en municipios de más de 100.000 habitantes cuando concurrieran determinados criterios de incidencia y de presión hospitalaria.

Los intereses partidistas explican que la lógica de negociación multilateral prevista en estas instituciones de coordinación, como el CISNS, haya sido en ocasiones desplazada por el predominio de las relaciones bilaterales entre gobierno central y algunos gobiernos autonómicos. De otro lado, la falta de uniformidad en los pronunciamientos judiciales sobre la base legal de las medidas sanitarias y la protección de derechos fundamentales también ha sido utilizada en el debate partidista.²⁰ Con relación a esto último, el procedimiento de ratificación judicial de las medidas sanitarias no consiste solo en un juicio sobre la necesidad y adecuación de las medidas sino también en un control de legalidad que valora la competencia del respectivo gobierno y la base jurídica que lo habilita para la adopción de las medidas sanitarias. Precisamente en este último juicio se ha planteado la cuestión acerca de la suficiencia del actual marco legislativo ordinario para que los poderes públicos adopten medidas que limiten los derechos fundamentales fuera del estado de alarma. En otras palabras, el cuestionamiento judicial del marco legislativo ordinario como suficiente para adoptar medidas restrictivas de la movilidad incentiva la declaración del estado de alarma, que es, a su vez, cuestionada por los partidos políticos, por suponer una centralización del poder y la anulación de la autonomía de los distintos territorios. De esta manera, el sistema institucional es susceptible de ser instrumentalizado por los partidos políticos para presentar sus diferencias como un conflicto territorial entre el gobierno central y el autonómico más que como diferencias respecto al contenido de la gestión sanitaria.

20 Hasta el momento, las resoluciones judiciales han ratificado las medidas sanitarias acordadas, con algunas excepciones que han cuestionado principalmente la competencia del órgano o la base legal sobre la que se apoyan las medidas sanitarias (Auto 144/2020 de 22 de julio de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Barcelona; Auto 121/2020 de 20 de agosto de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Madrid; Auto 128/2020 de 8 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; Auto 332/2020 de 10 de octubre, Sala del Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón) y solo en algunos casos la proporcionalidad de la medida (Auto 52/2020 de 5 de agosto de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Mérida; Auto 76/2020 de 17 de septiembre de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Valladolid).

Visto este proceso, con frecuencia ha surgido la pregunta, tanto para España como para el resto del mundo, sobre qué sistema de distribución territorial del poder ha sido más eficaz frente a la pandemia: ¿es mejor el mando único o la respuesta descentralizada? La respuesta a esta pregunta resulta compleja, no solo por la delimitación del concepto mismo de eficacia –en un contexto de constante cambio en las medidas ensayadas y que puede referirse tanto a la contención de las sucesivas olas de la pandemia como a la reducción de la incidencia–, sino también por la dificultad de obtener datos comparables entre países. En el mundo a nuestro alrededor hemos visto respuestas unitarias eficaces en cuanto a la reducción de la incidencia acumulada,²¹ como las de China, Japón o Corea del Sur, pero también se han seguido mandos únicos menos eficaces, como el francés, el inglés, el peruano o el colombiano. De la misma forma, hemos visto respuestas descentralizadas que han conseguido contener la incidencia acumulada, como las de los *Länder* alemanes, los *Länder* austríacos o las provincias canadienses, junto a otras menos operativas, como las de los Estados mexicanos y, sobre todo, las de los Estados de EE. UU. Con tanta diversidad podría decirse que *la clave no está tanto en la forma unitaria o federal del Estado, o en el modelo presidencialista o parlamentarista de gobierno, como en el tipo de medidas sanitarias adoptadas, la implicación de la población y la capacidad preventiva y sanitaria preexistente.*²² Al observar el caso español, se puede afirmar que el “mando único” propiciado por la declaración del estado de alarma produjo resultados favorables en cuanto a la reducción y contención de la incidencia acumulada, aunque no óptimos.

Las severas medidas restrictivas del gobierno central consiguieron doblegar la curva de contagios, aunque medidas tan severas fueron aplicadas

21 La tasa de incidencia acumulada se refiere al número de nuevos casos que desarrollan la enfermedad por cada 100.000 habitantes en un determinado período de tiempo (14 días anteriores al momento de la medición).

22 Esta conclusión, aunque no se formula expresamente, se puede extraer del estudio comparado de Emeline Han *et al.*, “Lessons learnt from easing COVID-19 restrictions: an analysis of countries and regions in Asia Pacific and Europe”, *The Lancet*, 396, núm. 10261 (2020): 1525-1534.

en Comunidades Autónomas con una situación epidemiológica muy diferente (pensemos en Galicia y las islas, con cifras moderadas de contagios). Por tanto, aunque la respuesta fue eficaz, no siempre fue igualmente proporcionada entre territorios.

Al final del verano de 2020, cuando de nuevo se expandió la epidemia dentro de un escenario de cogobernanza, algunas Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias sanitarias ordinarias, consiguieron prever, contener e incluso reducir los contagios (tal fue el caso de Asturias, Galicia, Aragón y Cataluña).²³ En cambio, otras Comunidades Autónomas –en especial la Comunidad de Madrid– no consiguieron controlar eficazmente la epidemia. Este diferente grado de eficacia en la actuación regional apunta a dos conclusiones iniciales: la primera es que, por definición, las Comunidades Autónomas no son menos eficaces que el gobierno central en la lucha epidemiológica; la segunda es que los déficits de eficacia en algunas Comunidades pueden deberse a la estructura demográfica y económica de cada Comunidad y a las propias opciones políticas de los gobiernos regionales (por ejemplo, el gobierno regional de Madrid es notoriamente contrario a adoptar restricciones de la movilidad y de la actividad económica). No sería entonces la forma de distribución territorial del poder, sino los condicionantes regionales y los incentivos políticos para el ejercicio de ese poder público el factor determinante del mayor éxito o fracaso en el combate contra la pandemia. En este sentido, las medidas para preservar el distanciamiento social tienen un impacto directo en la actividad económica con la reducción de aforos, la limitación de horarios comerciales o los confinamientos perimetrales que limitan la movilidad entre territorios. La adopción, por tanto, de las medidas sanitarias tiene un distinto coste en función de la localización y la actividad económica de las distintas unidades territoriales, al tiempo que las preferencias de los

23 Los datos desglosados y actualizados por el Ministerio de Sanidad, en: Centro Nacional de Epidemiología, “Covid-19 en España” (<https://cnecovid.isciii.es/covid19/#ccaa>).

gobiernos regionales divergen en cuanto al equilibrio entre la protección de la salud pública y el mantenimiento de la actividad económica.

4. Etapas en la lucha contra la pandemia

Ya se ha dicho antes que la reacción institucional contra la pandemia ha pasado por tres formas institucionales básicas: la respuesta sanitaria ordinaria (protagonizada por las Comunidades Autónomas), el estado de alarma (declarado y dirigido por el gobierno central) y un escenario de cogobernanza con y sin declaración del estado de alarma que se acerca a la vuelta a la respuesta sanitaria ordinaria por parte de los gobiernos autonómicos, pero con la coordinación del gobierno central. Aunque esta es, sin duda, la secuencia básica de la respuesta institucional, dentro de cada estadio ha habido también importantes modulaciones y especificidades. En cada etapa de esta secuencia han variado las relaciones competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

4.1. Actividad autonómica en régimen de pre-alarma

Entre el 6 y el 13 de marzo, conforme crecía el número de ingresos hospitalarios, varias Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias sanitarias ordinarias, suspendieron la actividad educativa presencial, recomendaron el teletrabajo, cancelaron concentraciones públicas e incluso confinaron a poblaciones enteras (tal fue el caso de Igualada, en Cataluña, o de Arroyo de la Luz, en Extremadura).²⁴ Las medidas de confinamiento se apoyaron en ocasiones, además de en las competencias sanitarias, en las competencias autonómicas sobre protección civil en situaciones de emergencia.²⁵ Dado que la mayoría de las Comunidades Autónomas no cuentan

²⁴ Alba Nogueira López, "Confinar el virus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 86-87 (2020), 22-31, 23.

²⁵ Por ejemplo, en Cataluña: Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo, por la que se acuerda restringir la salida de personas de los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Òdena. Para la Región de Murcia: Orden de la Consejería de Salud, de 13 de marzo de 2020, por la que se insta la activación del

con policía propia (Cataluña y País Vasco son la excepción), la ejecución de las medidas de distanciamiento social ha requerido la colaboración activa de los cuerpos de policía local, conforme al régimen general de la *colaboración interadministrativa* (art. 141.1d) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, o Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); de la legislación general sobre seguridad (art. 53.1f), de la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, o Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS); y de la legislación autonómica de emergencias sanitarias (por ejemplo, para Cataluña, el art. 5.2 de Ley 18/2009, de 22 de octubre, de Salud Pública) y de protección civil.

4.2. El estado de alarma

Ante el agravamiento exponencial de la epidemia, el gobierno declaró el estado de alarma por medio del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, levemente modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, y prorrogado varias veces.²⁶ La declaración activó un *régimen constitucional singular*, con alteración del orden competencial ordinario. Eso sí, tras la aparición de un régimen constitucional extraordinario y uniforme, en realidad ha habido importantes matices y situaciones diferenciadas. Aquí se consideran dos: la *coexistencia* del régimen extraordinario de alarma con el orden competencial ordinario y la diversa articulación territorial del poder en las *distintas prórrogas* del estado de alarma.

4.2.1. Coexistencia de regímenes competenciales

No todas las actuaciones públicas durante el estado de alarma se han producido en “régimen de alarma”, pues este régimen excepcional solo se refiere a las medidas necesarias para combatir el contagio y no a otras muchas actuaciones necesarias para mitigar las consecuencias sociales y económicas derivadas de la pandemia. Se distingue aquí –desde la perspectiva de

Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia (Platemur) para hacer frente a la pandemia global de Coronavirus (Covid-19).

²⁶ Por medio de los Reales Decretos: 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril; 492/2020, de 24 de abril; 514/2020, de 8 de mayo; 537/2020, de 22 de mayo; y 555/2020, de 5 de junio.

las alteraciones en la distribución territorial del poder– entre las medidas en régimen de alarma y las medidas o actuaciones en el “contexto de la alarma”.

4.2.2. Actuaciones estatales y autonómicas en régimen de alarma

De acuerdo con la regulación general de los estados excepcionales, por medio de la Ley orgánica 4/1981, o Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOEAES), una vez declarado el estado de alarma todas las autoridades civiles de España y, por tanto, tanto las estatales como las autonómicas y las municipales, quedaron directamente *subordinadas* a las autoridades estatales (art. 9).

En esta situación de subordinación, las medidas acordadas por el gobierno central en el Real Decreto 463/2020 requerían, con frecuencia, de otras medidas adicionales autonómicas. Es el caso de la adaptación de las frecuencias de los *autobuses*, en cumplimiento del mandato general –aunque indeterminado– contenido en el artículo 11 de la Orden TMA/229/2020, de 15 de marzo. O es el caso, también, de las distancias interpersonales en los transportes públicos, conforme al artículo 2.7 de la Orden TMA/384/2020, de 3 de mayo. Y es el caso, sobre todo, de las *restricciones de movilidad ciudadana*, impuestas en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, que llamaban a la colaboración de las autoridades autonómicas y municipales.²⁷ Ese bloque de actividad municipal se puede calificar genéricamente como *ejecutivo* de las medidas gubernativas de alarma. En esa medida, la actuación autonómica se desarrolló en *régimen jurídico de alarma*. Esto es, en régimen de estricta subordinación ejecutiva a las órdenes del gobierno central.

Es claro que algunas de las medidas de alarma dictadas por el gobierno central y sus ministros afectaron directamente tanto las *competencias autonómicas* como las competencias municipales. Esto fue posible porque la declaración del estado de alarma activa una competencia *universal* del

²⁷ Artículo 1.1. de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las fuerzas y cuerpos de seguridad. En la misma Orden se dispone que las autoridades policiales están “bajo las órdenes del Ministro del Interior” (art. 1.5).

Estado para “gobernar el país en estado de alarma”.²⁸ Es una competencia latente en el artículo 116 CE que se activa precisamente con la declaración formal, por Real Decreto, del estado de alarma. En tiempo de alarma, las Comunidades Autónomas y los ayuntamientos mantienen sus competencias, pero su ejercicio no puede ser incompatible con las decisiones del gobierno central. Y, en el caso de que lo fueran, las decisiones estatales serían *prevalentes* y, por tanto, desplazarían en su eficacia a las autonómicas y municipales.

Esta articulación de competencias concurrentes a través de criterios de *prevalencia* es relativamente inusual en las relaciones ordinarias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.²⁹ Pero es precisamente el efecto de prevalencia de las decisiones estatales lo que *se generaliza durante el estado de alarma*: todas las decisiones de alarma dictadas por el gobierno central se imponen y desplazan a todas aquellas otras decisiones autonómicas que las contradigan. La declaración del estado de alarma *no suprime* ninguna competencia autonómica. Simplemente, debilita su eficacia frente a las posibles decisiones gubernativas estatales. Declarado el estado de alarma, cada Comunidad Autónoma aún puede adoptar todas aquellas decisiones que, motivadas por la situación de emergencia sanitaria, sean conformes con sus competencias ordinarias (las que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía). Pero todas esas decisiones, aunque legítimas y plenamente válidas –estando amparadas por las competencias autonómicas ordinarias–, *ceden en su eficacia* frente a cualesquiera medidas de alarma adoptadas por el gobierno central, pues resultan incompatibles con estas últimas.

La prevalencia de las medidas de alarma solo se refiere a las que estrictamente dicta el gobierno en su declaración formal del estado alarma o *en el marco jurídico de esa declaración*. Esto significa que no todas las decisiones del gobierno o los ministros, durante el tiempo de la alarma,

28 Francisco Velasco Caballero, “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87 (2020): 78-87, 82.

29 Verónica Yazmín García Morales, *Prevalencia en la planificación territorial* (Madrid: Tecnos, 2019), 53.

prevalecen sobre las autonómicas. Otras posibles decisiones gubernativas, ministeriales o administrativas, en la medida en que no sean directamente reconducibles al estado de alarma, *no prevalecen necesariamente* sobre las competencias y decisiones autonómicas.

Las medidas de alarma del Estado, tanto las contenidas en el Real Decreto 463/2020 como las incluidas en las órdenes ministeriales de las “autoridades delegadas”, pueden ocupar el espacio competencial de las Comunidades Autónomas y desplazar provisionalmente cualesquiera normas, actos o convenios autonómicos, incluidas las leyes autonómicas. Pero, dado que las Comunidades Autónomas no pierden sus competencias durante el estado de alarma, pueden seguir actuando en materias de su competencia, siempre que sus medidas o actuaciones *no contradigan o dificulten* la eficacia de las medidas estatales, que, como ya se ha dicho, son prevalentes. Ocurre que algunos gobiernos autonómicos no se han limitado a ejecutar, complementar o desarrollar las medidas de alarma del gobierno central, sino que han dictado mandatos o prohibiciones *adicionales*. Es el caso, en Cataluña, de una Orden del Conseller de Trabajo que fija en 1,5 metros la distancia interpersonal obligatoria en los centros de trabajo,³⁰ frente a la de 1 metro establecida en el artículo 10.2.2 del Real Decreto 463/2020. Esta medida autonómica adicional, no cuestionada ante los tribunales, es en principio *válida*, ya que responde a una competencia ordinaria de la Generalitat de Catalunya y no impide la plena eficacia de la decisión estatal.

4.2.3. Actuaciones autonómicas en el contexto del estado de alarma

Otra parte de la actividad autonómica desplegada desde el 14 de marzo de 2020 *no está directamente conectada* con el Real Decreto 463/2020 ni, por tanto, con el régimen jurídico extraordinario del estado de alarma, aunque sí con la general *situación de crisis* desencadenada por la pandemia. Al igual que el gobierno central, los distintos gobiernos autonómicos han adoptado

30 Resolución TSF/759/2020, de 22 de marzo, por la que se especifican las medidas de distanciamiento entre trabajadores y trabajadoras y con las personas usuarias con las que interactúan en los centros de trabajo.

otras decisiones, normativas o no, que no pueden reconducirse al régimen jurídico propio del estado de alarma, bien porque no están directamente conectadas con la causa que motiva la declaración de alarma, la pandemia, bien porque su eficacia en el tiempo sobrepasa el lapso de 15 días de vigencia del estado de alarma que expresamente dispone el artículo 116.2 CE. En consecuencia, aquellas actuaciones y decisiones autonómicas en el *contexto* del estado de alarma no se han regido por el régimen extraordinario del estado de alarma, sino por el orden constitucional ordinario. En estos casos, las autoridades autonómicas no han actuado en posición de subordinación jerárquica respecto del gobierno central (que es lo propio del estado de alarma), sino en ejercicio de su autonomía, conforme a los correspondientes Estatutos de Autonomía.³¹

4.3. Federalización o territorialización del estado de alarma

En la última fase del estado de alarma se inició la “desescalada”, una vez se consideró controlada, aunque no erradicada, la evolución de los contagios. En este tiempo se revocaron algunas de las limitaciones más severas a las actividades privadas,³² pero se mantuvieron muchas reglas de *distanciamiento social*, que indicaban que el riesgo de contagio seguiría vivo durante varios meses. El proceso de desescalada ha estado guiado por el denominado “Plan de transición hacia una nueva normalidad”, aprobado

31 La mayor parte de las actuaciones a nivel autonómico, y también municipal, fueron de carácter económico y financiero, como el establecimiento de bonificaciones en los impuestos y tasas de los que son competentes o la aprobación de planes de ayudas económicas específicos, como el Programa Extraordinario de Ayudas para el Alquiler de Vivienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía, o la asignación de fondos y la convocatoria de subvenciones para pequeñas y medianas empresas de la Comunidad de Madrid. Adicionalmente, se adoptaron también medidas organizativas y de gestión, como la tramitación con carácter de urgencia de contratos en el ámbito de la sanidad, lo que ocurrió en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

32 Es el caso de las Órdenes SND/370/2020, de 25 de abril, que facilita la movilidad de los niños; SND/380/2020, de 30 de abril, sobre actividad física no profesional al aire libre; SND/386/2020, de 3 de mayo, sobre actividad comercial, de hostelería y restauración; y SND/388/2020, de 3 de mayo, sobre comercios, servicios y práctica del deporte profesional.

por el gobierno central el pasado 28 de abril³³ e inspirado en una recomendación de las presidencias del Consejo Europeo y de la Comisión.³⁴ En el Plan de transición se programaron cuatro fases para la progresiva retirada de las limitaciones, desde la fase 0 hasta la fase 3 en función de la evolución de indicadores epidemiológicos y sanitarios. En el Plan se identificaron varios vectores de actuación pública: el refuerzo de la capacidad sanitaria, la contención del contagio, la reactivación económica y la acción social de apoyo a las personas más desfavorecidas. Una buena parte de estas actuaciones (sobre todo las de prevención y de mejora de la capacidad sanitaria) recaen directamente sobre las Comunidades Autónomas, por ser competentes para la gestión ordinaria de la sanidad y la salud pública. En lo que ahora importa, en paralelo al Plan de transición, y aún vigente el estado de alarma, se produjo una progresiva territorialización de la lucha contra la pandemia.

La *territorialización* consiste en una mayor participación o decisión de las Comunidades Autónomas en las medidas tomadas en régimen de alarma. En primer lugar, la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, del Ministro de Sanidad dio a las Comunidades Autónomas participación en el proceso decisorio propio de la desescalada (“cogobernanza”, lo llama la Orden). En un segundo escalón se encuentra el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, que prorrogó por cuarta vez el estado de alarma, en cuyo artículo 4 establecía que, en el proceso de desescalada, el gobierno podría acordar conjuntamente con cada Comunidad Autónoma los mandatos y prohibiciones aplicables en su territorio y que esas medidas acordadas y territorializadas serían “aplicadas por quien ostente la Presidencia de la Comunidad Autónoma, como representante ordinario del Estado en el territorio”.

En aplicación del Real Decreto 514/2020, la extensa Orden SND 399/2020, de 9 de mayo –que aprobó las medidas de alarma para las unidades territoriales que a partir del día 11 de mayo pasaron a la fase 1 del Plan de transición–, introdujo también pequeños espacios de decisión

33 Disponible en Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (<https://www.msccbs.gob.es/>).

34 Comisión Europea, *Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la Covid-19* (2020/C 126/01), 4.

autonómica. En concreto, en su artículo 7.3 y 4 la Orden abrió un ámbito de decisión propia a los gobiernos autonómicos. Diversas medidas relacionadas con la movilidad y libertad de circulación fueron adoptadas aprovechando ese espacio decisorio en los territorios en fase 1, como fue el caso del presidente del gobierno autonómico vasco (*Lehendakari*),³⁵ cuya actividad aplicativa, al estar directamente vinculada a las medidas gubernativas de alarma, se regía por el régimen extraordinario propio del estado de alarma. En consecuencia, el *Lehendakari* podía desbordar el orden competencial ordinario tanto horizontalmente respecto del Parlamento Vasco como verticalmente respecto de las entidades locales de su territorio. Dicho en otros términos, conforme al artículo 9.1 de la Ley orgánica 4/1981, en la aplicación de las medidas gubernativas de alarma, todas las autoridades civiles en el País Vasco (también las estatales) quedaban “bajo las órdenes directas” del *Lehendakari*.

En la *fase 2 de desescalada*, conforme a lo establecido en el Real Decreto 537/2020, que contiene la quinta prórroga del estado de alarma, se ha mantenido la territorialización autonómica. Así, con base en la Orden SND/440/2020, de 23 de mayo, en la fase 2 de la desescalada las Comunidades Autónomas podían modificar, con límites, el aforo de los museos (art. 3.3) o de los establecimientos de hostelería y restaurantes (art. 3.5). Finalmente, la sexta y última prórroga fue acordada mediante Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, ya cuando los territorios se encontraban en alguna de las fases 1, 2 o 3. Las autoridades autonómicas pasaron a tener mayor participación en la adopción, supresión, modulación y ejecución de las medidas de restricción de la libertad ambulatoria y resto de medidas de control. En esta fase, correspondía a las Comunidades Autónomas decidir, con arreglo a criterios sanitarios y epidemiológicos, la superación de la fase 3 dentro de las unidades territoriales de su comunidad (art. 4) o el establecimiento de las medidas de reanudación de las actividades educativas presenciales no educativas (art. 7).

35 Ese espacio competencial creado por la Orden SND 399/2020, de 9 de mayo, se concretó en el Decreto 8/2020, de 10 de mayo, del presidente del gobierno vasco (*Lehendakari*).

4.4. Desescalada y reescalada con y sin estado de alarma

Fuera del estado de alarma, la lucha contra la pandemia le corresponde, fundamentalmente, a cada Comunidad Autónoma, a pesar de que el gobierno central aún conserva una importante competencia sobre “emergencias de salud pública” (art. 52 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, o Ley General de Salud Pública - LGSP) y sobre cualesquiera “emergencias de carácter nacional” (arts. 28 a 30 de la Ley 17/2015, o Ley del Sistema Nacional de Protección Civil - LSNPC).

Ahora bien, aunque en una situación de emergencia sanitaria una autoridad ministerial también puede adoptar medidas extraordinarias, su efectiva ejecución no es idéntica a la regulada en el estado de alarma. Conforme al artículo 52.3 LGSP, el Ministro de Sanidad puede “adoptar medidas sobre coordinación y ejecución de las actuaciones de salud pública” e incluso adoptar por sí “medidas de intervención especial”. Hasta aquí, la competencia y potestad de intervención ministerial no se distingue de la que es propia del estado de alarma. Sin embargo, para la ejecución de esas medidas, la autoridad sanitaria estatal no cuenta con la superioridad jerárquica que es propia del estado de alarma (art. 9.1 LOEAES) y para la ejecución de sus medidas de emergencia ha de “solicitar el apoyo, auxilio y colaboración” de las administraciones autonómicas y municipales, conforme al artículo 141.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, o Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Algo similar se puede decir de las emergencias de protección civil, en las que el ministro del Interior asume la dirección de la actuación pública durante una “emergencia de interés general”, lo que incluye “la ordenación y coordinación de las actuaciones y la gestión de todos los recursos estatales, autonómicos y locales” (art. 28.1 LSNPC) y la facultad de “requerir la colaboración de las diferentes Administraciones públicas” (art. 28.2 LSNPC).

Esta distinción guarda cierta correspondencia con la posición, presente en derecho comparado y europeo, entre el “préstamo orgánico” (*Organleihe*), en el que un órgano administrativo actúa para una administración pública distinta de la propia, y la asistencia o auxilio (*Amtshilfe*), en la que un

órgano ayuda a otro.³⁶ Puede ser que, en la práctica, no siempre se pueda distinguir con claridad entre la subordinación y el auxilio, pero la diferencia jurídica es real. En la relación de *subordinación* hay una autoridad que ordena y otra que obedece; en el auxilio, hay una autoridad que solicita y otra que está obligada a colaborar con ella, en la medida de sus posibilidades y conforme a su propio régimen interno. En el estado de alarma, cualquier medida ministerial o del gobierno se impone sobre cualquier ley vigente y, por tanto, el órgano subordinado no puede oponer norma alguna a la autoridad de alarma, ni competencial, ni presupuestaria, ni organizativa. En cambio, en la simple emergencia sanitaria fuera del estado de alarma el *deber de auxilio* ha de hacerse en el marco del derecho vigente y, por tanto, en el marco de las competencias, acorde con los procedimientos y las garantías y conforme a la organización y los créditos presupuestarios ordinarios.³⁷

De entrada, el artículo 141.2 LRJSP prevé que la asistencia y colaboración solicitada podrá negarse cuando el órgano requerido “no esté facultado para prestarla de acuerdo con lo previsto en su normativa específica, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones o cuando la información solicitada tenga carácter confidencial o reservado”.³⁸ Parece obvio que estos límites no rigen durante el estado de alarma, conforme al artículo 9.1 LOEAES.

Tal y como se había advertido reiteradamente por la Organización Mundial de la Salud (OMS), era previsible que en el inicio del otoño se produjera

36 Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Múnich: C.H. Beck, 2002), 542. En relación con la “Unión administrativa europea”, Lothar Harings, “Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen”, en *Der Europäische Verwaltungsverbund*, ed. por Eberhard Schmidt-Assmann y Bettina Schöndorf-Haubold (Tübingen: Mohr Siebeck, 2005), 127-152, 144.

37 Íñigo Sanz Rubiales, “Marco general de las relaciones interadministrativas”, en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, t. II, ed. por Eduardo Gamero Casado, Severiano Fernández Ramos y Julián Valero Torrijos (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 2849-2890, 2866.

38 Acerca del límite al auxilio, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 7 de julio de 2002 (rec. 5696/1997).

una *nueva oleada de contagios por Sars-CoV-2*.³⁹ La novedad es que esta segunda ola ha llegado anticipadamente a España, ya presente en el mes de agosto. Desde la perspectiva competencial, una vez extinguido el estado de alarma son las Comunidades Autónomas las encargadas de frenar la nueva ola de contagios, y lo hicieron en colaboración con el gobierno estatal, bien mediante mecanismos de *cooperación* en plano de igualdad, bien mediante instrumentos de *coordinación* con el gobierno central en posición directiva, aunque no jerárquica. En ambos escenarios, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS) ha ganado protagonismo como foro de cooperación y de coordinación. En el seno de este Consejo se pactan medidas concretas (de distanciamiento social, aforos de establecimientos, umbrales de contagios para confinamientos, etc.) que luego han de ser ordenadas por cada Comunidad Autónoma para su territorio. De esta forma, en esta fase de reescalada se pueden identificar dos tipos de medidas sanitarias autonómicas: las coordinadas y las que adopta por sí cada Comunidad Autónoma, al margen de lo acordado en el CISNS.

Con relación a las medidas de coordinación, se han alcanzado acuerdos en el CISNS respecto a dos grupos de medidas: la reincorporación de los estudiantes a los colegios y la restricción de la movilidad y el contacto social en los espacios públicos.⁴⁰ Estas medidas han sido acordadas por todas las autoridades autonómicas y el Ministerio de Sanidad. Tales acuerdos vinculan a las distintas Comunidades Autónomas, pero solo son eficaces para los ciudadanos una vez que cada Comunidad Autónoma, a través de sus órganos competentes, dicta los correspondientes decretos u órdenes.

39 Esta previsión y la advertencia acerca de la importancia de no relajar las medidas de distanciamiento social estaban presentes en las intervenciones públicas durante el verano de 2020 de varios miembros de la OMS como las del delegado especial de la OMS para la covid-19, David Nabarro, o la directora de Salud Pública de la OMS, María Neira.

40 “Declaración de actuaciones coordinadas en salud pública frente a la Covid-19 para centros educativos durante el curso 2020-21”, de 27 de agosto de 2020; “Declaración de actuaciones coordinadas de salud pública” de 9 de septiembre de 2020; y “Declaración de actuaciones coordinadas en salud Pública”, de 30 de septiembre (solo esta última está publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, de 1 de octubre de 2020).

En paralelo a las actuaciones coordinadas, cada Comunidad Autónoma está adoptando otras medidas sanitarias y económicas, en función de las características del contagio en su territorio. Así, las autoridades autonómicas están acordando medidas sanitarias específicas para concretos municipios, comarcas o barrios de las ciudades.⁴¹ Estas medidas diferenciadas –que han de respetar los mínimos acordados en el CISNS, pero que pueden ser más intensas– van desde la reducción de aforos en los establecimientos comerciales y restaurantes hasta la fijación de un número máximo de personas en las reuniones públicas o privadas o, incluso, hasta el confinamiento *perimetral* de poblaciones enteras. Al momento de concluir el presente capítulo, ninguna Comunidad ha acordado el confinamiento *domiciliario* de parte de su población, aunque la evolución de la pandemia llevó a solicitar al gobierno central la adopción de esta medida en su respectivo territorio.⁴² Se observa, en todo caso, que las medidas regionales están siendo diferentes y cambiantes, como también es muy diversa la situación epidemiológica en cada una de las Comunidades Autónomas. En los inicios de septiembre de 2020 el contagio era masivo en Cataluña y Aragón. A finales de mes fueron Madrid y Navarra las Comunidades más afectadas en una evolución que presenta cambios constantes entre los territorios respecto a la incidencia acumulada.

La evolución de la situación epidemiológica y las diferencias entre los gobiernos central y autonómicos sobre cómo gestionarla han llevado a ulteriores transformaciones en el escenario de *cogobernanza* con la declaración del estado de alarma, primero limitado a determinadas unidades

41 Entre muchas, las más recientes: Resolución SLT/2314/2020, de 24 de septiembre, por la que se adoptan medidas especiales en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia de covid-19 en los municipios de la comarca de La Cerdanya; Resolución de 29/09/2020, de la Delegación Provincial de Sanidad de Ciudad Real, por la que se adoptan nuevas medidas de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, para la contención de la expansión del Covid-19; Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, por la que se adoptan medidas por razón de salud pública en determinadas zonas básicas de salud de la Comunidad de Madrid.

42 Este es el caso de la Comunidad de Asturias o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

territoriales y finalmente, el 25 de octubre, a todo el territorio nacional. Estas transformaciones del escenario de la *cogobernanza* han sido consecuencia tanto de la dificultad para la coordinación de las respuestas autonómicas ante la evolución de la pandemia en la segunda ola de otoño, en ocasiones por la instrumentalización partidista de los órganos de coordinación, así como, de manera simultánea, por el cuestionamiento en algunos pronunciamientos judiciales de la suficiencia del marco legislativo ordinario para adoptar medidas más restrictivas de la movilidad.⁴³

Mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, se declaró el estado de alarma en nueve municipios de la Comunidad de Madrid, incluida la capital, la ciudad de Madrid, y donde se ha establecido un confinamiento perimetral para cada uno de los municipios. La declaración del estado de alarma se produjo tras una intensificación del enfrentamiento entre los gobiernos central y autonómico. Previamente, el 30 de septiembre, el CISNS había adoptado un acuerdo donde se establecieron indicadores epidemiológicos y sanitarios comunes para evaluar la necesidad de adoptar medidas sanitarias por parte de las Comunidades Autónomas afectadas. Sin embargo, este acuerdo no recibió el apoyo de varias Comunidades Autónomas, entre ellas la Comunidad de Madrid, por interpretar que se producía una intromisión en su marco competencial, en lo que representó otro ejemplo de la tensión que se ha venido produciendo entre los distintos niveles de gobierno durante la gestión sanitaria de la pandemia.⁴⁴

Finalmente, el 25 de octubre de 2020 el gobierno central declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional. La declaración del estado de alarma tuvo una justificación doble. De un lado, la declaración del estado

43 Así: Auto 322/2020, de 10 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón; y Auto 32/2020, de 22 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

44 Cataluña, Andalucía, Galicia, Comunidad de Madrid y la Ciudad Autónoma de Ceuta formularon voto desfavorable y la Región de Murcia voto de abstención. Además, el gobierno autonómico de Madrid ha recurrido la orden ministerial en la que se plasma el acuerdo del CISNS. Ya anteriormente el mismo gobierno autonómico había recurrido judicialmente la denegación por parte del Ministerio de Sanidad de que la Comunidad de Madrid avanzara a la fase 1 durante la desescalada.

de alarma se derivaba de la evolución de los niveles de incidencia acumulada (cómputo con base en los 14 días precedentes), que el 22 de octubre alcanzó los 349 casos por 100.000 habitantes, una cifra notablemente superior a los 60 casos que establece el umbral de alto riesgo según los criterios del Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades. En la motivación del Real Decreto 926/2020 se alude precisamente a que las medidas incluidas en esta norma reflejaban una respuesta proporcional dentro de un marco de *cogobernanza* y su contenido se correspondía con la identificación por parte del Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades de la actividad nocturna y de ocio como el principal riesgo y factor de incumplimiento de las reglas de distanciamiento social.

De otro lado, el Real Decreto 926/2020 respondía a los crecientes *límites que los tribunales de justicia* venían imponiendo a las decisiones de las Comunidades Autónomas, cuando esas decisiones afectaban derechos fundamentales (como el derecho de libre circulación o el de reunión). Esto explica que las medidas incluidas en el Real Decreto de alarma se refieran, fundamentalmente, a la libre circulación de personas entre municipios y en horario nocturno, al número máximo de personas (6) que se pueden reunir en espacios público o privados o al aforo máximo (1/3) de los centros de culto religioso. Además, una opción normativa expresa del Real Decreto 926/2020 consiste en excluir los controles judiciales *preventivos* sobre todas estas medidas restrictivas de las libertades individuales.

Este segundo estado de alarma fue declarado para un horizonte temporal de seis meses, con obligación del gobierno de informar a las Cortes cada quince días. En esta ocasión, fueron los presidentes de las Comunidades Autónomas los cargos públicos competentes –por delegación del gobierno central– para la aplicación del estado de alarma. Con lo que, a diferencia del primer estado de alarma (el declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo), se puede hablar ahora de un estado de alarma *descentralizado o territorializado*. Es más, el Real Decreto 926/2020 estableció que los presidentes de las Comunidades Autónomas pudieran, a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales y económicos establecidos por el CISNS, modular o incluso suspender las

medidas contempladas en el Real Decreto en todo o parte de su territorio (arts. 10 y 13).

5. Breves conclusiones y lecciones aprendidas

La transición entre los distintos escenarios institucionales descrita en el capítulo muestra la flexibilidad del marco institucional para adaptarse a la evolución y el distinto impacto territorial de la pandemia. En definitiva, a lo largo del periodo temporal cubierto por este análisis, la gestión pública de la pandemia ha transitado por tres escenarios institucionales básicos: gestión ordinaria autonómica, mando único del gobierno central y *cogobernanza*, con alguna variante dentro de cada uno de ellos: estado de alarma en territorios limitados, federalización del estado de alarma, *cogobernanza* con mayor intensidad de la potestad coordinadora del gobierno central.

Esta evolución no ha sido solo el resultado de la adaptación de los poderes públicos a la evolución de la pandemia, sino también una consecuencia de las características de las relaciones intergubernamentales en el contexto institucional español. Aunque la declaración del estado de alarma se presenta como *ultima ratio* por diversos motivos que implica una alteración del régimen competencial ordinario y supone un reproche a la capacidad de gestión del gobierno autonómico, el escenario de *cogobernanza* resulta también inestable. Esta inestabilidad se deriva principalmente de una instrumentalización partidista de las instituciones de coordinación, al convertir la pugna ideológica en un debate territorial sobre las competencias entre el gobierno central y los autonómicos en la gestión sanitaria de la pandemia. En este contexto, la ausencia de un criterio jurisprudencial homogéneo acerca de la base legal para la adopción de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales al margen del estado de alarma refuerza la instrumentalización de los mecanismos de coordinación y, a la postre, la tensión entre los gobiernos central y autonómicos.

A pesar de la inestabilidad del escenario intermedio de *cogobernanza*, este es también el más flexible para realizar ajustes en función de la evolución de la situación epidemiológica y del contexto político. Desde la declaración del estado de alarma parcial o total sobre el territorio nacional

a la coordinación en el seno del CISNS, la gestión pública de la pandemia encuentra en el escenario de *cogobernanza* un mayor equilibrio entre la intensidad o carácter restrictivo de las medidas a utilizar, la definición uniforme de criterios de intervención y la modulación de las medidas aplicadas en cada uno de los territorios del Estado.

Bibliografía

- Aja, Eliseo y Carles Viver Pi-Sunyer. "Valoración de 25 años de autonomía". *Revista Española de Derecho Constitucional* 23, núm. 69 (2003): 69-113.
- Börzel, Tanja A. *States and regions in the European Union: institutional adaptation in Germany and Spain*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Cobrerros Mendazona, Edorta. "Comentario al artículo 149.1.16a de la Constitución". En AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española (XL Aniversario)*. 2 ed. Las Rosas: Fundación Wolters Kluwer y BOE, 2018.
- Comisión Europea. *Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la Covid-19* (2020/C 126/01). https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/joint_eu_roadmap_lifting_covid19_containment_measures_es.pdf
- Díez Sastre, Silvia. "La administración mixta en España". En F. V. Caballero y J. P. Schneider, *La unión administrativa europea*. Madrid: Marcial Pons, 2008, 133-158.
- García-Morales, Verónica Yazmín. *Prevalencia en la planificación territorial*. Madrid: Tecnos, 2019.
- Han, Emeline *et al.* "Lessons learnt from easing COVID-19 restrictions: an analysis of countries and regions in Asia Pacific and Europe". *The Lancet* 396, núm. 10261 (2020): 1525-1534. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32007-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32007-9)
- Harings, Lothar. "Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen". En Eberhard Schmidt-Aßmann y Bettina Schöndorf-Haubold (eds.), *Der Europäische Verwaltungsverbund. Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, 127-152.
- Maurer, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 14 ed. München: C.H. Beck, 2009.
- Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Vol. III. España: Iustel, 2015.
- Nogueira López, Alba. "Confinar el coronavirus: Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 86-87 (2020): 22-31.

- Rodríguez de Santiago, José María. *Los convenios entre administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 16-17.
- Sanz Rubiales, Íñigo. (2017). "Marco general de las relaciones interadministrativas". En Eduardo Gamero C., Severiano Fernández R. y Julián Valero T. (eds.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*. T. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Velasco Caballero, Francisco. "Estado de alarma y distribución territorial del poder". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 86 (2020): 78-87.

Los Estados (des)Unidos: federalismo y descentralización en los tiempos de pandemia

Alexandra Artiles (Estados Unidos)*

Martín Gandur (Argentina)**

Amanda Driscoll (Estados Unidos)***

RESUMEN: ¿Cómo respondieron el gobierno federal y los gobiernos estatales a la pandemia de 2020? La historia del federalismo de los Estados Unidos indica que el gobierno federal se centralizó en tiempos de crisis, al comandar a los estados y establecer precedentes concretos en materia económica y sanitaria. En este capítulo, sostenemos que el gobierno federal se descentralizó durante la crisis sanitaria y económica ocasionada por la enfermedad covid-19 y alentó a los estados a establecer sus propios estándares económicos y sanitarios. Además, exploramos la respuesta descentralizada del gobierno federal ante la pandemia y trazamos los esfuerzos de los 50 estados en la mitigación de la crisis. Encontramos que existe una gran variación en sus respuestas, variación que demuestra el “precio del federalismo”: los estados ofrecieron a sus ciudadanos respuestas diferentes a las crisis sanitaria y económica y agravaron las desigualdades que precedieron a la era de la pandemia.

PALABRAS CLAVE: Federalismo, descentralización, prelación.

1. Introducción

El 6 de marzo de 2020, el gobernador de Kentucky, Andy Beshear, declaró el estado de emergencia estatal en respuesta a la amenaza de salud pública por la nueva enfermedad covid-19. Antes del fin de marzo, el mismo

* Candidata doctoral del Departamento de Ciencia Política, Florida State University, Estados Unidos. aartiles@fsu.edu

** Estudiante doctoral del Departamento de Ciencia Política, Florida State University, Estados Unidos. mgandur@fsu.edu

*** Profesora Asociada del Departamento de Ciencia Política, Florida State University, Estados Unidos. adriscoll@fsu.edu

Beshear decretó la orden de permanecer en casa. El gobernador Bill Lee, del estado vecino de Tennessee, dictó las mismas declaraciones de emergencia y órdenes de permanecer en casa, aunque lo hizo casi una semana después que el gobernador Beshear. Ambos gobernadores tomaron estas medidas para “reducir la propagación del Covid-19”; de hecho, el gobernador Beshear anunció el cierre el 23 de marzo, una semana antes que Lee. Sin embargo, las similitudes entre las respuestas de ambos gobernadores culminan allí. Kentucky mantuvo cerrados los negocios no esenciales por 66 días, casi el doble de tiempo que su vecino Tennessee (34 días). En julio, Beshear ordenó el uso obligatorio de mascarillas o barbijos para todas las personas adultas en cualquier espacio público, una orden que se mantuvo hasta fines de octubre con posibilidades de ser extendida indefinidamente. Lee, por el contrario, no decretó una orden similar a nivel estatal, dejando dicha decisión a discreción de los condados y sus autoridades locales.

Kentucky y Tennessee son estados casi iguales en cuanto a composición étnica, ingresos y población.¹ Sin embargo, los enfoques adoptados por ambos gobernadores condujeron a resultados en salud pública drásticamente diferentes. Tomemos como ejemplo los condados de Simpson (Kentucky) y Robinson (Tennessee), los cuales comparten la frontera estatal y sus sedes gubernamentales se encuentran separadas por solo 57 kilómetros. Hasta el 31 de julio, Simpson registró solo 236 casos y 7 muertes por coronavirus, mientras que Robinson tenía más de 8 veces esa cantidad de casos (1.942) y más de 4 veces el número de muertes de su condado vecino (29).² El caso de estos condados no es un hecho aislado. El 31 de julio, la tasa de casos por cada 100.000 habitantes de Kentucky era menos de la mitad (45%) que la de Tennessee. Más allá de las consecuencias sanitarias, Tennessee experimentó mayores tasas de desempleo, hospitalización y mortalidad que Kentucky como consecuencia de la pandemia.³

1 United States Census Bureau, “Quick Facts: North Carolina; Tennessee; Kentucky; West Virginia; Virginia; United States”, *Census.gov*; United States Bureau of Labor Statistics, “Local Area Unemployment Statistics”, *United States Bureau of Labor Statistics*.

2 Centers for Disease Control and Prevention, “Cases in the U.S.”, *CDC.gov*.

3 Worldometer, “COVID-19 Tracker”, *Worldometers.info*.

Las discrepancias entre Kentucky y Tennessee son emblemáticas de los compromisos y concesiones que implica el federalismo en los Estados Unidos durante los tiempos de pandemia: la devolución o delegación federal otorga a los gobiernos estatales máxima flexibilidad para localizar las medidas políticas según les sea necesario, pero esta descentralización implica que las respuestas estatales y la mitigación de la crisis se distribuyen de manera desigual entre los estados.⁴ En este trabajo, analizamos las múltiples maneras en las que el federalismo ha dado forma a la respuesta gubernamental a la doble crisis sanitaria y económica provocada por la pandemia causada a partir del nuevo coronavirus. Primero describimos los antecedentes del federalismo estadounidense moderno, antes de trazar la evolución del federalismo de los Estados Unidos a lo largo del siglo XX. Considerando luego el período contemporáneo, examinamos la respuesta descentralizada del gobierno federal a la pandemia y explicamos los esfuerzos de los estados para mitigar la crisis. Sugerimos que la deslucida respuesta federal a la crisis y la devolución intencional a los estados invierten una tendencia de un siglo de centralización de políticas en manos del gobierno federal.

2. El federalismo en la teoría: el sistema dual o en capas

Antes de constitucionalizar el sistema federal, los primeros estados experimentaron dos tipos de gobierno. De 1607 a 1783, las colonias británicas norteamericanas existían bajo un sistema unitario colonial. En este sistema, la corona estableció políticas para todo el imperio a través de la distribución de recursos a los poderes coloniales locales para llevar dichas políticas a cabo.

Aunque los gobiernos unitarios obtienen beneficios en eficiencia bajo un régimen centralizado, también aumentan los costos de conformidad,⁵

4 Paul Peterson, *The Price of Federalism* (Washington D.C.: Brookings Institution Press, 1995).

5 Los costos de conformidad son la diferencia entre lo que un actor individual prefiere idealmente y lo que la sociedad colectiva realiza. Los individuos pagan costos de conformidad toda vez que las decisiones colectivas difieren de sus preferencias.

requiriendo el acatamiento de los ciudadanos a las reglas y decisiones del gobierno central, sin perjuicio de las grandes diferencias en cuanto a intereses, preferencias y necesidades regionales. Los costos de conformidad centralizada son mayores en países geográficamente dispersos y geopolíticamente diversos, como era el caso de las primeras colonias británicas.⁶

El régimen centralizado bajo la corona británica fomentó el disenso entre líderes coloniales, quienes protestaron contra los caprichos impositivos de la corona sobre cualquier producto (hierro, té, azúcar o sombreros), como también contra las severas represiones sobre cualquier desacuerdo por parte de las colonias.⁷ Esta opresión generó revueltas generalizadas, las cuales culminaron en la guerra por la independencia americana.⁸ Los nuevos estados independientes operaron bajo su primer documento constitucional, los Artículos de la Confederación, que reflejaban la profunda desconfianza de los padres fundadores hacia el régimen centralizado, de modo que el documento salvaguardaba los poderes de los estados individuales mientras establecía un gobierno central intencionalmente impotente. Ulteriormente, la desestructuración del gobierno central llevó a la caída de la Confederación.⁹ En 1787, en un intento de sortear las deficiencias de los Artículos de la Confederación, Estados Unidos adoptó un sistema federal. Buscando lograr un equilibrio entre las dos capas de gobierno, los padres fundadores trataron de establecer un gobierno central lo suficientemente fuerte como para sostener los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, que al mismo tiempo brindara a los estados jurisdicción y control autónomos.¹⁰

6 Samuel Kernell *et al.*, *The Logic of American Politics* (Washington, DC: CQ Press, 2019).

7 Patrick J. Kiger, "7 Events That Enraged Colonists and Led to the American Revolution", *History.com*, 14 de julio de 2020.

8 Kernell *et al.*, *The Logic of American Politics*.

9 National Constitution Center, "10 reasons why America's first constitution failed", *ConstitutionCenter.org*, 17 de noviembre de 2017.

10 James Madison, "Federalist No. 10: The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection", *Ourdocuments.gov*; James Madison, "Federalist No. 51: The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments", *Ourdocuments.gov*.

Sin embargo, incluso los “Federalistas” –primeros promotores del federalismo– restringieron intencionalmente el poder del gobierno nacional central. En efecto, Madison propuso la Enmienda X de la Constitución de los EE. UU., tal vez la ratificación más importante de la descentralización de poderes en la historia del sistema federal estadounidense. Dicha enmienda (todavía vigente) afirma que “los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos a los estados, quedan reservados respectivamente a los estados o al pueblo”. Estudiosos del federalismo estadounidense han caracterizado este sistema en capas o dual, en el cual el gobierno nacional y los gobiernos estatales administran esferas *mutuamente excluyentes* de jurisdicción soberana, sistema que prioriza la autonomía estatal y local.¹¹

Los fundadores diseñaron un gobierno federal con múltiples poderes consagrados en la Constitución de los Estados Unidos, incluidos los poderes de acuñar dinero, regular el comercio, declarar la guerra, disponer de las fuerzas armadas y establecer una oficina postal sin el permiso de los estados (art. 1, sec. 8). Otros poderes constitucionales federales incluyen la cláusula de supremacía (art. 6, sec. 2), la cláusula sobre lo “necesario y propio” (art. 1, sec. 8, cl. 18), y la cláusula de comercio (art. 1, sec. 8, cl. 3).

Este diseño constitucional permitió a la Corte Suprema de los Estados Unidos participar activamente en la configuración del sistema federal de los Estados Unidos a través del control de constitucionalidad. Aunque la Constitución restringe los efectos de las sentencias de la Corte Suprema a los casos concretos y a las partes involucradas (art. 3, sec. 2), las decisiones más importantes de la Corte afectan al resto de la sociedad y a las instituciones políticas.¹² A partir de la histórica decisión en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), la Corte Suprema tiene el poder de determinar si las leyes de

11 Carol S. Weissert, “Beyond Marble Cakes and Picket Fences: What U.S. Federalism Scholars Can Learn from Comparative Work”, *Journal of Politics* 73, núm. 4 (2011): 965-979.

12 La Corte Suprema de los Estados Unidos mantiene una doctrina legal, *stare decisis*, la cual obliga tanto a la Corte Suprema como a tribunales inferiores a adoptar los criterios de casos anteriores cuando deciden sobre nuevas controversias similares. En otras palabras, el *stare decisis* se basa en el poder del precedente judicial. Timothy Oyen, “Stare decisis”, *Cornell Law School Legal Information Institute*, marzo de 2017.

los estados y del gobierno federal contradicen la Constitución. Esta facultad surge de la cláusula de supremacía, la cual instituye la Constitución como la “ley suprema del territorio” (art. 6, sec. 2).¹³ Mientras que en *Marbury* la Corte invalidó parcialmente una ley federal, no fue sino hasta unos años más tarde que declaró la inconstitucionalidad de una ley estatal.¹⁴ Así, a través del uso del control de constitucionalidad y la interpretación de la cláusula de supremacía constitucional, junto a la fuerza vinculante de sus precedentes, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido capaz de dar forma al federalismo estadounidense a través de la determinación de la validez, el significado y el alcance de las disposiciones constitucionales, sin perjuicio de las prerrogativas estatales.¹⁵

Con respecto a la cláusula de lo “necesario y propio”, el gobierno federal tiene la facultad de sancionar todas las leyes que sean “necesarias y propias o adecuadas” para llevar adelante la ejecución de los poderes “enumerados”, como así también cualquier otro poder conferido por la Constitución al gobierno de los Estados Unidos. Finalmente, la cláusula de comercio permite al gobierno federal regular el comercio con los estados y las tribus indias dentro de los Estados Unidos, así como con las naciones extranjeras. Juntas, estas tres cláusulas han proporcionado históricamente una gran ventaja al gobierno federal para centralizar su poder sobre los estados.

3. El federalismo en la práctica: el sistema cooperativo o de “pastel marmoleado”

El federalismo en capas persistió desde 1789 hasta la década de 1930. Sin embargo, a partir de los años treinta, Estados Unidos ha sido testigo de una lenta pero continua centralización en casi todos los dominios políticos,

13 Para interpretar esta norma, la Corte Suprema se apoyó en el Federalista No. 78. Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *The Federalist Papers* (Nueva York: The New American Library, 1961), 467.

14 En *Fletcher vs. Peck* (1810), los jueces anularon una ley de Georgia por ser violatoria de la cláusula de comercio, un caso que se adelantaría a otros más significativos, como *McCulloch vs. Maryland* (1819) y *Gibbons vs. Ogden* (1824).

15 Véase, también, entre otras decisiones, *James vs. Dravo Contracting Co.* (1937), *Pennsylvania vs. Nelson* (1956), y *Haywood vs. Drown* (2009).

transitando hacia lo que la literatura sobre federalismo ha reconocido como un sistema federal de “pastel marmoleado”, denominado así por la confluencia de poderes y responsabilidades entre los dos niveles de gobierno.¹⁶

Algunos académicos identifican dos fases de centralización en la evolución de poderes en los Estados Unidos de América.¹⁷ El advenimiento del denominado *New Deal* bajo la presidencia de D. Roosevelt marcó el inicio de la primera fase de centralización, en la cual el gobierno federal experimentó una masiva y rápida expansión de su capacidad dirigida a proveer de ayudas económicas a millones de ciudadanos americanos empobrecidos por la Gran Depresión.¹⁸ Agencias de regulación económica, como la Corporación Federal de Seguro de Depósito (Federal Deposit Insurance Corporation - FDIC) y la Comisión de Bolsa y Valores (Securities and Exchange Commission - SEC), fueron creadas para regular y estabilizar las inversiones y el mercado de valores, mientras que la Corporación de Conservación Civil (Civilian Conservation Corps - CCC) y la Administración Nacional de Juventud (National Youth Administration - NYA) otorgaron a los desempleados empleos en la mejora de rutas interestatales y de infraestructuras en todo el sistema de parques nacionales. Al mismo tiempo, el *New Deal* creó programas de contención social que dispusieron beneficios directos para combatir la falta de vivienda y la pobreza rural, la nacionalización del desempleo y un programa de seguridad social universal. Este tipo de ayuda federal, nacional y coordinada, fue simplemente más allá de la capacidad que cualquier estado podría brindar.¹⁹

16 Weissert, “Beyond Marble Cakes”.

17 John Kincaid, “Dynamic De/Centralization in the United States: 1790-2010”, *Publius: The Journal of Federalism* 49, núm. 1 (2018): 166-193.

18 El Programa *New Deal* del Presidente Roosevelt creó varias agencias federales nuevas. Hoy, todavía existen siete, incluyendo la Administración Federal de Vivienda (FHA), la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC), la Corporación Federal de Seguro de Depósito (FDIC), la Administración de Crédito Agrícola (FCA), la Autoridad de Tennessee Valley (TVA), la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) y la Junta de Seguridad Social (SSB) (Ida Yalzadeh, “7 Alphabet Soup Agencies that Stuck Around”, *Brittanica.com*).

19 Kernell et al., *The Logic of American Politics*.

La segunda fase de centralización en las manos del gobierno federal inició en la década de 1960, con la creación de la “Gran Sociedad” por el presidente Lyndon B. Johnson. Este amplio programa político se dirigió a resolver problemas de racismo y segregación racial largamente institucionalizados, erradicar la pobreza, reducir el crimen, abolir la delincuencia y mejorar el ambiente.²⁰ El programa federal más prominente en este tiempo se denominó Medicare, una provisión de cobertura de salud a todas las personas mayores o con capacidad restringida. Medicaid, el programa hermano de Medicare, un sistema estatal y federal que brindó seguro médico a personas empobrecidas, también fue establecido como resultado de reformas avanzadas durante la Gran Sociedad de Johnson.²¹ Otros programas federales fueron dirigidos hacia a poblaciones de mayores y jóvenes, como la Red Nacional de Envejecimiento o la Ley de Educación Elemental y Secundaria.²² La dramática expansión de los poderes federales e inversiones financieras durante el *New Deal* y la Gran Sociedad implicaron que el alcance del gobierno federal se extendiera ahora mucho más allá de sus estrechas prerrogativas constitucionales.

En resumen, las dos fases de centralización a lo largo de los años treinta hasta los años sesenta cambiaron el curso del federalismo estadounidense en los próximos decenios. Desde principios del siglo XX, EE. UU. ha continuado la centralización de casi todos los ámbitos políticos, incluyendo la agricultura, defensa, actividad económica, educación, salud, seguridad, bienestar social y transporte.²³

20 Kent Germany, “Lyndon B. Johnson: Domestic Affairs”, *MillerCenter.org*.

21 U.S. Department of Health and Human Services, “What is the difference between Medicare and Medicaid?”, *hhs.gov*.

22 Administration for Community Living, “Older Americans Act”, *acl.gov*; Cameron Brenchley, “What is ESEA?”, *ED.gov*, 8 de abril de 2015.

23 Kincaid, “Dynamic De/Centralization”.

4. Los Estados (des)Unidos: el federalismo en tiempos de pandemia

A la luz de la tendencia centralizadora durante la mayor parte del siglo XX, el papel del gobierno federal en respuesta a las crisis provocadas por la pandemia es nada menos que sorprendente. La primera tendencia excepcional fue la dramática delegación del gobierno federal a los gobiernos estatales, por defecto, pero también debido a una intencional deferencia política del gobierno federal hacia los estados. El 16 de abril, el presidente Donald Trump expresó a los gobernadores estatales lo siguiente: “todos ustedes son personas capaces, creo que en todos los casos, personas muy capaces. Y ustedes van a tomar sus propias decisiones”.²⁴ Simultáneamente, algunos gobernadores decidieron centralizar la autoridad sobre ciudades y condados anteriormente autónomos, expandiendo el uso de órdenes y limitando la discrecionalidad subestatal respecto de la implementación de políticas relacionadas a la covid-19. Por ejemplo, algunos estados prohibieron a los gobiernos subestatales promulgar ordenanzas sobre mascarillas que fueran menos estrictas que las regulaciones estatales.²⁵

4.1. Federalismo durante la pandemia: derechos de los estados llevados a un extremo mortal

A pesar de la descentralización general, el gobierno federal llevó adelante múltiples políticas económicas y sanitarias durante la pandemia, aunque limitadas y desarticuladas. La información sobre el nuevo coronavirus comenzó a circular el 31 de diciembre de 2019, cuando tardíamente China informó a la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre una “neumonía de etiología desconocida”. El 3 de enero de 2020, el jefe del Centro de Control de Enfermedades (CDC) de los Estados Unidos notificó formalmente al secretario del gabinete de Salud y Servicios Humanos (Health and Human Services

24 Kevin Liptak, Kristen Holmes y Ryan Nobles, “Trump completes reversal, telling governors ‘you are going to call your own shots’ and distributes new guidelines”, *CNN.com*, 16 de abril de 2020.

25 Nestor M. Davidson y Kim Haddow, “State Preemption and Local Responses in the Pandemic”, *Acslaw.org*, 22 de junio de 2020.

-HHS), Alex Azar, y al Consejo de Seguridad Nacional de la Casa Blanca.²⁶ Días más tarde, el secretario Azar notificó al presidente Trump sobre el virus emergente, y el CDC emitió una advertencia a profesionales médicos para que se mantuviesen “alerta” con respecto a los pacientes con síntomas respiratorios.

El primer caso en suelo estadounidense se diagnosticó el 21 de enero de 2020: un ciudadano que había viajado de China al estado de Washington el 15 de enero. A finales de ese mes también se confirmó que la enfermedad se transmitía de persona a persona, dejando abierta la posibilidad de la propagación local comunitaria. Un importante portavoz de la Casa Blanca describió que existía “una creciente probabilidad de una pandemia de Covid-19 completamente desarrollada que podría infectar hasta 100 millones de estadounidenses, con una pérdida de vidas de hasta 1 a 2 millones de almas”.²⁷ Sin embargo, al mismo tiempo, el presidente Trump sostuvo confiadamente lo contrario, afirmando “lo tenemos totalmente bajo control. Es una persona que viene desde China. Todo va a estar bien”.²⁸ El 9 de febrero, el recién creado Grupo de Trabajo sobre el Coronavirus de la Casa Blanca convocó reuniones con los gobernadores para discutir la gravedad de la pandemia. Más tarde, el gobernador de Maryland, Larry Hogan, describió la reunión en términos inquietantes: “cuando salí de esa reunión informativa [...] sabíamos que esto iba a ser una crisis seria”.²⁹

En marzo, los engranajes de la gestión federal de crisis comenzarían a girar lentamente y la gran mayoría de las principales medidas federales se tomarían a finales del mes. El 2 de marzo, el vicepresidente Mike Pence y el jefe de la Grupo de Trabajo del Coronavirus declararon que “la mitigación, no la contención” era el nuevo objetivo.³⁰ El gobierno federal compraría

26 Nick Schwellenbach, “The First 100 Days of the U.S. Government’s COVID-19 Response”, *Pogo.org*, 6 de mayo de 2020.

27 Schwellenbach, “The First 100 Days”.

28 Schwellenbach, “The First 100 Days”.

29 Schwellenbach, “The First 100 Days”.

30 Schwellenbach, “The First 100 Days”. A su vez, hacia fines de octubre de 2020, la Casa Blanca abandonó este objetivo. Devan Cole, “White House Chief of Staff: ‘We are not going to control the pandemic’”, *CNN.com*, 25 de octubre de 2020.

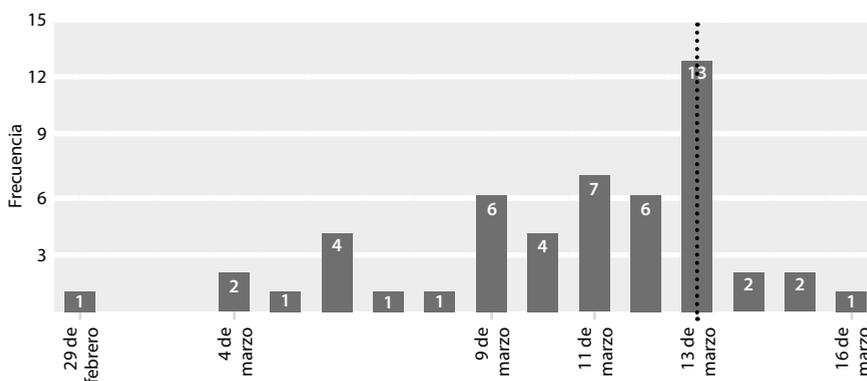
500 millones de mascarillas N95 para la Reserva Nacional Estratégica, y el 6 de marzo de 2020 el presidente Trump firmó un proyecto de ley de respuesta de emergencia por un monto de US\$8.300 millones de dólares. Una semana más tarde, el Congreso aprobó la Ley H.R. 6201 de respuesta al coronavirus *Families First*, la cual creó una licencia paga por enfermedad de covid-19, estableció centros de pruebas gratuitas para covid-19 y amplió los beneficios de desempleo. Ese mismo día, el presidente Trump anunció un programa llamado “15 días para disminuir la propagación”, un esfuerzo nacional para disminuir la propagación del coronavirus a través del distanciamiento social. Asimismo, el 18 de marzo, el país cerró sus fronteras a los viajeros no esenciales, lo que llevó a la industria del turismo internacional a un punto muerto. En los últimos días de marzo, el HHS anunció que proporcionaría 100 millones de dólares a los hospitales para ayudarlos a prepararse para una llegada de pacientes con covid-19, y el Senado aprobó la Ley de Ayuda, Alivio y Seguridad Económica contra el Coronavirus (Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security - Cares), el paquete de ayuda económica más grande en la historia de los Estados Unidos, que proporcionó a la mayoría de los adultos estadounidenses un cheque de estímulo por única vez de 1.200 dólares.³¹

Sin embargo, la Casa Blanca mantuvo su actitud de restarle importancia a la gravedad de la pandemia. Asimismo, el gobierno federal tardó en declarar el estado de emergencia³² y criticó los esfuerzos a nivel estatal para hacer frente a la crisis. La Figura 1 muestra la distribución de declaraciones de emergencia de los estados. La línea punteada azul indica la fecha en la que el gobierno federal emitió su declaración de emergencia, es decir, el 13 de marzo de 2020. El gobernador Inslee del estado de Washington fue el

31 Schwellenbach, “The First 100 Days”.

32 Presidentes y gobernadores tienen la posibilidad de declarar el estado de emergencia ante cualquier tipo de emergencia pública o desastre natural. Todos los estados otorgan a los gobernadores la autoridad para declarar el estado de emergencia a través de órdenes ejecutivas y en algunos de ellos las secretarías y agencias de salud pueden declarar estados de emergencia. Association of State and Territorial Health Officials, “Emergencies and Declarations of Emergency”, *Astho.org*.

FIGURA 1. Declaraciones estatales de emergencia previas a la declaración federal



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de National Governors Association (NGA).

primero en dictar un estado de emergencia el 29 de febrero, de este modo movilizó recursos estatales para responder rápidamente a los primeros brotes en ese estado. Cuatro días más tarde (4 de marzo), los gobernadores de California y Hawái siguieron su ejemplo. A inicios de la semana siguiente, trece estados adicionales habían declarado órdenes de emergencia en todo su estado. Por lo que cinco días antes de la declaración federal de emergencia, casi la mayoría (49,55%) de ciudadanos estadounidenses residía en estados que habían declarado sus respectivas emergencias como respuesta a la pandemia.³³

La Figura 1 deja en claro que una pluralidad de declaraciones estatales de emergencia (13) coinciden con la del gobierno federal, el 13 de marzo de 2020. Aunque la declaración del presidente Trump retrotraería los efectos de la emergencia (y de las órdenes subsecuentes) al 1 de marzo de 2020, la Figura 1 muestra claramente que una mayoría absoluta de estados (33) ya había declarado su propia emergencia estatal en respuesta a las crisis

33 En general, las declaraciones de emergencia permitieron a los poderes ejecutivos realizar modificaciones políticas unilaterales de emergencia y trasladar los recursos de manera fluida para hacer frente a la crisis local.

relacionadas a la pandemia.³⁴ Críticos sugirieron que, si el gobierno federal hubiese declarado el estado de emergencia antes del 13 de marzo, la ciudadanía habría tomado mayores precauciones frente a la pandemia.³⁵ Esta fue la primera vez en la historia de los Estados Unidos que los 50 estados (así como la mayoría de los territorios y muchas ciudades y condados) se encontraron simultáneamente bajo declaraciones estatales de emergencia.³⁶ Hacia finales de marzo, casi todos los estados habían detenido sus actividades por la declaración del estado de emergencia, emitiendo órdenes de permanecer en casa y de cierre de negocios y escuelas. Los cierres a nivel estatal se encontraron con la oposición del presidente Trump, quien declaró que el país no debería cerrar por una simple “gripe” y que le “encantaría que el país abriera y se pusiera en marcha para Pascua”.³⁷

Otro ejemplo de mala gestión fue el enfoque del gobierno federal para ampliar la capacidad de testeo: aunque la Organización Mundial de la Salud (OMS) había enviado cientos de miles de pruebas a los EE. UU. a principios de febrero, la administración de Trump optó en cambio por utilizar únicamente los tests desarrollados por su propio Centro de Control de Enfermedades (CDC). Esta situación empeoró cuando se reveló que muchas de las pruebas del CDC contenían un reactivo defectuoso, lo que impidió que muchos laboratorios procedieran con estas.³⁸ Esto significó que semanas de circulación comunitaria no fueron detectadas, ya que la transmisión viral se salió de control rápidamente en Nueva York, Los Ángeles y Seattle. Como consecuencia, el país continuó reportando números de casos artificialmente bajos durante todo febrero, debido en parte a la ineficiencia e

34 Rosie Perper, Ellen Cranley y Sarah Al-Arshani, “Almost all US states have declared states of emergency to fight coronavirus – here’s what it means for them”, *BusinessInsider.com*, 17 de marzo de 2020.

35 Elaine Kamarck, “In a national emergency, presidential competence is crucial”, *History.com*, 20 de marzo de 2020.

36 Justine Coleman, “All 50 States Under Disaster Declaration for the First Time in US History”, *The Hill*, 12 de abril de 2020.

37 Schwellenbach, “The First 100 Days”.

38 John Cohen, “The United States badly bungled coronavirus testing – but things may soon improve”, *ScienceMag.org*, 28 de febrero de 2020.

ineficacia en el testeo,³⁹ lo que permitió seguir creyendo que la pandemia no era una amenaza grave.⁴⁰ Al mismo tiempo, el presidente Trump reconoció en privado que la amenaza de covid-19 era “más mortal que incluso una gripe extenuante”, mientras que en público restó importancia a la gravedad de la amenaza de coronavirus y a la inminente pandemia mundial.⁴¹ Trump luego admitió que esta posición contradictoria era tanto intencional como estratégica: “Quise restarle importancia siempre. Todavía quiero restarle importancia, porque no quiero crear pánico.”⁴²

La respuesta del gobierno federal a la pandemia covid-19 no solo invirtió la larga tendencia a la centralización del siglo XX, sino que contrastó fuertemente con las respuestas anteriores a crisis nacionales y desastres específicos. A modo de comparación, consideremos la respuesta del gobierno federal a los ataques terroristas del 11 de septiembre, cuando operativos afiliados a Al Qaeda condujeron aviones secuestrados hacia las Torres Gemelas de la ciudad de Nueva York. Cinco días más tarde, el presidente Bush declaró públicamente una “guerra contra el terrorismo”⁴³ y en el año siguiente, veintidós agencias federales se consolidaron bajo el recientemente establecido Departamento de Seguridad Nacional (Department of Homeland Security - DHS), una medida que ha sido considerada como la mayor reorganización gubernamental desde 1947.⁴⁴ Un segundo ejemplo

39 Schwellenbach, “The First 100 Days”.

40 Cohen, “The United States badly bungled coronavirus testing”.

41 Susan B. Glasser, “Bob Woodward Finally Got Trump to Tell the Truth About COVID-19”, *NewYorker.com*, 11 de septiembre de 2020.

42 Glasser, “Bob Woodward Finally Got Trump to Tell the Truth”; Jamie Gangel, Elizabeth Stuart y Michael Warren, “‘I’m just not’: Trump told Woodward he wasn’t concerned about catching Covid in newly released audio”, *CNN.com*, 2 de octubre de 2020.

43 History.com Editors, “A Timeline of the U.S.-Led War on Terror”, *History.com*, 1 de febrero de 2019.

44 La centralización del poder que se produjo a raíz de los ataques del 11 de septiembre ha tenido varios efectos duraderos. Estos incluyen el aumento de la seguridad en los aeropuertos para los viajes nacionales e internacionales, la estandarización de las licencias de conducir y la política de inmigración y deportaciones. Matthew Green, “How 9/11 Changed America: Four Major Lasting Impacts (with Lesson Plan)”, *kqed.org*, 8 de septiembre de 2017.

fue la respuesta federal al huracán Katrina en 2005. A los pocos días de la llegada de Katrina, el presidente George W. Bush firmó un paquete de ayuda de US\$10.400 millones de dólares, ordenó el envío de 7.200 tropas de la Guardia Nacional a la región y convocó a la Agencia Federal de Gestión de Emergencias (Federal Emergency Management Agency - FEMA).⁴⁵

A la luz de la complacencia federal, los gobiernos estatales se tornaron fundamentales en la gestión de la doble crisis sanitaria y económica provocada por la pandemia. En palabras del periodista Dan Balz, “a medida que Washington ha ido tropezando, los gobernadores de ambos partidos han actuado para llenar el vacío. Esta primavera, el equilibrio de poderes se ha invertido, con los estados obligados a compensar las fallas a nivel nacional”.⁴⁶ Mientras algunos gobernadores tomaron rápidamente las riendas de la gestión de la crisis, muchos otros caracterizaron este enfoque de “dejárselo a los estados” como un abandono del deber federal y, aún peor, como una maniobra política del presidente Trump para evitar la responsabilidad electoral por fracasos durante la pandemia.⁴⁷ El exgobernador de Maryland, Martin O’Malley, señaló: “este es un enfoque darwinista del federalismo; [son] los derechos de los estados llevados a un extremo mortal [...]. La mejor versión del federalismo es que los estados y el gobierno federal trabajen juntos cuando los Estados Unidos son atacados, ya sea por el Japón imperial o por una pandemia”. Además, O’Malley sugirió que el gobierno federal –y el presidente en particular– se encontraba en una posición única para guiar al país a través de la crisis. “Más allá de todo el buen trabajo que veo que hacen los gobernadores, solo el presidente tiene la inteligencia y los recursos para apuntalar la situación, el poder de invocar la Ley de

45 Kevin Robillard, “10 facts about the Katrina response”, *Politico.com*, 3 de octubre de 2012.

46 Dan Balz, “As Washington Stumbled, Governors Stepped to the Forefront”, *WashingtonPost.com*, 3 de mayo de 2020.

47 Nancy Cook y Dan Diamond, “A Darwinian Approach to Federalism’: states confront new reality under Trump”, *Politico.com*, 31 de marzo de 2020. Las elecciones presidenciales están programadas para el 3 de noviembre de 2020, en las cuales el actual presidente Trump (partido Republicano) se enfrentará al exvicepresidente Joe Biden (partido Demócrata).

Producción de Defensa, y el control sobre si hay reservas adecuadas para las amenazas de nuestros días y las reservas FEMA".⁴⁸ Estas consideraciones demuestran la falta de cooperación que experimentó el federalismo estadounidense durante la pandemia.

4.2. Los estados se hacen cargo

¿Qué hicieron, entonces, los estados con este nuevo poder emanado de la crisis? En lo que sigue, describimos las acciones tomadas por los gobiernos estatales para manejar la propagación del nuevo coronavirus. Algunas de estas medidas incluyen el cierre de negocios minoristas no esenciales, la adopción del uso obligatorio de mascarillas en todo el estado y la política estatal sobre la apertura de escuelas. Resumimos aquí los datos recopilados por el COVID-19 US State Policy Database,⁴⁹ que registra las medidas tomadas por los estados para responder a la doble crisis sanitaria y económica de la pandemia.⁵⁰ Luego presentamos algunas evidencias para evaluar estas medidas, comparando la tasa de incidencia de covid-19 (infecciones por cada 100.000 personas) entre los estados hasta el 1 de julio de 2020.⁵¹ Observamos que existe una gran variación entre las respuestas de los estados, algunas de las cuales pueden explicarse con referencia a la baja densidad poblacional: con los primeros brotes de covid-19 limitados a los centros urbanos costeros, los líderes de los estados interiores poco poblados no se enfrentaron a la misma presión ni tuvieron que imponer

48 Cook y Diamond, "A Darwinian Approach to Federalism".

49 Julia Raifman *et al.*, *COVID-19 US State Policy Database* (Ann Arbor, MI, 15 de septiembre de 2020), The Inter-university Consortium for Political and Social Research (OPEN-ICPSR).

50 Ensheng Dong, Hongru Du y Lauren Gardner, "An Interactive Web-based Dashboard to Track COVID-19 in Real Time", *Lancet Infectious Disease*, 20, núm. 5 (2020): 533-534.

51 Tomamos los datos de infección recopilados por Johns Hopkins University, "COVID-19 Data Repository by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE)", *Johns Hopkins University*.

repentinamente medidas restrictivas.⁵² Sin embargo, también existe un claro patrón político en las políticas de los estados, y aunque los que adoptaron las restricciones relacionadas con la pandemia estuvieron gobernados por líderes de los dos partidos principales (Demócrata y Republicano), entre los que hubo menos restricciones se encuentran, por amplios márgenes, aquellos gobernados por líderes afiliados al partido republicano.⁵³

Además de las declaraciones de emergencia formal, 39 estados y el Distrito de Columbia (DC) dictaron órdenes de “permanecer en casa” o “refugiarse en el lugar”, que prohibieron o desalentaron a los residentes a abandonar sus hogares por cualquier motivo no esencial. Estas órdenes se establecieron a partir de finales de marzo y duraron entre uno y tres meses.⁵⁴ Aproximadamente al mismo tiempo, todos los estados y el DC, con la excepción de Dakota del Sur, ordenaron el cierre de restaurantes, bares y comercios minoristas no esenciales, entre muchas otras industrias de servicios (gimnasios, salones de belleza, teatros, etc.). Todos los estados, excepto dos, cerraron sus escuelas públicas para asegurar el distanciamiento social,

52 La situación ha cambiado desde entonces. A partir de octubre de 2020, los estados con las tasas más altas de casos de covid-19 son aquellos que están dispersamente poblados en el medio oeste, incluyendo Dakota del Norte, Dakota del Sur, Iowa y Nebraska. *New York Times*, “COVID in the U.S.: Latest Map and Case Count”, *The New York Times*.

53 Es importante hacer aquí una pequeña digresión con respecto al sistema de partidos políticos estadounidense. Los Estados Unidos poseen un sistema bipartidista: desde mediados del siglo XIX, los dos partidos principales a nivel nacional, el Republicano y el Demócrata, se han enfrentado en cada elección federal. El sistema estadounidense de “ganador único” (en contraste con el sistema de representación proporcional) ha favorecido la prevalencia del bipartidismo y desalentado el crecimiento y representación de “terceros” partidos, tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado. Esta dinámica se traslada a la política a nivel estatal. Los gobernadores de los 50 estados norteamericanos pertenecen ya sea al partido Republicano (26) o al Demócrata (24). Como resaltamos más adelante, es importante tener en cuenta esta dinámica al momento de analizar la toma de decisiones estatales contra la crisis de covid-19.

54 De los estados con medidas de distanciamiento social, 16 permitieron excepciones para reuniones religiosas. La media o promedio del número de días de cierre fue de 41 y la mediana 46. La orden más corta tuvo lugar en Mississippi y duró 26 días, y la más larga se dio en Oregón y estuvo vigente por un total de 87 días.

con la mayoría de estudiantes de todo el país terminando su año escolar en algún tipo de entorno de aprendizaje digital u *online* a distancia.⁵⁵

Todas las órdenes de permanecer en casa cesaron hacia fines de junio y todos los estados comenzaron a abrir sus comercios no esenciales entre abril y junio. Sin embargo, a medida que los casos aumentaron, los estados y el DC adoptaron diferentes estrategias con respecto a la apertura de bares y restaurantes (para consumo en el lugar) y de negocios de mayor riesgo de contagio, como gimnasios, centros de cuidado personal y cines y teatros.

Por un lado, un grupo de estados (19) abrieron sus bares y restaurantes, pero decidieron cerrarlos nuevamente debido al incremento de casos de coronavirus. En cambio, la mayoría (32) no dio vuelta atrás una vez que autorizó a los bares y restaurantes la apertura para consumos en el lugar.⁵⁶ Con respecto a las industrias de servicios con mayores riesgos de contagio, solo unos cuantos estados (6) volvieron a cerrar esos negocios luego de autorizar la apertura.

Más importante aún, debido al aumento de casos de coronavirus en los Estados Unidos a partir de fines de septiembre, especialmente el incremento exponencial en noviembre, algunos estados tomaron medidas más drásticas, como nuevas órdenes de permanecer en casa y el cierre numerosas instalaciones y la prohibición de ciertas actividades.⁵⁷ Otras medidas

55 Esto trajo aparejadas amplias y, en su mayoría, adversas repercusiones en relación con resultados de aprendizaje, nutrición infantil, actividad laboral de las mujeres, matriculación escolar y bienestar de los niños. Laura Meckler, Valerie Strauss y Moirah Balingit, "Plunging into Remote Learning, Families Find Stress, Chaos, and Some Surprising Wins", *The Washington Post*, 27 de marzo de 2020; Unesco, "Adverse Consequences of School Closures", *unesco.org*.

56 En este grupo se encuentra Nueva York, uno de los últimos estados en abrir bares y restaurantes para consumo en el lugar. Sin embargo, en noviembre, el gobernador Cuomo impuso restricciones horarias a bares y restaurantes. Justin Carissimo, "New York to require bars and restaurants to close by 10 p.m.", *CBSNews.com*, 11 de noviembre de 2020.

57 Mike Baker y Rebecca Halleck, "Several states add restrictions across the country, including lockdowns in New Mexico and Oregon", *New York Times*, 13 de noviembre de 2020, <https://www.nytimes.com/live/2020/11/13/world/covid-19-coronavirus-updates/several-states-add-restrictions-across-the-country-including-lockdowns-in-new-mexico-and-oregon>

estatales tomadas en respuesta a los nuevos aumentos de infecciones incluyen cierre de escuelas, nuevos límites sobre el número de personas en reuniones públicas y privadas y toques de queda nocturnos.⁵⁸

El cierre precipitado de la mayor economía del mundo trajo consigo un colapso económico que eclipsó en magnitud a las anteriores contracciones económicas.⁵⁹ Con la ayuda del paquete de estímulo federal, los estados intervinieron para proporcionar alivio y apoyo a los millones y millones de nuevos desempleados estadounidenses que perdieron sus trabajos como resultado de la crisis.⁶⁰ Solo cinco estados se negaron a proporcionar algún tipo de auxilio para desalojos, ya fuera suspendiendo los procedimientos judiciales o relajando formalmente los mecanismos de aplicación,⁶¹ y 34 estados prohibieron el corte de servicios públicos a los hogares por motivos relacionados a la pandemia. Por último, hubo una expansión general de la inversión en redes de seguridad social por parte de los estados: todos ellos y el DC implementaron políticas para permitir un mayor acceso a los programas de seguridad alimentaria y de atención médica para las familias de menores ingresos (Medicare), muchos de los cuales también flexibilizaron las restricciones o ampliaron el acceso a los beneficios de desempleo.⁶²

Esto no quiere decir que dichos esfuerzos hayan sido efectivos. En Florida, el sitio web de beneficios de desempleo fue tan defectuoso, que para el 20 de abril (más de un mes después de la crisis) solo 6% de los solicitantes

58 Baker y Halleck, "Several states add restrictions".

59 Len Kiefer, "US Labor Market Update: The U.S. Labor Market Turns Down", *Len Kiefer: Helping People Understand the Economy, Housing and Mortgage Markets*, 4 de abril de 2020. Para una dramática visualización de la contracción económica en formato de intercambio de imágenes (GIF), ver http://lenkiefer.com/img/charts_2020_04_03/claimsSA_2020_04_03.gif

60 En efecto, la reticencia del presidente Trump a imponer el cierre a nivel nacional estuvo sin dudas ligada a la crisis económica que esto causaría. Trump describió esta tensión con estas palabras: "La cura no puede ser peor que la enfermedad en sí misma".

61 Solo el estado de Nueva York implementó un programa de ayuda similar para los titulares de hipotecas.

62 Laurel Wamsley, "Gov. Says Florida's Unemployment System Was Designed to Create 'Pointless Roadblocks'", *National Public Radio*, 6 de agosto de 2020.

habían recibido beneficios de desempleo. Más tarde se reveló que esta falla fue intencional: las reformas del sistema del exgobernador Rick Scott estaban diseñadas para dificultar la solicitud y la recepción de los beneficios de desempleo, de manera que quien estuviera en el cargo pudiera reportar bajas cifras de desempleo bajo su administración.⁶³

Una medida de mitigación del virus que suscitó un intenso debate político fue la exigencia de llevar una mascarilla o barbijo, la cual exponemos en la Tabla 1. Desde principios de abril, el CDC ha sugerido que las mascarillas son eficaces para mitigar la propagación de covid-19 y⁶⁴ su uso se encuentra ampliamente reconocido como una de las herramientas menos costosas e invasivas, aunque eficaz para mitigar la propagación del virus. Sin embargo, para muchos estados, el uso obligatorio de mascarillas se ha convertido en una medida fuertemente polarizada y politizada, en la que adherentes y opositores coinciden claramente con la afiliación partidaria.⁶⁵ Dicha polarización en torno al uso obligatorio de mascarillas ha sido impulsada en parte por las élites de alto perfil. De hecho, el 3 de abril, el presidente Trump declaró que “puedes hacerlo [utilizar mascarillas]. No tienes que hacerlo. Yo estoy eligiendo no hacerlo. Puede que sea bueno. Es solo una recomendación, voluntaria”, socavando fundamentalmente los esfuerzos de los gobiernos estatales y locales para normalizar el uso de mascarillas para reducir la propagación comunitaria.⁶⁶ Numerosos políticos siguieron el ejemplo, declarando que las mascarillas son voluntarias e insinuando que las órdenes sobre su uso obligatorio constituyen una restricción inconstitucional de la libertad. En palabras del gobernador de Texas, Greg Abbott, “queremos asegurarnos de que la libertad individual no sea

63 Wamsley, “Gov. Says”.

64 Centers for Disease Control and Prevention, “Mask Wearing Evaluation”, *cdc.gov*, 18 de agosto de 2020.

65 Pew Research Center, “Republicans, Democrats Move Even Further Apart in Coronavirus Concerns”, *Pewresearch.org*, 25 de junio de 2020.

66 Ryan Lizza y Daniel Lippman, “Wearing a mask is for smug liberals. Refusing to is for reckless Republicans”, *Politico.com*, 1 de mayo de 2020.

infringida por el gobierno y, por lo tanto, el gobierno no puede exigir a los individuos que usen una máscara”.⁶⁷

TABLA 1. Órdenes de uso obligatorio de máscaras

Estados con órdenes de uso obligatorio de mascarillas (para adultos sanos) al 30 de julio de 2020		
<i>Alabama</i>	Louisiana*	<i>Ohio</i> *
<i>Arkansas</i>	Maine	Oregon
California*	<i>Maryland</i> *	Pennsylvania*
Colorado	<i>Massachusetts</i> *	Puerto Rico
Connecticut*	Michigan*	Rhode Island*
Delaware*	Minnesota	<i>Texas</i>
Distrito de Columbia	Mississippi	<i>Vermont</i>
Hawai*	Montana	Virginia*
Illinois*	Nueva Jersey*	Washington*
<i>Indiana</i> *	Nuevo México	<i>Virginia Occidental</i>
Kansas	Nueva York	Wisconsin*
Kentucky	Carolina del Norte*	
Estados sin órdenes de uso obligatorio de mascarillas al 30 de julio de 2020		
Alaska	<i>Missouri</i>	Carolina del Sur*
Arizona	<i>Nebraska</i>	Dakota del Sur
Florida*	Nevada	Tennessee*
Georgia*	<i>Nueva Hampshire</i> *	Utah
Idaho	<i>Dakota del Norte</i>	Wyoming
Iowa	<i>Oklahoma</i>	

Cursivas indican gobernadores republicanos.

* Estados por arriba de la media en densidad poblacional.

Puerto Rico y Washington D.C. no están clasificados por densidad poblacional.

Fuente: elaboración propia a partir de datos públicos.

Como se puede observar en la Tabla 1, una mayoría absoluta de 35 estados y territorios adoptaron una orden de uso obligatorio de mascarillas en todo el territorio estatal. Sin embargo, los factores densidad poblacional y partidismo son evidentes. De los estados que han ordenado el uso de mascarillas en todo su territorio, una mayoría plena (57%) representa a los estados con una densidad poblacional superior a la media, y para los estados sin requisito de uso de mascarillas, esa cifra desciende a solo el 29%. Tal vez no sea sorprendente que estados dispersamente poblados como Alaska, Nebraska, Idaho y Wyoming se hayan negado a imponer normas

67 Tasha Wibawa, “Wearing a mask in the United States is political, but Republicans are speaking out as coronavirus cases grow”, *ABC.net*, 30 de junio de 2020.

restrictivas sobre el uso de mascarillas, mientras que los densamente poblados (Nueva Jersey, Hawái) y los de las principales áreas metropolitanas (Nueva York, Massachusetts) exigieron el uso de mascarillas en todo el territorio. Al mismo tiempo, también observamos un patrón relacionado con el partidismo: de los 26 estados con gobernadores republicanos, solo el 38% (10) adoptó órdenes estatales para el uso de mascarillas; entre los estados y territorios no republicanos, el 96% exigió el uso de mascarillas. En efecto, de los 17 estados que se negaron a adoptar el requisito del uso de mascarillas, solo Nevada estaba encabezado por un gobernador del partido demócrata.⁶⁸

Recientemente, algunos estados sin órdenes de uso obligatorio de mascarillas han decidido adoptar dichas medidas.⁶⁹ Curiosamente, estas nuevas órdenes fueron establecidas en distintos momentos luego de la elección de Joe Biden como el nuevo presidente de los Estados Unidos. En múltiples ocasiones, Biden ha hecho pública su postura a favor de una orden nacional de uso obligatorio de mascarillas⁷⁰ y más recientemente ha pedido a los estados que instituyan este tipo de órdenes.⁷¹

A continuación, examinamos la posible eficacia del cierre de negocios no esenciales por estado (Figura 2), para evaluar si existe alguna correlación entre las medidas adoptadas y la tasa de infección.⁷²

68 Otra decisión política ampliamente polémica fue la reapertura en los estados de las escuelas públicas; cuatro ordenaron explícitamente abrirlas, todos ellos supervisados por gobernadores y legislaturas republicanos, mientras ningún estado gobernado por un gobernador afiliado al partido demócrata reabrió completamente sus escuelas. Gabby Birenbaum y James Bikales, "Here's Your State's Plan for Reopening Schools", *The Hill*, 20 de julio de 2020; Education Week, "Map: Where are Schools Closed?", *Edweek.org*, 28 de julio de 2020.

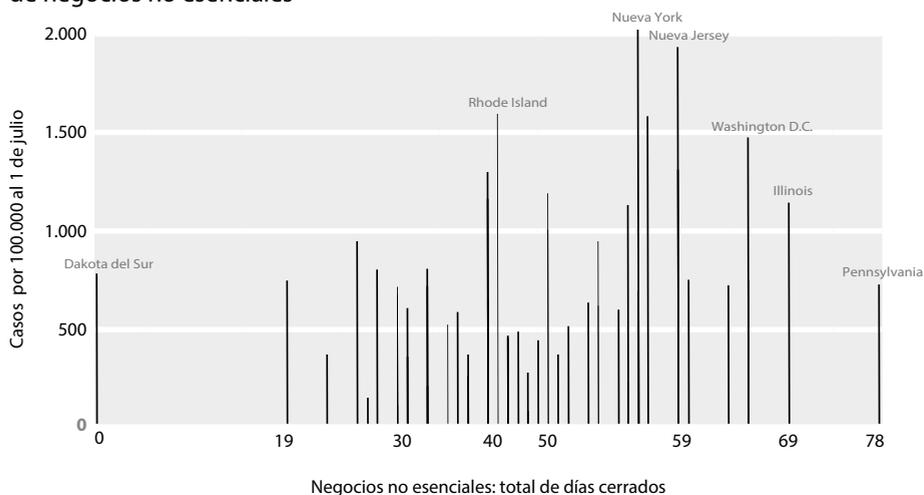
69 Jason Hanna y Christina Maxouris, "States expand mask mandates and social restrictions as Covid-19 hospitalizations reach new high", *CNN*, 18 de noviembre de 2020, <https://edition.cnn.com/2020/11/17/health/us-coronavirus-tuesday/index.html>.

70 Sheryl Gay Stolberg, "Biden's Call for 'National Mask Mandate' Gains Traction in Public Health Circles", *New York Times*, 29 de octubre de 2020.

71 Noam N. Levey, "Can Biden convince red states to wear masks?", *Los Angeles Times*, 13 de noviembre de 2020; Will Weissert, Philip Marcelo y Aamer Madhani, "Biden targets virus as his White House transition begins", *Associated Press*, 9 de noviembre de 2020.

72 Elegimos enfocarnos en el cierre de negocios no esenciales porque, a diferencia de las declaraciones de estado de emergencia, el momento y la duración de la im-

FIGURA 2. Casos de Covid-19 por cada 100.000 habitantes por días de cierre de negocios no esenciales



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de Raitman *et al.* (2020) y Johns Hopkins (2020).

El eje horizontal representa los cierres de negocios no esenciales en días, mientras que el eje vertical representa el número de casos de covid-19 por cada 100.000 personas reportadas por cada estado hasta el 1 de julio.⁷³ Los cierres de negocios no esenciales oscilaron entre 20 y 80 días. Una excepción destacable es Dakota del Sur, que nunca cerró oficialmente. Los estados con el menor número de casos son Hawái, Montana y Alaska, cuyos negocios estuvieron cerrados durante 43, 30 y 27 días, respectivamente. Los estados con los mayores aumentos de casos fueron Illinois, Nueva York, Nueva Jersey, Pensilvania y Washington, D.C. Es fundamental señalar que, con la excepción de California, Florida y Massachusetts, estos estados

posición de esta política por parte de los estados varía considerablemente de un estado a otro. Véanse los datos de Raifman *et al.*, *COVID-19 US State Policy Database*. Nuestras conclusiones generales no cambian si usamos las medidas de cierre de bares y restaurantes en lugar de las de cierre de negocios no esenciales.

73 Johns Hopkins University, "COVID-19 Data Repository". La información sobre el 1 de julio representa la tasa de infección acumulada por covid-19 aproximadamente tres meses después de la adopción de estas medidas. Esto es, también aproximadamente tres semanas después de que el último estado (Pennsylvania) levantara la prohibición, el 5 de junio de 2020.

albergan algunos de los centros urbanos más grandes y más densamente poblados.

Hay varias tendencias interesantes que se pueden observar en la Figura 2. En primer lugar, la relación entre las variables referidas al cierre de negocios no esenciales y el recuento de casos muestra una correlación modesta, aunque positiva ($r = 0,25$). Esto implica que los estados que estuvieron más tiempo cerrados también vieron las tasas más altas de infección el 1 de julio. Esto no es sorprendente, dado que los estados con la mayor duración de cierres son también aquellos con los centros urbanos más importantes. Ligada a esto, la correlación entre la densidad poblacional y el número de casos es positiva, pero todavía modesta ($r = 0,35$). Finalmente, cuando retiramos los 10 mayores estados "atípicos" (*outliers*) de nuestros datos, la correlación es de $r = -0,09$, que es estadísticamente indiferenciable de cero. Esta correlación implicaría que, para los 40 estados "típicos", los cierres más prolongados podrían haber producido una reducción en la tasa de infección. Esto es solo una conjetura y, si fuera correcta, el efecto sería menor.

Sin embargo, con solo correlaciones bivariadas no podemos elaborar conclusiones causales y las débiles correlaciones que encontramos exigen aún más restricción inferencial. De hecho, no controlamos las posibles variables de confusión, incluidas las que serían críticas para explicar las tasas de incidencia, como la densidad poblacional (que afecta a la transmisibilidad) o el testeo (que afecta a la detección). Dejando de lado estas advertencias, la naturaleza relativamente débil de nuestras correlaciones apunta a dos posibles conclusiones. En primer lugar, si los estados que han permanecido cerrados durante más tiempo albergan también poblaciones en las que la transmisión está más extendida (debido a la elevada densidad poblacional), entonces nuestras débiles correlaciones podrían indicar el éxito de la mitigación de covid-19: en estos estados y zonas densamente poblados, el número de casos podría haber sido mucho mayor si las autoridades no hubiesen limitado la interacción pública. En segundo lugar, nuestras débiles correlaciones sugieren que, tal vez, los estados son en realidad demasiado diversos para adoptar un enfoque estandarizado u otras estrategias

de mitigación viral relacionadas. Futuras investigaciones estudiarán estas posibilidades con mayor profundidad.

Sin embargo, como sugerimos más arriba, la utilización de enfoques no estandarizados para afrontar la pandemia en los Estados Unidos no vino acompañada de mecanismos de cooperación y coordinación entre el gobierno federal y los gobiernos estatales.

4.3. Centralización de estado a localidades durante covid-19

Al mismo tiempo que los poderes eran “transferidos” desde el gobierno federal hacia los gobiernos estatales, el país presenció una marcada centralización de los gobiernos estatales en relación con los gobiernos locales (subestatales) durante la pandemia covid-19 de 2020. En las décadas que precedieron a la crisis pandémica, los estados han utilizado a menudo una política de *prelación o preferencia general (blanket preemption)*, por la cual los estados se anticipan a las acciones locales sin que ellos mismos establezcan una política estándar.⁷⁴ A menudo, las medidas estatales para adelantarse al gobierno local tienen su origen en desacuerdos ideológicos entre los ejecutivos urbanos de las grandes ciudades (poblaciones que se inclinan por los demócratas), situadas en estados por lo demás conservadores (con liderazgo estatal republicano). En consecuencia, se produjeron múltiples

74 Lori Riverstone-Newell, “The Rise of State Preemption Laws in Response to Local Policy Innovation”, *Publius: The Journal of Federalism* 47, núm. 3 (2017): 403-425; Jennifer L. Pomeranz y Mark Pertschuk, “State Preemption: A Significant and Quiet Threat to Public Health in the United States”, *American Journal of Public Health* 107, núm. 6 (2017): 900-902. En términos constitucionales, las localidades no tienen poderes inherentes; en cambio, se les otorgan poderes a discreción de su estado. Kernell *et al.*, *The Logic of American Politics*. Sin embargo, las localidades pueden disputar la prelación estatal mediante demandas y los estados pueden demandar a sus propias localidades. Además, un estado puede emitir multas o cortar la ayuda estatal, si las localidades desobedecen una orden ejecutiva. Richard Briffault, “The Challenge of the New Preemption”, *Stanford Law Review* 70, núm. 6 (2018): 1995-2007. Un ejemplo temprano pero influyente de prelación general se produjo en 2012 en Kentucky, cuando los legisladores estatales impidieron que los municipios regularan las armas de fuego; esto tuvo un efecto paralizante en los esfuerzos locales y municipales para regular la venta de armas en sus municipios. Jennifer Masca, “In Much of the Country, Cities Can’t Enact Their Own Gun Laws”, *TheTrace.com*, 8 de diciembre de 2018.

controversias entre los estados y las localidades en los ámbitos políticos en los que las posiciones partidistas discreparon, como la aplicación de las leyes inmigratorias, derechos LGBTQ y políticas de bienestar social.⁷⁵

En la era de covid-19, los gobernadores comenzaron a adelantarse a sus localidades en un intento de combatir la crisis, centralizando sumariamente el poder en manos de los ejecutivos estatales. Aunque la prelación general era una táctica común, los ejecutivos estatales también utilizaron una prelación más específica, en la que establecieron políticas concretas y exigieron a los condados y entidades subestatales que hicieran lo mismo. Por ejemplo, el 17 de marzo, la gobernadora de Kansas, Laura Kelly, ordenó a los proveedores de servicios públicos que “suspendieran temporalmente la práctica de desconectar el servicio a los ciudadanos de Kansas por falta de pago”. Las políticas de prelación comunes se centraron en la prohibición de grandes reuniones, el cierre de bares, restaurantes y escuelas y el uso de mascarillas en público.⁷⁶

Al igual que antes de la crisis, estos conflictos entre los estados y las localidades en relación con la prelación a menudo tuvieron su origen en la divergencia de opiniones sobre la respuesta adecuada a las crisis sanitaria y económica. En algunos casos, las localidades prefirieron normas más permisivas que las exigidas por las regulaciones estatales.⁷⁷ Asimismo, el gobernador de Nueva York, Andrew Cuomo, revocó repetida y sumariamente las políticas establecidas por el alcalde de la ciudad de Nueva York, Bill De Blasio, en un enfrentamiento de gran repercusión entre los dos ejecutivos,

75 G. Ross Stephens, “State Centralization and the Erosion of Local Autonomy”, *Journal of Politics* 36, núm. 1 (1974): 44-76; Ann O’M. Bowman y Richard C. Kearney, “Second-Order Devolution: Data and Doubt”, *Publius: The Journal of Federalism* 41, núm. 4 (2011): 563-585; Ann O’M. Bowman y Richard C. Kearney, “The Legislative Transformation of State-Local Relations”, en *Intergovernmental Relations in Transition: Reflection and Directions*, ed. por Carl W. Stenberg y David Hamilton (Nueva York: Taylor and Francis, 2018), 193-206.

76 National Council of State Governments, “COVID-19 Resources for State Leaders”, *CSG.org*.

77 Chris Dolmetsch y Flynn McRoberts, “New Jersey Wins Injunction to Block Asbury Park’s Indoor Dining Plan”, *Bloomberg.com*, 12 de junio de 2020.

que algunos caracterizaron como el punto más alto de una rivalidad política en curso.⁷⁸ En otros casos, los ejecutivos locales buscaron imponer regulaciones más estrictas que las de sus respectivos estados. El gobernador republicano de Georgia, Brian Kemp, demandó a la alcaldesa demócrata de Atlanta, Keisha Lance-Bottoms, por exigir a sus residentes que utilizaran mascarillas en público y aplicaran medidas de distanciamiento social, demanda que finalmente retiró.⁷⁹ No obstante, la tendencia a centralizar el poder en manos de los estados en relación tanto con el gobierno federal como con las ciudades y los condados implica que los gobiernos estatales probablemente mantendrán poderes sustantivos durante muchos años.

4.4. El poder judicial en el marco de la pandemia

A nivel estatal, la mayoría de las cortes y juzgados ratificaron las medidas tomadas por los gobernadores, aunque existieron excepciones. Por ejemplo, varios casos judiciales dictaminaron que las órdenes de uso obligatorio de mascarillas no vulneran garantías constitucionales.⁸⁰ En Kentucky, por el contrario, un juez impugnó dichas órdenes.⁸¹ Otras decisiones judiciales examinaron las órdenes de permanecer en casa y el cierre de negocios no esenciales. En mayo, un juez federal determinó la constitucionalidad de la orden de permanencia en el hogar decretada por el gobernador Pritzker de Illinois.⁸² Más tarde, en julio, un juez estatal declaró nula la extensión de la orden de permanecer en casa, al afirmar que la ley estatal no permitía al

78 Ross Barkan, "A Brief History of the Cuomo-de Blasio Feud", *The Nation*, 17 de abril de 2020.

79 Peter Martinez, "Georgia governor withdrawing lawsuit against Atlanta mayor over face mask mandate."

80 Véase, por ejemplo, los casos de Florida *Carroll vs. Gadsden County* y *French vs. Curry*. David Bauerlein, "Judge upholds, Mayor Curry extends Jacksonville mask mandate for COVID-19", *Jacksonville.com*, 28 de septiembre de 2020; Pat Mueller, "Judge rules in favor of Gadsden County mask mandate following lawsuit", *Wctv.tv*, 26 de agosto de 2020.

81 Véase el caso *Lindoo, Kraft, and Widiker vs. Beshear*. Dylan Loven, "Gov. Beshear: Mask Mandate in Effect, Despite Judge's Order", *Usnews.com*, 10 de julio de 2020.

82 Ben Pope, "U.S. district judge rules Pritzker's stay-at-home order constitutional", *Chicago Sun Times*, 3 de mayo de 2020.

governador extender las proclamaciones de emergencia más allá de los treinta días o restringir las actividades y negocios de residentes a través de órdenes ejecutivas.⁸³ En Wisconsin, la Corte Suprema estatal revocó la extensión de la orden de permanecer en casa dictada por el gobernador Evers.⁸⁴

Con respecto a las decisiones de autoridades subestatales, en noviembre, una corte de apelaciones de Texas bloqueó una orden del condado de El Paso que decretaba una orden de permanencia en casa y el cierre de negocios esenciales. Los jueces argumentaron que las decisiones del condado no pueden ir en contra de las pretensiones de las autoridades estatales.⁸⁵

A nivel federal, la intervención judicial más destacada fue la demanda introducida por la Universidad de Harvard y el Massachusetts Institute of Technology (MIT), quienes impugnaron una regulación de la agencia de Servicio de Inmigración y Aduanas (Immigration and Customs Enforcement - ICE) dependiente del departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos. La regulación dificultaba la estadía de estudiantes internacionales en los Estados Unidos, requiriéndoles que cursaran al menos una materia en forma presencial. Según la normativa, los estudiantes que no pudieran cumplir con ese requisito deberían cambiar de universidad o regresar a sus países de origen, bajo riesgo de ser deportados.⁸⁶ Algunos analistas sugirieron que estas directivas eran parte de los esfuerzos de la Casa Blanca para presionar a las universidades a brindar clases presenciales durante el semestre de otoño.⁸⁷ La demanda de Harvard y MIT culminó

83 Dan Petrella, "Downstate judge voids Gov. J.B. Pritzker's coronavirus orders; state to appeal", *Chicago Tribune*, 2 de julio de 2020.

84 Neil Vigdor, "Wisconsin Supreme Court Strikes Down Stay-at-Home Order", *New York Times*, 13 de mayo de 2020.

85 Elizabeth Findell, "El Paso Covid-19 Shutdown Blocked by Texas Court as Cases Rise", *The Wall Street Journal*, 13 de noviembre de 2020.

86 U.S. Immigration and Customs Enforcement, "SEVP modifies temporary exemptions for nonimmigrant students taking online courses during fall 2020 semester", *ICE.gov*, 7 de julio de 2020.

87 Anemona Hartocollis y Miriam Jordan, "Harvard and M.I.T. Sue to Stop Trump Visa Rules for Foreign Students", *New York Times*, 8 de julio de 2020.

con un acuerdo judicial por el cual el ICE accedió a revocar la polémica normativa.⁸⁸

Finalmente, desde el punto de vista institucional, los poderes judiciales en los Estados Unidos sufrieron transformaciones en cuanto a sus funcionamiento operacionales. Como Alyx Mark sugiere, en la era prepandemia el ecosistema judicial se apoyaba en la documentación en formato papel y, en las audiencias, en la presencia física de los operadores judiciales.⁸⁹ Forzadas por la situación mundial, las cortes tuvieron una gran discreción para innovar con respecto a las viejas prácticas. Las respuestas de las cortes estatales variaron en el tiempo y en las formas, principalmente debido a la situación sanitaria de cada estado y a las prioridades de cada gobernador. Como consecuencia de estas variaciones, Mark argumenta, ello impactó en “lo que significa buscar remedios legales en uno u otro estado o jurisdicción, tanto en el contexto de la pandemia como después de que la misma haya pasado.”⁹⁰

5. El precio del federalismo: implicancias de la descentralización en una pandemia

“El federalismo puede producir resultados desiguales entre los estados, comunidades y los individuos que viven dentro de estas diferentes jurisdicciones.”⁹¹ El traspaso de la antorcha del gobierno federal a los gobiernos estatales ha tenido graves consecuencias para los resultados de la pandemia en los Estados Unidos, especialmente en lo que respecta a la salud pública y a las discrepancias económicas y raciales.

Esto es evidente en la comparación entre los casos de Nueva York y Georgia y Florida. Durante el verano de 2020, estados del sur como Georgia

88 Harvard University, “ICE Rescinds International Order in Response to Harvard-MIT Suit”, *Harvard.edu*, 14 de julio de 2020.

89 Alyx Mark, “Rapid: Procedural changes in state courts during COVID-19”, *National Science Foundation Rapid Response Research*, SES 2028981.

90 Alyx Mark, “‘Goodnight, Status Quo:’ State Court Innovation in the Wake of Covid-19”, *Working Paper*, consultado el 24 de noviembre de 2020.

91 Simon A. Christopher, Brent S. Steel y Nicholas P. Lovrich, *State and Local Government: Sustainability in the 21st Century* (Nueva York: Oxford University Press, 2010).

y Florida experimentaron algunas de las peores consecuencias de la pandemia en materia de salud.⁹² Muchos observadores casuales atribuyen estas tendencias a la velocidad de cierre y reapertura de cada estado. Por ejemplo, el estado de Georgia fue uno de los últimos en cerrar y uno de los primeros en reabrir, mientras que la mayoría de los estados fueron más cautelosos. En julio, los casos diarios de coronavirus del estado de Georgia aumentaron exponencialmente y, en agosto, el estado reportó su mayor número de muertes diarias.⁹³ Por el otro lado, en Nueva York, donde los casos estallaron en marzo y principios de abril, se ha mantenido en gran medida una “curva aplanada” que el gobernador Andrew Cuomo ha atribuido a sus propias prohibiciones estrictas en varias facetas de la vida pública. Dicho esto, nuestras conclusiones de la Figura 3 resaltan un punto importante: los casos de Georgia y Nueva York no se traducen en tendencias consistentes; en otras palabras, esto no quiere decir que todos los estados que abrieron temprano sufrieron brotes masivos, según nuestras medidas y correlaciones. Tampoco tenemos evidencia concreta de que la duración de los cierres esté altamente correlacionada con la disminución de infecciones por coronavirus.

Otra consecuencia está en las discrepancias económicas que se han generado entre los estados. A pesar de su impresionante disminución en los casos de covid-19, la tasa de desempleo en julio en el estado de Nueva York fue del 15,9%, situándose en el número 49 de 50 en los Estados Unidos en términos de desempleo en todo el estado. Mientras tanto, en Georgia, su tasa de desempleo de julio de 2020 fue del 7,6%, ocupando el puesto 15 de 50 en los Estados Unidos.⁹⁴ Las consecuencias del desempleo se perciben de manera diferente en cada estado y el gasto de la red de seguridad social varía mucho dependiendo del estado en el que se resida. De los reclamos de desempleo de Florida recibidos entre el 15 de marzo y el

92 Adrian Mojica, “States in southeast, west show ‘uncontrolled spread’ of COVID-19 based on fed guidelines”, *Fox17.com*, 14 de julio de 2020.

93 Grace Hauck, “Late to shut down, first to reopen, Georgia reports its highest daily death toll”, *USAToday.com*, 13 de agosto de 2020.

94 United States Bureau of Labor Statistics, “Local Area Unemployment Statistics”.

23 de junio, solo el 63,11% fueron aprobados,⁹⁵ y aun aquellos que fueron aprobados tuvieron dificultades para acceder efectivamente a los beneficios.⁹⁶ Por otro lado, el Departamento de Trabajo de Nueva York anunció su intención de “no descansar hasta que cada neoyorquino que califique haya recibido sus beneficios”⁹⁷

Una consecuencia indiscutible de la descentralización durante la pandemia es el empeoramiento de las disparidades raciales y de ingresos. Históricamente, las comunidades afroamericanas e hispanas en los Estados Unidos han tenido los niveles más bajos en cuanto al seguro médico, tasas más altas de enfermedades crónicas y menores expectativas de vida.⁹⁸ Estas discrepancias empeoraron durante la pandemia causada por el coronavirus. Un informe del CDC de abril reveló que los ciudadanos afroamericanos conformaron el 33% de los pacientes hospitalizados de covid-19, a pesar de que solo representaron el 18% de la comunidad evaluada. En junio, un informe de la Universidad de Yale reveló que los ciudadanos afroamericanos constituyeron el 25% de las muertes por covid-19, a pesar de ser solo el 13% de la población de los Estados Unidos.⁹⁹

6. Conclusión

Desde el comienzo de la pandemia, el presidente Trump instó a los estados a tomar las riendas en la lucha contra los efectos de la pandemia covid-19 sobre la salud pública y la economía.¹⁰⁰ Si bien el federalismo de los Estados Unidos ha tendido históricamente a la centralización, la delegación tácita

95 Emilee Speck, “Florida offers no guidance for 40% denied unemployment benefits, many of whom qualify under CARES Act”, *Clickorlando.com*, 27 de abril de 2020.

96 Wamsley, “Gov. Says”.

97 NBC New York, “NY Labor Dept: \$5.8 Billion in Unemployment Benefits Paid Since Start of Pandemic”, *NBCNewYork.com*, 7 de mayo de 2020.

98 James B. Kirby y Toshiko Kaneda, “‘Double Jeopardy’ Measure Suggests Blacks and Hispanics Face More Severe Disparities than Previously Indicated”, *Health Affairs* 32, núm. 10 (2013): 1766-1772.

99 Ana Sandoiu, “Racial inequalities in COVID-19 — the impact on black communities”, *MedicalNewsToday.com*, 5 de junio de 2020.

100 Liptak, Holmes y Nobles, “Trump completes reversal”.

e intencional a los gobiernos estatales en respuesta a la pandemia representa un cambio drástico en esta tendencia centralizadora. En este capítulo mostramos que muchos estados asumieron una postura proactiva en cuanto a la mitigación del virus y el alivio económico, adaptando cada uno de ellos su respuesta a las necesidades locales. Específicamente, los datos sugieren que en los estados densamente poblados el número de casos podría haber sido mucho mayor si las autoridades no hubiesen limitado la interacción pública. Asimismo, observamos que las diferencias entre los estados desalientan la estandarización de las estrategias de mitigación viral.

Nuestro estudio de caso de los Estados “cada vez menos” Unidos ilustra las tensiones intrínsecas que implica el federalismo. La doble crisis económica y de salud pública ha brindado a los estados la oportunidad de mejorar sus conocimientos técnicos e innovar a través del proceso de elaboración de políticas. Los estados también han sido empoderados para adaptar sus políticas a las necesidades regionales –o localizadas– y cambiar hábilmente de rumbo cuando las exigencias locales exigían un cambio. Sin embargo, esta descentralización en tiempos de crisis también ilustra el “precio del federalismo”, ya que los estados ofrecieron a sus ciudadanos soluciones muy diferentes a las crisis provocadas por la enfermedad covid-19 y empeoraron las desigualdades que precedieron a la era de la pandemia.¹⁰¹ Por otro lado, si bien la descentralización estadounidense durante la pandemia reforzó cierta forma de federalismo, también es cierto que faltaron herramientas de cooperación y coordinación entre el gobierno federal y los gobiernos estatales.

Las investigaciones futuras deberán continuar analizando las tendencias generadas por la descentralización de la respuesta a las crisis, para comprender mejor las concesiones y compromisos que el federalismo necesariamente implica y para entender cómo la pandemia de covid-19 configuró el federalismo estadounidense para los años venideros.

101 Peterson, *The Price of Federalism*.

Referencias

- Administration for Community Living. "Older Americans Act". *ACL.gov*. <https://acl.gov/about-acl/authorizing-statutes/older-americans-act>
- Association of State and Territorial Health Officials. "Emergencies and Declarations of Emergency". *Astho.org*. <https://www.astho.org/Programs/Preparedness/Public-Health-Emergency-Law/Emergency-Authority-and-Immunity-Toolkit/Emergency-Declarations-and-Authorities-Fact-Sheet/>
- Baker, Mike y Rebecca Halleck. "Several states add restrictions across the country, including lockdowns in New Mexico and Oregon". *New York Times*, 13 de noviembre de 2020, <https://www.nytimes.com/live/2020/11/13/world/covid-19-coronavirus-updates/several-states-add-restrictions-across-the-country-including-lockdowns-in-new-mexico-and-oregon>
- Balz, Dan. "As Washington Stumbled, Governors Stepped to the Forefront". *WashingtonPost.com*, 3 de mayo de 2020. <https://www.washingtonpost.com/graphics/2020/politics/power-to-states-and-governors-during-coronavirus/>
- Barkan, Ross. "A Brief History of the Cuomo-de Blasio Fued". *The Nation*, 17 de abril de 2020. <https://www.thenation.com/article/politics/cuomo-deblasio-covid-feud/>
- Bauerlein, David. "Judge upholds, Mayor Curry extends Jacksonville mask mandate for COVID-19". *Jacksonville.com*, 28 septiembre de 2020. <https://www.jacksonville.com/story/news/local/2020/09/28/mayor-lenny-curry-extends-jacksonville-mask-mandate-another-30-days/3561846001/>
- Birenbaum, Gabby y James Bikales. "Here's Your State's Plan for Reopening Schools". *The Hill*, 20 de julio de 2020. <https://thehill.com/homenews/state-watch/508105-heres-your-states-plan-for-reopening-schools>
- Bowman, Ann O'M. y Richard C. Kearney. "Second-Order Devolution: Data and Doubt". *Publius: The Journal of Federalism* 41, núm. 4 (2011): 563-585.
- Bowman, Ann O'M. y Richard C. Kearney. "The Legislative Transformation of State-Local Relations". En *Intergovernmental Relations in Transition: Reflection and Directions*, editado por Carl W. Stenberg y David Hamilton. Nueva York: Taylor and Francis, 2018, 193-206.
- Brenchley, Cameron. "What is ESEA?". *ED.gov*, 8 de abril de 2015. <https://blog.ed.gov/2015/04/what-is-esea/>
- Briffault, Richard. "The Challenge of the New Preemption". *Stanford Law Review* 70, núm. 6 (2018): 1995-2007.

- Bureau of Labor Statistics. "Local Area Unemployment Statistics". *BLS.gov*. <https://www.bls.gov/web/laus/laumstrk.htm>
- Carissimo, Justin. "New York to require bars and restaurants to close by 10 p.m". *CBSNews.com*, 11 de noviembre de 2020. <https://www.cbsnews.com/news/new-york-covid-cuomo-announcement-bars-restaurants-close-10-pm/>.
- Centers for Disease Control and Prevention. "Cases in the U.S.". *CDC.gov*. <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/cases-updates/cases-in-us.html>
- Centers for Disease Control and Prevention. "Mask Wearing Evaluation". *CDC.gov*, 18 agosto de 2020. <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/php/mask-evaluation.html>
- Christopher, Simon A., Brent S. Steel y Nicholas P. Lovrich. *State and Local Government: Sustainability in the 21st Century*. Nueva York: Oxford University Press, 2010.
- Cohen, John. "The United States badly bungled coronavirus testing – but things may soon improve". *ScienceMag.org*, 28 de febrero de 2020. <https://www.sciencemag.org/news/2020/02/united-states-badly-bungled-coronavirus-testing-things-may-soon-improve>
- Cole, Devan. "White House Chief of Staff: 'We are not going to control the pandemic'". *CNN.com*, 25 de octubre de 2020. <https://www.cnn.com/2020/10/25/politics/mark-meadows-controlling-coronavirus-pandemic-cnntv/index.html>
- Coleman, Justine. "All 50 States Under Disaster Declaration for the First Time in US History". *The Hill*, 12 de abril de 2020. <https://thehill.com/policy/healthcare/public-global-health/492433-all-50-states-under-disaster-declaration-for-first>
- Cook, Nancy and Dan Diamond. "'A Darwinian Approach to Federalism': states confront new reality under Trump". *Politico.com*, 31 de marzo de 2020. <https://www.politico.com/news/2020/03/31/governors-trump-coronavirus-156875>
- Davidson, Nestor M. y Kim Haddow. "State Preemption and Local Responses in the Pandemic". *Acslaw.org*, 22 de junio de 2020. <https://www.acslaw.org/expertforum/state-preemption-and-local-responses-in-the-pandemic/>
- Dolmetsch, Chris and Flynn McRoberts. "New Jersey Wins Injunction to Block Asbury Park's Indoor Dining Plan". *Bloomberg.com*, 12 de junio de 2020. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-06-12/n-j-suing-asbury-park-over-indoor-dining-governor-murphy-says>

- Dong, Ensheng, Hongru Du y Lauren Gardner. "An Interactive Web-based Dashboard to Track COVID-19 in Real Time". *Lancet Infectious Disease* 20, núm. 5 (2020): 533-534. [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30120-1](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30120-1)
- Education Week. "Map: Where are Schools Closed?". *Edweek.com*, 28 de julio de 2020. <https://www.edweek.org/ew/section/multimedia/map-covid-19-schools-open-closed.html>
- Findell, Elizabeth. "El Paso Covid-19 Shutdown Blocked by Texas Court as Cases Rise". *The Wall Street Journal*, 13 de noviembre de 2020. <https://www.wsj.com/articles/el-paso-covid-19-shutdown-blocked-by-texas-court-as-cases-rise-11605321300>
- Gangel, Jamie, Elizabeth Stuart y Michael Warren. "'I'm just not': Trump told Woodward he wasn't concerned about catching Covid in newly released audio". *CNN.com*, 2 de octubre de 2020. <https://www.cnn.com/2020/10/02/politics/trump-woodward-interview-covid/index.html>
- Germany, Kent. "Lyndon B. Johnson: Domestic Affairs". *MillerCenter.org*. <https://millercenter.org/president/lbjohnson/domestic-affairs>
- Glasser, Susan B. "Bob Woodward Finally Got Trump to Tell the Truth About COVID-19". *NewYorker.com*, 11 de septiembre de 2020. <https://www.newyorker.com/news/letter-from-trumps-washington/bob-woodward-finally-got-trump-to-tell-the-truth-about-covid-19>
- Green, Matthew. "How 9/11 Changed America: Four Major Lasting Impacts (with Lesson Plan)". *kqed.org*, 8 de septiembre de 2017. <https://www.kqed.org/lowdown/14066/13-years-later-four-major-lasting-impacts-of-911>.
- Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. *The Federalist Papers*. Nueva York: The New American Library, 1961.
- Hanna, Jason y Christina Maxouris. "States expand mask mandates and social restrictions as Covid-19 hospitalizations reach new high". *CNN*, 18 de noviembre de 2020, <https://edition.cnn.com/2020/11/17/health/us-coronavirus-tuesday/index.html>
- Hartocollis, Anemona y Miriam Jordan. "Harvard and M.I.T. Sue to Stop Trump Visa Rules for Foreign Students". *New York Times*, 8 de julio de 2020. <https://www.nytimes.com/2020/07/08/us/harvard-mit-trump-ice-students.html>
- Harvard University. "ICE Rescinds International Order in Response to Harvard-MIT Suit". *Harvard.edu*, 14 de julio de 2020. <https://www.harvard.edu/president/news/2020/ice-rescinds-international-order-response-to-harvard-mit-suit>

- Hauck, Grace. "Late to shut down, first to reopen, Georgia reports its highest daily death toll". *USAToday.com*, 13 de agosto de 2020. <https://www.usa-today.com/story/news/health/2020/08/13/georgia-coronavirus-pandemic-school-highest-daily-deaths/3347071001/>
- History.com Editors. "A Timeline of the U.S.-Led War on Terror". *History.com*, 1 de febrero de 2019. <https://www.history.com/topics/21st-century/war-on-terror-timeline/>
- Johns Hopkins University. "COVID-19 Data Repository by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE)". *Johns Hopkins University*. <https://github.com/CSSEGISandData/COVID-19>
- Kamarck, Elaine. "In a national emergency, presidential competence is crucial". *History.com*, 20 de marzo de 2020. <https://www.brookings.edu/blog/fixgov/2020/03/20/in-a-national-emergency-presidential-competence-is-crucial/>
- Kernell, Samuel, Gary C. Jacobson, Thad Kousser, and Lynn Vavreck. *The Logic of American Politics*. Washington, DC: CQ Press, 2019.
- Kiefer, Len. "US Labor Market Update: The U.S. Labor Market Turns Down". *Len Kiefer: Helping People Understand the Economy, Housing and Mortgage Markets*, 4 de abril de 2020. <http://lenkiefer.com/2020/04/03/us-labor-market-update-april-2020/>
- Kiger, Patrick J. "7 Events That Enraged Colonists and Led to the American Revolution". *History.com*, 14 de julio de 2020. <https://www.history.com/news/american-revolution-causes>
- Kincaid, John. "Dynamic De/Centralization in the United States: 1790-2010". *Publius: The Journal of Federalism* 49, núm. 1 (2018): 166-193.
- Kirby, James B. and Toshiko Kaneda. "Double Jeopardy' Measure Suggests Blacks And Hispanics Face More Severe Disparities Than Previously Indicated". *Health Affairs* 32, núm. 10 (2013): 1766-1772.
- Levey, Noam N. "Can Biden convince red states to wear masks?". *Los Angeles Times*, 13 de noviembre de 2020. <https://www.latimes.com/politics/story/2020-11-13/can-biden-convince-red-states-to-wear-masks>
- Liptak, Kevin, Kristen Holmes, and Ryan Nobles. "Trump completes reversal, telling governors 'you are going to call your own shots' and distributes new guidelines". *CNN.com*, 16 de abril de 2020. <https://www.cnn.com/2020/04/16/politics/donald-trump-reopening-guidelines-coronavirus/index.html>
- Lizza, Ryan y Daniel Lippman. "Wearing a mask is for smug liberals. Refusing to is for reckless Republicans". *Politico.com*, 1 de mayo de 2020. <https://www.politico.com/news/2020/05/01/masks-politics-coronavirus-227765>

- Loven, Dylan. "Gov. Beshear: Mask Mandate in Effect, Despite Judge's Order". *Usnews.com*, 10 de julio de 2020. <https://www.usnews.com/news/best-states/kentucky/articles/2020-07-10/judge-deals-blow-to-kentucky-governors-executive-orders>
- Madison, James. "Federalist No. 10: The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection" *Ourdocuments.gov*. <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=10>
- Madison, James. "Federalist No. 51: The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments". *Ourdocuments.gov*. <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51>
- Mark, Alyx. "Goodnight, Status Quo: State Court Innovation in the Wake of Covid-19". *Working Paper*.
- Mark, Alyx. "RAPID: Procedural changes in state courts during COVID-19". *National Science Foundation Rapid Response Research*, SES 2028981, https://www.nsf.gov/awardsearch/showAward?AWD_ID=2028981&HistoricalAwards=false
- Martinez, Peter. "Georgia governor withdrawing lawsuit against Atlanta mayor over face mask mandate". *CBSNews.com*, 13 de agosto de 2020. <https://www.cbsnews.com/news/kemp-georgia-governor-withdrawing-lawsuit-against-atlanta-mayor-coronavirus-face-mask-mandate-restrictions/>
- Masca, Jennifer. "In Much of the Country, Cities Can't Enact Their Own Gun Laws". *TheTrace.com*, 8 de diciembre de 2018. <https://www.thetrace.org/2018/12/preemption-nra-local-gun-laws/>
- Meckler, Laura, Valerie Strauss y Moirah Balingit. "Plunging into Remote Learning, Families Find Stress, Chaos, and Some Surprising Wins". *The Washington Post*, 27 de marzo de 2020. https://www.washingtonpost.com/local/education/plunging-into-remote-learning-families-find-stress-chaos-and-some-surprising-wins/2020/03/27/36429de4-6f90-11ea-aa80-c2470c6b2034_story.html
- Mojica, Adrian. "States in southeast, west show 'uncontrolled spread' of COVID-19 based on fed guidelines". *Fox17.com*, 14 de julio de 2020. <https://fox17.com/news/local/states-in-southeast-west-show-uncontrolled-spread-of-covid-19-based-on-federal-data-alabama-arizona-arkansas-california-florida-tennessee-georgia-louisiana-texas-utah>
- Mueller, Pat. 2020. "Judge rules in favor of Gadsden County mask mandate following lawsuit". *Wctv.tv*, 26 de agosto de 2020. <https://www.wctv.tv/2020/08/26/judge-rules-in-favor-of-gadsden-county-mask-mandate-following-lawsuit/>

- National Constitution Center. "10 reasons why America's first constitution failed". *ConstitutionCenter.org*, 17 de noviembre de 2019. <https://constitution-center.org/blog/10-reasons-why-americas-first-constitution-failed>
- National Council of State Governments. "COVID-19 Resources for State Leaders". *CSG.org*. <https://web.csg.org/covid19/executive-orders/>
- NBC New York. "NY Labor Dept: \$5.8 Billion in Unemployment Benefits Paid Since Start of Pandemic". *NBCNewYork.com*, 7 de mayo de 2020. <https://www.nbcnewyork.com/news/local/ny-labor-dept-5-8-billion-in-unemployment-benefits-paid-since-start-of-pandemic/2405987/>
- New York Times. "COVID in the U.S.: Latest Map and Case Count". *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/interactive/2020/us/coronavirus-us-cases.html>
- Oyen, Timothy. "Stare decisis". *Cornell Law School Legal Information Institute*. Marzo de 2017. https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis
- Perper, Rosie, Ellen Cranley y Sarah Al-Arshani. "Almost all US states have declared states of emergency to fight coronavirus – here's what it means for them". *BusinessInsider.com*, 17 de marzo de 2020. <https://www.businessinsider.com/california-washington-state-of-emergency-coronavirus-what-it-means-2020-3>
- Peterson, Paul. *The Price of Federalism*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 1995.
- Petrella, Dan. "Downstate judge voids Gov. J.B. Pritzker's coronavirus orders; state to appeal", *Chicago Tribune*, 2 de julio de 2020, <https://www.chicagotribune.com/coronavirus/ct-coronavirus-illinois-republican-law-suit-20200702-u3tfokgozjggrhlvgilrw3byza-story.html>
- Pew Research Center. "Republicans, Democrats Move Even Further Apart in Coronavirus Concerns". *Pewresearch.org*, 25 de junio de 2020. <https://www.pewresearch.org/politics/2020/06/25/republicans-democrats-move-even-further-apart-in-coronavirus-concerns/>
- Pomeranz, Jennifer L. y Mark Pertschuk. "State Preemption: A Significant and Quiet Threat to Public Health in the United States". *American Journal of Public Health* 107, núm. 6 (2017): 900-902.
- Pope, Ben. "U.S. district judge rules Pritzker's stay-at-home order constitutional". *Chicago Sun-Times*, 3 de mayo de 2020. <https://chicago.suntimes.com/coronavirus/2020/5/3/21245936/stay-at-home-order-constitutional-us-district-court-john-lee-beloved-church-lena-illinois>

- Raifman, Julia, Kristen Nocka, David Johnes, Jacob Bor, Sarah Lipson, Jonathan Jay, Megan Cole, Noa Krawczyk, Philip Chan y Sandro Galea. *COVID-19 US State Policy Database* (Ann Arbor, MI, 15 de septiembre de 2020). The Inter-university Consortium for Political and Social Research (OPEN-ICPSR). <https://doi.org/10.3886/E119446V30>
- Riverstone-Newell, Lori. "The Rise of State Preemption Laws in Response to Local Policy Innovation". *Publius: The Journal of Federalism* 47, núm. 3 (2017): 403-425.
- Robillard, Kevin. "10 facts about the Katrina response". *Politico.com*, 3 de octubre de 2012. <https://www.politico.com/story/2012/10/10-facts-about-the-katrina-response-081957>
- Sandoiu, Ana. "Racial inequalities in COVID-19 — the impact on black communities". *MedicalNewsToday.com*, 5 de junio de 2020. <https://www.medicalnewstoday.com/articles/racial-inequalities-in-covid-19-the-impact-on-black-communities#Making-sense-of-incomplete-data>
- Schwellenbach, Nick. "The First 100 Days of the U.S. Government's COVID-19 Response". *Pogo.org*, 6 de mayo de 2020. <https://www.pogo.org/analysis/2020/05/the-first-100-days-of-the-u-s-governments-covid-19-response/>
- Speck, Emilee. "Florida offers no guidance for 40% denied unemployment benefits, many of whom qualify under CARES Act". *Clickorlando.com*, 27 de abril de 2020. <https://www.clickorlando.com/news/local/2020/04/27/florida-offers-no-guidance-for-40-denied-unemployment-benefits-many-who-qualify-under-cares-act/>
- Stephens, G. Ross. "State Centralization and the Erosion of Local Autonomy". *Journal of Politics* 36, núm. (1974): 44-76.
- Stolberg, Sheryl Gay. "Biden's Call for 'National Mask Mandate' Gains Traction in Public Health Circles". *New York Times*, 29 de octubre de 2020. <https://www.nytimes.com/2020/10/29/us/politics/trump-biden-mask-mandate.html>
- The White House. "The President's Coronavirus Guidelines for America". *WhiteHouse.gov*. https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/03/03.16.20_coronavirus-guidance_8.5x11_315PM.pdf
- U.S. Department of Health and Human Services. "What is the difference between Medicare and Medicaid?". *hhs.gov*. <https://www.hhs.gov/answers/medicare-and-medicaid/what-is-the-difference-between-medicare-medic-aid/index.html>
- U.S. Immigration and Customs Enforcement. "SEVP modifies temporary exemptions for nonimmigrant students taking online courses during fall 2020

semester". *ICE.gov*, 7 de julio de 2020. <https://www.ice.gov/news/releases/sevp-modifies-temporary-exemptions-nonimmigrant-students-taking-online-courses-during>

Unesco. "Adverse Consequences of School Closures". *Unesco.org*, 2020. <https://en.unesco.org/covid19/educationresponse/consequences>

United States Census Bureau. "Quick Facts: North Carolina; Tennessee; Kentucky; West Virginia; Virginia; United States". *Census.gov*. <https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/NC,TN,KY,WV,VA,US/PST045219>

Vigdor, Neil. "Wisconsin Supreme Court Strikes Down Stay-at-Home Order". *New York Times*, 13 de mayo de 2020. <https://www.nytimes.com/2020/05/13/us/coronavirus-wisconsin-supreme-court.html>

Wamsley, Laurel. "Gov. Says Florida's Unemployment System Was Designed to Create 'Pointless Roadblocks'". *National Public Radio (NPR.com)*, 6 de agosto de 2020. <https://www.npr.org/sections/coronavirus-live-updates/2020/08/06/899893368/gov-says-floridas-unemployment-system-was-designed-to-create-pointless-roadblock>

Weissert, Carol S. "Beyond Marble Cakes and Picket Fences: What U.S. Federalism Scholars Can Learn from Comparative Work". *Journal of Politics* 73, núm. 4 (2011): 965-979.

Weissert, Will, Philip Marcelo y Aamer Madhani. "Biden targets virus as his White House transition begins". *Associated Press*, 9 de noviembre de 2020. <https://edition.cnn.com/2020/11/19/politics/biden-mask-mandate-republican-governors/index.html>

Wibawa, Tasha. "Wearing a mask in the United States is political, but Republicans are speaking out as coronavirus cases grow". *ABC.net*, 30 de junio de 2020. <https://www.abc.net.au/news/2020-07-01/coronavirus-masks-are-political-in-us-donald-trump-rejects-them/12403962>

Worldometer. "COVID-19 Tracker". *Worldometers.info*, 9 de octubre de 2020. <https://www.worldometers.info/coronavirus/country/us>

Yalzadeh, Ida. "7 Alphabet Soup Agencies that Stuck Around". *Britannica.com*. <https://www.britannica.com/list/7-alphabet-soup-agencies-that-stuck-around>

El estado de emergencia sanitaria provocado por la pandemia de covid-19 desde la perspectiva del Estado unitario y centralizado francés

Renaud Bourget (Francia)*

RESUMEN: En el inicio de la pandemia de covid-19, el Estado actuó normativamente mediante órdenes del ministro de salud y decretos del gobierno conforme con el sistema unitario y centralista que caracteriza a la organización político-administrativa de Francia. Tras la proclamación por ley del estado de emergencia sanitaria y la habilitación otorgada por el legislador para que el gobierno interviniera por ordenanzas reglamentarias, la marginación del Parlamento en tiempos de emergencia sanitaria es obvia. Además, el Poder Ejecutivo ha obrado, con el apoyo del legislador, para limitar e incluso suspender la intervención del Consejo Constitucional en su actividad de control de la ley, mientras que el juez de lo contencioso-administrativo ha censurado las decisiones de los municipios, que o bien extendían el alcance de las medidas estatales de restricciones a las libertades fundamentales o bien las reducían. Así, salta a la vista que el poder de policía sanitaria especial del Estado ha prácticamente privado a las colectividades locales del ejercicio de su poder de policía general en materia de sanidad.

PALABRAS CLAVES: Consejo Constitucional; Consejo de Estado; covid-19; Estado centralista; estado de emergencia sanitaria; Francia; policía sanitaria.

* Profesor de la Facultad de Derecho de Niza; investigador del Centre d'Etudes et de Recherche en Droit Administratif, Constitutionnel, Financier et Fiscal (CERDACFF, Université Côte d'Azur); y presidente de la sección francesa del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC-Francia). renaud.bourget@univ-cotedazur.fr

1. Contexto político de la crisis sanitaria en Francia

En Francia se identificó oficialmente a los tres primeros enfermos de covid-19 el 24 de enero de 2020.¹ Para responder a tal riesgo epidémico y anticipar su desarrollo en el territorio nacional, Francia cuenta con el llamado plan Orsan (Organización de la Respuesta del Sistema de Salud en Situaciones Sanitarias Excepcionales) que consta de cuatro niveles de acción² y organiza desde el Estado una mejor coordinación regional de los dispositivos que existen en los tres sectores sanitarios –ambulatorio, hospitalario y médico-social–. Una vez activado este plan a partir del 23 de febrero de 2020, el marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria ha evolucionado especialmente a partir del ascenso a su tercer nivel. A los decretos iniciales para restringir, por ejemplo, la libertad de circular, ha sucedido la Ley del 23 de marzo de 2020 que ha establecido el “estado de emergencia sanitaria”. Este último ha sido destacado por un sector doctrinal como “totalitario” –en el sentido de “que incluye la totalidad de las partes o atributos de algo, sin merma ninguna”–, dada la producción normativa elaborada so pretexto de la pandemia. En esta dirección, el administrativista y presidente de la Academia Francesa de Ciencias Morales y Políticas, Pierre Delvolvé, sostuvo que el Estado ha implementado una “acción total”³ que ha afectado todos los ámbitos de la vida social y económica, a saber: la salud; las reuniones familiares; los transportes; la industria, la agricultura y la pesca; la educación y la universidad; la justicia constitucional, penal y civil; la práctica del culto; la función pública y el derecho laboral; las elecciones; los órganos de

1 Se trataba de un francés de origen chino y de dos turistas chinos que habían viajado a Wuhan. Sin embargo, tras haber vuelto a analizar muestras de sangre de pacientes supuestamente enfermos de la gripe, un hospital parisino ha demostrado que la covid-19 ya circulaba en Francia desde finales de diciembre del 2019.

2 El Plan Orsan cuenta con cuatro niveles: el nivel 1 caracteriza la situación en la cual el virus no circula entre la población y debe permitir frenar la introducción del virus en el territorio francés; el nivel 2 tiene como objetivo frenar la propagación del virus en el territorio; el nivel 3 corresponde a una libre circulación del virus en el territorio y busca atenuar los efectos de la pandemia, y el nivel 4 manifiesta la vuelta a una situación normal.

3 Pierre Delvolvé, “Le virus, le pouvoir et la liberté”, *Académie des sciences morales et politiques - Institut de France*, 22 de junio de 2020, 1.

gestión de las colectividades locales; las empresas, los exámenes universitarios y demás oposiciones de acceso a la función pública; las actividades turísticas, artísticas, culturales y deportivas, e incluso las reglas de denominación de origen controlada para los productos alimenticios. Si el marco de actuación material del estado de emergencia sanitaria ha manifestado una “acción integral” hasta abrir “la vía a la servidumbre”,⁴ llama entonces la atención que haya metódicamente ignorado una cuestión fundamental: la de la regulación de las fronteras en periodo de pandemia, dando tal vez a entender de esta manera que el gobierno considera ya a Francia como elemento de un conjunto federal más amplio. De ahí también que el actual presidente francés, que evita metódicamente hablar de soberanía nacional, considere que la única soberanía a tomar en cuenta en la acción política sea la europea.⁵

En efecto, en una época en la que reina el famoso “hoy en día, ya no hay límites”,⁶ el brote del covid-19 ha enseñado que el gobierno francés se ha negado desde el inicio a aceptar que la frontera nacional pueda todavía ser una herramienta útil para, por ejemplo, regular el flujo de personas, estableciendo incluso unos controles sanitarios, que son ahora más necesarios que nunca. Y tras haber rechazado durante varias semanas –por sostener una mera postura “sinfronterista”, para utilizar la palabra del filósofo Régis Debray– establecer el más mínimo control sanitario, reduciendo con desprecio la idea de control sanitario en las fronteras a la de sus cierres, y haber criticado a los demás Estados europeos que tomaron este tipo de medidas, el gobierno francés no tuvo más solución que admitir *in fine* lo impensable por él: el cierre de las fronteras, por lo menos de facto, ya que ningún viajante podía llegar al territorio nacional, pues los vecinos fronterizos no

4 Delvolvé, “Le virus, le pouvoir et la liberté”, 2.

5 Véase en este sentido *Le Point*, “Coronavirus: Macron milite pour une souveraineté européenne plus forte (Emmanuel Macron a appelé jeudi 23 avril à ‘aller plus loin, plus fort’ vers la souveraineté européenne après la crise du coronavirus)”, 23 de abril de 2020.

6 Régis Debray, *Eloge des frontières* (París: Gallimard, 2010); *Elogio de las fronteras*, trads. D. Debris-Oliva y J. A. Vila (Barcelona: Gedisa, 2016), 79.

dejaban pasar a nadie, mientras que los transportes aéreos o marítimos habían quedado suspendidos a nivel internacional. Si bien es cierto, como se explicará más adelante, que la forma de organización territorial del Estado es un dato secundario a la hora de activar los controles fronterizos, conviene recordar, esta vez para entender el modo de actuación uniforme de las autoridades públicas, el carácter unitario y centralizado de la República Francesa.

Por razones históricas –el momento clave, como suele ser en la historia francesa, es la Revolución de 1789 y el posterior periodo napoleónico de fortalecimiento de la tendencia centralizadora y unificadora–, Francia es el prototipo mismo de Estado unitario y representa así un modelo contrario u opuesto al esquema federal. De ahí que haya surgido, principalmente en el extranjero, el debate de saber si la respuesta de las autoridades públicas se hace más eficaz para controlar y poner fin a la crisis sanitaria en los Estados unitarios o en los federales.⁷ Veremos si la crisis sanitaria logra o no reactivar, a nivel nacional, la vieja disputa francesa entre los girondinos, que, al ser partidarios de la descentralización, se oponían durante la Revolución Francesa a los jacobinos que eran centralizadores.

2. Régimen unitario y centralizado del Estado francés

El Estado Francés, desde el punto de vista administrativo, está organizado en 18 regiones (13 metropolitanas y 5 ultramarinas) y cada una de ellas está dividida a su vez en departamentos (por un total de 101, de los cuales 96 son metropolitanos) y luego en 34.970 municipios. Cabe destacar que el departamento más extenso no se ubica en la metrópolis, sino en América del Sur, en la Guayana francesa, que cuenta con 91,000 km², la frontera internacional de unos 730,4 km de este departamento con Brasil siendo también la más larga de Francia. Para ser más preciso, cabe añadir que, desde las leyes de descentralización de 1982, 1992 y 1999, la administración

7 Véase en este sentido Ana Carbajosa y Marc Bassets, "La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés (La prueba de estrés del virus retrata virtudes y defectos de las dos potencias europeas y sus sistemas. La gestión alemana destaca, de momento, por su eficiencia)", *El País*, 18 de abril de 2020.

territorial se comparte entre el Estado (cuyas circunscripciones de derecho común son la región, el departamento y el distrito o *arrondissement*) y los entes locales (región, departamento y municipio). Por ello, la noción de departamento se refiere tanto a un territorio de competencia estatal (circunscripción administrativa del Estado, cuyo representante local es el prefecto) como a un territorio de competencia del Consejo Departamental. Si estas dos nociones se identificaban hasta 2015, existen ahora tres departamentos metropolitanos (París, Córcega del Sur y Alta Córcega) y tres departamentos ultramarinos (Guyana, Martinica y Mayotte), que son únicamente departamentos en calidad de circunscripción estatal (con la presencia de un prefecto como representante del gobierno), pero que ya no lo son como entes locales. Desde entonces, los tres departamentos ultramarinos antes citados y Córcega existen como entes locales a través del estatuto de colectividad territorial única, mientras que la Villa de París ejerce, tras la fusión entre el departamento de París y el municipio de París, las competencias departamentales y municipales.

La distribución de poder en este esquema territorial obedece a un principio claro y sencillo: el Estado ejerce el poder político, mientras que las colectividades locales –las regiones (nivel equivalente a las autonomías en España), los departamentos (nivel equivalente a las provincias españolas) y los municipios– solo ejercen competencias administrativas. Para entender la razón de esta organización que presenta la República Francesa como “prototipo de Estado unitario”,⁸ es necesario dar un breve repaso histórico evocando el modelo de Estado surgido en la Revolución de 1789. En efecto, el modelo “unitario”, “centralista” o “jacobino” encuentra

... su origen y su más influyente expresión en el sistema creado por la Revolución Francesa y consolidado por las reformas napoleónicas a principios de siglo XIX. Pero responde, como agudamente mostró Alexis de Tocqueville [en su obra *El Antiguo Régimen y la Revolución* (1856)] a una tendencia ya arraigada en la Monarquía absoluta, que trataba de simplificar el

8 Hubert Alcaraz, “La organización territorial francesa en 2015: ¿Hacia una redefinición territorial?”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 10, diciembre 2015, 24.

confuso sistema de privilegios personales y territoriales heredado de la organización feudal típica de la Edad Media.⁹

En este sentido, “la centralización napoleónica fue la culminación de la voluntad de los últimos monarcas y, frecuentemente, fueron hombres de la antigua administración monárquica quienes la llevaron a cabo”.¹⁰

La Asamblea Constituyente organizó las parroquias, pueblos y ciudades en municipios (Ley del 14 de diciembre de 1789) y creó los departamentos (Ley del 22 de diciembre de 1789) proclamando además un principio de uniformidad que sometía a todos los ciudadanos a una misma administración, conforme con la exigencia de igualdad ante la ley plasmada en el sexto artículo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.¹¹ A partir de la Convención de 1792, se manifestó un movimiento de recentralización de las administraciones locales para contener las tendencias “federalistas” que pretendían entonces rechazar al poder revolucionario parisino. Esta recentralización culminó con Napoleón Bonaparte quien, mediante la Ley del 17 de febrero de 1800, estableció una administración totalmente jerárquica desde los prefectos, creados en esta ocasión, hasta los alcaldes.¹² Con el paso del tiempo, la III República registró dos leyes mayores en materia de organización territorial. En primer lugar, tras el periodo insurreccional de la Comuna de París, la Ley del 10 de agosto

9 Luis López Guerra, *Introducción al derecho constitucional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1994), 175. Así lo señala Alcaraz, “La organización territorial francesa en 2015”, 23: “como en muchos casos en la historia francesa, la fecha clave es 1789 y su Revolución. Con anterioridad a esa fecha, Francia se componía de diversas provincias con estatutos jurídicos muy variados, especialmente en lo que se refiere al derecho aplicable y a la autonomía administrativa. Ahora bien, desde mediados del siglo XVI, y de forma continuada, la Monarquía llevó a cabo una obra centralizadora, especialmente a través de la institución de los intendentes –que representaban la autoridad del rey en cada parte del reino (a partir del siglo XVII)– y mediante la multiplicación de cuerpos técnicos de funcionarios, especialmente en lo que se refiere a la hacienda, los caminos y las obras públicas”.

10 Alcaraz, “La organización territorial francesa en 2015”, 23.

11 Michel Verpeaux, Christine Rimbault y Franck Waserman, *Les collectivités territoriales et la décentralisation* (París: La documentation française, 2016), 7.

12 Verpeaux, Rimbault y Waserman, *Les collectivités territoriales*, 8.

del 1871 configuró el Consejo General como órgano electo de gestión del departamento, aunque el prefecto ejercía a la vez la representación del Estado y la función ejecutiva del Consejo General.¹³ De hecho, este sistema “semidescentralizado” –que permaneció hasta 1982, dejando de momento el proceso de descentralización departamental sin acabar–, en el cual el prefecto es el órgano ejecutivo de la administración departamental, se explicaba por el temor del Estado central a una descentralización excesiva. En segundo lugar, la Ley del 5 de abril de 1884 vino a transformar el municipio en ente local descentralizado, puesto que el Consejo Municipal es el órgano electo que administra desde entonces los “asuntos de la comuna” mediante sus deliberaciones.

La Constitución de la actual V República, fundada en 1958, reproduce en su título XII las disposiciones que ya había consagrado la Constitución de la IV República en 1946, reconociendo “la existencia de las colectividades territoriales dentro del Estado y, con personalidad jurídica, junto al Estado”.¹⁴ Además, la actual Constitución proclama en su artículo 72 el principio de libre administración de los entes locales, al disponer que estos “se administran libremente a través de consejos elegidos y disponen de un poder reglamentario para ejercer sus competencias”. Tras los cambios políticos que conoció Francia en 1981 con el acceso al poder del presidente François Mitterrand, el principio de libre administración ha recibido importantes desarrollos normativos con las Leyes Defferre, del entonces ministro del interior y la descentralización Gaston Defferre, el poderoso alcalde de Marsella (1953 a 1986).

Esta voluntad de descentralización impulsada por el Partido Socialista constituyó lo que luego se ha nombrado como el Acta I de la descentralización. La primera Ley es la del 2 de marzo de 1982 relativa a los derechos y libertades de los municipios, de los departamentos y de las regiones. Consistió en remplazar la tutela del Estado sobre los entes locales por un control *a posteriori* ejercido por el juez administrativo, en transferir la función

13 Verpeaux, Rimbault y Waserman, *Les collectivités territoriales*.

14 Alcaraz, “La organización territorial francesa en 2015”, 24.

ejecutiva departamental y regional a los presidentes de los consejos generales y regionales electos, y en la transformación de la región en colectividad local de pleno ejercicio. Asimismo, las Leyes del 7 de enero y del 22 de julio del 1983 han transferido varias competencias estatales a los entes locales (urbanismo, acción social, formación profesional, gestión de los colegios y liceos públicos), mientras que la Ley del 26 de enero del 1984 ha creado una función pública territorial. Al final, y durante el primer mandato de Mitterrand, entre 1982 y 1985, se adoptaron no menos de unas 40 leyes y 300 decretos en materia de descentralización.¹⁵ Tras un periodo de descanso en este movimiento, debido, entre otras causas, a varias alternancias de mayorías políticas, se inauguró el Acto II de la descentralización con el nombramiento como primer ministro de Jean-Pierre Raffarin en 2002, al inicio del segundo mandato del presidente Jacques Chirac. Para modernizar el marco constitucional configurado en 1958, esta segunda etapa necesitó una revisión de la Constitución. En este sentido, la Ley Constitucional del 28 de marzo de 2003 relativa a la organización descentralizada de la república ha establecido en el primer artículo de la Constitución que la organización de Francia es “descentralizada”. Desde entonces, dicho artículo se lee así: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la Ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada”.

No obstante, salta a la vista que, si en su organización la república es “descentralizada”, es también “indivisible”. Dicho en otros términos, esta indivisibilidad del poder, a pesar de la consagración a nivel constitucional del carácter descentralizado de la república, se caracteriza

... por la sumisión de todos los ciudadanos, independientemente de dónde vivan sobre el territorio nacional, al mismo poder, a las mismas leyes, al mismo gobierno y a las mismas jurisdicciones. Ello no impide la existencia de reglas que se destinan solo a una parte del territorio, como por ejemplo

15 Michel Verpeaux, “Histoire des collectivités territoriales”, en Maryvonne Bonnard (coord.), *Les collectivités territoriales* (París: La documentation française, 2009), 15.

una orden del prefecto o una deliberación de un consejo municipal. Pero estos actos, estas decisiones, deben respetar la ley nacional y, en realidad, no son otra cosa que actos de aplicación de la ley nacional.¹⁶

A fin de cuentas, esa consagración del “carácter unitario del Estado a través del principio de indivisibilidad sigue significando indivisibilidad de la soberanía, indivisibilidad del pueblo y, por último, indivisibilidad del territorio”,¹⁷ de manera que ninguna norma constitucional permite fundamentar la existencia de un poder normativo autónomo de las colectividades o entes locales de derecho común.

En definitiva, la política de descentralización llevada a cabo desde 1981 parece enseñar que el legislador ha querido siempre actuar de manera prudente al temer los efectos que podría tener una excesiva descentralización en un sistema históricamente centralista, sin menospreciar sus ventajas:

Las virtudes de esta descentralización local son bien conocidas. Democrática y liberal, permite adaptar la actividad administrativa a las aspiraciones de los habitantes. Da también a un número importante de ciudadanos la ocasión de participar en la gestión de los asuntos comunes [Francia cuenta hoy con unos 520.000 representantes políticos elegidos a escala local]. No obstante, sus inconvenientes no deben subestimarse. Exagerada, la descentralización es costosa, puesto que a cada colectividad corresponden servicios y gastos; facilita las tiranías locales, menos aceptadas que el autoritarismo central; desarrolla rivalidades locales y perjudica así la coherencia de la acción administrativa.¹⁸

Es por esta razón que las leyes del 7 de enero y del 22 de julio del 1983 han organizado el reparto de competencias entre el Estado y los entes locales de tal manera que el primero sea siempre árbitro de las cuestiones de orden político y social. Desde entonces, esta orientación ha sido

16 Alcaraz, “La organización territorial francesa en 2015”, 25.

17 Alcaraz, “La organización territorial francesa en 2015”.

18 Jean-Michel de Forges, *Les institutions administratives françaises* (París: PUF, 1985), 70-71. Sobre el costo financiero de la descentralización en Francia, ver Renaud Bourget, “L’illusion de l’autonomie financière locale”, en Pauline Türk (coord.), *Pour un droit constitutionnel des collectivités territoriales* (París: L’Harmattan, 2020), 333-376.

confirmada y fortalecida, como veremos más adelante, tanto por el constituyente como por el legislador.

Por lo tanto, no es de sorprender que la actual crisis haya puesto de manifiesto que el protagonismo de la respuesta sanitaria corresponde al Estado, que actúa mediante los poderes legislativos y ejecutivos (punto 3). De hecho, cuando se examinan las relaciones entre el Estado y las colectividades locales en esta materia se destaca que el ordenamiento jurídico ha configurado un sistema totalmente desequilibrado. Hasta tal punto que parece que ha negado a las colectividades poderes efectivos y reales para intervenir concretamente durante una crisis sanitaria, sometiendo las acciones marginales de estas últimas a un principio verticalista que va de lo nacional a lo local (punto 4). A esto hay que añadir que, desde que inició el periodo de emergencia sanitaria, los controles institucionales a la actividad del Poder Ejecutivo son mínimos. Mientras que a nivel político se ha reducido considerablemente el papel del Parlamento, la actividad jurisdiccional del Consejo Constitucional y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se caracteriza por su autorrestricción o *self restraint*, con la clara voluntad de no afectar las medidas de emergencia sanitaria establecidas a nivel nacional por el poder político (punto 5).

3. Medidas gubernamentales y legislativas en tiempos de covid-19

El carácter unitario e indivisible de la República Francesa explica que, una vez activado, conforme con la Ley No. 2020-290 del 23 de marzo de 2020 de emergencia para hacer frente a la pandemia, el estado de emergencia sanitaria por decreto en consejo de ministros, o sea, mediante decreto firmado por el presidente de la república, corresponden al primer ministro, al ministro de Salud y a los prefectos tomar las medidas de orden público que implican restricciones a las libertades y derechos fundamentales. Como lo ha subrayado Hubert Alcaraz, no hay que olvidar, por una parte, que es “el carácter sanitario de la crisis lo que confiere al régimen de emergencia su especificidad, sin dejar de lado lo que constituye el ADN de la V República, es decir, la preponderancia del Ejecutivo y, en particular, del presidente de

la república, a quien corresponde la decisión inicial de activar el estado de emergencia sanitaria”,¹⁹ ni que, por la otra,

... contrariamente a lo que podría pensarse, a nivel nacional no es el ministro de Salud sino el primer ministro quien tiene el papel principal. En el momento en que se trata de una cuestión de orden público, y al mismo tiempo una vulneración considerable de los derechos y libertades de los ciudadanos en nombre de la salud pública, la forma unitaria del Estado produce todos sus efectos y el primer ministro puede, por decreto, limitar la libertad de movimientos, de empresa y de reunión, incluyendo medidas que prohíben los desplazamientos fuera del hogar.²⁰

Asimismo, si el primer ministro puede tomar medidas para requisar bienes y servicios necesarios para luchar contra la pandemia o fijar temporalmente los precios, los prefectos son quienes están habilitados para adoptar medidas de aplicación local. Si bien es cierto que antes de la proclamación del estado de emergencia sanitaria por la Ley de 23 de marzo del 2020, los alcaldes debieron intervenir, lo tuvieron que hacer dentro de este marco, “de conformidad con las normas generales de reparto de competencias en materia de orden público, [y] siempre que lo justificaran las circunstancias locales, podían endurecer las medidas adoptadas a nivel nacional”.²¹ Eso explica, por ejemplo, que el juez administrativo haya considerado ilegal la declaración de toque de queda por un alcalde sin que esta decisión se haya basado en circunstancias locales.

En realidad, y para ordenar jerárquicamente las decisiones que se acaban de mencionar, es necesario explicar que el marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria no ha dejado de evolucionar desde el ascenso al nivel 3 del Plan Orsan, o sea, la declaración de una pandemia propiamente dicha de coronavirus en Francia. Al inicio, el Estado actuó por órdenes (*arrêts*)

19 Hubert Alcaraz, “El estado de emergencia sanitaria en Francia: ¿Elogio de la excepción?”, en Paloma Biglino Campos y Juan Fernando Durán Alba (coords.), *Los efectos horizontales de la covid sobre el sistema constitucional* (Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2020), 10-11.

20 Alcaraz, “El estado de emergencia sanitaria en Francia”, 11 y 12.

21 Alcaraz, “El estado de emergencia sanitaria en Francia”, 12.

del ministro de Salud y luego mediante decreto (punto 3.1). Tras este periodo de acción gubernamental por vía reglamentaria, la Ley No. 2020-290 de emergencia para hacer frente a la pandemia de covid-19 ha creado y establecido el “estado de emergencia sanitaria”, mientras que se abrogaban los decretos anteriores, plasmando su contenido en el nuevo marco legal (punto 3.2). Tras su prórroga por la Ley No. 2020-546 del 11 de mayo de 2020, el estado de emergencia sanitaria quedó en vigor casi 16 semanas, hasta el 10 de julio de 2020.

3.1. Acción normativa del gobierno mediante órdenes y decretos

Antes de que se proclamara por ley el estado de emergencia sanitaria, el Estado actuó por órdenes del ministro de salud, conforme con lo que dispone el artículo L3131-1 del Código de Salud Pública (CSP) introducido por las Leyes No. 2004-806 del 9 de agosto de 2004 relativa a la salud pública y No. 2007-294 del 5 de marzo relativa a la preparación del sistema de salud para amenazas sanitarias de mayor amplitud, estas últimas manifestando el hecho de que la lucha contra los riesgos epidémicos ya no corresponde al poder municipal sino al poder estatal. Luego, el gobierno organizó la adquisición de mascarillas mediante el Decreto No. 2020-247 del 13 de marzo de 2020. Asimismo, decidió establecer limitaciones a la libertad de circular mediante el Decreto No. 2020-260 del 16 de marzo de 2020.

Las limitaciones a la libertad de circular plasmadas en el Decreto No. 2020-260 fueron modificadas por el Decreto No. 2020-293 del 23 de marzo de 2020 estableciendo las medidas generales necesarias para luchar contra el covid-19 en el marco del concepto legal de estado de emergencia sanitaria. Desde entonces, y hasta el 11 de mayo (o sea, por 55 días), las autoridades habían prohibido cualquier desplazamiento fuera del domicilio o lugar de hospedaje, excepto en los siguientes casos, en los que se debía presentar un certificado: 1) trayectos entre casa y lugar de trabajo cuando el teletrabajo no es posible; 2) trayectos para hacer compras esenciales en tiendas locales autorizadas; 3) visitas a un profesional de la salud; 4) salidas por motivo familiar imperioso, para asistir a personas vulnerables o cuidar a niños; 5) salidas para realizar actividades físicas individuales y de

corta duración cerca de su domicilio (solo una vez al día, a menos de 1 km de distancia de su domicilio y durante máximo una hora, indicando la fecha y hora de salida en su certificado); 6) convocación administrativa o judicial, y 7) participación en misiones de interés general solicitadas por la autoridad administrativa. Cabe añadir ya –lo veremos más en adelante– que el Consejo de Estado (máxima jurisdicción del contencioso-administrativo) ha rechazado el recurso de urgencia mediante el cual el Sindicato de los Jóvenes Médicos había exigido un confinamiento total de la población (Ordenanza No. 439674 del 22 de marzo de 2020).

3.2. Ley de emergencia sanitaria

La Ley No. 2020-290 del 23 de marzo de 2020 de emergencia sanitaria, discutida y votada por el Parlamento en apenas cinco días, según el procedimiento legislativo acelerado previsto en el artículo 45 de la Constitución, contiene tres contenidos temáticos principales que se examinarán a continuación: las disposiciones relativas al régimen jurídico del estado de emergencia sanitaria (punto 3.2.1), las disposiciones relativas a la segunda vuelta de las elecciones municipales (punto 3.2.2) y las medidas de emergencia económica y adaptación en la lucha contra la pandemia (punto 3.2.3).

3.2.1. Dispositivo excepcional del estado de emergencia sanitaria

El título 1.º de la Ley establece un dispositivo de *état d'urgence sanitaire* al lado del estado de emergencia de derecho común, tal como viene previsto por la Ley del 3 de abril de 1955. Las disposiciones de este dispositivo provisional estuvieron vigentes hasta el 1 de abril de 2021 y vienen codificadas en los artículos L3131-12 y ss. del CSP. Con esta ley, se trata de “reforzar las bases legales” que cimentaban hasta entonces las medidas gubernamentales tomadas en el marco de la crisis sanitaria. El estado de emergencia sanitaria se declara mediante decreto tomado en consejo de ministros, o sea, con la firma del presidente de la república, sobre la base de un dictamen del ministro de Salud, debiéndose publicar los elementos científicos que lo motivan (art. L3131-13 CSP). Su prolongación por más de un mes debe ser autorizada por una ley que fije su duración (art. L3131-14). Sin

embargo, a título excepcional, se ha declarado el estado de emergencia sanitaria por dos meses, o sea, hasta el 24 de mayo de 2020. La Ley del 11 de mayo de 2020 ha prorrogado el estado de emergencia sanitaria hasta el 10 de julio de 2020.

Debido a la segunda ola de la pandemia, volvió a aplicarse estado de emergencia sanitaria por medio del Decreto No. 2020-1257 del 14 de octubre de 2020 a partir del 17 de octubre por un mes. Sobre esta base, el gobierno ha decidido activar un toque de queda en varias ciudades y, luego, en 54 departamentos. El Decreto No. 2020-1310 del 29 de octubre de 2020 instauró un nuevo confinamiento a partir del 30 de octubre del 2020, mientras que el Parlamento autorizaba, mediante la Ley No. 2020-1379 del 14 de noviembre de 2020, la prórroga del estado de emergencia sanitaria del 17 de octubre 2020 hasta el 16 de febrero de 2021, y la prórroga del régimen transitorio de salida de dicho estado hasta el 1 de abril de 2021. Frente a la tercera ola epidémica que se perfila, la Asamblea Nacional adoptó el 20 de enero de 2021 el proyecto de Ley No. 3739 de prórroga del estado de emergencia sanitaria hasta el 1 de junio de 2021.

Sobre la base legal del estado de emergencia, el primer ministro puede tomar por decreto toda una serie de medidas previstas por la ley, como imponer un confinamiento domiciliario y requisiciones, prohibir agrupaciones, controlar los precios de algunos productos, autorizar el uso de medicamentos o establecer todo tipo de límites reglamentarios a la libertad de empresa. Asimismo, el ministro de Salud puede tomar medidas generales o individuales, y los prefectos (representantes a nivel local del gobierno) son habilitados para tomar medidas locales de aplicación. Cabe añadir que todas estas medidas deben ser motivadas por la crisis sanitaria y proporcionadas a los riesgos involucrados, mientras que puede atacárselas mediante un recurso suspensión (*référé suspension*) o un recurso libertad (*référé liberté*) ante el juez de lo contencioso-administrativo. Cuando se proclama el estado de emergencia sanitaria, debe reunirse un comité científico (art. L3131-19 del CSP). De este modo, se da una base legal al comité, que se había creado el 11 de marzo del 2020 para informar las decisiones públicas en la gestión de la actual situación sanitaria.

En lo que se refiere a la restricción de desplazamientos y al confinamiento, el artículo L3136-1 del CSP establece sanciones en caso de violación de las prohibiciones u obligaciones establecidas durante la crisis sanitaria: una multa de €135 para la primera violación (subida a €375 en caso de no pagarla en 45 días), multa de €1.500 en caso de recurrencia en los 15 días, y hasta 6 meses de cárcel en caso de recurrencia múltiple en un periodo de 30 días. Lamentablemente, durante el primer confinamiento, se han registrado varios abusos por parte de los cuerpos de policía, manifestando así ausencia no solo de claras instrucciones jerárquicas, sino también de discernimiento por parte de algunos agentes.²²

3.2.2. Disposiciones relativas a la segunda vuelta de las elecciones municipales

El artículo 19 de la Ley No. 2020-290 del 23 de marzo de 2020 de emergencia sanitaria pospuso la segunda vuelta de las elecciones municipales, que hubieran tenido que celebrarse en 5000 municipios el 22 de marzo del 2020 o “a más tardar en junio 2020”. Antes del 23 de mayo de 2020, el gobierno debía remitir al Parlamento un dictamen del comité científico de gestión de la crisis sanitaria (ver *infra*) con su opinión sobre la posibilidad de organizar los comicios para la fecha contemplada. En caso de que la segunda vuelta no hubiera podido tener lugar en junio, se hubiese prolongado el mandato de los concejales para una duración fijada por Ley. En

22 Renaud Bourget, “El marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria del Covid-19 en Francia”, en Diego Valadés y Nuria González Martín (coords.), *Emergencia sanitaria por covid-19. Derecho constitucional comparado* (México: UNAM, IIDC, 2020), 101. Podemos resumir los abusos con estos ejemplos: multas impuestas en el caso de salidas a comercios autorizados (en especial, panadería o quiosco de periódicos) o por motivo familiar imperioso (caso de la visita de un pariente en fase terminal de vida), intervención de policías armados en iglesias parisinas cuyos sacerdotes, conforme con las exigencias legales, celebraban a puerta cerrada misas transmitidas por los medios digitales, o, al contrario, instrucciones de prefectos (p. ej. en el departamento de Calvados) pidiendo a los cuerpos de policía permitir en el periodo del ramadán que los fieles pudieran reunirse tras la ruptura del ayuno diario; estas dos últimas actuaciones, manifestaban a la vez una violación caracterizada del marco jurídico del estado de emergencia sanitario, como del principio constitucional de laicidad.

este supuesto, hubieran quedado cancelados los resultados de la primera vuelta del 15 de marzo y se hubiera iniciado de nuevo todo el trámite electoral. Finalmente, gracias a la evolución en sentido positivo de la situación sanitaria, el Decreto No. 2020-642 del 27 de mayo de 2020 fijó la segunda vuelta de las elecciones municipales para el 28 de junio de 2020.

3.2.3. Medidas de emergencia económica y adaptación en la lucha contra la pandemia

El artículo 11 de la Ley No. 2020-290 autoriza al gobierno a tomar, mediante las ordenanzas del artículo 38 de la Constitución,²³ hasta el 24 de julio del 2020, medidas en materias que constitucionalmente pertenecen al ámbito del legislador, tal como lo establece el principio de reserva de ley plasmado en el artículo 34 del texto constitucional. Estas medidas, autorizadas por unas 43 habilitaciones de ordenanzas, se refieren principalmente a las ayudas económicas en favor de las empresas y a la adaptación del derecho laboral, de las indemnizaciones para los empleados despedidos, de los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, de las obligaciones tributarias, de las modalidades de guardería infantil, del calendario presupuestario de los entes locales o, por ejemplo, de la difusión mediante video de películas antes del periodo de cuatro meses de proyección exclusiva en cines.

Acerca de las adaptaciones de los procedimientos jurisdiccionales, cabe indicar que la ley viene a reforzar la base de la circular que el ministro

23 Artículo 38 de la Constitución: “El gobierno podrá, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento con objeto de aprobar, por ordenanza, durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la ley. Las ordenanzas se aprobarán en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado. Entrarán en vigor en el momento de su publicación, pero caducarán si el proyecto de ley de ratificación no se presenta ante el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación. Solo podrán ratificarse de manera expresa. Al expirar el plazo a que se refiere el primer apartado del presente artículo, las ordenanzas ya no podrán ser modificadas, sino por ley en materias pertenecientes al ámbito de la Ley”. Sobre las ordenanzas del artículo 38 de la Constitución francesa, véase Paloma Requejo Rodríguez, “Las ordenanzas del art. 38 de la Constitución Francesa y las normas con rango de Ley de los arts. 82 y 86 de la Constitución Española: un estudio comparativo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 12-13 (2003): 251-278.

de Justicia emitió el 14 de marzo tras las declaraciones del presidente de la república y del primer ministro. Esta Circular No. CRIM-2020-10 relativa a la adaptación de la actividad penal y civil de los tribunales a las medidas de prevención y de lucha contra la pandemia establece la reducción de la actividad jurisdiccional, manteniendo solo el “contencioso esencial”, a saber, los servicios de urgencias penales y civiles de los tribunales. Conviene añadir que la suspensión de la actividad jurisdiccional durante el primer confinamiento ha abierto un debate aún más polémico, por ejemplo, tras la publicación de un pronunciamiento de varios abogados que denunciaron que “la justicia haya desaparecido, puesto que ya no hay jueces para pronunciarla”, acusando a estos últimos de “escondarse”, en vez “de intervenir en la emergencia para salvar a familias que el confinamiento destruye”, concluyendo que “los magistrados nunca nos han acostumbrado a una valentía excesiva en periodos negros”.²⁴

Es necesario añadir que la Ley Orgánica No. 2020-365 del 30 de marzo de 2020 de emergencia frente a la pandemia de covid-19 estableció la suspensión hasta el 30 de junio de 2020 del plazo de tres meses para la transmisión por parte de la Corte de Casación y del Consejo de Estado –puesto que ya no podían reunirse en formación colegial, aunque sí lo hubieran podido hacer con los medios de videoconferencia– de una cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionnalité* - QPC)²⁵

24 Dominique Tricaud, Matteo Bonaglia y Anis Harabi, “La justice a disparu et les juges ont déserté”, *Médiapart*, 22 de abril de 2020.

25 A partir de la aplicación desde el 1 de marzo de 2010 de la reforma constitucional del 23 de julio del 2008, el Consejo Constitucional ejerce también un control *a posteriori* sobre las leyes (hasta entonces ejercía solo un control *a priori*), conforme con el mecanismo plasmado en el artículo 61-1 de la Constitución. Véase sobre este mecanismo de control *a posteriori* de las leyes: Renaud Bourget, “La evolución de la naturaleza del Consejo Constitucional francés en función de los tipos de control de constitucionalidad de las Leyes”, en Pablo Manili (dir.), *Estudios en homenaje al Dr. Jorge R. Vanossi* (Buenos Aires: UNAM, Astrea, 2020), 409-424; y Renaud Bourget, “Carácter jurisdiccional del Consejo constitucional francés y cuestión prioritaria de constitucionalidad”, en Silvia Bagni, Giovanni Figueroa, Giorgia Pavani (dirs.), *La ciencia del derecho constitucional comparado (Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro)*, t. II (México: Tirant lo Blanch, 2017), 713-738.

al Consejo Constitucional, así como el plazo de tres meses durante el cual el Consejo Constitucional debe pronunciarse sobre una QPC. Más adelante se evocará la decisión del Consejo Constitucional (sentencia No. 2019-799 DC del 26 de marzo de 2020), que ha suscitado críticas unánimes de doctrina jurídica al haber declarado la conformidad de la Ley Orgánica No. 2020-365 con la Constitución, a pesar de que el legislador la había votado sin respetar el plazo previsto por el artículo 46 del texto constitucional.

El 28 de octubre de 2020, el presidente Emmanuel Macron anunció un segundo confinamiento, cuyas modalidades precisó el Decreto No. 2020-1310 del 29 de octubre del 2020. Inicialmente previsto hasta el 1 de diciembre, o sea, por un mes y 18 días, el Decreto No. 2020-1454 del 27 de noviembre de 2020, modificando el anterior Decreto No. 2020-1310, prorrogó el periodo del segundo confinamiento del 28 de noviembre hasta el 15 de diciembre de 2020. En este segundo confinamiento, menos estricto que el primero, se cerraron los comercios no esenciales, pero se autorizó la actividad laboral para algunos sectores (industria, obras, agricultura), dejando abiertos los colegios (pero no las universidades, que debieron funcionar con clases virtuales), manteniendo abiertos los puntos de atención al público de los servicios públicos y permitiendo, esta vez, el funcionamiento regular de los tribunales. Funcionó según las mismas modalidades que las que estuvieron en vigor durante el primer confinamiento, al permitir salidas fuera del domicilio siempre que las personas diligenciaran un formulario justificativo de la naturaleza y duración de su salida. Para completar, el Decreto No. 2021-31 del 15 de enero de 2021 ha generalizado en todo el territorio nacional un toque de queda entre las 18:00 de la tarde y las 6:00 de la mañana.

4. Intervenciones del Estado y las colectividades locales y sus relaciones en tiempos de covid-19

Los desarrollos de la actual crisis sanitaria resaltan una vez más que Francia siempre ha conservado “una base constitucional invisible e inmutable, fielmente transmitida desde la monarquía a los jacobinos, de los jacobinos al imperio, del imperio a sus sucesores, repúblicas incluidas. Entre los dogmas de esta carta implícita perpetuamente otorgada se encuentra el temor a

la descentralización”.²⁶ En este sentido, la gestión de la crisis sanitaria –y a pesar de que esta última ha tenido unos efectos desiguales según los territorios locales– ha enseñado que las restricciones locales deben ser absolutamente iguales en todo el territorio nacional. De hecho, ninguna región, departamento o municipio ha desempeñado un papel significativo contra la pandemia. El derecho de emergencia sanitaria no solo no ha permitido nunca una libre producción normativa por parte de las colectividades locales, sino que, además, ha impedido las iniciativas locales o las ha sometido a las decisiones del Estado. Parece que la uniformidad nacional de las decisiones estatales

... habrá permitido que domine una especie de justicia absoluta cuyos gobernantes han pensado que era la condición de su aceptación. [...] Consideradas como poco informadas en materia sanitaria y sospechosas de responder a los problemas de manera fragmentada y contradictoria, las colectividades locales han sido involucradas en la lucha sanitaria solo como coadyuvantes del Estado, [así que] la descentralización no significando otra cosa que un mi bemol en una sinfonía orquestada por el Estado.²⁷

Tras examinar los motivos de la exclusión de las colectividades locales en materia de policía sanitaria (punto 4.1), se estudiarán sus efectos concretos (punto 4.2).

4.1. Motivos de exclusión de las colectividades locales en materia sanitaria

La marginación de las colectividades locales es el resultado, en lo sanitario, de la tradicional tendencia centralizadora y unificadora de Francia, que se vio fortalecida con la Revolución de 1789 y el posterior periodo napoleónico. Lo que vale para la administración en general vale también, en especial, para lo sanitario. De hecho, y a pesar del reconocimiento –lo veremos a continuación– de la competencia municipal en asuntos sanitarios, tras la Revolución,

26 Bertrand Faure, “Théorie et pratique des compétences des collectivités territoriales face à la crise sanitaire”, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2020, 1727.

27 Faure, “Théorie et pratique des compétences”.

el Decreto del 28 de junio de 1793 relativo a la organización de los socorros estableció en cada distrito agencias de socorro y oficiales de salud. Luego se fortaleció esta orientación centralista con la Ley del 3 de marzo de 1822, que reconoció al rey el poder de tomar todas las medidas necesarias en la lucha contra la pandemia de cólera. Esta breve perspectiva histórica pone de manifiesto “la importancia de las epidemias en la afirmación de la competencia estatal en la materia”²⁸ (punto 4.1.1), orientación que viene plasmada en el actual ordenamiento jurídico-sanitario francés (punto 4.1.2).

4.1.1. Razón histórica de la exclusión de las colectividades locales en materia sanitaria

No obstante lo anteriormente expuesto, hay que tomar en cuenta que durante mucho tiempo la lucha contra las epidemias y “otras plagas calamitosas” ha correspondido al poder del alcalde conforme con la idea de que la salud es asunto local y de cercanía. Es por esta razón que desde la Ley del 7 de octubre de 1796 la administración de los hospitales públicos es municipal y el presidente de su consejo de gestión es el alcalde.²⁹ Incluso hasta una época reciente solo las autoridades municipales tenían conocimientos prontos de los riesgos epidémicos locales. Al lado de la policía sanitaria en fronteras, cuya competencia es estatal, correspondía por su parte a la policía municipal encargarse de la protección sanitaria de la colectividad.³⁰ Sin embargo, este esquema de acción, que va de abajo hacia arriba, parece ahora de otra época. Tomando en cuenta las nuevas amenazas sanitarias relacionadas con la mundialización de los intercambios humanos y económicos, “el legislador contemporáneo ha iniciado una amplia reforma del sistema de protección sanitaria que se articula a partir de las nuevas tecnología de la información y los dispositivos nacionales de vigilancia sanitaria”³¹

28 Stéphanie Renard, “Coronavirus, urgence sanitaire et police locale”, *Actualité Juridique Collectivités Locales*, 2020, 113.

29 Rémi Pellet y Arnaud Skrzyerbak, *Droit de la protection sociale* (París: PUF, 2017), 9-10.

30 Renard, “Coronavirus, urgence sanitaire et police locale”, 112.

31 Renard, “Coronavirus, urgence sanitaire et police locale”.

Esta evolución se ha observado en Francia con la Ley No. 2004-806 del 9 de agosto de 2004 relativa a la salud pública –plasmada en los artículos L3131-1 y ss. del CSP–, que transfirió el poder sanitario al ministro de Salud. Desde entonces, el esquema de actuación es meramente verticalista, o sea, que va del gobierno hacia las colectividades locales. Así las cosas, los poderes de protección sanitaria se integran en una policía estatal que ya ha podido demostrar su eficacia con ocasión de la amenaza relativa por la gripe A (H1N1) en 2009.³² En realidad, la crisis sanitaria que apareció a inicios del año 2020 ha confirmado la siguiente observación: que sea en tiempos normales o en periodos excepcionales, la salud pública es “asunto del Estado”.³³ Dicho de otra manera, el principio consagrado por el ordenamiento jurídico es el de la exclusión competencial de las colectividades locales en materia de salud pública, de modo que, en el mejor de los casos, estas solamente tienen algunas competencias marginales y subsidiarias.

4.1.2. Razón jurídica de la exclusión de las colectividades locales en materia sanitaria

Como lo establece el artículo L1411-1 del CSP, “la Nación define su política de salud para garantizar el derecho a la protección de la salud de cada uno”. Dicho artículo sigue precisando que “la política de salud es de la responsabilidad del Estado” y busca “asegurar la promoción de condiciones favorables a la salud, el mejoramiento del estado de salud de la población, la reducción de desigualdades sociales y territoriales y la igualdad entre hombres y mujeres”, así como “garantizar la mejor seguridad sanitaria y el acceso efectivo de la población a la prevención y a los cuidados”. Concretando la noción de “política de salud”, el mismo artículo nombra, entre otras, “la preparación y la respuesta a las alertas y a las crisis sanitarias”.

Salta a la vista que el Estado goza, en materia de política de salud y, en su caso, de crisis sanitaria, de una competencia por principio, mientras que

32 Renard, “Coronavirus, urgence sanitaire et police locale”.

33 Olivier Renaudie, “Les collectivités territoriales à l’épreuve de la crise du Coronavirus”, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 2020, 857. Ver también sobre este punto: Benoît Appolis y Didier Truchet, *Droit de la santé publiques* (París: Dalloz, 2020), 43.

el artículo L1411-1 del CSP ni siquiera nombra a las colectividades locales. Esto no es de sorprender, si se toma en cuenta, por un lado, la evolución de la legislación, que ha venido configurando desde inicios del siglo XXI una acción y reacción sanitaria en sentido verticalista, y, por otro lado, la exigencia constitucional de igualdad tal como la considera el Preámbulo de la Constitución Francesa de 27 de octubre de 1946, cuyo punto No. 11 establece que la nación “garantiza a todos, y especialmente al niño, a la madre y a los antiguos trabajadores, la protección de la salud”.³⁴ De hecho, es esta base constitucional la que articula los objetivos de igualdad en el acceso a los cuidados médicos y de igualdad en la distribución de cuidados médicos, que son finalidades de la “política de salud” según lo que dispone el artículo L1411-1 del CSP. En definitiva, si la exclusión, a favor del Estado, de las colectividades locales en los asuntos sanitarios traduce el fenómeno de centralización jacobina, ello obedece también a la configuración del actual sistema jurídico-sanitario francés.

4.2. Consecuencias de la exclusión de las colectividades locales en materia sanitaria

La exclusión de las colectividades locales en materia de policía sanitaria tiene como primera consecuencia la elaboración de la política de salud pública a nivel nacional por el legislador. Este último ha configurado un sistema en el que el protagonismo y las competencias normativas corresponden al gobierno (punto 4.2.1), dejando únicamente a las colectividades locales una competencia residual que ejercen bajo el control del juez de lo contencioso-administrativo (punto 4.2.2).

34 Conforme con la sentencia del Consejo Constitucional No. 71-44 del 16 de julio de 1971 sobre la libertad de asociación, el “bloque de constitucionalidad” es integrado por todos los textos a los que remite el preámbulo de la Constitución de la V República del 4 de octubre de 1958, a saber: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república que el preámbulo de la Constitución de 1946 nombra, pero sin determinar su contenido –lo cual deja esta actividad interpretativa al Consejo Constitucional– y, para terminar, la Carta del Medioambiente del 2004. Véase sobre este punto Bourget, “La evolución de la naturaleza del Consejo Constitucional francés”, 419.

4.2.1. La competencia general del gobierno en materia de policía sanitaria

En razón del carácter urgente de las medidas a tomar en el contexto de la crisis sanitaria, se han solicitado los poderes de policía administrativa del gobierno. Al lado del ejercicio por parte del ministro de Salud de su poder de policía administrativa especial (punto 4.2.1.1.), el jefe del gobierno actuó sobre la base de su poder de policía administrativa general (punto 4.2.1.2).

4.2.1.1. Poder de policía administrativa especial del ministro de Salud

Por un lado, el ministro de Salud ha intervenido conforme con lo que dispone el artículo L3131-1 del CSP introducido por las Leyes No. 2004-806 del 9 de agosto de 2004, relativa a la salud pública, y No. 2007-294 del 5 de marzo, relativa a la preparación del sistema de salud para amenazas sanitarias de mayor amplitud. Según este artículo,

... en caso de amenaza sanitaria grave, solicitando medidas urgentes, especialmente en caso de amenaza epidémica, el ministro de Salud puede, mediante orden motivada, decidir en el interés de la salud pública toda medida proporcionada a los riesgos involucrados y adecuada a las circunstancias de tiempo y de lugar, para prevenir y limitar las consecuencias de las amenazas posibles sobre la salud de la población.

Esta disposición del CSP establece de esta manera “una policía administrativa especial de la emergencia sanitaria”.³⁵ Fue sobre esta base legal que, al inicio de la pandemia, el ministro de Salud tomó decisiones para luchar contra la propagación de la covid-19, como, por ejemplo, su orden del 6 de marzo de 2020 autorizando a los farmacéuticos a producir soluciones hidroalcohólicas, o su orden del 14 de marzo de 2020 prohibiendo las reuniones de más de cien personas y cerrando los restaurantes, las escuelas y universidades.

4.2.1.2. Poder de policía administrativa general del jefe de gobierno

En lo que se refiere a la policía administrativa general, ha surgido brevemente un debate doctrinal para saber si el primer ministro o jefe de

35 Renaudie, “Les collectivités territoriales”, 857.

gobierno dispone o no de alguna competencia sobre todo el territorio nacional. Según una jurisprudencia del Consejo de Estado –máximo juez del orden contencioso-administrativo– aparecida bajo la III República (sentencia del 8 de agosto del 1919), y confirmada durante la IV República (sentencia del 13 de mayo del 1960) y luego bajo la V República (sentencia del 4 de junio de 1975), el jefe de gobierno dispone de esta competencia. En efecto, le corresponde “fuera de cualquier habilitación legislativa, y en virtud de sus propios poderes, determinar las medidas de policía que deben en cualquier caso aplicarse a todo el territorio nacional”. Por lo tanto, el jefe de gobierno goza de “poderes propios”, cuya existencia se justifica por las necesidades del orden público nacional.³⁶ Sobre esta base jurídica, el primer ministro ha decidido, como ya lo hemos visto antes, la adquisición de mascarillas mediante el Decreto No. 2020-247 del 13 de marzo de 2020 o las limitaciones a la libertad de circular mediante el Decreto No. 2020-260 del 16 de marzo de 2020. En definitiva, la crisis del covid-19 ha subrayado que las colectividades locales están ausentes del panorama sanitario francés. Si, más allá de su protagonismo en los medios de comunicación, el observador se esfuerza en buscarles algunas competencias, salta entonces a la vista que estas últimas son subsidiarias, por no decir marginales.

4.2.2. Competencia marginal de las colectividades locales en materia de policía sanitaria

Por razones históricas indicadas anteriormente, y por su carácter de escalón de cercanía local, la única colectividad local que desempeña realmente algún papel en materia de salud pública es el municipio.³⁷ Basándose en los poderes de policía municipal del artículo 3 de las Leyes de 16 y 24 de agosto de 1790, codificado en el artículo L2212-2 del Código General de Colectividades Locales (CGTC), el alcalde es garante de la salubridad pública. Le corresponde “prevenir, mediante precauciones adecuadas, y poner fin, mediante el suministro de los socorros necesarios, a los accidentes y plagas

³⁶ Renaudie, “Les collectivités territoriales”.

³⁷ Renaudie, “Les collectivités territoriales”.

calamitosas tales como [...] las enfermedades epidémicas o contagiosas, las epizootias [...], proporcionar con urgencia todas medidas de asistencia y de socorro y, en su caso, provocar la intervención de la administración superior". No obstante, esta competencia viene limitada por la existencia de policías administrativas especiales otorgadas por el ordenamiento jurídico a otras autoridades públicas estatales. Por consiguiente –y como lo ha destacado el Consejo de Estado acerca de la decisión del alcalde de Sceaux de imponer a sus habitantes la obligación de salir con mascarillas, cuando el Estado no lo había aun previsto–, la policía administrativa especial de la emergencia sanitaria,

... impide, mientras se aplica, que el alcalde tome, invocando su poder de policía general, medidas orientadas a luchar contra la catástrofe sanitaria, a menos que razones imperiosas relacionadas con circunstancias locales hagan su producción indispensable y a condición de no alterar, de esta manera, la coherencia y la eficacia de las medidas tomadas con esta finalidad por las autoridades competentes del Estado. (Ordenanza No. 440057 del 17 de abril del 2020)³⁸

En realidad, el derecho de la emergencia sanitaria y de la salud pública ha logrado transformar la relación tradicional de los municipios con respecto a su poder de policía, tal como viene plasmado en el artículo L2212-2 del CGTC. Si bien es cierto que el alcalde solía “prevenir” y “poner fin” “a las enfermedades epidémicas y contagiosas”, parece que “el derecho de las intervenciones sanitarias, transformado en una amplia política pública controlada por el Estado, impone ahora una estrecha colaboración entre los actores públicos al servicio de la satisfacción de sus objetivos, tendiendo a transformar la policía municipal en mera labor de ejecución subordinada”³⁹

El papel de los departamentos y de las regiones en periodos de crisis sanitarias es prácticamente inexistente. Buscándolo bien, y para medir su

38 En derecho procesal francés, una ordenanza designa un acto jurisdiccional dictado por un único magistrado sobre un caso que no presenta ninguna dificultad o que, como en este caso, da lugar a un procedimiento acelerado de urgencia (*référé*) que permite solo dictar medidas provisionales.

39 Faure, “Théorie et pratique des compétences des collectivités territoriales”, 1727.

ausencia de competencias específicas, unos autores han destacado que durante la crisis sanitaria los departamentos se han esforzado en organizar “teleconsultas” médicas para el servicio médico-social de seguimientos de embarazos y de niños menores de seis años, conforme con el artículo L.2112-2 del CSP que les otorga competencia para el servicio de protección maternal e infantil. De la misma manera, los consejos departamentales han organizado campañas de prueba o test para los residentes y el personal de las residencias para personas mayores.⁴⁰

Como lo ha enseñado la actual crisis sanitaria, la situación de las regiones es totalmente “paradójica”.⁴¹ En efecto, mientras ha habido descentralización en varios ámbitos de las políticas públicas del Estado hacia las regiones, se ha asistido al movimiento inverso de una auténtica “recentralización” de competencias en materia de salud. De lo dicho hasta acá, la paradoja más clara resulta de la circunstancia en que el consejo regional no tiene “competencia directa de planificación y de regulación del sistema de salud y que es muy poco representado en las instancias sanitarias regionales”.⁴² En este sentido, las “agencias regionales de salud”, creadas en virtud de la Ley No. 2009-879 del 21 de julio del 2009 de reforma del sector hospitalario y relativa a los pacientes, a la salud y a los territorios, son el resultado de un “largo proceso de regionalización técnica de las políticas sanitarias” que en realidad se acerca a la técnica de la desconcentración territorial de la administración central, ya que estas agencias aplican a nivel regional las políticas sanitarias del Estado, que las controla.⁴³

Dicho de otra manera, si es cierto que el escalón regional es el principal nivel de acción sanitaria, esta acción no deja de ser estatal. De ahí que estas agencias sean uno de los principales medios de acción del Estado en el marco de la crisis sanitaria. Y los autores que se han esforzado en buscar

40 Renaudie, “Les collectivités territoriales”, 857.

41 Didier Tabuteau, “Politiques de Santé et territoire”, *Revue de Droit Sanitaire et Social* (2009): 7.

42 Tabuteau, “Politiques de Santé et territoire”. Véase también Didier Tabuteau, Anne Laude y Bertrand Mathieu, *Droit de la Santé* (París: PUF, 2007).

43 Pellet y Skrzyrbak, *Droit de la protection sociale*, 91.

algún papel desempeñado por las regiones en la lucha contra la pandemia solamente han apuntado que “los consejos regionales han contribuido a la gestión local de la crisis del coronavirus mediante la creación de fondos de equipo de emergencias para los profesionales de salud, para ayudarlos a disponer de mascarillas, de guantes, de blusas y de geles hidroalcohólicos”.⁴⁴ Con esto salta a la vista el papel totalmente marginal de la región, no como escalón territorial de acción estatal, sino como colectividad local y, por ende, como ente político.

En definitiva, las colectividades locales, desde que ha empezado la crisis sanitaria, no han sido asociadas por los directores de las agencias regionales de salud y los prefectos en la elaboración de las estrategias sanitarias locales de lucha contra la pandemia.⁴⁵ De hecho, no pocas veces el gobierno ha decidido establecer toque de queda en territorios sin consultar previamente a las colectividades locales interesadas. Conforme con la fórmula de Jean Rivero, para quien “los tiempos difíciles son centralizadores”, el marco jurídico del estado de emergencia sanitaria ha reforzado la tendencia estatal a limitar la libertad de acción de las colectividades locales. Parece que la legislación actual “en numerosas materias relacionadas con conocimientos técnicos o con la solidaridad nacional (economía, medioambiente, salud) disminuye el valor de la elección local, puesto que las autoridades descentralizadas terminan más o menos encargadas como administradores de las políticas del Estado”, mientras que este último tiene sumo cuidado en que la aplicación de sus políticas no se vea afectada por decisiones distintas o contrarias a las colectividades locales.⁴⁶ A esto hay que añadir que cada preocupación coyuntural del Estado se transforma en objeto de política pública mediante legislaciones específicas que no dejan nunca de difundirse en los ámbitos de competencia tradicionales de las colectividades locales, como la salud, la seguridad o los medios de transporte.

44 Renaudie, “Les collectivités territoriales”, 857.

45 Renaudie, “Les collectivités territoriales”.

46 Faure, “Théorie et pratique des compétences”, 1727.

Al fin y al cabo, “parece que nunca podrá invertirse la tendencia del Estado a ampliar su imperio sobre la administración descentralizada. La descentralización, lejos de aumentar la eficacia de la acción pública, amenazaría con ir en contra de los objetivos perseguidos, dándoles una satisfacción fragmentaria e insuficiente”.⁴⁷ De este modo, y lo ha demostrado nuevamente la crisis sanitaria, la colectividad local ya no aparece como garante de sus propios asuntos, sino como órgano colaborador de los asuntos generales del Estado.⁴⁸ En términos claros, el estado de emergencia sanitaria ha destacado la manera como el Estado pone en tela de juicio el principio mismo del movimiento de descentralización inaugurado en Francia a inicios de los años ochenta. Es cierto que la inexorable tendencia a la tecnificación y a la segmentación competencial ya había colocado a las colectividades locales desde años atrás en un estado de “impotencia, por el exceso de especialización que confina cada una de ellas a la satisfacción de tareas parceladas y limitadas, negando los medios para que sus políticas puedan expresarse suficientemente”.⁴⁹ Si la configuración, so pretexto de la crisis epidémica, de un derecho de la emergencia sanitaria de corte meramente centralista disminuye el valor de la elección local, la ausencia de control eficiente y realmente protector de los derechos fundamentales cuestiona también el principio mismo del Estado democrático de derecho.

5. Control legislativo y jurisdiccional de las medidas del estado de emergencia sanitaria

Durante las primeras semanas de la crisis sanitaria, el gobierno –ya lo vimos– actuó mediante órdenes y decretos, de manera que su protagonismo normativo hizo sombra al Parlamento, cuya actividad legislativa ha sido mínima, en la medida en que la Ley No. 2020-290 de emergencia sanitaria autoriza al gobierno a tomar ordenanzas en materias que constitucionalmente pertenecen al ámbito de la ley. En realidad, parece que, en tiempos

47 Faure, “Théorie et pratique des compétences”.

48 Faure, “Théorie et pratique des compétences”.

49 Faure, “Théorie et pratique des compétences”.

de emergencia sanitaria, tanto la actividad legislativa del Parlamento como su actividad de control de gobierno son mínimas⁵⁰ (punto 5.1). Si la actividad de control político del gobierno es menor, también lo es el control de constitucionalidad sobre las leyes. Por un lado, el gobierno organizó –con el apoyo tanto del Parlamento que la votó como del propio Consejo Constitucional que dio su necesario visto bueno– la suspensión, so pretexto de emergencia sanitaria, del mecanismo de control *a posteriori* de las leyes. Como, por otro lado, existió un consenso político para que ningún órgano constitucionalmente habilitado para ello impugnara la ley de emergencia sanitaria sometiéndola al control *a priori* de constitucionalidad, esta última nunca fue examinada por el Consejo Constitucional (punto 5.2). En definitiva, la actividad jurisdiccional más destacada en tiempos de emergencia sanitaria es la del juez contencioso-administrativo, cuyas decisiones han venido no solo a sancionar, sino también a limitar el ejercicio del poder de policía general de los municipios en materia de salud y sanidad (punto 5.3).

5.1. Papel menor del Parlamento en tiempos de crisis sanitaria

En lo que se refiere a las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo durante el estado de emergencia sanitaria, hay que subrayar que el primero ha reducido totalmente su actividad de control del segundo. Es también de interés recordar que el legislador ha aceptado debatir y votar la Ley No. 2020-290 del 23 de marzo de 2020 de emergencia para hacer frente a la pandemia en apenas cinco días. El proyecto de ley,⁵¹ presentado por el jefe de gobierno en el consejo de ministros del 18 de marzo de 2020, fue tramitado, a iniciativa del Ejecutivo, según el procedimiento legislativo acelerado previsto en el segundo párrafo del artículo 45 de la Constitución.⁵²

50 Ferdinand Mélin-Soucramanien, “L’Assemblée nationale aux temps de la pandémie de Covid 19. Si le grain ne meurt...”, *Revue Française de Droit Administratif* (2020): 623.

51 En derecho constitucional francés, el proyecto de ley resulta de una iniciativa del Poder Ejecutivo mientras que la propuesta de ley resulta de una iniciativa del Poder Legislativo.

52 Artículo 45, párrafo 2: “Cuando, a causa de un desacuerdo entre ambas cámaras, un proyecto o una proposición de ley no haya podido ser aprobado después de dos

Este proceso especial ha implicado que, después de una sola lectura en cada una de las cámaras (el 19 de marzo en el Senado y el 21 de marzo en la Asamblea Nacional), la comisión mixta paritaria haya propuesto un texto que fue definitivamente adoptado el 22 de marzo de 2020.

Por otra parte, el Consejo Constitucional, tras ser requerido por el presidente de la república, examinó en el marco de su control *a priori* la constitucionalidad de la Ley No. 2020-546 de 11 de mayo de 2020 por la que se prorrogaba el estado de emergencia sanitaria y se complementaban sus disposiciones. En esta ocasión, y fundándose en el principio de separación de poderes, decidió declarar inconstitucional el artículo 11 de dicha ley, que hubiera obligado al ministro de Salud y a varias agencias sanitarias gubernamentales a que transmitieran “sin demora” a cada cámara “copias de todas las disposiciones” que hubieran dictado en aplicación de dicho artículo relativo a la creación de un sistema de información para luchar contra la pandemia de covid-19, y añadía que las cámaras parlamentarias podían “requerir cualquier información complementaria” en el marco del control y evaluación de las medidas implementadas.

A juicio del Consejo Constitucional,

... el legislador puede establecer disposiciones que garanticen la información del Parlamento a fin de que este pueda, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución, controlar la acción del gobierno y evaluar las políticas públicas. Sin embargo, al prever la transmisión inmediata a la Asamblea Nacional y al Senado de una copia de cada disposición dictada en aplicación del artículo 11 de la ley sometida a consideración, el legislador, habida cuenta del número de las disposiciones y de la naturaleza de los datos en cuestión, desconoció el principio de separación de poderes, así como los artículos 20 [“El gobierno determinará y dirigirá la política de la Nación...”] y 21 [“El Primer Ministro dirigirá la acción del gobierno...”] de la Constitución. Por consiguiente, el segundo párrafo del apartado IX del artículo 11

lecturas en cada cámara o si el gobierno ha decidido iniciar el procedimiento acelerado sin que las conferencias de los presidentes se hayan conjuntamente opuesto a ello, después de una sola lectura en cada una de ellas, el primer ministro o, para una proposición de ley, los presidentes de las dos cámaras que actúen conjuntamente, estarán facultados para gestionar la reunión de una comisión mixta paritaria encargada de proponer un texto sobre las disposiciones que queden por discutir”.

es contrario a la Constitución. (Sentencia No. 2020-800 DC de 11 de mayo de 2020)

El papel del Parlamento es aún más reducido, en la medida en que el estado de emergencia sanitaria (artículo 11 de la Ley No. 2020-290) autoriza al gobierno a tomar, mediante las ordenanzas del artículo 38 de la Constitución, medidas en materias que constitucionalmente son del ámbito del legislador, según el principio de reserva de ley plasmado en el artículo 34 del texto constitucional. Estas medidas, autorizadas por unas 43 habilitaciones de ordenanzas, se refieren a numerosas materias: ayudas económicas para empresas y adaptación del derecho laboral, de las indemnizaciones para los empleados despedidos, de los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, de las obligaciones tributarias, de las modalidades de guardería infantil, del calendario presupuestario de los entes locales, e incluso de la difusión mediante video de películas antes del periodo de exclusividad para proyección en cines.

Asimismo, se ha cuestionado la necesidad de intervención del Parlamento frente a los poderes que el Consejo de Estado ha reconocido al jefe de gobierno para administrar la crisis sanitaria. Conforme con su jurisprudencia en esta materia, el supremo juez de lo contencioso-administrativo ha decidido (Ordenanza No. 439674 del 22 de marzo de 2020 acerca del recurso del Sindicato de Jóvenes Médicos para ampliar las medidas consideradas como insuficientes del Decreto del 16 de marzo de 2020 hacia un confinamiento total) que “el primer ministro puede, en virtud de sus propios poderes, tomar medidas de policía aplicables a la totalidad del territorio, especialmente en caso de circunstancias excepcionales, tales como una epidemia comprobada, o sea, la de la covid-19 que conoce actualmente Francia”. En definitiva, en tiempos de emergencia sanitaria, la intervención del Parlamento constituye principalmente “un sistema de autorización que permite al gobierno tomar medidas más amplias en su alcance y en su duración”.⁵³ En términos claros, el papel del legislador se limita solo a autorizar

53 Bertrand Mathieu, “La crise sanitaire: un révélateur de la crise de la démocratie libérale. Réflexions sommaires à partir de la situation française”, en José María Garza

al gobierno –como pasó con la Ley No. 2020-290 del 23 de marzo de 2020 que estableció el régimen jurídico del estado de emergencia sanitaria–, debiendo hacerlo en muy pocos días o, mejor dicho, horas. Si el protagonismo del Parlamento es mínimo, la actividad del Consejo Constitucional también es de lo más reducido.

5.2 Ausencia del Consejo Constitucional en emergencia sanitaria

Durante los primeros meses de la crisis sanitaria, se ha asistido tanto a la ausencia del control *a priori* o preventivo de la Ley No. 2020-290 del 23 de marzo de 2020 de emergencia para hacer frente a la pandemia (punto 5.2.1), como a la ausencia de su control *a posteriori* o incidental (punto 5.2.2).

5.2.1. Ausencia de control *a priori* o preventivo de la ley de emergencia sanitaria

La Ley No. 2020-290 del 23 de marzo de 2020 de emergencia para hacer frente a la pandemia, que ha configurado el derecho en materia de emergencia sanitaria, no ha dado lugar a ningún control de constitucionalidad *a priori* o preventivo por parte del Consejo Constitucional. En primer lugar, parece que los parlamentarios, respondiendo así a un deseo del gobierno, no han querido someter esta ley al control del Consejo Constitucional, tal como lo hubiera permitido el segundo párrafo del artículo 61 de la Constitución.⁵⁴ Si bien parece que, actuando de esta manera, los diputados y senadores han querido permitir al gobierno utilizar lo más rápidamente posible los nuevos medios proporcionados por la ley de emergencia sanitaria, la doctrina ha criticado fuertemente esta ausencia de solicitud de control para una ley que afecta al Estado democrático de derecho (postergación de las elecciones municipales y restricciones a la libertad de tránsito, de reunión,

de la Serna (coord.), *Covid-19 y Constitutional Law/Covid-19 et droit constitutionnel* (México: UNAM, IIDC, IACL, 2020), 145.

54 Artículo 61, párrafo 2: “Podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el presidente de la república, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores”.

de trabajar), al observar que “la emergencia y la crisis no podrían nunca justificar que se vulnere el fundamento constitucional, *a fortiori* en tiempo de crisis: en esta situación, nuestro derecho debe ser fuerte, [pues] es incluso su función”.⁵⁵ Además, el argumento de la crisis y de la debida celeridad legislativa no es convincente, puesto que el párrafo 3 del artículo 61 de la Constitución prevé que, a pesar de que en principio el Consejo Constitucional se pronuncia en su actividad de control *a priori* en el plazo de un mes, “a petición del gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días”. En segundo lugar, la ausencia de recurso *a priori* por parte de los parlamentarios ha llamado la atención de la doctrina sobre la articulación entre la impugnación ante el Consejo Constitucional de una ley votada para que la controle de forma preventiva, conforme con el procedimiento del artículo 61 de la Constitución, y la promulgación presidencial de la misma ley.⁵⁶ En efecto, como el presidente de la república promulgó la Ley No. 2020-290 el 23 de marzo, o sea inmediatamente tras su adopción el 22 de marzo por el Parlamento, se ha recordado, por un lado, que “la efectividad de la impugnación parlamentaria de una ley [ante el Consejo Constitucional para que la controle *a priori*] se basa solo en una costumbre” y, por otro lado, que incluso si los parlamentarios hubieran decidido impugnar dicha ley ante el Consejo Constitucional, tal vez no lo hubieran podido lograr si el presidente no hubiera estado de acuerdo.⁵⁷ Desacuerdo que en este caso parece desprenderse de la promulgación inmediata de la ley, impidiendo así en la práctica la posibilidad de introducir concretamente una impugnación parlamentaria en contra de ella.

Resulta de lo anterior que, al no haber impugnado la ley de emergencia sanitaria ante el Consejo Constitucional en el marco de su control

55 Jean-Phillipe Derosier, “Projet de loi d’urgence: que le Conseil constitutionnel soit saisi!”, *Libération*, 20 de marzo de 2020.

56 Antonin Gelblat y Laurie Marguet, “État d’urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états?”, *La Revue des Droits de L’homme* (2020): 13.

57 Gelblat y Marguet, “État d’urgence sanitaire”. Véase también Julie Benetti, “La saisine parlementaire (au titre de l’article 61 de la Constitution)”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 38 (2013): 85-98.

preventivo, no se han podido aclarar las sospechas de inconstitucionalidad acerca de su procedimiento de elaboración legislativa. Más allá de la cuestión de su constitucionalidad *formal*, se ha planteado también la cuestión de su constitucionalidad *material*, especialmente en lo que se refiere a la exclusión de competencia del juez judicial para conocer de las medidas vulnerando la libertad individual, contrariamente a las disposiciones del artículo 66 de la Constitución,⁵⁸ y en lo relativo también a la compatibilidad entre las penas establecidas, en caso de infracción de las medidas de confinamiento, con los principios constitucionales en materia penal consagrados en los artículos 7, 8 y 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁵⁹

De hecho, el lector de los debates parlamentarios –que en la Asamblea Nacional no tardaron más de 72 horas– observa que los propios diputados admitían la probable o posible inconstitucionalidad de varias disposiciones de la Ley No. 2020-290. Por ejemplo, el diputado y jefe del partido centrista Union des démocrates et indépendants (UDI) Jean-Christophe Lagarde declaró: “todos nosotros [los diputados] somos conscientes de que algunas medidas plasmadas en el proyecto de ley excepcional que acabamos de votar están al límite de la constitucionalidad”, mientras que su colega Charles de Courson opinaba: “el proyecto de ley ordinaria de emergencia que acabamos de votar plantea varios problemas constitucionales. Bien astuto el de nosotros que podría afirmar que todas las disposiciones que hemos votado son conformes con la Constitución”.⁶⁰ Como lo subrayaba el último diputado, al no solicitar el control *a priori* o preventivo del Consejo Constitucional, existía el riesgo de que luego se multiplicaran los recursos por parte de justiciables para someter la ley al control *a posteriori* o incidental

58 Artículo 66: “Nadie podrá ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, garante de la libertad individual, asegurará el respeto de este principio en la forma prevista por la ley”. Hay que precisar que el constituyente del 1958 no considera el Poder Judicial en pie de igualdad con los poderes ejecutivo y legislativo. Para poner de manifiesto su inferioridad a estos dos últimos, lo califica de “autoridad”.

59 Artículo 66.

60 Assemblée Nationale, Sesión del 21 de marzo de 2020, *Journal Officiel de la République Française*, 35 (2020): 2671-2672.

del Consejo Constitucional, mediante una cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC). En este caso, varios diputados y autores opinaban que la hipótesis de una posterior censura de la ley por parte del Consejo daría lugar a una dificultad mayor.⁶¹

5.2.2. Ausencia de control a posteriori o incidental de la ley de emergencia sanitaria

Hasta la aplicación, a partir del 1 de marzo de 2010, de la reforma constitucional del 23 de julio de 2008, el control de constitucionalidad preventivo era el único que existía para permitir al Consejo Constitucional controlar una ley. Desde entonces, este último ejerce también un control *a posteriori* sobre las leyes, en virtud del artículo 61-1 de la Constitución, estableciendo que

... cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, podrá someterse el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o de la Corte de Casación, al Consejo Constitucional, que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo.⁶²

Consciente de esta potencial amenaza, el gobierno ha decidido, mediante la Ley Orgánica No. 2020-365 del 30 de marzo de 2020 de emergencia frente a la pandemia de covid-19, la suspensión hasta el 30 de junio de 2020 tanto del plazo de tres meses para la transmisión por parte de la Corte de Casación y del Consejo de Estado de las QPC al Consejo Constitucional como del plazo de tres meses para que este último las juzgue.

Por lo tanto, el gobierno, tras haber tomado sumo cuidado en evitar un control *a priori*, ha decidido suspender expresamente durante este plazo el control de constitucionalidad de las leyes por la vía del control *a posteriori*. Como bien salta a la vista, es mayor la vulneración del Estado democrático de derecho, al establecer un mecanismo de inmunidad contenciosa

61 Assemblée Nationale, Sesión del 21 de marzo de 2020. Véase también Gelblat y Marguet, "État d'urgence sanitaire", 13 y 26.

62 Bourget, "La evolución de la naturaleza del Consejo Constitucional", 415-421.

absoluta para la ley, estableciendo el estado de emergencia sanitaria que afecta las principales libertades y derechos fundamentales. A los diputados que objetaban al gobierno su malestar con “un proyecto de ley orgánica que suspendería el derecho de los conciudadanos [jurídicamente, de los justiciables] a impugnar la constitucionalidad de una ley que acaba de votarse sin estar seguro de que respeta en todo los principios fundamentales de la Constitución”,⁶³ el ministro de Interior sostuvo, en nombre de su gobierno, la necesidad de actuar urgentemente, y argumentó que permitir que la ley de emergencia sanitaria recién votada pudiera “ser objeto de recursos y de QPC supondría organizar [la] incapacidad [del gobierno] para aplicar con urgencia las medidas necesarias”.⁶⁴ Como lo destacan Antonin Gelblat y Laurie Marguet, la voluntad gubernamental era más bien “sustraer la ley de emergencia a todo control de constitucionalidad, conforme con la idea de que no se debía, bajo ningún pretexto, ni aun el del respeto de los derechos y libertades constitucionales, impedir al Ejecutivo actuar”.⁶⁵ Tomando además en cuenta, por un lado, que el no respeto por las jurisdicciones del plazo de tres meses para la transmisión de las QPC hubiera implicado solo su transmisión directa al Consejo constitucional y, por otro lado, que el plazo de tres meses previsto para que este último se pronunciara era puramente indicativo –de modo que su violación en el contexto de la crisis sanitaria no hubiera tenido ninguna consecuencia jurídica–, el objetivo del ejecutivo era solo configurar jurídicamente la inmunidad contenciosa absoluta del estado de emergencia sanitaria. Desde el punto de vista material, es evidente que esta ley orgánica alteraba considerablemente derechos fundamentales, tales como los derechos a la defensa o a la tutela judicial efectiva y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Esta suspensión –realizada por vía de la legislación orgánica, conforme con lo que dispone *in fine* el artículo 61-1 de la Constitución, relativo al control incidental de constitucionalidad de la ley–, cuyo objeto era inmunizar

63 Assemblée Nationale, Sesión del 21 de marzo de 2020, 2671.

64 Assemblée Nationale, Sesión del 21 de marzo de 2020, 2672.

65 Gelblat y Marguet, “État d’urgence sanitaire”, 14.

el estado de emergencia sanitaria contra cualquier declaración de inconstitucionalidad, exigía necesariamente el control previo del Consejo Constitucional, tal como lo exige el artículo 61 de la Constitución.⁶⁶ Cabe precisar que, de forma unánime, la doctrina se inclinaba por la inconstitucionalidad manifiesta de la Ley Orgánica No. 2020-365, que estableció la suspensión del control de constitucionalidad de las leyes por QPC, en la medida en que el Senado había examinado y adoptado su proyecto al día siguiente de su presentación, violando así el segundo párrafo del artículo 46 de la Constitución, que dispone que, cuando el procedimiento legislativo acelerado ha sido iniciado, el proyecto o la proposición de ley orgánica “no podrá ser sometido a la deliberación de la primera Cámara que lo haya recibido, sino después de quince días de su presentación”. Con la exigencia constitucional de un plazo de 15 días entre la presentación del texto y la deliberación parlamentaria, queda muy claro que el constituyente quiso encauzar el procedimiento legislativo acelerado sometiendo el examen de las leyes orgánicas a un periodo mínimo de reflexión. A pesar de que la inconstitucionalidad era, por lo tanto, obvia, el Consejo Constitucional decidió: “tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso, no hay lugar a decidir que se ha adoptado esta ley orgánica en violación de las reglas previstas por el artículo 46 de la Constitución” (Sentencia No. 2020-799 DC del 26 de marzo de 2020).

En realidad, parece que el Consejo Constitucional, tal como lo resumió su presidente Laurent Fabius,⁶⁷ temía “las críticas de inconsecuencias

66 Artículo 61: “Las leyes orgánicas, antes de su promulgación [...] deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución”.

67 Laurent Fabius, presidente del Consejo Constitucional desde el 8 de marzo de 2016, fue un responsable político francés de primer plano. Tras haber sido el primer ministro (1984-1986) más joven de la historia contemporánea francesa, fue presidente de la Asamblea Nacional, cargo que desempeñó en dos ocasiones. Regresó al gobierno como ministro de Finanzas en el gobierno de Lionel Jospin (2000-2002). En 2005, lideró el campo minoritario en el Partido Socialista –pero mayoritario en el electorado– opuesto al proyecto de tratado de Constitución europea sometido a referéndum. En 2006 fue candidato en las primarias del Partido Socialista, siendo derrotado por Ségolène Royal. Tras la victoria de François Hollande en las elecciones

que lo hubieran golpeado de haber censurado esta ley orgánica”.⁶⁸ Como lo analiza Agnès Roblot-Troizier, el miedo experimentado por el Consejo era de corte más político que jurídico, en la medida en que no se atrevió “a recordar el derecho que le corresponde[ría] aplicar, incluso en un contexto de crisis sanitaria”.⁶⁹ Desde luego, el autocontrol o autorrestricción, también conocido en inglés como *self restraint* –técnica mediante la cual un órgano jurisdiccional se impone límites a sí mismo, a efectos de ajustar sus decisiones para no afectar las de otros órganos del poder político–, fue allí bastante excesivo, toda vez que el Consejo Constitucional no tenía que pronunciarse sobre Ley No. 2020-290, sino únicamente sobre la Ley Orgánica No. 2020-365, que suspendía el ejercicio de su control incidental de las leyes –por ende, el Consejo era juez y parte al asunto–. Dando primacía a un riesgo de corte político, el Consejo Constitucional invocó las “circunstancias particulares” del caso para dar su visto bueno a una ley que manifiestamente no es constitucional. De ahí precisamente su referencia a las ambiguas “circunstancias particulares”. Como claramente lo pone de manifiesto Pierre Brunet, los lectores de dicha “asombrosa” sentencia tienen la impresión de que “el Consejo Constitucional se quitó de encima un evidente problema de constitucionalidad mediante una fórmula casi mágica, por lo menos perfectamente sibilina”.⁷⁰ Al no querer asumir el riesgo relacionado con los efectos de una declaración de inconstitucionalidad de dicha ley, el Consejo debe asumir otro: “el de presentarse como una fortaleza bastante débil frente a la voluntad del Parlamento y, sobre todo, del

nes presidenciales de 2012, fue nombrado ministro de Asuntos Exteriores, manteniéndose en el cargo hasta febrero de 2016, cuando ocurrió su nombramiento por el presidente Hollande en el Consejo Constitucional.

- 68** Laurent Fabius, “Pas d’éclipse des principes fondamentaux du droit”, *Le Figaro*, 17 de abril de 2020.
- 69** Agnès Roblot-Troizier, “*Circonstances particulières* et réserve d’interprétation implicite: les paradoxes de l’évaluation des risques par le Conseil constitutionnel”, *Revue Française de Droit Administratif* (2020) 501.
- 70** Pierre Brunet, “La confusion des circonstances - Sur le Conseil constitutionnel et l’Etat d’urgence”, *AOC*, 13 de mayo del 2020, 2.

gobierno⁷¹ o, para decirlo sencillamente, de un órgano que “quebranta” la Constitución.⁷²

Resulta de lo anterior que para el control de las disposiciones legales relativas a la emergencia sanitaria, o bien el Consejo Constitucional fue *inexistente*, debido a la voluntad política de no someter la ley de emergencia sanitaria a su control previo, o bien *existió*, pero actuó entonces para demostrar su *inutilidad*, al declarar la conformidad con la Constitución de una ley orgánica manifiestamente inconstitucional, ley que organizaba, además, su *inexistencia* durante tres meses en materia de control *a posteriori* del estado de emergencia sanitaria. Con esto, el lector apreciará en su valor la conciliación que hace el Consejo Constitucional entre dos elementos antagónicos: Estado de derecho y razón de Estado. Asimismo, este caso manifiesta –y, como lo apunta Pierre Brunet, “es un eufemismo decirlo”⁷³– que el Consejo Constitucional está muy lejos de corresponder a las jurisdicciones constitucionales configuradas según el modelo kelseniano, como es el caso del Tribunal Constitucional español o del *Bundesverfassungsgericht* alemán. La distancia conceptual entre ambos tipos de órgano obedece a diferencias y explicaciones de corte histórico y filosófico, cuya valoración no se discutirá en estas líneas.⁷⁴ Sin embargo, la pobreza argumentativa de las decisiones del Consejo, como lo ilustra la referencia a la fórmula sibilina y ambigua de “circunstancias particulares”, permitía “dispensar implícitamente al gobierno del esfuerzo de deber justificar con profundidad su acción y sus decisiones políticas”.⁷⁵

Manifestando “las insuficiencias estructurales del control de constitucionalidad”, tal como viene configurado en el ordenamiento jurídico

71 Roblot-Troizier, “*Circonstances particulières* et réserve d’interprétation implicite”, 501.

72 Paul Cassia, “Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution”, *Médiapart*, 27 de marzo de 2020.

73 Brunet, “La confusion des circonstances”, 2 y 3.

74 Bourget, “Carácter jurisdiccional del Consejo Constitucional francés”, 712 ss., en especial 715-717 (“el carácter *sui generis* del CC”) y 717-719 (“La negación doctrinal del carácter jurisdiccional del CC”).

75 Brunet, “La confusion des circonstances”, 6.

francés, este modo de actuar del Consejo Constitucional parece revelar que él mismo reconoce “decidir menos en derecho que en pura oportunidad”.⁷⁶ Desde esta perspectiva, la crisis sanitaria recuerda el elemento y el imperativo meramente político de cualquier actividad jurídico-interpretativa, independientemente de la invocación del método de pureza de la dogmática jurídica y, utilizando un vocabulario más contemporáneo, de la neutralidad axiológica del jurista –invocación que, por lo demás, no suele ser neutral axiológicamente–. El ilustre iuspublicista Paul Laband ya había demostrado magistralmente –a raíz del conflicto constitucional que oponía en la década de 1860 la mayoría liberal del *Landtag* y el gobierno monárquico prusiano, en materia presupuestaria⁷⁷– que el intérprete de las normas jurídicas, por más positivista y formalista que pretenda ser, nunca se extraerá de las circunstancias políticas que lo rodean.⁷⁸

5.3. Sanción jurisdiccional de las medidas locales relativas a la emergencia sanitaria

Si el Consejo Constitucional no ha obrado, lo menos que podemos decir, a favor de la protección de los derechos y libertades fundamentales puestos en tela de juicio por el derecho de la emergencia sanitaria, es que el juez de lo contencioso administrativo se ha esforzado, por su parte, en limitar el poder de policía general que los alcaldes han utilizado y podrían utilizar en el contexto de la crisis sanitaria. Dos categorías de decisiones municipales impugnadas ante el juez administrativo merecen ser presentadas en las líneas que siguen: la decisión de los alcaldes de imponer localmente el

76 Brunet, “La confusion des circonstances”, 1 y 3,

77 Renaud Bourget, “Paul Laband et la construction d’un droit public financier ‘vraiment scientifique’: la systématisation des pratiques constitutionnelles de Bismarck lors du conflit budgétaire prussien (1862-1866)”, en Philippe Bezes, Florence Descamps, Sebastien Kott y Lucile Tallineau (dirs.), *L’invention de la gestion des finances publiques. Elaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIXe siècle (1815-1914)* (París: Ministère de l’Economie et Ministère du Budget, 2010), 323-391.

78 Renaud Bourget, “La fonction éminemment politique de la théorie juridique du Budget de Laband”, en R. Bourget, *La science juridique et le droit financier et fiscal*, pref. E. Simón Acosta (París: Dalloz, 2012), 177-237.

uso de las mascarillas, cuando aún el gobierno no lo había decidido (punto 5.3.1), y la oposición de varios alcaldes al cierre de los comercios, decidido por el Estado durante los periodos de confinamiento (punto 5.3.2).

5.3.1. Censura jurisdiccional de la obligación municipal de llevar mascarillas

El alcalde de Sceaux –una ciudad sureña de la zona parisina– decidió imponer a sus habitantes mayores de 10 años el uso en el exterior de “un dispositivo de protección nasal y bucal” (decisión No. 2020-167 del 6 abril de 2020) cuando el gobierno, frente a la ausencia de reserva suficiente de mascarillas, no solo pretendía que su uso no era necesario, sino que subrayaba su “inutilidad” para evitar ser contagiado,⁷⁹ mientras que era entonces necesario orientar la escasa cantidad disponible de esta protección en beneficio de los únicos profesionales sanitarios. Esta decisión fue impugnada por la Liga de los Derechos Humanos y censurada por el Tribunal Administrativo de Cergy-Pontoise (Ordenanza No. 20033905 del 9 de abril de 2020, *Ligue des droits de l’homme*). De esta manera, el juez de lo contencioso-administrativo actuaba conforme con los juicios de sus colegas, que ya habían censurado otras iniciativas municipales, como los toques de queda decididos por los alcaldes de Lisieux (Tribunal Administrativo de Caen, Ordenanza No. 2000711) y de Saint-Ouen (Tribunal Administrativo de Montreuil, Ordenanza No. 2003861).⁸⁰ Frente a estas censuras operadas por el juez respecto de medidas tomadas por los municipios para luchar contra la pandemia, queda por determinar si el alcalde puede concretamente aún actuar y si el ejercicio por el Estado de su policía sanitaria especial lo priva o no de su poder de policía general en materia de sanidad.

Según una jurisprudencia establecida desde mediados del siglo pasado, la competencia del Estado para ejercer una policía especial no excluye

79 Ulysse Bellier, “De l’«inutilité» pour le grand public à l’obligation généralisée, sept mois de consignes sur le masque en France”, *Le Monde*, 29 de agosto de 2020; Jack Dion, “D’inutile à quasi obligatoire: la comédie du masque a trop duré”, *Marianne*, 28 de abril del 2020.

80 Marie-Christine de Montecler, “Le maire, le covid et les circonstances locales”, *Dalloz actualité*, 13 de abril de 2020, 1.

necesariamente la competencia del alcalde para ejercer su poder de policía general, siempre que este último se base en la existencia de “circunstancias locales” justificando su acción frente a un riesgo de alteración del orden público específico a su municipio (CE, Sentencia No. 36385 del 18 de diciembre de 1958). De hecho, en sus ordenanzas, antes citadas, relativas al uso de mascarillas o a los toques de queda, los tribunales administrativos recuerdan este principio, aunque parecen volverse más exigentes en lo que se refiere a la demostración de las “circunstancias locales”. De esta manera, siguen la primera ordenanza del Consejo de Estado relacionada con la pandemia rechazando el recurso de urgencia mediante el cual el Sindicato de los Jóvenes Médicos exigía un confinamiento total de la población. En esta decisión, la jurisdicción superior del orden del contencioso-administrativo ha admitido que tanto los prefectos –representantes a nivel local del Estado– como los alcaldes “tienen la obligación, en virtud de su poder de policía general, de adoptar, cuando tales medidas son necesarias, interdicciones más severas cuando las circunstancias locales lo justifican” (CE, Ordenanza No. 439674 del 22 de marzo de 2020).

Sin embargo, en ocasión de la impugnación por el alcalde de Sceaux de la ordenanza No. 20033905 del 9 de abril de 2020, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cergy-Pontoise suspendió la decisión municipal de imponer mascarillas, el Consejo de Estado parece haber ido más lejos de lo que había indicado en su primera Ordenanza No. 439674 del 22 de marzo. En efecto, al día siguiente de la publicación de esta ordenanza jurisdiccional, se promulgó la Ley No. 2020-290 estableciendo el estado de emergencia sanitaria y otorgando al Estado una exclusiva competencia de policía especial en materia sanitaria. Por lo visto, este cambio exigía hacer, de alguna manera, *tabula rasa* del pasado. En este sentido, el Consejo de Estado ha observado que

... el legislador ha creado una policía especial dando a las autoridades del Estado nombradas en los artículos L.3131-15 a L.3117 [del CSP, a saber, el primer ministro, el ministro de Salud y los prefectos] la competencia para tomar, en el marco del estado de emergencia sanitaria, las medidas generales o individuales destinadas a poner fin a una catástrofe sanitaria tal como

la epidemia de covid-19, con el fin, entre otros, de asegurar, teniendo en cuenta los datos científicos disponibles, su coherencia y eficacia sobre todo el territorio indicado y de adaptarlas según la evolución de la situación. (CE, Ordenanza No. 440057 del 17 de abril de 2020)

Bien es cierto que los artículos L.2212-1 y L.2212-2 del CGTC autorizan al alcalde, incluso en periodo de emergencia sanitaria, a tomar medidas de policía general necesarias para “el buen orden, la seguridad y la salubridad pública en su municipio”. En su caso, el alcalde puede “tomar disposiciones destinadas a contribuir a una buena aplicación en el territorio municipal de las medidas decididas por las otras autoridades competentes del Estado, especialmente prohibiendo, a la luz de las circunstancias locales, el acceso a los lugares en donde sean susceptibles realizarse agrupaciones” (CE, Ordenanza No. 440057). No obstante lo recordado, el Consejo de Estado ha seguido precisando que

... la policía especial establecida por el legislador impide, mientras se aplica, que el alcalde, basándose en su poder de policía general, tome medidas destinadas a luchar contra la catástrofe sanitaria, a menos que razones imperiosas relacionadas con las circunstancias locales las presenten como indispensables y a condición de no alterar, de este modo, la coherencia y la eficacia de las medidas tomadas con este fin por las autoridades competentes del Estado. (CE, ordenanza No. 440057)

Como salta a la vista, el margen de acción del alcalde es de lo más reducido. Lo es aún más cuando se considera el caso de la decisión municipal de imponer el uso de mascarillas a sus habitantes. En efecto, el alcalde de Sceaux había justificado su decisión argumentando en primer lugar que ella no afectaba de forma grave y manifiesta la libertad constitucional de ir y venir, sino solo la libertad de circular sin mascarilla, que no existe como libertad fundamental. En segundo lugar, el alcalde de Sceaux estableció que el 25% de la población municipal es mayor de 60 años –cifra superior en 6 puntos al promedio regional– y, por ende, está potencialmente más amenazada por el covid-19. En tercer lugar, el alcalde subrayó que los comercios alimentarios que habían quedado abiertos se concentran en el

casco histórico de la ciudad en una única calle peatonal, cuya anchura en algunas partes no supera los cuatro metros, lo que genera una concentración humana mayor –aun mayor desde el cierre por la pandemia de los parques, que representan el tercio del territorio municipal– y dificulta el respeto de las medidas de protección sanitaria.

Sin embargo, para el Consejo de Estado estos argumentos no pueden, por un lado, “considerarse como caracterizando de razones imperiosas relacionadas con circunstancias locales propias de esta [o sea, la situación de Sceaux] que necesitarían que se decretara en su territorio, para luchar contra la epidemia (sic) de la covid-19, una interdicción de desplazarse sin llevar mascarillas”. Por otro lado, en un momento en que el Estado, en un contexto muy restringido, “ha sido llevado a fijar normas nacionales precisas sobre el uso de mascarillas quirúrgicas y [tipo] FFP2 y a no imponer el uso, de manera general, de otros tipos de mascarillas de protección”, la decisión de un alcalde de decretar esta prohibición podría “perjudicar la coherencia de las medidas tomadas en el interés de la salud pública por las autoridades sanitarias competentes”.

Es de sumo interés citar el fin del argumento, totalmente metajurídico, del juez superior de lo contencioso-administrativo para tomar la medida de lo acertado de las críticas, reprochándole que en tiempos de emergencia sanitaria, como en otros tiempos, “es demasiado respetuoso de las decisiones gubernamentales”.⁸¹ En efecto, el Consejo de Estado terminó por subrayar en la Ordenanza No. 440057 del 17 de abril de 2020 –y conforme con la doctrina sanitaria que sostenía en aquella época el gobierno francés– que, “al dar a entender que una protección bucal y nasal puede constituir una protección eficaz”, la decisión municipal es de tal naturaleza que podría inducir al “error a las personas interesadas e introducir confusión en los mensajes transmitidos a la población por autoridades [sanitarias competentes]”. Resulta de lo anterior que el Consejo de Estado ha concluido

81 Mathieu, “La crise sanitaire”, 146. El autor –actualmente profesor en excedencia, por ser consejero de Estado en servicio extraordinario– nombra el principio subyacente a estas críticas, para matizarlas.

soberanamente que “no se reunían manifiestamente las condiciones para que el alcalde de Sceaux pudiera establecer esta prohibición [de salir sin llevar mascarilla] sobre la base de su poder de policía general”. En definitiva, el comentario según el cual en tiempos de emergencia sanitaria “se priva al alcalde de poder de policía” no es, desde luego, exagerado.⁸²

5.3.2. Sanción jurisdiccional y derogación local del cierre nacional de comercios por el confinamiento

Los alcaldes de varios municipios –Colmar, Béziers, Perpignan, Carcassonne, Clairac y Pia–, tomando en cuenta las consecuencias sociales y económicas de la paralización, durante el confinamiento, de la actividad comercial a nivel local y denunciando la desigualdad en el tratamiento, ya que los grandes centros comerciales podían, por su parte, seguir abiertos, han tomado decisiones autorizando la apertura local de comercios, contrariamente a lo que disponía el Decreto No. 2020-1310 del 29 de octubre de 2020, que instauró tras el verano un nuevo confinamiento, a partir del 30 de octubre del 2020.⁸³ Basándose en el motivo de la violación de dicho decreto, ya que este restringía el acceso del público a los únicos comercios “esenciales”, los jueces de urgencia de los Tribunales Administrativos de Estrasburgo y Montpellier han censurado sin sorpresa estas decisiones municipales. Fundándose en los principios establecidos por el Consejo de Estado en el asunto del uso obligatorio de las mascarillas por decisión municipal (Ordenanza No. 440057), el juez administrativo ha recordado, por una parte, que el legislador ha creado a favor de las autoridades estatales una policía especial para dictar, en el marco del estado de emergencia sanitaria, medidas generales o individuales para poner fin a una catástrofe sanitaria como la pandemia de covid-19 (arts. L.3131-15 a L.3131-17 del CGCT) y que, por otra parte, la ley (arts. L.2212-1 a L.2212-2 del CGCT) autoriza al alcalde “incluso en periodo de emergencia sanitaria, a tomar medidas de policía general necesarias al

82 Marie-Christine de Montecler, “La maire presque privé de pouvoir de police pour lutter contre le coronavirus”, *Dalloz actualité*, 21 de abril de 2020, 815.

83 Emmanuelle Maupin, “Fermeture des commerces: la fronde des maires bloquée par les juges”, *Actualité Juridique Droit Administratif* (2020): 2118.

buen orden, la seguridad y la salubridad pública” (Tribunales Administrativos de Estrasburgo, ordenanza No. 2006788 del 3 de noviembre de 2020, y de Montpellier, Ordenanza No. 2004879 del 4 de noviembre de 2020).

Si bien el alcalde puede, en su caso, tomar sobre esta última base legal “medidas destinadas a contribuir a la buena aplicación, sobre el territorio municipal, de las medidas decididas por las autoridades competentes del Estado”, en cambio

... la policía especial establecida por el legislador para dictar medidas con el objetivo de poner fin a una catástrofe sanitaria se opone, mientras se aplica, a que el alcalde tome medidas suplementarias en virtud de su poder de policía general, a menos que razones imperiosas relacionadas con las circunstancias locales lo justifiquen y a condición de no alterar, de este modo, la coherencia y la eficacia de las medidas tomadas con esta finalidad por las autoridades competentes del Estado. La existencia de esta policía especial se opone también a que el alcalde tome medidas, en virtud de su poder de policía general, menos restrictivas que las adoptadas por las autoridades competentes del Estado. (Ordenanzas No. 2006788 y No. 2004879)

A fin de cuentas, en el marco del estado de emergencia sanitaria, el juez de lo contencioso-administrativo se ha opuesto a que los alcaldes tomen medidas, aunque sean menos severas que las de las autoridades estatales (como la apertura de comercios locales) o más severas (como la obligación de llevar mascarillas). A la hora de explicar esta actitud restrictiva, a saber, la sumisión del juez administrativo a las decisiones y orientaciones gubernamentales, hay que evocar la misma “autorrestricción” o *self restraint* que caracteriza las decisiones del Consejo Constitucional tanto en tiempos de emergencia sanitaria como, no pocas veces, en otros tiempos. En este sentido, se ha podido observar acerca de la jurisprudencia del Consejo de Estado en época de crisis sanitaria lo siguiente: “En realidad, es difícil para el juez administrativo no tomar en cuenta las restricciones que conoce la administración, a menos que procediera entonces dando ‘golpes de espada en el agua’,⁸⁴ que solo vendrían a alterar

84 La expresión quiere dar a entender que con dar tal golpe no se destruye ni corta nada en absoluto. [N. del Ed.]

su autoridad”.⁸⁵ A la imagen de su actividad jurisprudencial en estas ramas del derecho, que –como el derecho financiero y tributario– solicitan el “núcleo duro de las prerrogativas de potencia pública”,⁸⁶ el juez administrativo interpreta las normas del derecho de la emergencia sanitaria y de la salud pública según unos principios realistas y teleológicos o finalistas.⁸⁷

6. Conclusiones: efectos de la erosión de la soberanía política, presupuestaria e industrial del Estado centralista francés en tiempo de crisis sanitaria

Como lo hemos explicado, la crisis pandémica ha permitido destacar y confirmar el papel central del Estado francés y, en su seno, el del Poder Ejecutivo en lo sanitario. Este papel central se ha manifestado y cuestionado por tres vías. En primer lugar, tanto la logística de la respuesta sanitaria como las medidas de policía necesarias se han organizado al nivel estatal. En segundo lugar, “la necesidad de disponer no solo de medicamentos y de mascarillas, sino también de componentes industriales, ha demostrado los peligros de una pérdida de soberanía en el suministro de materiales de primera necesidad”.⁸⁸ En tercer lugar, la cuestión fronteriza, eludida por los gobiernos más liberales de la Unión Europea, ha terminado por imponerse en la agenda de dichos gobiernos.⁸⁹ Al inicio de este estudio, se ha evocado

85 Mathieu, “La crise sanitaire”, 146.

86 La fórmula de “*noyau dur des prérogatives de puissance publique*” es utilizada para caracterizar la materia fiscal por la Corte Europea de los Derechos Humanos en su decisión No. 44759/98 del 12 de julio de 2001 en el caso *Ferrazzini vs. Italia*.

87 Renaud Bourget, “Ecole germanique du droit libre et interdisciplinarité en droit fiscal: étude critique de la théorie de l’interprétation circonstancielle des principes fiscaux”, en Pierre Brunet, Eleonora Bottini y Lionel Zevounou (coords.), *Usages de l’interdisciplinarité en droit* (Nanterre: Presses Universitaires de Paris Ouest, 2014), 109-145.

88 Mathieu, “La crise sanitaire”, 146.

89 Además, hay que recordar que no existe ningún obstáculo jurídico a que un Estado miembro de la Unión Europea establezca restricciones a la libre circulación de personas, ya que el artículo 45 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea contempla el caso de “limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”. Véase Renaud Bourget, “Crisis sanitaria e ideología sinfron-

el debate para saber si la respuesta más adecuada de las autoridades públicas para luchar contra la crisis sanitaria se da en el marco de Estados unitarios o de Estados federales. Si bien es cierto que la centralización francesa, concentrando el poder en el Ejecutivo que actúa desde París, ha permitido la toma rápida de decisiones, es posible que la omnipotencia del Estado unitario y centralizado haya multiplicado las consecuencias de medidas total o parcialmente erróneas, y favorecido cierta imprevisión. Por otra parte, no deja de sorprender la evidente falta de preparación o ausencia de anticipo de las autoridades públicas, en la medida en que el Estado había elaborado varios planes para hacer frente justo a una crisis sanitaria. Planes que nunca han llegado a aplicarse en Francia, en especial en lo que se refiere a la regulación de las fronteras y los debidos controles sanitarios que se hubieran tenido que activar al inicio de la pandemia.⁹⁰

Sin embargo, cuando se introduce el elemento de la frontera en la problemática de la respuesta sanitaria de las autoridades públicas en la lucha contra la propagación de la pandemia, la cuestión relacionada con el modelo de organización territorial del Estado pasa entonces a ocupar un plano secundario, puesto que lo que se plantea tiene que ver con el ejercicio de la soberanía nacional, independientemente de la forma de organización interna –unitaria o federal– del Estado. Al nunca haberse atrevido a activar controles sanitarios en las fronteras nacionales, parece que el gobierno francés ha actuado como si Francia fuera ya un elemento territorial de una comunidad federal –o sea, de un Estado europeo–, a pesar de que todavía no existe. De hecho, las competencias de la Unión Europea en materia sanitaria son de las más reducidas, de modo que lógicamente son los Estados miembros los que han desempeñado el papel principal en la respuesta sanitaria. Por lo demás, es obvio que la solidaridad no se ha manifestado dentro de la Unión Europea, como algunos hubieran esperado. En realidad, por un lado, “la competencia por el acceso a algunos productos, como las

terista”, en César Landa (dir.), *Constitución y emergencia sanitaria*, vol. 2 (Lima: PUCP, Palestra, 2020), 64.

90 Mathieu, “La crise sanitaire”, 147; y Bourget, “Crisis sanitaria e ideología sinfronterista”, 54 a 65.

mascarillas, ha ocultado cualquier idea de mutualización. Cada Estado ha tomado sus propias medidas de cuarentena, de regulación de tráfico de pasajeros, de acción sanitaria”.⁹¹ Por otro lado, en materia económica y financiera, se ha asistido al fortalecimiento de una división política –que ya se había manifestado tras la crisis financiera del 2008– entre algunos países del Norte y los países del Sur. Más que todo, esta división se ha evidenciado en el tajante rechazo de la mutualización de la deuda mediante “coronabonos”, tal como lo pedían Estados europeos del Sur y el propio Banco Central Europeo. De ahí la lección que ha podido formular Bertrand Mathieu hablando de “vuelta al Estado en sus fronteras y de incertidumbres en lo que se refiere al papel de la Unión Europea”.⁹²

Lo único seguro que se ha podido observar a nivel europeo es la prevalencia de los intereses nacionales sobre el interés común, siempre que se considere que este último existe. Asimismo, “lo que esta crisis nos ha enseñado es que hacer de la abolición de los controles en las fronteras un tabú totalmente intocable no resiste a la realidad”.⁹³ Si desde el inicio de la pandemia los sectores políticos y mediáticos se han esforzado en despreciar la idea de frontera y en negar su utilidad en lo sanitario, por razones ideológicas relacionadas con la defensa absoluta de un sistema basado en el dogma supremo del libre tránsito de personas, transformando así el debate en esta materia en una especie de juicio del Santo Oficio contra Galileo, parece que el mecanismo de valoración intelectual ya se ha invertido, especialmente a partir de inicios del 2021 con la aparición, en distintos territorios nacionales, de varias cepas variantes del virus Sars-Cov-2 causante del covid-19. En este sentido, el constitucionalista Bertrand Mathieu ha podido observar lo siguiente:

Mientras que en un primer tiempo, por razones ideológicas, la cuestión de las fronteras ha sido esquivada en las decisiones de lucha contra la

91 Mathieu, “La crise sanitaire”, 148.

92 Mathieu, “La crise sanitaire”, 147.

93 Jean Quatremer, “Frontières: l’espace Schengen résistera-t-il à la crise du coronavirus ?”, *Euronews*, 25 de mayo de 2020.

pandemia, en un segundo tiempo la realidad se ha impuesto: las fronteras protegen. De manera que, por lo general, se han cerrado las fronteras de la Unión Europea, mientras que el libre tránsito dentro del espacio de los acuerdos Schengen ha sido (provisionalmente) puesto entre paréntesis.⁹⁴

Ello muestra, como lo hemos visto, el aislamiento del gobierno francés, que se negó a considerar esta hipótesis. Lo más llamativo –aunque unos ya lo habían anticipado⁹⁵– es que “el término soberanía ha vuelto en boca de aquellos que inscribían sus acciones en un mundo abierto cuyas fronteras se borraban, que se regulaba por las leyes del mercado y supuestamente ordenado por los únicos valores relacionados con la protección de los derechos individuales, mientras la calidad de ciudadano tendía a desaparecer”.⁹⁶

Más allá de la cuestión de la debida aplicación de planes estratégicos para enfrentarse a situaciones de crisis o de altos riesgos epidémicos, especialmente en lo que se refiere al control sanitario en las fronteras, es muy probable que el modelo de organización territorial del Estado tenga algunas consecuencias visibles en la efectividad y eficacia de la respuesta de las autoridades públicas. En este sentido, algunos han observado que

... la organización centralizada ha permitido reaccionar con rapidez en los momentos más complicados. La movilización de recursos económicos y la adopción de leyes de excepción fueron inmediatas. Y, en la batalla sanitaria, los trenes civiles y aviones militares sacando a enfermos de Alsacia –el área más afectada, junto con la Île-de-France, la región parisina– para descongestionar hospitales y trasladarlos a otros puntos del hexágono proyectaron la imagen de un Estado funcionando como un reloj de precisión.⁹⁷

Dicho de otra manera, el sistema centralista o unitario de corte napoleónico ha funcionado bien en lo que respecta al reparto de medios en

94 Mathieu, “La crise sanitaire”, 147.

95 Bourget, “Crisis sanitaria e ideología sinfronterista”, 58, 61 y 62.

96 Mathieu, “La crise sanitaire”, 147.

97 Carbajosa y Bassets, “La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés”.

función de las zonas de tensión sanitaria localmente. Sin embargo, y como lo ha puesto de manifiesto François Heisbourg, consejero del laboratorio de ideas International Institute for Strategic Studies, este esquema de organización napoleónico podría tal vez tener la desventaja de aumentar los efectos negativos de medidas erróneas:

El sistema napoleónico es fastidioso cuando se cometen errores. Porque entonces las consecuencias de estos errores son napoleónicas. Errores como no haber puesto en marcha los test lo suficientemente temprano, rápida y masivamente, eran evitables. Las consecuencias son enormes, mientras que en un sistema descentralizado, si alguien en un *Land* o autonomía comete un error, este puede quedar relativamente reducido a escala nacional.⁹⁸

Si entre este tipo de error figura, sin duda alguna, el temor o la improvisación del gobierno francés y de su administración en reaccionar, activando, por ejemplo, los controles sanitarios fronterizos conforme con lo que disponen las cinco versiones del *Plan de lucha contra una pandemia gripal* del Ministerio de Salud y del Secretariado General de Defensa y de Seguridad Nacional –cuando las noticias de la existencia de un brote llegaban a partir de enero desde China y a finales de febrero desde Italia–, ya se había adelantado al inicio de este estudio que algunos de los factores a tomar en cuenta a la hora de evaluar el grado de eficacia de la respuesta de las autoridades públicas tienen también que ver, entre otros, con el nivel de inversión en gasto sanitario e investigación científica, y en la detección temprana del virus y la distribución veloz y masiva de tapabocas o mascarillas. Acciones que hubieran permitido una política pública sanitaria ambiciosa a nivel presupuestario y, por ende, un nivel mayor de soberanía económica e industrial. Queda claro que uno de los errores que cometió el Estado francés fue el de no haber renovado la reserva de mascarillas o tapabocas, que alcanzaba casi los 2.000 millones hace apenas unos 10 años.

98 Carbajosa y Bassets, “La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés”.

Para entender mejor este error de la administración centralizada,⁹⁹ es conveniente recordar que, por motivo de la epizootia de gripe aviar y de la amenaza pandémica relacionada con el virus H5NI, el Estado había constituido en 2005 un *stock* estratégico de mascarillas. Como bien lo ha explicado la Academia Nacional de Medicina en su dictamen sobre mascarillas y covid-19 del 22 de marzo de 2020,¹⁰⁰ el *stock* de mascarillas quirúrgicas y FFP2 fue financiado entre 2005 y 2009 por el Estado y el Seguro Social público. Además, mediante el lanzamiento de compras públicas, el Estado había fomentado un tejido industrial francés de producción de mascarillas –que no sobrevivió a la desaparición de dichas compras públicas–. Así las cosas, cuando inició en abril del 2009 la pandemia mundial provocada por el virus H1N1, el Estado tenía una reserva de 1.000 millones de mascarillas quirúrgicas y de 700 millones de mascarillas FFP2, lo que iba más allá de las cantidades necesarias que los expertos de sanidad habían evaluado en aquella época. De hecho, el valor del *stock* se había cifrado en mayo de 2010 en €251 millones. Sin embargo, a partir del 2003, el Estado se desinteresó de la gestión del *stock* decidiendo, por un lado, que a partir de entonces correspondía a los empleadores del sector sanitario organizar la compra de mascarillas FFP2, mientras que, por otro lado, el ente estatal (Santé Publique France) encargado del *stock* de mascarillas quirúrgicas no comunicaba más en su dictamen anual de actividades sobre la actualización cuantitativa del *stock*.

Resulta de lo anterior que cuando empezó la actual pandemia las autoridades francesas pensaban contar con un nivel de reserva estratégica a la altura de los datos indicados por los dictámenes iniciales. No obstante, el actual ministro de Salud tuvo que reconocer rápidamente que, por decisiones políticas anteriores, el Estado había eliminado su *stock* de mascarillas

99 Aunque una gestión político o administrativamente descentralizada de esta reserva de mascarillas hubiera obedecido a una misma lógica de recortes presupuestarios, puesto que ella resulta de la disciplina financiera impuesta por el Tratado de Maastricht (1992), el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (1997) y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (2012).

100 Académie Nationale de Médecine, *Masques et Covid-19*, 22 de marzo de 2020, 2.

FFP2, mientras que la cantidad de mascarillas quirúrgicas había bajado a solo 145 millones. De hecho, una parte de las 616 millones de mascarillas adquiridas por el Estado entre 2005 y 2006 fue destruida entre 2017 y 2019. Incluso a finales de 2019, o sea, cuando ya se había declarado el brote de covid-19 en China, se seguía destruyendo la parte de mascarillas cuya fecha de vencimiento acababa de llegar, aunque el primer ministro declaró que la administración había logrado salvar de la destrucción mascarillas vencidas a finales de 2019, pero que todavía podían utilizarse en la primavera de 2020. Como lo dijo el escritor estadounidense Mark Twain, si las estadísticas y –conviene añadir– las doctrinas científicas –empezando por las jurídicas– son “manejaables”, los hechos son en cambio “testarudos”. Además, si bien es cierto que el sistema de organización territorial de corte centralista o napoleónico puede ser funesto cuando se cometen errores, porque estos últimos son –como lo dice François Heisbourg¹⁰¹– también “napoleónicos” en sus efectos, parece que lo son aún más cuando se motivan políticamente por una lógica de recortes presupuestarios en la salud y la sanidad. La actual pandemia ha venido a confirmarlo nuevamente.

Bibliografía

Académie Nationale de Médecine. Masques et Covid-19. París, 22 de marzo de 2020. <https://www.academie-medecine.fr/masques-et-covid-19-avis-de-lacademie-nationale-de-medecine/>

Assemblée Nationale. “Sesión del 21 de marzo de 2020”. *Journal Officiel de la République Française*, 35, 2020, 2671-2672.

Alcaraz, Hubert. “El estado de emergencia sanitaria en Francia: ¿Elogio de la excepción?”. En Paloma Biglino Campos y Juan Fernando Durán Alba (coords.), *Los efectos horizontales de la covid sobre el sistema constitucional*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2020, 1-21. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0023>

Alcaraz, Hubert. “La organización territorial francesa en 2015: ¿Hacia una redefinición territorial?”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 10, diciembre de 2015, 22-35.

101 Citado por Carbajosa y Bassets, “La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés”.

- Appolis, Benoît y Didier Truchet. *Droit de la santé publiques*. París: Dalloz, 2020.
- Bellier, Ulysse. "De l'«inutilité» pour le grand public à l'obligation généralisée, sept mois de consignes sur le masque en France". *Le Monde*, 29 de agosto de 2020. https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/08/29/six-mois-de-consignes-sur-le-masque-en-france_6050316_3224.html
- Benetti, Julie. "La saisine parlementaire (au titre de l'article 61 de la Constitution)". *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 38, 2013, 85-98.
- Bourget, Renaud. "L'illusion de l'autonomie financière locale". En Pauline Türk (coord.), *Pour un droit constitutionnel des collectivités territoriales*. París: L'Harmattan, 2020, 333-376.
- Bourget, Renaud. "Crisis sanitaria e ideología sinfronterista". En César Landa (dir.), *Constitución y emergencia sanitaria*. Vol. 2. Lima: PUCP, Palestra, 2020, 54-65.
- Bourget, Renaud. "El marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria del Covid-19 en Francia". En Diego Valadés y Nuría González Martín (coords.), *Emergencia sanitaria por Covid-19. Derecho constitucional comparado*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2020, 94-102.
- Bourget, Renaud. "La evolución de la naturaleza del Consejo Constitucional francés en función de los tipos de control de constitucionalidad de las Leyes". En Pablo Manili (dir.), *Estudios en Homenaje al Dr. Jorge R. Vanossi*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Astrea, 2020, 409-424.
- Bourget, Renaud. "Carácter jurisdiccional del Consejo Constitucional francés y cuestión prioritaria de constitucionalidad". En Silvia Bagni, Giovanni Figueroa, Giorgia Pavani (dirs.), *La ciencia del derecho constitucional comparado (Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro)*. T. II. México: Tirant lo Blanch, 2017, 713-738.
- Bourget, Renaud. "École germanique du droit libre et interdisciplinarité en droit fiscal: étude critique de la théorie de l'interprétation circonstancielle des principes fiscaux". En Pierre Brunet, Eleonora Bottini y Lionel Zevounou (coords.), *Usages de l'interdisciplinarité en droit*. Nanterre: Presses Universitaires de Paris Ouest, 2014, 109-145.
- Bourget, Renaud. *La science juridique et le droit financier et fiscal. Etude historique et comparative du développement de la science juridique fiscale (fin XIXe et XXe siècles)*. Prefacio de Eugenio Simón Acosta. París: Dalloz, 2012.

- Bourget, Renaud. "Paul Laband et la construction d'un droit public financier «vraiment scientifique»: la systématisation des pratiques constitutionnelles de Bismarck lors du conflit budgétaire prussien (1862-1866)". En Philippe Bezes, Florence Descamps, Sebastien Kott y Lucile Tallineau (dirs.), *L'invention de la gestion des finances publiques. Elaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIXe siècle (1815-1914)*. Paris: Institut de la gestion publique et du développement économique, Ministère de l'Économie et Ministère du Budget, 2010, 323-391.
- Brunet, Pierre. "La confusion des circonstances - Sur le Conseil constitutionnel et l'Etat d'urgence". AOC, 13 de mayo del 2020. <https://aoc.media/analyse/2020/05/12/la-confusion-des-circonstances-sur-le-conseil-constitutionnel-et-lurgence-sanitaire/>
- Carbajosa, Ana y Marc Bassets. "La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés (la prueba de estrés del virus retrata virtudes y defectos de las dos potencias europeas y sus sistemas. La gestión alemana destaca, de momento, por su eficiencia)". *El País*, 18 de abril de 2020. <https://elpais.com/internacional/2020-04-17/la-pandemia-examina-el-federalismo-aleman-y-el-centralismo-frances.html>
- Cassia, Paul. "Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution". *Médiapart*, 27 de marzo de 2020. <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/270320/le-conseil-constitutionnel-dechire-la-constitution>
- Debray, Régis. *Eloge des frontières*. Paris: Gallimard, 2010; *Elogio de las fronteras*. Trads. D. Debris-Oliva y J. A. Vila. Barcelona: Gedisa, 2016.
- De Forges, Jean-Michel. *Les institutions administratives françaises*, Paris: PUF, 1985.
- Delvolvé, Pierre. "Le virus, le pouvoir et la liberté". Paris: Académie des sciences morales et politiques, Institut de France, 22 de junio de 2020. <https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2020/06/25/pierre-delvolve-le-virus-le-pouvoir-et-la-liberte/>
- De Montecler, Marie-Christine. "La maire presque privé de pouvoir de police pour lutter contre le coronavirus". *Dalloz actualité*, 21 de abril de 2020.
- De Montecler, Marie-Christine. "Le maire, le covid et les circonstances locales". *Dalloz actualité*, 13 de abril de 2020.
- Derosier, Jean-Phillipe. "Projet de loi d'urgence: que le Conseil constitutionnel soit saisi!". *Libération*, 20 de marzo de 2020. https://www.liberation.fr/debats/2020/03/20/projet-de-loi-d-urgence-que-le-conseil-constitutionnel-soit-saisi_1782530

- Dion, Jack. "D'inutile à quasi obligatoire: la comédie du masque a trop duré". *Marianne*, 28 de abril del 2020. <https://www.marianne.net/agora/les-sig-natures-de-marianne/d-inutile-quasi-obligatoire-la-comedie-du-mas-que-trop-dure>
- Fabius, Laurent. "Pas d'éclipse des principes fondamentaux du droit". *Le Figaro*, 17 de abril de 2020. <https://www.lefigaro.fr/politique/laurent-fabius-pas-d-eclipse-des-principes-fondamentaux-du-droit-20200417>
- Faure, Bertrand. "Théorie et pratique des compétences des collectivités territoriales face à la crise sanitaire". *Actualité Juridique. Droit Administratif*, 2020, 1727 ss.
- Gelblat, Antonin y Laurie Marguet. "État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états?". *La Revue des droits de l'homme*, 2020, 1-29. <http://journals.openedition.org/revdh/9066>
- Le Point*. "Coronavirus: Macron milite pour une souveraineté européenne plus forte (Emmanuel Macron a appelé jeudi 23 avril à "aller plus loin, plus fort" vers la souveraineté européenne après la crise du coronavirus)". 23 de abril de 2020. https://www.lepoint.fr/monde/coronavirus-macron-milite-pour-une-souverainete-europeenne-plus-for-te-23-04-2020-2372680_24.php
- López Guerra, Luis. *Introducción al derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- Mathieu, Bertrand. "La crise sanitaire: un révélateur de la crise de la démocratie libérale. Réflexions sommaires à partir de la situation française". En José María Garza de la Serna (coord.), *Covid-19 y Constitutional Law/Covid-19 et droit constitutionnel*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e International Association of Constitutional Law, 2020, 141-148.
- Maupin, Emmanuelle. "Fermeture des commerces: la fronde des maire bloquée par les juges". *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2020, pp. 2118 ss.
- Mélin-Soucramanien, Ferdinand. "L'Assemblée nationale aux temps de la pandémie de Covid 19. Si le grain ne meurt...". *Revue Française de Droit Administratif*, 2020, 623 ss.
- Pellet, Rémi y Arnaud Skrzyerbak. *Droit de la protection sociale*. Paris: PUF, 2017.
- Quatremer, Jean. "Frontières: l'espace Schengen résistera-t-il à la crise du coronavirus?". *Euronews*, 25 de mayo de 2020. <https://fr.euronews.com/2020/05/25/frontieres-l-espace-schengen-resistera-t-il-a-la-crise-du-coronavirus>

- Renard, Stéphanie. "Coronavirus, urgence sanitaire et police locale". *Actualité Juridique Collectivités Locales*, 2020, 113 ss.
- Renaudie, Olivier. "Les collectivités territoriales à l'épreuve de la crise du Coronavirus". *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 2020, 857 ss.
- Requejo Rodríguez, Paloma. "Las ordenanzas del art. 38 de la Constitución Française y las normas con rango de Ley de los arts. 82 y 86 de la Constitución Española: un estudio comparativo". *Teoría y Realidad Constitucional*, 12-13, 2003, 251-278.
- Roblot-Troizier, Agnès. "Circonstances particulières et réserve d'interprétation implicite: les paradoxes de l'évaluation des risques par le Conseil constitutionnel". *Revue Française de Droit administratif*, 2020, 501 ss.
- Tabuteau, Didier. "Politiques de Santé et territoire". *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 2009, 7 ss.
- Tricaud, Dominique, Matteo Bonaglia y Anis Harabi. "La justice a disparu et les juges ont déserté". *Médiapart*, 22 de abril de 2020. <https://blogs.mediapart.fr/edition/les-invites-de-mediapart/article/220420/la-justice-disparu-et-les-juges-ont-deserte>
- Verpeaux, Michel. "Histoire des collectivités territoriales". En Maryvonne Bonnard (coord.), *Les collectivités territoriales*. París: La documentation française, 2009, 5-18.
- Verpeaux, Michel, Christine Rimbault y Franck Waserman. *Les collectivités territoriales et la décentralisation*, París: La documentation française, 2016.

Herramientas del regionalismo italiano para enfrentar la pandemia

Giorgia Pavani (Italia)*

RESUMEN: El capítulo analiza el rol de las regiones y de los municipios italianos frente a la pandemia de la enfermedad covid-19 y sus relaciones con el Estado central. A través de la metáfora de un cinturón, las relaciones entre centro y periferias se han tensionado y distensionado por parte del Estado central y han afectado en varias ocasiones el principio de autonomía. El capítulo hace un análisis histórico del regionalismo italiano y luego estudia las herramientas del gobierno estatal utilizadas para enfrentar la pandemia: en primer lugar la declaración del estado de emergencia y sucesivamente las fuentes de la emergencia.

PALABRAS CLAVE: Estado regional, decretos del presidente del consejo de ministros, ordenanzas.

1. El estado regional en Italia: desde el centralismo hacia la intención de un federalismo acotado

Para poder comprender mejor el desarrollo del regionalismo en Italia es necesario proporcionar unas breves nociones históricas. Desde la caída del Imperio Romano hasta la proclamación del Reino de Italia en 1861, la península italiana había estado dividida.¹ El territorio italiano durante muchos siglos fue dominado por diferentes potencias extranjeras: la Iglesia

* Doctora en Derecho Constitucional. Profesora titular de Derecho Público Comparado en la Universidad de Bolonia; cofundadora del Centro de Estudios sobre América Latina de la Universidad de Bolonia. Correo: giorgia.pavani@unibo.it. Agradezco a la colega doctora Claudia Tubertini por haber leído una versión inicial del texto y al doctor Camilo Perdomo por la revisión lingüística.

1 El Reino de Italia fue proclamado con la Ley 4761/1861 del 17 de marzo. Se discutió mucho si se trataba de un nuevo Estado o simplemente de una extensión del Reino de Cerdeña, ya que en el nuevo Estado italiano continuaban operando todas las estructuras del Reino de Piemonte, como también su Constitución, es decir, el Estatuto Albertino de 1848.

en el centro, los borbones en el sur, los austriacos y franceses en el norte, y mucho antes había sido invadida por pueblos bárbaros. Sin embargo, desde el medioevo y hasta la unificación de Italia el poder municipal siempre ha estado presente. Desde la unificación, algunos ministros del interior del nuevo Estado italiano (primero Farina y después Minghetti) propusieron un proyecto de regionalización del territorio con regiones que eran más parecidas a unas circunscripciones descentralizadas del aparato administrativo y burocrático del Estado. A mediados del siglo XIX prevalecieron dos inclinaciones opuestas: de una parte, estaban quienes pensaban que gracias a la subdivisión del territorio en regiones se podían garantizar mejor las diferencias culturales, sociales y económicas de las diversas áreas que conformaban el país y que la acción administrativa sería, por tanto, más eficiente. De otra parte, se posicionaban, a su vez, quienes temían que la división territorial pudiera ser un peligro para la unidad del Estado, lograda después de tantos siglos y con tanto esfuerzo. Al final, prevaleció la segunda inclinación y, por tanto, no fueron creadas las regiones. En cambio, en 1865 se aprobó la Ley 2248/1865 de unificación administrativa, que reconocía como entes territoriales solamente a los municipios y a las provincias.²

La idea de un Estado regional fue sostenida más tarde por el Partido Popular (fundado en 1919), pero los nuevos promotores del Estado regional tuvieron que rendirse frente a la llegada del régimen fascista (en 1922) y la implantación de un Estado profundamente centralizado, que no dejó espacio a nuevos entes locales y quitó autonomía a los entes territoriales existentes.

Estas visiones opuestas en relación con la creación de las regiones han caracterizado cada momento importante de la historia del Estado italiano, como demuestran los trabajos preparatorios durante la asamblea constituyente de 1947.³

2 Guido Zanobini, *L'amministrazione locale* (Padua: Cedam, 1932), 153.

3 Después de la Segunda Guerra Mundial, el 2 de junio de 1946 los ciudadanos italianos decidieron mediante un referéndum institucional si debían continuar como monarquía o, en su defecto, convertirse en una república, con 12.717.923 electores a favor de la república, 10.719.284 a favor de la monarquía y 1.498.136 votos en

En el seno de la asamblea constituyente coexistían diferentes fuerzas políticas (católicos, liberales, socialistas, entre otros, excluidos, por supuesto, los fascistas), cuyos ideales y expectativas plasmados en la Constitución –como compromiso entre las distintas fuerzas nacidas después de la Segunda Guerra Mundial– fueron motivo, incluso, de fuertes divisiones internas sobre el tema de la regionalización. Las fuerzas políticas católicas lograron influenciar a las demás, por lo que prevaleció la idea de un Estado regional. Así, la Constitución de 1948 estableció un regionalismo asimétrico con dos tipos de regiones: las comúnmente llamadas regiones ordinarias y las cinco regiones especiales, en razón de sus estatutos de autonomía, la cual es mayor con respecto a aquella atribuida a las regiones ordinarias.⁴ Entonces, se puede concluir que el regionalismo en Italia fue escogido como forma de solucionar problemas históricos, culturales, lingüísticos y geográficos específicos en las regiones especiales y, en este sentido, la asamblea constituyente se limitó solamente a reconocer la existencia de estas regiones. En cambio, las regiones ordinarias no tenían como base ninguno de dichos presupuestos.⁵

blando o nulos. Contextualmente, con el referéndum se votó por los miembros de la Asamblea Constituyente, que tenía como tarea escribir la Constitución italiana, que fue presentada por la Asamblea y votada por ella el 22 de diciembre de 1947, hasta que fue promulgada el 27 de diciembre de 1947 y entró en vigor a partir del 1 de enero de 1948.

- 4 El estatuto es la micro Constitución de las regiones, es decir, la fuente normativa que determina la organización de dichos entes territoriales. Los estatutos de 4 de las 5 regiones especiales fueron aprobados con ley constitucional en 1948; en cambio, las regiones ordinarias, para empezar a funcionar, requerían la aprobación de los nuevos estatutos por parte de sus consejos regionales y, sucesivamente, por ley del Estado. Los estatutos fueron aprobados solamente en 1971, de modo que la implementación del regionalismo demoró más de veinte años. Para profundizar las características de los estatutos como fuente del derecho, véanse: Federico Sorrentino, "Lo statuto regionale nel sistema delle fonti", *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 1 (1971): 424-455; Antonio D'Atena, "Statuti regionali", *Enciclopedia Giuridica Treccani*, t. XXX (Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1993): 1-10; Livio Paladin, *Le fonti del diritto italiano* (Bologna: Il Mulino, 1996), 302 ss.
- 5 Puesto que no existían criterios objetivos que las relacionaran con una u otra identidad geográfica, económica, étnica o administrativa capaz de servir de elemento de diferenciación del resto del territorio nacional, para crear las regiones se uti-

De la decisión constituyente de 1948 se ve que la organización regional del Estado italiano no nació desde abajo, del acuerdo de las diferentes voluntades colectivas en busca de la unión en un Estado compuesto, como sucedió con los Estados federales. Tampoco fue el resultado de una división de distintas entidades persiguiendo como objetivo la reivindicación de una autonomía propia, como se experimentó en Bélgica durante los años noventa.⁶ De la Constitución vigente en Italia nació una forma de Estado descentralizado, regionalista y no federalista,⁷ en el que el principio unitario convive con el principio pluralista y, a su vez, con el principio de autonomía, cuyo proceso regionalista tardó mucho en materializarse.⁸

Originariamente, en la Constitución de 1948 el reparto de competencias entre el Estado y las regiones se establecía según lo dispuesto por el artículo 117 de la siguiente manera: las regiones tenían a su cargo una potestad legislativa compartida con el Estado y legislaban sobre todas las

lizaron viejas subdivisiones territoriales que habían sido usadas en antes para la recolección de datos demográficos y económicos del Reino.

- 6 La bibliografía italiana sobre el tema del nivel regional es interminable. Indicaciones útiles para recorrer la historia del regionalismo se encuentran en los manuales constantemente ampliados: Paolo Cavaleri, *Diritto regionale* (Padua: Cedam, 2009); Temistocle Martines, Antonio Ruggeri y Carmela Salazar, *Lineamenti di diritto regionale* (Milán: Giuffrè, 2008); Paolo Caretti y Giovanni Tarli Barbieri, *Diritto regionale* (Turín: Giappichelli, 2007); Sergio Bartole *et al.*, *Diritto regionale* (Bolonia: Il Mulino, 2005); Giancarlo Rolla, *Diritto regionale e degli enti locali* (Milán: Giuffrè, 2002). Para antes de la reforma del 2001, véanse Livio Paladin, *Diritto regionale* (Padua: Cedam, 2000) y Enrico Spagna Musso, *Diritto regionale* (Padua: Cedam, 1992).
- 7 El mismo proceso de regionalización fue considerado en la sociedad italiana como “un momento de ajenidad, vale decir, de introducción de un cuerpo extraño en un sistema y una sociedad desprevenida para aceptarlo”: Sergio Bartole, “Le prospettive della legislazione regionale”, *Le Regioni*, núm. 5 (2006): 878. En relación con la lenta actuación del regionalismo italiano, véanse, entre otros: Luigi Sturzo, *La Regione nella Nazione* (Roma: Capriotti, 1949), 141; Ettore Rotelli, *L'avvento della Regione in Italia. Dalla caduta del regime fascista alla Costituzione repubblicana (1943-1947)* (Milán: Isap-Giuffrè, 1967), 54.
- 8 El diseño regionalista del constituyente no es tomado en consideración por muchos años, y es bien sabido que la no ejecución de la Constitución significa su directa violación: Vezio Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, vols. 1-2 (Padua: Cedam, 1993).

(pocas) materias que estaban previstas por el inciso 1;⁹ en cambio, el Estado tenía competencias residuales. Esta norma respondía a un compromiso político, ante la necesidad de encontrar un acuerdo entre todas las fuerzas políticas, sobre todo con aquellas contrarias a la creación de las regiones. Por tanto, el Estado debía adoptar las leyes marco, que tendrían eficacia y validez sobre todo el territorio nacional, y las regiones debían, a su turno, completar el sistema mediante leyes propias. Sobre las mismas materias las regiones ejercían las funciones administrativas (principio del paralelismo de las funciones).

Desde cuando, en los años noventa, fue aprobada una reforma administrativa muy importante para la descentralización (Ley 59/1997), con la cual se transfirieron las funciones administrativas del Estado a las regiones y a los entes locales, con base en el principio de subsidiariedad,¹⁰ el Estado, en los treinta años de funcionamiento de las regiones, ha limitado en muchas ocasiones la potestad legislativa de estos entes territoriales. Esta reforma administrativa abrió la puerta a la Ley de Reforma Constitucional 3/2001 que cambió el Título V, Sección Segunda de la Constitución, dedicado a las regiones, las provincias y los municipios. De esta manera, se constitucionalizó el principio de subsidiariedad vertical y horizontal.

El nuevo artículo 117 de la Constitución, modificado con la reforma del 2001, contrariamente a lo previsto en la versión de 1948, creó una lista de materias que corresponden al Estado en vía exclusiva (art. 117.2 Const.) y una renovada lista de materias de competencia concurrente entre el Estado y las regiones (art. 117.3 Const.). En consecuencia, todas las materias

9 “La región dictará para las materias que a continuación se enuncian normas legislativas dentro de los límites de los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado, con tal que las normas mismas no se opongan al interés nacional ni al de otras regiones: [...] beneficencia pública y asistencia sanitaria y hospitalaria”.

10 Francesco Merloni, “La Regione nella semplificazione delle istituzioni territoriali”, en *Semplificare l'Italia*, ed. por Franco Bassanini y Luca Castelli (Florenca: Passigli, 2008); Vincenzo Cerulli Irelli y Cesare Pinelli, “Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei poteri pubblici”, en *Verso il federalismo*, ed. por Vincenzo Cerulli Irelli y Cesare Pinelli (Bologna: Il Mulino, 2004); Sabino Cassese, *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane* (Roma: Donzelli, 1998).

que no forman parte de ninguna de las dos listas son remitidas a la competencia exclusiva de las regiones. El sistema de reparto de las competencias legislativas es típicamente federal (con una potestad legislativa residual dirigida a las regiones), sin que ello haya transformado el orden descentralizado del país en un Estado federal.

La no previsión de un período de transición en la reforma constitucional del 2001 ha causado varios problemas jurídicos. Por ejemplo, los desacuerdos entre el Estado y las regiones sobre las materias enunciadas en la Constitución han sido muy fuertes, los más importantes de los cuales han sido resueltos por la Corte Constitucional hasta la actualidad. De hecho, si la reforma de 2001 ha derogado, por lo menos en teoría, algunos de los límites que existían en el texto anterior,¹¹ ella ha introducido otros que han sido interpretados y, a veces, dilatados por la Corte Constitucional hasta crear un derecho viviente del Título V, releído y reelaborado a partir de jurisprudencia constitucional más favorable al Estado central.¹²

Después de la ola “cuasifederalista” que culminó con la reforma constitucional de 2001, las regiones parecen haber perdido cierto grado de credibilidad y confianza. Esta debilidad también se vio agravada por el fracaso del último intento de reforma constitucional del año 2016, que pretendía otorgar al sistema republicano un claro giro centralista. Esta destacaba la inadecuación de las regiones para sostener el peso de las funciones (en

11 Permanecen, también después de la reforma constitucional, los siguientes límites: constitucional, del territorio y de los principios fundamentales de la materia. Desaparece, al menos del texto constitucional, el límite del interés nacional, que emerge en las motivaciones de la legislación estatal en muchas ocasiones. La búsqueda de un interés nacional o, mejor, la necesidad de dictar una regulación común en determinadas materias hizo que tal tarea le fuera confiada al legislador estatal, sacrificándose de este modo los espacios de la autonomía regional, a partir de la Sentencia 303/2003 de la Corte Constitucional, que ha dado una lectura decididamente diferente al texto constitucional.

12 Incluso hasta preguntarse si la jurisprudencia constitucional ha llegado al punto de reescribir la reforma del 2001. Andrea Morrone, “La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?”, *Quaderni costituzionali*, núm. 4 (2003): 818-819, comentando la Sentencia 303/2003 escrita con “visos de poder constituyente”.

particular las legislativas) que habían sido ampliadas por la reforma del Título V en 2001.¹³

1.1. Competencias legislativas y administrativas en materia de salud

La “materia salud” pasó de la competencia regional –muy limitada–, relativa a la asistencia sanitaria y hospitalaria, que las regiones podían ejercer dentro de los límites de los principios fundamentales establecidos por las leyes-marco del Estado en la versión original de la Constitución de 1948, a la competencia concurrente entre Estado y regiones, relativa al asunto más amplio de la protección de la salud, que las regiones pueden ejercer dentro de los términos establecidos por la Constitución y en cumplimiento de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los acuerdos internacionales, así como estableció la reforma constitucional de 2001. Sin embargo, compete al Estado central, de forma exclusiva, la decisión respecto de los niveles esenciales de las prestaciones en materia de salud, es decir, los estándares mínimos de prestaciones iguales para todo el territorio nacional (art. 117, inc. 2p), y tiene, además, el poder de sustituir a las regiones en caso de peligro grave para la seguridad pública o para garantizar la unidad jurídica o económica, en particular en lo relativo al cumplimiento de los derechos civiles y sociales esenciales (poder no utilizado durante la pandemia).

Este cambio permitió el surgimiento de muchos sistemas sanitarios regionales diferentes, hipotéticamente uno por cada región. En realidad, la diferencia entre los sistemas regionales estuvo condicionada (*rectius*: limitada) por los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado central, las cuales disciplinaron también la organización de los sistemas regionales, con algunos elementos (órganos y entidades públicas) comunes en todas las regiones.¹⁴ Por ende, las regiones adoptaron leyes de

13 El proyecto de reforma constitucional Renzi-Boschi fue rechazado en el referéndum del 4 de diciembre de 2016.

14 La historia del sistema de salud italiano ha sido descrita por medio de un análisis en tres fases: la primera se refiere al pasaje desde un sistema de mutualidad hacia un modelo universal del “servicio de salud nacional”; la segunda fase se caracteriza por la implementación del regionalismo y por la afirmación del concepto de “niveles

contenido bastante parecido y organizaron sus propios sistemas sanitarios bajo la impronta del servicio público de salud que ha caracterizado la historia del sistema sanitario nacional. La verdadera diferenciación se debe al rol del servicio de salud privado y al nivel de integración en el sistema de salud público regional. En este sentido, solo en una región hubo un cambio relevante hacia un sistema integrado público-privado: se trata de la región de Lombardía, una de la más ricas del norte del país, en las que se registraron la mayoría de los casos de covid-19.

En relación con el poder de policía en materia sanitaria,¹⁵ algunas leyes estatales regulan las competencias tanto del Estado central (Ministerio de Salud y otras autoridades públicas) como de los entes territoriales. En efecto, los presidentes de las regiones y los alcaldes actúan, según las circunstancias, como órganos políticos de los entes territoriales y, al mismo tiempo, como órganos del Estado, es decir, como autoridades sanitarias (art. 32 de la Ley 833/1978 de creación del sistema sanitario estatal) y como autoridades de protección civil¹⁶ (art. 117 del decreto legislativo

esenciales de asistencia” y, finalmente, una tercera fase, que justamente se hubiera podido caracterizar por una diferenciación entre los sistemas de salud regionales, en cambio, se caracterizó por la uniformidad para garantizar su logro, tal como lo describe Claudia Tubertini en “Cinquant’anni di organizzazione sanitaria: dall’uniformità alla differenziazione, e ritorno”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, núm. 1 (2016): 65-87. Más referencias en Claudia Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute* (Bologna: Bononia University Press, 2008). Sobre la regionalización del sistema sanitario por medio del Decreto legislativo 502/1992, seguido del Decreto legislativo 229/1999, véase Rosario Ferrara, *L’ordinamento della sanità* (Turín: Giappichelli, 2007), 131 ss.

- 15 Desde la perspectiva semántica, este término se utilizaba durante el Reino de Italia para entregar a las autoridades públicas el poder de individuar las enfermedades contagiosas y limitar las libertades de los particulares en caso de epidemias (Decreto-rey 1265/1934). Véase Alessandro Crosetti, “Il servizio sanitario. Profili organizzativi”, *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, editado por Rosario Ferrara (Milán: Giuffrè, 2010), 156 ss.
- 16 Según el artículo 1 del Código de la Protección Civil (Decreto legislativo 1/2018), “el Servicio Nacional de Protección Civil, en adelante Servicio Nacional, definido como de utilidad pública, es el sistema que ejerce la función de protección civil consistente en el conjunto de competencias y actividades encaminadas a proteger la vida, la integridad física, los bienes, los asentamientos, los animales y el medio ambiente de los daños o del peligro de daños resultantes de desastres naturales o

112/1998¹⁷ y arts. 50 y 54 del Decreto legislativo 267/2000, texto refundido a partir del ordenamiento de los entes territoriales).¹⁸ Igualmente, el ministro de la salud puede adoptar ordenanzas con carácter de urgencia en materia de higiene y salud pública y de policía veterinaria (art. 32, inc. 1, Ley 833/1978).

En 2004, después de la epidemia de SARS, implementando las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, se creó el Centro Nacional para la Prevención y el Control de las Enfermedades (Centro Nazionale per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie), un ente de coordinación entre el Ministerio de Salud y las regiones. Asimismo, en 2006 fue adoptado el “Plan nacional de preparación y respuesta a una pandemia de influenza”, como marco legal y organizativo en el cual deberían fundarse las decisiones políticas y normativas para enfrentar las pandemias.

2. La pandemia producida por el Sars-Cov-2 y el “estado de emergencia”

Entre los ordenamientos jurídicos occidentales de tradición liberal hay dos macromodelos de gestión de las situaciones de peligro: uno tácito que reúne a los Estados que no contemplan en sus Constituciones las situaciones de emergencia (por ejemplo, Italia) y otro que reúne a los Estados que sí regulan constitucionalmente –aunque con modalidades diferentes– las

derivados de la actividad humana. 2. El Servicio Nacional contribuye a la consecución de los fines establecidos en la legislación de la Unión Europea en materia de protección civil”. La protección civil es una materia de competencia concurrente entre el Estado y las regiones (art. 117, inc. 3, Const.).

- 17** Artículo 117: “En caso de emergencias sanitarias o de higiene pública de carácter exclusivamente local, el alcalde, como representante de la comunidad local, adopta las ordenanzas contingentes y urgentes. En otros casos, la adopción de medidas de emergencia, incluyendo el establecimiento de centros y órganos de referencia o asistencia, es responsabilidad del Estado o de las regiones debido a la magnitud de la emergencia y la posible participación de varios ámbitos territoriales regionales”.
- 18** Luciano Vandelli, “Art. 117”, en *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel DL n. 112 del 1998 di attuazione della Legge Bassanini n. 59 del 1997*, editado por Giandomenico Falcon (Bologna: Il Mulino, 1998), 396 ss.

situaciones de emergencia (ej. Francia, Alemania, España).¹⁹ Italia pertenece al primer modelo. Su Constitución no incluye una sección dedicada a los estados de emergencia o crisis institucional, interna o externa, y tampoco remite su regulación al Parlamento. La Constitución italiana lo establece únicamente, y de forma concreta, en caso de guerra (art. 78),²⁰ pero no regula sistemáticamente situaciones de crisis diferentes, tanto de naturaleza política –y mucho se debatió sobre esta falta de disciplina durante los años del terrorismo interno– como sanitaria, económico-financiera o de otro tipo.

Cuando empezaron los trabajos de la asamblea constituyente en 1946, había un ejemplo negativo representado por la Constitución de Weimar, cuyo artículo 48 era un triste ejemplo de una cláusula que, creada para defender la democracia, de hecho había facilitado su disolución a favor de la dictadura.²¹ Tampoco se podía hacer referencia a la Constitución anterior del Reino de Italia.²² En la asamblea constituyente se debatió poco sobre este punto y, al final, resultó un texto sin un instituto de este tipo.²³ Sin embargo, la falta de una previsión explícita en la Constitución no significa que

19 Para un análisis de las taxonomías de la emergencia, véase Arianna Vedaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato* (Turín: Giappichelli, 2007), 301 ss.

20 “Las Cámaras deliberan sobre el estado de guerra y entregan al gobierno los poderes necesarios”. Entre otros muchos, véase Andrea Giardina, “Art. 78”, en *Commentario alla Costituzione*, editado por Giuseppe Branca (Bologna: Zanichelli, Roma: Società editrice del Foro italiano, 1975), 96.

21 Giovanna De Minico, “Costituzionalizziamo l'emergenza?”, *Osservatorio sulle fonti*, XIII (2020): 544. Sobre los trabajos en la Asamblea Constituyente: Giovanna De Minico, *Costituzione emergenza e terrorismo* (Napoli: Jovene, 2016), 34 ss.

22 En el marco de la Constitución de 1848 del Reino de Italia los poderes extraordinarios del gobierno se justificaban en el marco de la “legislación del estado de sitio”. Este marco legislativo fue rechazado en la Constitución de 1948. Sobre el estado de sitio: Franco Modugno y Damiano Nocilla “(Voce), Stato d'assedio”, *Novissimo digesto italiano XVIII* (1971): 273 ss.; Livio Paladin y Giovanni Motzo, “Assedio (Stato di)”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. III (Milán: Giuffrè, 1958): 250-267.

23 La segunda subcomisión de la Asamblea Constituyente rechazó la propuesta del diputado La Rocca relativa a la disciplina del estado de sitio, con la siguiente justificación: la presencia de esta cláusula en la Constitución habría probado “que existía la preocupación de disciplinar y de organizar unas situaciones que correspondían a poderes más o menos dictatoriales, las cuales [habrían ido] en contradicción con

el ordenamiento italiano considere el estado de emergencia un fenómeno contrario a la Constitución, sino que hay que construir su fundamento a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, en particular en todos aquellos artículos que garantizan la unidad y la indivisibilidad de la república italiana (arts. 5 y 87 Const.).²⁴

De hecho, aunque en la Constitución falte una sección expresa referida a la “emergencia”, la Carta política permite al gobierno adoptar decretos-ley en casos extraordinarios de necesidad y urgencia (art. 77 Const.). Y el Consejo de Ministros, en casos extraordinarios de necesidad y urgencia, adopta un decreto-ley de eficacia inmediata, si bien el mismo día de la aprobación este tiene que ser enviado al Parlamento para la conversión en ley en un plazo de 60 días o, de no hacerlo en este plazo, el decreto pierde su eficacia retroactivamente.

el sentido de la Constitución”. Véanse en *La nascita della Costituzione*, “Appendici generali - Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione - Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d’assedio”, las entradas: *Assemblea costituente*, *Commissione per la Costituzione*, *Il sottocommissione*, *Appendici generali*, *Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione*, *Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazioni dello stato di assedio*, sábado 11 gennaio 1947, www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/09/02/index.htm. Otra propuesta fue presentada y rechazada durante los trabajos del pleno, con la argumentación de que la suspensión de los derechos y de las libertades corresponde a la suspensión de la democracia: Bruno Cherchi, “Stato d’assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell’Assemblea costituente”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 4 (1981): 1108 ss.

- 24 Así lo señala Massimo Luciani, “Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza”, *Rivista AIC*, núm. 2 (2020): 113. Sobre el tema de la emergencia, véanse, entre otros: Vittorio Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico* (Padua: Cedam, 1986), 96; Roberto Cavallo Perin, “Il diritto amministrativo dell’emergenza per fattori esterni all’amministrazione pubblica”, *Diritto amministrativo* 4 (2005): 777 ss. Entre los autores que apoyan la teoría monista, según la cual la Constitución es la única forma de derivación de todo poder y, por ende, la función de emergencia existe exclusivamente dentro de los límites disciplinados por el ordenamiento jurídico originario, véanse Oreste Ranelletti, “La polizia di sicurezza”, en *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, ed. por Vittorio Emanuele Orlando, vol. IV, parte I (Milán: Società editrice libraria, 1904), 1164; Angiolini, *Necessità ed emergenza*, (Padua: Cedam, 1986), 130 ss.

2.1. Medidas “extraordinarias” para enfrentar la crisis de la pandemia

La inesperada llegada del virus a Italia y la rapidez con la cual se difundió en unos pueblos del norte configuraron una situación extraordinaria y de emergencia, por la cual no se utilizaron, como primera solución, las únicas dos formas de regulación de eventos “extraordinarios” regulados en la Constitución italiana: la declaración de guerra²⁵ y el decreto-ley. El gobierno tampoco aplicó el plan para la pandemia de gripa, elaborado en el 2006, aunque considera las indicaciones en caso de pandemia.²⁶ El 31 de enero de 2020, por medio de una deliberación del Consejo de Ministros, con base legal en el Código de la Protección Civil (Decreto Ley 1/2018),²⁷ fue declarado el estado de emergencia como respuesta al riesgo de salud conectado a la llegada de patologías derivadas de agentes de transmisión viral para los seis meses sucesivos.²⁸ El gobierno utilizó la única “base legal” del ordenamiento jurídico que, habitualmente, se utiliza en caso de catástrofes naturales, limitadas a una parte del territorio, si bien nunca se había

25 Excluyen la posibilidad de invocar el artículo 78 de la Constitución para justificar el estado de emergencia declarado por el gobierno: Sabino Cassese, “La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi”, *Il Dubbio*, 14 de abril de 2020; Tania Groppi, “Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale”, *Consulta Online. Periodico Telemático* 1 (2020), 194.

26 En caso de pandemia, el Plan permite al ministro de Salud pedir al presidente del Consejo de los Ministros la declaración del estado de emergencia y permite utilizar poderes extraordinarios.

27 La doctrina se dividió respecto de la oportunidad de fundar la declaración de emergencia en el Código de la Protección Civil: para parte de la literatura, en ausencia de una disciplina constitucional, esta era la única fuente que hubiera podido dar las coordenadas en una situación de emergencia, en particular, los artículos 7, inc. 1c y 24, inc. 1, los cuales hacen referencia a las emergencias de carácter nacional relativas a catástrofes de origen natural o producto de las actividades de los hombres; en cambio, para otros autores las normas del Código son insuficientes para enfrentar emergencias de este tipo, con efectos mucho más amplios que los contemplados en el Código. Para este debate se remite a Luciani, “Il sistema delle fonti”.

28 La deliberación ha sido publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Serie Generale núm. 26 del 1 de febrero de 2020, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/02/01/26/sg/html>. Antes del 31 de enero, el ministro de Salud había adoptado unas medidas de alcance limitado y sectorial, como el cierre de los vuelos aéreos desde China.

utilizado por una emergencia de extensión tan amplia que incluyera todo el territorio nacional.

De forma conciente o no, esa decisión fue el primer anillo de la cadena normativa, compuesta además por las siguientes herramientas: la declaración del estado de emergencia, los decretos-ley de la emergencia, los decretos del presidente del Consejo de los Ministros, las ordenanzas del jefe de la protección civil, las ordenanzas del ministro de la Salud, los decretos de los demás ministros y las ordenanzas de los presidentes de las regiones, los prefectos y los alcaldes.²⁹

Con la declaración de emergencia, el gobierno entregó al jefe del Departamento de la Protección Civil el poder de adoptar ordenanzas derogatorias de la normativa vigente, siempre y cuando se respetaran los principios generales del ordenamiento jurídico.³⁰ El jefe de este Departamento actuó de comisario extraordinario delegado y, como primer acto, nombró un comité técnico-científico compuesto por siete miembros, encargados de estudiar la evolución de la pandemia, al cual hicieron referencia tanto el jefe del Departamento de la Protección Civil como el gobierno para tomar las decisiones político-administrativas.

Dada la alta dispersión del virus en el norte del país, y para prevenir la difusión en la restante parte del territorio, el gobierno utilizó el único instrumento normativo contemplado en la Constitución en caso de necesidad

29 Así, la “cadena normativa” ha sido analizada por Luciani, “Il sistema delle fonti”, 113 ss.

30 Durante el primer mes y medio, el jefe del Departamento de la Protección Civil apareció en televisión todas las tardes para dar parte de los casos de contagio, el número de muertos y demás informaciones relativas a la evolución de la pandemia. En cambio, el jefe de gobierno apareció esporádicamente para anticipar el contenido de las medidas más importantes –por ejemplo, las relativas al encierro (*lockdown*) o, al revés, a la apertura progresiva–, adoptando una forma de comunicación que ha sido ampliamente criticada. Véase un comentario en Simone Franca, “Alcuni spunti in tema di esercizio precauzionale della funzione comunicativa”, *Bio-law Journal*, núm. 1 especial (2020): 571 ss. El presidente de la república apareció una sola vez, el 5 de marzo, y pronunció un mensaje a la nación, haciendo hincapié en los principios de unidad, leal colaboración y coordinación entre los niveles de gobierno subestatales. El texto completo se encuentra en Presidenza della Repubblica, “Dichiarazione del Presidente Sergio Mattarella sull'emergenza coronavirus”, 3 de marzo de 2020, www.quirinale.it/elementi/45537

y urgencia: el decreto-ley, ampliamente criticado por la doctrina.³¹ Así, desde el mes de febrero ha adoptado varios decretos-ley sobre asuntos ulteriores respecto a la materia de la salud *tout court*, puesto que la emergencia sanitaria se ha convertido en una crisis económico-social de fuerte impacto en el país.³²

Para regular la crisis y para implementar los decretos-ley, el gobierno tomó una decisión sin precedentes. Además de las ordenanzas del ministro de la Salud, de las ordenanzas del jefe de la Protección Civil ya mencionadas y de las directivas del ministro de los Asuntos Internos, el gobierno decidió utilizar, de forma prevalente, una herramienta no prevista expresamente en la Constitución, muy ágil, pero nunca utilizada en situaciones parecidas ni con alcance tan amplio: se trata del Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (DPCM), que se convirtió en la principal fuente del derecho ampliamente utilizada durante la emergencia. Los decretos-ley (que sí necesitan de un pasaje en Parlamento para su conversión en ley) autorizaron al presidente del gobierno a emitir sus propios decretos para la adopción de las medidas adecuadas de contención y gestión proporcional a la evolución de la situación epidemiológica (arts. 1 y 2 del Decreto-ley 6/2020). Desde el principio de la declaración del estado de emergencia, la doctrina italiana empezó a debatir sobre la legitimidad constitucional de este acto, autorizado por decretos-ley, pero con una delegación casi “en blanco”. Se trata de un acto formalmente administrativo que, durante el estado de emergencia,

31 Es suficiente citar a Sabino Cassese, “Conte avrebbe dovuto rifiutarsi di firmare decreti così contraddittori”, *Il Dubbio*, 14 de abril de 2020, quien afirma que “el primer decreto-ley era ‘contrario a la ley’”.

32 Además de las primeras medidas relativas al distanciamiento social y a la gestión de los remedios sanitarios urgentes (por ejemplo, Decretos ley 6/2020 del 23 de febrero y 19/2020 del 25 de marzo), los demás decretos-ley afectaron asuntos como las ayudas a las empresas, a los trabajadores y a las familias, medidas para el sector de la justicia y de la educación. Al respecto de este último sector, en Italia las escuelas y las universidades cerraron desde final de febrero hasta el término del calendario escolar y todavía no hay certeza de que en septiembre pueda empezar el nuevo año escolar). En particular, el Decreto-ley 34/2020 del 19 de mayo es emblemático de la finalidad de sus medidas disciplinarias (“decreto de relanzamiento”) y contiene medidas financieras importantes para enfrentar la crisis.

se convirtió en un acto sustancialmente legislativo. Las principales dudas giraron en torno a la amplitud del contenido de los DPCM –que implican la limitación de los derechos fundamentales y la separación de las competencias entre Estado y regiones– y a la anomalía de este instrumento en el contexto de una forma de gobierno parlamentaria. Hay que aclarar que Italia adoptó el sistema de gobierno parlamentario, con tendencia asamblearia. Esto significa que el presidente del Consejo de Ministros tiene un rol de coordinador del gobierno y no de primer ministro, como en otros países (por ejemplo, Reino Unido).

3. Centralización en el manejo de la crisis

La decisión política de manejar la crisis por medio de los instrumentos mencionados en el apartado anterior, en su gran mayoría adoptados por órganos del Estado central, llevó a la centralización de las decisiones y la polarización en la figura del presidente del gobierno, apreciables desde la perspectiva tanto del método utilizado para adoptar las medidas como de sus contenidos.

Durante las primeras semanas de la crisis la península apareció dividida entre el norte, profundamente afectado por los contagios, y el centro-sur, con pocos casos, que nunca crecieron después del pico y tampoco en la fase de recesión del virus. No obstante esta profunda diferencia entre las dos áreas del país, el gobierno decidió tomar medidas uniformes para todo el territorio, desde la declaración de la cuarentena el 11 de marzo hasta el 3 de mayo, cuando empezó la fase 2 –declarada con el DPCM del 26 de abril, efectivo desde el 3 de mayo– y se “restituyeron” los poderes a los entes territoriales. Esta decisión permitió proteger a las regiones del sur, cuyos sistemas sanitarios habrían colapsado en pocas semanas, debido a la rapidez del contagio y a los escasos recursos.

Las relaciones entre el Estado central y las regiones funcionaron como un cinturón que el gobierno apretó al principio y luego, al compás de los decretos-ley, fue soltando a favor de una mayor autonomía de las regiones y de los entes locales. El periodo de la emergencia se puede dividir en tres momentos, durante los cuales las ordenanzas de los presidentes de regiones y de los alcaldes vieron cambiar su ámbito de acción:

1. Durante los días iniciales de la emergencia en febrero, los órganos locales pudieron ejercer el poder de ordenanza de forma autónoma, respondiendo a las necesidades de los habitantes de los territorios.
2. Después de la adopción de los primeros decretos-ley en marzo-abril, la autonomía de los presidentes de las regiones y de los alcaldes fue “esterilizada” temporalmente y ejercida únicamente para ejecutar los decretos-ley y los DPCM, porque tenían que prevalecer los principios de coordinación y uniformidad en todo el territorio nacional.³³
3. Durante la fase 2 de la emergencia, desde el 3 de mayo el poder de ordenanza volvió a los órganos locales, pero la decisión de apretar o desapretar el cinturón siempre perteneció al gobierno y las medidas fueron tomadas a veces en colaboración con las regiones y otras veces con su oposición.

Antes de la aprobación del DPCM (art. 3, inc. 1, Decreto-ley 6/2020), el primer decreto-ley admitía únicamente ser escuchado por el presidente de la región o de la conferencia de las regiones, cuando la decisión regía para todo el territorio nacional. Después, el Decreto-ley 19/2020 empieza a ceder a favor de las regiones, al permitir a sus órganos proponer el contenido de los decretos en relación con su propio territorio, hasta que el Decreto-ley 33/2020 introduce finalmente una modulación de las decisiones según la tendencia en la difusión del virus en los territorios regionales. Sin embargo, los decretos permitían el ejercicio del poder de ordenanza de las autoridades locales (presidentes de regiones y alcaldes) solamente mientras se adoptaran los decretos del presidente del Consejo de Ministros,³⁴ y lo mismo para las cuestiones financieras, cuando el gobierno decidió

33 Giovanni Boggero, “Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell’emergenza da covid-19”, *Piemonte delle Autonomie (online)*, núm. 1 (2020): 1-8.

34 Estas modalidades de intervención de las regiones en una situación tan infrecuente han sido evaluadas de forma diferente por parte de la doctrina. Dos ejemplos contrastantes: por un lado, Umberto Allegretti y Enzo Balboni, “Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus”, *Forum di Quaderni costituzionali*, núm. 1(2020): 537-546, y por otro lado, Sabino Cassese, “I pesi reciproci di centro e periferia si sono squilibrati. Intervista”, *Il Foglio*, 31 de marzo de 2020.

transferir de forma extraordinaria recursos económicos a los entes territoriales, además de otras medidas financieras para soportar las actividades de los gobiernos locales.³⁵

Desde la perspectiva de sus contenidos, cabe señalar que, igual que los decretos-ley, los DPCM fueron adoptados en asuntos distintos a la salud, puesto que la crisis sanitaria se convirtió rápidamente en una crisis económico-social que afectó varios sectores de la sociedad: educación, protección civil, gobierno del territorio, redes de transporte y otros asuntos de competencia legislativa concurrente entre Estado y regiones, conforme con el artículo 117 constitucional (inc. 3). Por esta razón, las reacciones de las regiones fueron divergentes: por ejemplo, en principio hubo regiones del centro y del sur que, antes del aislamiento obligatorio y en contra de la voluntad del gobierno, decidieron cerrar los centros educativos en razón del principio de precaución (las Marcas) o amenazaron con tomar medidas para no admitir ciudadanos no residentes en la región (la Campania); en cambio, hubo regiones que insistieron en retomar las actividades comerciales, a pesar de que el índice de contagios no dejaba de crecer (la Calabria). Por su parte, los alcaldes que intentaron adoptar ordenanzas de contenido diferente de los decretos estatales y de las ordenanzas de su propia región fueron sancionados por los tribunales administrativos.

3.1. Conflictos entre centro y periferias

Como acontece en otros Estados descentralizados, también en Italia el órgano constitucional que resuelve los conflictos de competencias centro-periferias es la Corte Constitucional. En razón del carácter centralizador de las herramientas y de la metodología adoptada, hubo conflictos entre los entes territoriales y el Estado central. Sin embargo, siendo los DPCM y las ordenanzas herramientas administrativas con fuerza normativa no equivalente a la de las fuentes legislativas, la Corte Constitucional no pudo ejercer el control de constitucionalidad. Además, tampoco pudo controlar

35 Véase Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, "Decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34", <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/05/19/20G00052/sg>

los decretos-ley, en razón del poco tiempo de validez de esta fuente (máximo sesenta días, antes de la conversión en ley por parte de las cámaras),³⁶ ni pudo recibir recursos interpuestos por individuos, puesto que en Italia no existe el acceso directo a la Corte Constitucional por parte de ciudadanos y, en caso de violación de los derechos fundamentales, solo hay acceso por vía incidental,³⁷ por tanto, el acceso directo existe únicamente en los casos de violación de la competencia legislativa por parte del gobierno y/o de las regiones. Las modalidades de acceso a la Corte Constitucional impidieron a este prestigioso órgano constitucional, muy respetado en el ordenamiento italiano, pronunciarse sobre las medidas extraordinarias adoptadas durante el estado de emergencia y sus impactos en los derechos fundamentales, a diferencia de otros tribunales constitucionales de Estados europeos.

En consecuencia, la única vía que quedó para el control judicial de los DPCM fue la del control judicial del juez administrativo, que puede anularlos; sin embargo, debido a la rapidez con la que se aprobaron los decretos y, en consecuencia, por lo pronto que caducaron, no fue posible llegar a una declaración de nulidad.³⁸ En relación con las herramientas de los entes territoriales, las ordenanzas de los alcaldes fueron anuladas por el prefecto;³⁹

36 Por supuesto, la Corte Constitucional puede controlar las leyes de conversión de un decreto-ley. Desde la Sentencia 29/1995, la legitimidad del decreto-ley y de su ley de conversión viajan paralelamente y ambos se basan en el artículo 77 constitucional.

37 En Italia, antes de remitir el caso a la Corte Constitucional, el juez tiene que realizar un examen previo de las razones por las cuales se pide el juicio de constitucionalidad. Durante el periodo de emergencia, hubo tentativas de acceso incidental a la Corte, pero sin éxito: por ejemplo, durante el control sobre una ordenanza de la presidenta de la región Calabria, contraria a un DPCM, el Tribunal Administrativo rechazó las motivaciones contra las normas del Decreto-ley 19/2020 y no remitió la cuestión a la Corte. Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Calabria, Sección, I, 9 de mayo de 2020, núm. 841.

38 Un caso emblemático es el del municipio de Trapani en Sicilia, que impugnó un DPCM, pero el juez administrativo fijó la audiencia cuando el DPCM ya había sido reemplazado por uno nuevo. Véase TAR Lazio, ordenanza del 20 de mayo de 2020, n. 3895.

39 Por ejemplo, antes del *lockdown* en todo el territorio, cuando el virus parecía limitado a unos pueblos del norte de Italia, unos alcaldes de los municipios de la isla

en cambio, las ordenanzas de los presidentes regionales fueron anuladas por los tribunales administrativos, por resultar contrarias a los DPCM.

Es emblemático el caso del poder de anulación extraordinario del gobierno respecto de la ordenanza del alcalde de la ciudad de Messina, en Sicilia, del 5 de abril de 2020, con la cual introdujo la obligación para quien entrara en el puerto de la ciudad, por cualquier medio de transporte, e incluso a pie, de registrarse 48 horas antes en una página web, suministrando varios datos. La ordenanza fue anulada por el gobierno por ser contraria al Decreto-ley 19/2000; en este caso, este ejerció el poder de anulación extraordinario para garantizar la unidad del ordenamiento, ex artículo 138 del texto refundido del ordenamiento local. Este poder de anulación fue confirmado por el Consejo de Estado en concepto del 7 de abril de 2020 e ilustra la fuerza extraordinaria del gobierno frente a la autonomía de los entes locales.⁴⁰

4. Limitaciones de los derechos fundamentales

El impacto del estado de emergencia en los derechos fundamentales ha sido y sigue siendo relevante, en razón de la amplitud de las medidas adoptadas y de la "cantidad" de derechos y libertades afectados. Sin comentar ulteriormente el hecho de que, en circunstancias excepcionales como la que todo el mundo está viviendo, la tutela de derechos primarios justifica la limitación temporal de otros derechos fundamentales, cabe destacar dos asuntos que han caracterizado estas limitaciones por parte de las autoridades públicas italianas. Por un lado, la forma de afectar los derechos y, por el otro, la axiología de los derechos afectados. El primer asunto es invariable

de Ischia, región Campania, adoptaron una ordenanza común, de 23 de febrero de 2020, para impedir el acceso a la isla por parte de los ciudadanos de dos regiones del norte: Veneto y Lombardía. La ordenanza "anómala" fue anulada por el prefecto de Nápoles. Para profundizar el tema de las ordenanzas: Ambrogio De Siano, "Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19", *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 15 de abril de 2020.

40 Antonio Ruggeri, "Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina", *Consulta OnLine. Periodico Temático*, núm. I (2020): 224-228.

y se refiere a todos los derechos restringidos; el segundo varió con el tiempo. Puesto que en el mundo del derecho la forma es sustancia, es relevante el tema de las formas y de los vínculos de los actos administrativos y normativos adoptados durante el periodo de emergencia, ciertamente no porque la forma sea un fin en sí mismo, sino porque la forma es funcional a la garantía de la sustancia.⁴¹ Aclaramos que, en el caso de limitación de derechos fundamentales, los asuntos de forma requieren ser validados por el Parlamento, para garantizar la sustancia de los derechos. De todos los azulejos que componen el mosaico normativo⁴² de la emergencia, solamente el decreto-ley cumple con este tipo de formalidad, aunque el Parlamento interviene en un momento subsiguiente a la aprobación del decreto por parte del gobierno. Además, no siempre es suficiente para adoptar limitaciones de los derechos, porque, en relación con algunos derechos fundamentales, la Constitución italiana exige la reserva absoluta de ley, es decir, que las limitaciones pueden ser adoptadas únicamente por una ley del Parlamento. Los demás elementos del mosaico, en particular el más utilizado (el DPCM), no prevén una intervención formal ni del Parlamento ni del presidente de la república, órgano que, en el modelo parlamentario, representa una garantía para la Constitución y el funcionamiento del ordenamiento jurídico.⁴³

El problema de la forma se pone también de manifiesto en relación con la interpretación de las normas que limitan los derechos, como bien está representado en el caso de una circular del Ministerio del Interior relativa a la posibilidad de uno de los padres de circular con un hijo (un caso

41 En el original: “non certo perché la forma sia fine a sé stessa, ma in quanto la forma sia funzionale alla garanzia della sostanza”. Michele Belletti, “La confusione nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità”, *Rivista AIC*, núm. 3 (2020): 188.

42 Es la expresión que usa Claudia Tubertini en “Il governo locale in Italia di fronte all'emergenza (sanitaria, sociale ed economica) derivante dalla pandemia”, *Questões Atuais de Direito Local*, núm. 26 (2020): 29.

43 Gaetano Azzariti, en “Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione”, *Costituzionalismo.it* 1 (2020): III, aclara que se trata de “una asunción plena y solitaria de la responsabilidad política por parte del presidente del Consejo sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos”.

que impacta el derecho de circulación, el derecho de los padres, de los hijos, etc.). A esta circular –que interpreta un acto administrativo y a su vez es “interpretada” por una nota de prensa interpretativa (nueva figura jurídica)– le sigue la auténtica interpretación oral del presidente del Consejo en directo a nivel nacional. Si todo esto terminara en los tribunales sería una maravilla para nosotros los abogados.⁴⁴ Inevitablemente, acá la forma ha afectado la sustancia de las restricciones de derechos fundamentales, pero, ¿de cuáles derechos se trata?

En Italia, como en otros países, los primeros derechos limitados han sido: la libertad de circulación y residencia (que pueden ser limitadas solo legalmente por razones de salud o seguridad: art. 16 Const.); la libertad de reunión (que ha sido limitada tanto en lugares públicos como en lugares abiertos al público: art. 17 Const.), que afecta también la libertad de asociación presencial (art. 18 Const.); la libertad de empresa (art. 41 Const.) y religiosa, debido al cierre de iglesias y de otros lugares de culto (art. 19 Const.);⁴⁵ la libertad de enseñanza a cualquier nivel (art. 33 Const.); y los derechos a la privacidad (art. 15 Const.), a la salud (art. 32 Const.), y de acceso a la justicia,⁴⁶ que con el de enseñanza sí vio limitado por la suspensión forzada de las actividades y en razón de los instrumentos telemáticos que sustituyeron la actividad presencial.⁴⁷

Cada una de estas libertades y derechos sociales han sido afectados por las medidas adoptadas por las autoridades públicas; sin embargo, durante la emergencia, la acción del gobierno moduló la “intensidad” y cambió el

44 Giovanni Guzzetta, “E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglieri la voglia di libertà”, *Il Dubbio*, 4 de abril de 2020.

45 Giovanni Blando, “Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento”, *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 5 de mayo de 2020.

46 Giuseppe Di Santalucia, “L’impatto sulla giustizia penale dell’emergenza da COVID-19: affinamenti delle contromisure legislative – note a prima lettura del d.l. n. 18”, *Giustiziainsieme.it*, 18 de marzo de 2020, 1-11.

47 Una panorámica de los derechos afectados se encuentra en Salvatore Prisco y Fulvia Abbondante, “I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo”, *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 2 de marzo de 2020.

enfoque en relación con el tipo libertad objeto de restricción, contrariamente a lo que la Corte Constitucional ha afirmado desde hace mucho tiempo, es decir, que no existe un derecho más fundamental que otro.⁴⁸

En la primera fase de la emergencia (febrero-abril), la acción del gobierno estuvo concentrada en la tutela del derecho a la salud, que prevaleció sobre las demás libertades, “incluso sobre aquellas para las que no hacía falta hacer sacrificios”.⁴⁹ En cambio, en la segunda fase (desde mayo), el gobierno modificó la dirección a favor de la recuperación de la situación económica del país, que se convirtió en el reto de sus políticas, tanto a nivel interno como europeo, tal y como quedó demostrado durante la fase de contratación de los recursos con la Unión Europea, durante el mes de julio de 2020.

En la tercera fase (durante el verano), las políticas del gobierno y de muchos presidentes regionales (en particular de la región Emilia-Romana, que cuenta con una economía turística de balneario muy desarrollada) estuvieron a favor de las actividades económicas, en particular, del turismo. Solamente en el mes de agosto, frente al aumento de los contagios, los presidentes de algunas regiones adoptaron ordenanzas para limitar el acceso a las discotecas. Frente a la insuficiencia de estas medidas, el gobierno decidió cerrar las discotecas en todo el territorio italiano (ordenanza del Ministerio de Salud del 16 de agosto de 2020).

Este es el escenario de la “primera ola” de contagios, que duró unos seis meses (desde marzo hasta octubre), en la cual, la ponderación entre derechos fundamentales y libertades económicas ha sido realizada por medio de herramientas nunca utilizadas en situaciones de normalidad ni de emergencia anteriores, como es el DPCM. En cambio, esta ponderación requiere la aplicación, por lo menos, del principio de proporcionalidad como resultado de un debate parlamentario.

48 Muy claramente afirmado en la Sentencia 85/2013 del 9 de mayo.

49 Las elecciones del gobierno, en las dos fases, son descritas muy bien por De Minico, “Costituzionalizziamo l'emergenza?”, 559. También la justicia administrativa ha afirmado que el derecho a la salud prevalece sobre el ejercicio de las demás libertades personales. Entre otros, véase: TAR Campaña, Sección Quinta, Decreto de 18 de marzo 2020, núm. 416; TAR Friuli, Sección Primera, decreto de 10 de abril de 2020, núm. 61; TAR Veneto, decreto 21 de abril 2020, núm. 205.

Con la segunda ola de contagios, que comenzó el mes de octubre, en parte estamos asistiendo a la repetición del escenario de la primera ola. En relación con las medidas, el gobierno sigue actuando mediante decretos-ley y DPCM, con la diferencia de que, antes de aprobarlos, advirtió de la necesidad de dar participación al Parlamento (recuperando un poco las relaciones entre las dos instancias, que caracterizan la forma de gobierno parlamentaria). Eso pasó con el decreto Ristori (decreto-ley 137 del 28 de octubre de 2020), con el cual el gobierno está financiando varios sectores comerciales cerrados durante la segunda ola o que sufrieron muchas pérdidas económicas.

En relación con la recuperación de la autonomía de las regiones y eventuales limitaciones de derechos, se puede afirmar que durante la primera ola las regiones se alinearon con las normas estatales, sin diferenciar sus políticas. Con la segunda ola de contagios, los presidentes regionales volvieron a ejercer su autonomía, con la adopción de ordenanzas más o menos restrictivas de la libertad de circulación, del derecho a la educación y de las actividades económicas, en proporción con el número de contagios en el territorios regionales, la situación en los hospitales, etc.

Frente al rapidísimo incremento del número de contagios, para el 3 de noviembre de 2020, el gobierno intervino nuevamente con un DPCM, con el cual dividió el territorio italiano en tres colores (regiones de color amarillo, naranja y rojo), según la gravedad de la situación, con la posibilidad de cambiar de color en la medida en que esta mejorara o empeorara, que fue el caso de la mitad de las regiones.

Retomando la metáfora del cinturón, durante la primera ola de contagios, las relaciones entre el Estado central y las regiones funcionaron como un cinturón que el gobierno fue apretando y luego, al compás de los decretos-ley, fue soltando a favor de una mayor autonomía de las regiones y de los entes locales. Durante esta segunda ola de contagios, frente a las distintas medidas tomadas por las regiones, el gobierno decidió nuevamente apretar el cinturón con un DPCM que clasificó las regiones en tres categorías distintas en función de su situación epidemiológica.

5. Breves reflexiones y lecciones aprendidas

La situación de emergencia ocasionada por la pandemia de 2020 se ha transformado en una excelente ocasión para un ejercicio de hermenéutica sin precedentes, por haber afectado la estructura del ordenamiento jurídico en asuntos tales como los derechos fundamentales, las fuentes del derecho, la forma de gobierno –comprometida, por haber confinado al Parlamento a un rol secundario– y el tipo de estado territorial, que amenaza el principio de autonomía de los entes territoriales frente al Estado central.⁵⁰

En la doctrina italiana, hay quien ha advertido de los peligros del estado de emergencia, retomando las enseñanzas de la época de la Roma antigua, en la cual el Senado entregaba todos los poderes a una figura jurídica que permitía salvar la república en situaciones de peligro por un máximo de seis meses,⁵¹ período que resulta evocativo, considerando que el estado de emergencia en Italia, en principio, fue proclamado por seis meses desde el 31 de enero hasta el 31 de julio y, sucesivamente, ha sido prorrogado hasta el 15 de octubre y en la actualidad al 31 de enero de 2021.⁵²

Otros retomaron el tema de la necesidad de una reforma para introducir en la Constitución una regulación expresa de la emergencia, sin dar cuenta de lo que pasó en los ordenamientos liberales occidentales “vecinos” geográfica y culturalmente, que sí tienen ese tipo de regímenes, pero que, tendencialmente, no utilizaron esa figura en esta situación de pandemia sanitaria.⁵³

50 Para tener una idea del alcance de la disciplina implicada en la emergencia, véase: Caterina Drigo y Alessandro Morelli, “Dossier. L'emergenza sanitaria da Covid-19. normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina”, *Diritti regionali*, núm. 2 (2020): 1-167.

51 Después de los cuales ninguno podía adoptar actos extraordinarios. Solo en dos ocasiones fue proclamada la extensión del estado de emergencia, cuando “la dictadura *commisaria* se transformó en *sovrana*” y Roma capituló. Azzariti, “Editoriale”, V.

52 El estado de emergencia fue prorrogado en deliberación del Consejo de los Ministros del 29 de julio de 2020, publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* núm. 190 del 30 de julio de 2020, hasta el 15 de octubre de 2020 y, sucesivamente, con la deliberación del 7 de octubre de 2020, publicada en *Gazzetta Ufficiale* núm. 248 del 7 de octubre de 2020, hasta el 31 de enero de 2021.

53 Una panorámica mundial de la disciplina implicada en la emergencia en todas las áreas del globo y en muchos países europeos encuentra en un número monográfico de la revista *DPCE Online* 43, núm. 2 (2020).

Si nos basamos en la etimología de la palabra *crisis*⁵⁴ y rechazamos el matiz negativo que ha asumido a lo largo del tiempo, podemos aprender algo de esta experiencia. Sin transformar estas breves reflexiones en un ejercicio de política del derecho y enfocándose exclusivamente en el asunto de la forma de Estado territorial, surgen dos temas relevantes para un análisis de *jure condendo*. El primero se refiere al rol de los municipios en la gestión de la crisis y a su relevancia en el Estado regional italiano. Como ha sido aclarado en el punto 1, el poder municipal es un eje del ordenamiento jurídico italiano y ha caracterizado la historia de la península por muchos siglos. El rol de los municipios ha sido fundamental antes, durante y después el periodo de aislamiento obligatorio, no solamente desde la perspectiva institucional, que vio al municipio como ejecutor de la normativa estatal y regional, sino también desde la perspectiva socioeconómica. Los municipios actuaron primero en la fase de la emergencia intentando dar solución a tantas problemáticas diferentes que surgieron en Italia tanto en las grandes ciudades como en los pueblos pequeños. Los municipios proporcionaron asistencia a los ancianos y a las personas discapacitadas, ayudas económicas para las empresas locales e información a la ciudadanía. En muchos casos, los alcaldes proporcionaron información diaria, apareciendo en los medios de comunicación sociales que, a menudo, se transformaron en la principal fuente de información frente a la confusión proporcionada por la disciplina estatal de la emergencia.

Los municipios actuaron constantemente, a pesar del “cinturón” jurídico que se apretaba cada vez más, transformándolos en *longa manus* del Estado central y retomando un esquema antiguo que había sido superado con la Constitución de 1948 por medio del principio de autonomía (art. 5). Una vez que el cinturón se fue soltando gradualmente, resulta relevante recordar que aún sigue el peligro, junto al miedo, de que la excesiva reducción de la autonomía municipal pueda transformarse en normalidad y se repita lo que pasó con la crisis económico-financiera de 2008, cuando,

54 Del griego antiguo “elección”, momento que separa una forma de ser o una serie de fenómenos de otra diferente.

en razón de superiores exigencias de unidad en la toma de decisiones, se adoptaron reformas restrictivas de la autonomía municipal.⁵⁵

El segundo tema relevante está estrictamente relacionado con el peligro de reducción del principio de autonomía y se refiere a las relaciones entre el Estado central y las regiones, que puede ser interpretada a la luz de la reacción del sistema de salud frente a la pandemia. Si miramos el caso más emblemático de la región de Lombardía, es claro que la emergencia producida por la pandemia ha puesto en evidencia varias fallas en el sistema de salud. En cuanto a la regionalización del modelo y al abandono del sistema universalista estatal que hubo durante los años noventa del siglo XX, si en principio se ha revelado un factor de impulso y desarrollo del sistema de salud nacional, sucesivamente se ha convertido en un punto delicado del sistema, debido al impacto de las políticas nacionales de austeridad en las finanzas regionales,⁵⁶ en especial durante el periodo de crisis económico-financiera que empezó en el año 2008 y que todavía no ha terminado totalmente. Las políticas nacionales de austeridad afectaron toda la estructura administrativa tanto de las regiones con *déficit* como en las más prósperas, en el norte. Esas políticas nacionales uniformes en todo el territorio italiano comprometieron la realización de la diferenciación referida a las políticas regionales, que es la sal del regionalismo. Durante la crisis económico-financiera, el espacio para diferenciar los sistemas de salud regional ha sido ulteriormente disminuido a causa de la política estatal de reducción de gastos que impuso más medidas de organización uniformes en todo el territorio nacional.

Esta crisis del sistema –o los sistemas– de salud refleja la crisis general italiana en salud, que ya estaba comprometida antes de la llegada de la pandemia y sufrió un duro golpe con la emergencia sanitaria. Las regiones actuaron bastante bien desde el primer caso detectado de Sars-CoV-2 y adaptaron rápidamente sus sistemas de salud, aunque el debate político

55 Alessandro Morelli, Annamaria Poggi, “Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo”, *Diritti regionali* 2 (2020): 1 ss.

56 Tubertini, “Cinquant’anni di organizzazione sanitaria”, 82.

entre los gobernadores regionales y el Estado central ha sido, en algunos momentos y en algunas regiones, muy duro.

Bibliografía

Allegretti, Umberto y Enzo Balboni. "Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus". *Forum di Quaderni Costituzionali* 1 (2020): 537-546.

Angiolini, Vittorio. *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*. Padua: Cedam, 1986.

Azzariti, Gaetano. "Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione". *Costituzionalismo.it* 1 (2020): I-V.

Bartole, Sergio *et al.* *Diritto regionale*. Bologna: Il Mulino, 2005.

Bartole, Sergio. "Le prospettive della legislazione regionale". *Le Regioni* 5 (2006): 877-888.

Belletti, Michele. "La confusione nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità". *Rivista AIC* 3 (2020): 174-199.

Blando, Giovanni. "Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento". *Federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*, 5 de mayo de 2020.

Boggero, Giovanni. "Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19". *Piemonte delle Autonomie* 1 (2020): 1-8.

Caretti, Paolo y Giovanni Tarli Barbieri. *Diritto regionale*. Turín: Giappichelli, 2007.

Cassese, Sabino. *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*. Roma: Donzelli, 1998.

Cassese, Sabino. "La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi". *Il Dubbio*, 14 de abril de 2020.

Cassese, Sabino. "Conte avrebbe dovuto rifiutarsi di firmare decreti così contraddittori". *Il Dubbio*, 14 de abril de 2020.

Cassese, Sabino. "I pesi reciproci di centro e periferia si sono squilibrati. Intervista". *Il Foglio*, 31 de marzo de 2020.

Cavaleri, Paolo. *Diritto regionale*. Padua: Cedam, 2009.

Cavallo Perin, Roberto. "Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica". *Diritto amministrativo* 4 (2005): 777-842.

- Cerulli Irelli, Vincenzo y Cesare Pinelli. "Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei poteri pubblici". En *Verso il federalismo*, editado por Vincenzo Cerulli Irelli y Cesare Pinelli. Bologna: Il Mulino, 2004, 11-91.
- Cherchi, Bruno. "Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente". *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 4 (1981): 1108-1153.
- Crisafulli, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*. Vols. 1-2. Padua: Cedam, 1993.
- Crosetti, Alessandro. "Il servizio sanitario. Profili organizzativi". En *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*. Editado por Rosario Ferrara. Milán: Giuffrè, 2010, 153-283.
- D'Atena, Antonio. "Statuti regionali". *Enciclopedia Giuridica Treccani*. T. XXX Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1993, 1-10.
- De Minico, Giovanna. *Costituzione emergenza e terrorismo*. Nápoles: Jovene, 2016.
- De Minico, Giovanna. "Costituzionalizziamo l'emergenza?". *Osservatorio sulle fonti* XIII (2020): 541-564.
- De Siano, Ambrogio. "Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19". *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 15 de abril de 2020.
- Di Santalucia, Giuseppe. "L'impatto sulla giustizia penale dell'emergenza da COVID-19: affinamenti delle contromisure legislative – note a prima lettura del d.l. n. 18". *Giustiziainsieme.it*, 18 de marzo de 2020, puntos 1-11.
- Drigo, Caterina y Alessandro Morelli. "Dossier. L'emergenza sanitaria da Covid-19. normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina". *Diritti regionali* 2 (2020): 1-167.
- Ferrara, Rosario. *L'ordinamento della sanità*. Turín: Giappichelli, 2007.
- Franca, Simone. "Alcuni spunti in tema di esercizio precauzionale della funzione comunicativa". *Biolaw Journal* 1 esp. (2020): 571-577.
- Giardina, Andrea. "Art. 78". En *Commentario alla Costituzione*. Editado por Giuseppe Branca. Bologna: Zanichelli / Roma: Società editrice del Foro italiano, 1975, 94-115.
- Groppi, Tania. "Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale". *Consulta Online. Periodico Telemático* 1 (2020), 192-196.
- Guzzetta, Giovanni. "E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà". *Il Dubbio*, 4 de abril de 2020.

- La nascita della Costituzione. "Appendici generali - Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione - Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d'assedio". [Portal web] www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/09/02/index.htm
- Luciani, Massimo. "Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza". *Rivista AIC* 2 (2020): 109-141.
- Martines, Temistocle, Antonio Ruggeri y Carmela Salazar. *Lineamenti di diritto regionale*. Milán: Giuffrè, 2008.
- Merloni, Francesco. "La Regione nella semplificazione delle istituzioni territoriali". En *Semplificare l'Italia*. Editado por Franco Bassanini y Luca Castelli. Florencia: Passigli, 2008.
- Modugno, Franco y Damiano Nocilla. "(Voce), Stato d'assedio". *Novissimo digesto italiano XVIII* (1971): 273-291.
- Morelli, Alessandro y Annamaria Poggi. "Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo". *Diritti regionali* 2 (2020): 1-6.
- Morrone, Andrea. "La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?". *Quaderni costituzionali* 4 (2003): 818-819.
- Paladin, Livio y Giovanni Motzo. "Assedio (Stato di)". *Enciclopedia del Diritto*. Vol. III. Milán: Giuffrè, 1958, 250-267.
- Paladin, Livio. *Le fonti del diritto italiano*. Bologna: Il Mulino, 1996.
- Paladin, Livio. *Diritto regionale*. Padua: Cedam, 2000.
- Presidenza della Repubblica, "Dichiarazione del Presidente Sergio Mattarella sull'emergenza coronavirus", 3 de marzo de 2020. [Portal web] www.quirinale.it/elementi/45537
- Prisco, Salvatore y Fulvia Abbondante. "I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo". *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 2 de marzo de 2020.
- Ranelletti, Oreste. "La polizia di sicurezza". En *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*. Editado por Vittorio Emanuele Orlando. Vol. IV, parte I. Milán: Società editrice libraria, 1904, 1164-1251.
- Rolla, Giancarlo. *Diritto regionale e degli enti locali*. Milán: Giuffrè, 2002.
- Rotelli, Ettore. *L'avvento della Regione in Italia. Dalla caduta del regime fascista alla Costituzione repubblicana (1943-1947)*. Milán: Isap-Giuffrè, 1967.
- Ruggeri, Antonio. "Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa

- all'attraversamento dello Stretto di Messina". *Consulta Online. Periodico Telemático* 1 (2020): 224-228.
- Sorrentino, Federico. "Lo statuto regionale nel sistema delle fonti". *Giurisprudenza costituzionale* 1 (1971): 424-455.
- Spagna Musso, Enrico. *Diritto regionale*. Padua: Cedam, 1992.
- Sturzo, Luigi. *La Regione nella Nazione*. Roma: Capriotti, 1949.
- Tubertini, Claudia. *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*. Bologna: Bononia University Press, 2008.
- Tubertini, Claudia. "Cinquant'anni di organizzazione sanitaria: dall'uniformità alla differenziazione, e ritorno". *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale* 1 (2016): 65-87.
- Tubertini, Claudia. "Il governo locale in Italia di fronte all'emergenza (sanitaria, sociale ed economica) derivante dalla pandemia". *Questões Atuais de Direito Local* 26 (2020): 29-39.
- Vandelli, Luciano. "Art. 117". En *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel DL n. 112 del 1998 di attuazione della Legge Bassanini n. 59 del 1997*. Editado por Giandomenico Falcon. Bologna: Il Mulino, 1998, 396-398.
- Vedaschi, Arianna. *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*. Turin: Giappichelli, 2007.
- Zanobini, Guido. *L'amministrazione locale*. Padua: Cedam, 1932.

Legislación y jurisprudencia

- Assemblea costituente, commissione per la costituzione, Il sottocommissione, Appendici generali - Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione - Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazioni dello stato di assedio, sabato 11 gennaio 1947. www.nascitacostituzione.it/05appendici/01general/09/02/index.htm
- Consejo de Estado, Concepto del 7 de abril de 2020.
- Constitución italiana de 1948.
- Corte Constitucional, Sentencia 29/1995.
- Corte Constitucional, Sentencia 303/2003.
- Decreto 19/2020 del 25 de marzo.
- Decreto legislativo 1/2018.

Decreto legislativo 112/1998.
Decreto legislativo 229/1999.
Decreto legislativo 267/2000.
Decreto legislativo 502/1992.
Decreto-ley 6/2020 del 23 de febrero.
Decreto-ley 1265/1934.
Decreto-ley 33/2020.
Decreto-ley 34/2020 del 19 de mayo.
Deliberación del Consejo de los Ministros del 29 de julio de 2020.
Deliberación del Consejo de los Ministros del 7 de octubre de 2020.
DPCM del 26 de abril de 2020.
Estatuto Albertino de 1848.
Ley 2248/1865.
Ley 4761/1861 del 17 de marzo.
Ley 59/1997.
Ley 833/1978.
Ley de reforma constitucional 3/2001.
Municipios de Ischia, Ordenanza 23 de febrero de 2020.
Ordenanza del alcalde de la ciudad de Messina, en Sicilia, del 5 de abril de 2020.
Tribunal Administrativo Regional de Calabria, Sección I, 9 de mayo de 2020, núm. 841.
Tribunal Administrativo Regional de Campaña, Sección Quinta, Decreto de 18 de marzo 2020, núm. 416.
Tribunal Administrativo Regional de Friuli, Sección Primera, Decreto de 10 de abril de 2020, núm. 61.
Tribunal Administrativo Regional de Lazio, Ordenanza del 20 de mayo de 2020, núm. 3895.
Tribunal Administrativo Regional de Veneto, Decreto 21 de abril 2020, núm. 205.

Retos del federalismo ante la pandemia. La experiencia de México

Daniel A. Barceló Rojas (México)*

RESUMEN: La emergencia sanitaria internacional plantea un reto mayúsculo a las estructuras compuestas del orden jurídico y democrático representativo del Estado federal mexicano. Al decidir las acciones públicas para contener el virus Sars-CoV-2 y el tratamiento de la enfermedad covid-19, el presidente de la república otorgó prevalencia a la protección de la economía del segmento social más vulnerable. No consensuó las medidas a adoptar con el Congreso federal, porque no lo obliga expresamente la Constitución. Ello provocó que en los estados, en plena pandemia, se activara el federalismo en clave agonal de control vertical del poder, no de colaboración. El malfuncionamiento apuntado subraya la necesidad de revisar, simultáneamente, el arreglo federal y el sistema presidencial, por un lado, para fomentar la articulación parlamentaria multinivel, a fin de que participen los representantes populares y gobiernos de los estados en la toma de decisiones públicas federales, y por otro, para construir un control parlamentario sobre la implementación de políticas públicas sanitarias centro-periferia y periferia-centro.

PALABRA CLAVE: Coordinación multinivel, federalismo.

1. Organización institucional y distribución de competencias en salud del sistema federal mexicano

Para la mejor comprensión de la gestión pública de la pandemia en México, resulta obligado presentar brevemente el marco constitucional y legal en el que operan los gobiernos y las administraciones públicas federal y de los estados en materia de salud, así como dar noticia de la configuración partidista actual de dichos gobiernos. México se organiza como una

* Profesor investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM) y miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). dbarcelo@unam.mx

república federal compuesta de treinta y un estados y la Ciudad de México como una entidad federativa más. Esta última es considerada por la Constitución federal equivalente a un Estado de la federación, con la salvedad de la materia concerniente a la seguridad pública. Cada estado cuenta con su propia Constitución estatal y competencia para configurar sus propias leyes, en el marco del sistema de distribución de competencias establecido en la Constitución federal.

El sistema de distribución de competencias del federalismo mexicano del siglo XIX se inspira en el modelo estadounidense de lista expresa de competencias de los poderes federales, por una parte, y en el modelo de competencias reservadas a los estados, mediante la llamada "cláusula residual", por la otra. Pero el federalismo dual del siglo XIX ha dado paso a un sistema de distribución de competencias que en su gran mayoría son concurrentes¹ al día de hoy². La concurrencia se produce tanto en la función legislativa como en la ejecutiva. Por regla general, para la implementación del segmento federal concurrente, el gobierno de la república ha mantenido en todos los estados su propia administración pública, pero cabe indicar que mediante convenio administrativo los estados pueden hacerse cargo de la ejecución del segmento federal, según dispone expresamente la Constitución en el artículo 116, fracción VII.

El derecho humano a la salud se establece en el artículo 4 de la Constitución federal y dice:

-
- 1 El artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece las competencias de los poderes federales, ha sido modificado en 82 ocasiones desde el 5 de febrero de 1917 en que se promulga y publica. A través de dichas reformas se han incorporado a la lista de competencias de los poderes federales, bajo el régimen de concurrencia, materias que hasta entonces estaban reservadas a los estados en exclusiva. Véase sección normativa, en Suprema Corte de Justicia de la Nación (<https://www.scjn.gob.mx>).
 - 2 José María Serna de la Garza, *El sistema federal mexicano* (México: IJ-UNAM, 2008), 87-97. También Martín Díaz y Díaz, "México en la vía del federalismo cooperativo: Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias", en *Homage to Fernando Alejandro Vázquez Pando* (México: Themis, 1996), 168-173.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.

Las Constituciones estatales pueden también expresamente otorgar el mismo derecho fundamental, como lo hace la Constitución de la Ciudad de México, o bien desarrollar directamente en sus leyes el derecho de fuente federal.³ Es importante tener presente que en el federalismo mexicano del siglo XIX, y hasta el proceso constituyente de 1917,⁴ la competencia en materia de salud correspondía a los estados, por efecto de la cláusula residual establecida en el artículo 124 de la actual Constitución, que repite, en términos similares a sus antecesoras, las constituciones federales de 1824 y 1857: “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias”.

3 Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas (<https://www.scjn.gob.mx>).

4 La Constitución federal de 1824 establece la lista de competencias legislativas del Congreso federal, en su artículo 50, compuesto por 31 fracciones, entre las cuales no se encuentra la materia de salud. La Constitución federal de 1857 establece la lista de competencias legislativas del Congreso federal, en su artículo 72, compuesto por 30 fracciones, entre las cuales no se encuentra la materia de salud. Finalmente, la Constitución federal de 1917, que es la tercera constitución federal en la historia constitucional del país, sí establece expresamente, en su fracción XVI, la materia de salubridad general como competencia legislativa del Congreso federal. En consecuencia, por efecto de la cláusula residual de la Constitución federal, en ella se reserva a los estados la salubridad local como competencia legislativa en sus respectivos ámbitos territoriales, sin que se requiera que las Constituciones subnacionales incorporen mención expresa de ello. Para consultar las tres constituciones federales que ha tenido México, véase Archivo IJ-UNAM.

Desde 1917 y hasta nuestros días la competencia en materia de salud es concurrente entre la federación y los estados, según dispone la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en sus artículos 4 y 73, fracción XVI. Este último artículo y fracción señalan que el Congreso tiene facultad:

Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración, y salubridad general de la República.

1. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

Como se puede observar de la cita al artículo 73, fracción XVI, por disposición de la Constitución la concurrencia tanto legislativa como ejecutiva sobre dicha materia se distribuye entre la federación y los estados mediante una Ley General de Salud que aprueba el Congreso federal, y cuya ejecución esta última distribuye entre la administración pública federal y la administración pública de cada estado. La Ley General de Salud, por disposición expresa de la Constitución, condiciona las competencias legislativas y ejecutivas de los estados y le atribuye al gobierno federal la coordinación de la gestión sanitaria multinivel en todo momento⁵, competencia que se torna más intensa cuando se manifiesta una epidemia o una situación de emergencia sanitaria internacional.⁶

La Constitución, en el artículo referido, crea el Consejo de Salubridad General, que es un cuerpo colegiado integrado por científicos de la

5 Ley General de Salud, artículo 13, base A, fracción VII (<https://www.compilacion.ordenjuridico.gob.mx>).

6 Ley General de Salud, artículos 134 fracción XIV y 181.

medicina que tiene la obligación de emitir recomendaciones al titular del Poder Ejecutivo sobre las acciones que se deben tomar para la contención de una epidemia. Además de tal obligación, el Consejo tiene la potestad de emitir normas de obligado cumplimiento en toda la república en una situación de emergencia sanitaria, las cuales alteran el orden jerárquico de fuentes del derecho para tiempos de normalidad sanitaria.⁷

La Ley General de Salud dedica el Título Octavo a la organización institucional multinivel para el tratamiento de la epidemia,⁸ y señala en su Capítulo II las medidas sanitarias que pueden adoptar el gobierno federal y los gobiernos de los estados, que implican la asunción por parte de estos de poderes extraordinarios, lo que incluye la capacidad de restricción de derechos humanos en aras de preservar la salud y la vida de la población –véanse los artículos 139, 143-144, 147-152, 154 de la Ley General de Salud–.⁹ A ello se añade el Título Décimo, denominado Acción Extraordinaria en Materia de Salud, en el que se encuentran los artículos 181 a 184, donde se refuerzan las potestades de las autoridades de ambos órdenes territoriales de gobierno para afrontar las epidemias.¹⁰

La declaratoria de emergencia sanitaria es facultad exclusiva del gobierno federal, sin intermediación del Congreso. La Constitución solo exige control parlamentario previo cuando se trata de un estado de emergencia de carácter político que activa el mecanismo de defensa extraordinaria de la Constitución mexicana por invasiones extranjeras, golpes de Estado o amenazas equivalentes que pongan en peligro los principios del sistema político.¹¹ Y de forma similar se encuentra regulado en los estados, cuyos gobernadores no requieren de la participación de los Congresos estatales

7 Ley General de Salud, artículo 15.

8 Ley General de Salud, artículo 134 fracción XIV.

9 Ley General de Salud (<https://www.compilacion.ordenjuridico.gob.mx>).

10 Ley General de Salud.

11 Véase mi estudio, “La garantía política en estados de emergencia en la Constitución Mexicana”, en Daniel Barceló, Sergio Díaz Ricci, Javier García Roca y Elizabeth Rocha (eds.), *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena* (México: IIJ-UNAM, 2020), 105-117.

en el proceso de declaración de un brote epidemiológico para cuya contención el Ejecutivo requiere restringir derechos fundamentales.

Con la salvedad de la suspensión de clases presenciales del sistema de educación pública en todo el país el 20 de marzo de 2020, desde las primeras semanas la gestión de la pandemia por el gobierno federal se caracterizó por la omisión de medidas sanitarias obligatoriamente restrictivas a la movilidad –por ejemplo, la negativa a restringir la entrada a México de pasajeros de aeronaves provenientes de otros países. Ante ello los gobernadores de los estados empezaron a tomar por su cuenta medidas sanitarias que implicaron la restricción del derecho de circulación en su territorio, y de otros derechos fundamentales y libertades públicas. Así procedieron incluso los gobernadores del mismo partido político del presidente, con fundamento en su poder de policía originario de protección de la salud, y motivando sus acciones en directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y/o en las emitidas por el Consejo de Salubridad General o el secretario de Salud federal. Entre dichas medidas destaca el condicionamiento y aun la restricción de las libertades de circulación en la vía pública,¹² de trabajo en la producción de bienes y servicios, de educación presencial y de libertad de reunión¹³ –que incide en actividades de toda índole, entre ellas, la libertad de culto religioso, ya que, por ejemplo, se suspendieron las misas, rezos y velorios habituales en los funerales del credo católico, que es el que practica la mayoría de los mexicanos–.¹⁴ Al principio tanto en la arena política como en medios de comunicación se llegó a cuestionar si los gobiernos de los estados tienen atribuido tal poder. Ello a pesar que las leyes estatales de salud, con claridad, establecen que los gobiernos estatales sí tienen dicha potestad, tratándose de derechos

12 *Periódico Oficial del Estado de Tabasco*, 20 de marzo de 2020.

13 *Periódico Oficial del Estado de Tabasco*, 1 de abril de 2020.

14 En el censo nacional de población de 2010 elaborado por el gobierno mexicano expresaron ser miembros de la iglesia católica 84.217.138 personas, 10.076.056 declararon pertenecer a otra religión y 4.660.692 declararon no tener religión, censos y conteos de población y vivienda. Véase Instituto Nacional de Estadística y Geografía (<https://inegi.org.mx>).

fundamentales que inciden en asuntos de competencia estatal,¹⁵ y que históricamente los estados han tenido el poder de policía en materia de salud desde el siglo XIX. La competencia federal en salubridad general y, en particular, para intervenir en episodios epidemiológicos es una atribución posterior delegada en régimen de concurrencia.¹⁶ Es así que, por ejemplo –de conformidad con lo que dispone la Ley General de Salud–, la Ley de Salud de Tabasco señala en sus artículos 177, 180, 182-184 diversas medidas que implican restricción de derechos fundamentales y libertades públicas que con carácter de obligación coercitiva puede imponer el gobernador del estado como autoridad sanitaria.¹⁷

Cabe apuntar que el arreglo del federalismo mexicano para la contención de una “epidemia” se inscribe en la Constitución en el primer cuarto del siglo XX y se ha mantenido inalterado desde entonces. No considera sin embargo el escenario de una epidemia con las características de la causada por el Sars-CoV-2, cuya virulencia se expandió a todo el país y no solo a una parte del territorio. Por ello en la Constitución federal y las leyes de salud se prevé únicamente la suspensión de derechos fundamentales en partes del territorio, que pueden acometer los estados por sí solos o en coordinación con la autoridad sanitaria federal según la peligrosidad del brote epidémico. La centenaria norma constitucional mexicana no prevé tampoco la “pandemia” como una cuestión de salud de escala global –aunque la Ley General de Salud, en décadas recientes, sí ha actualizado la posibilidad de contagios epidemiológicos que trascienden fronteras internacionales–.

En este orden de ideas, para efectos del presente capítulo, es especialmente pertinente notar que el arreglo constitucional de México para la contención de “epidemias” es anterior a la aprobación de la Carta y fundación de la Organización de las Naciones Unidas y, consecuentemente, de su unidad administrativa Organización Mundial de la Salud. Y precede por

15 José María Serna de la Garza, “Federalismo: emergencia sanitaria y competencias en México”, en *Covid 19 y Parlamentarismo*, 95-102.

16 José Quero Morales, “El derecho sanitario mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, 49 (1963): 150-158.

17 Ley de Salud del Estado de Tabasco.

décadas a la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como a la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁸ Ello explica, pero no justifica, la existencia de tres lagunas en el ordenamiento jurídico mexicano para regular el procedimiento de declaratoria epidémica, y que después de la declaratoria se proyecta también en un débil control judicial y parlamentario de la gestión de la pandemia a cargo de las autoridades ejecutivas de México.

2. Insuficiencias del orden jurídico desveladas por la pandemia

La primera laguna normativa que se ha manifestado durante la pandemia consiste en que la Ley General de Salud y el Reglamento del Consejo de Salubridad General mexicanos no prevén la situación en la cual el secretario de Salud se niegue a actuar, para preservar otros derechos y bienes jurídicamente tutelados por la Constitución, como los derechos económicos y sociales –siguiendo instrucciones escritas o no escritas del presidente de la república–. No existe un mecanismo que puedan activar los miembros del Consejo de Salubridad General o los gobernadores de los estados de la federación como autoridades sanitarias que son, para obligar al secretario de Salud a convocar al Consejo de Salubridad General –que tiene como presidente a dicho secretario de Salud federal– con el objeto de que este órgano colegiado de científicos se pronuncie públicamente sobre los peligros potenciales o actuales de una pandemia para la población y las medidas sanitarias que se deben tomar basadas en la ciencia médica. Ello contrasta con el procedimiento para la “determinación de una emergencia de salud pública de importancia internacional” del Reglamento Sanitario Internacional, que sí prevé en los artículos 12 y 49 un mecanismo mediante el cual se puede controlar tanto la acción como la omisión del director de la Organización Mundial de la Salud, bien sea por el comité de emergencia establecido en el artículo 48 y/o por los gobiernos de los Estados nacionales.¹⁹

18 Carlos Fernández Liesa, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica* (Madrid: Civitas, 2013), 107 y ss.

19 *Reglamento Sanitario Internacional*, 3 ed. (Ginebra: OMS, 2016), 17-18, 44-45.

La segunda laguna del ordenamiento constitucional mexicano se debe a que en este no se ha actualizado la gestión de una pandemia por las autoridades del país con arreglo a la Convención Americana de Derechos Humanos. Con toda claridad, el artículo 27 del Pacto de San José exige control judicial y, de manera implícita y tibia, un control parlamentario sobre la determinación e implementación de medidas sanitarias a cargo de los Poderes Ejecutivos federal y de los estados que impliquen restricciones de derechos humanos y libertades públicas. Este vacío se explica por la resistencia que han tenido los presidentes de México –incluidos los militantes del Partido Acción Nacional que llegaron al poder con el discurso de la democratización del régimen político– a sujetarse a control parlamentario en tiempo real.

Como ya se indicó líneas arriba, la declaratoria de emergencia sanitaria es potestad del Poder Ejecutivo. Y, aun cuando no existe un control parlamentario sobre la declaratoria de emergencia, la Constitución sí establece dos mecanismos complementarios de control intraorgánico del Poder Ejecutivo. El primero a través de la institución de la refrendación de los actos del presidente por el secretario del ramo, establecido en el artículo 92 de la Constitución; y el segundo mediante la operación del Consejo de Salubridad General, que, por disposición del artículo 73, fracción XVI, de la Constitución y su ley reglamentaria, es un cuerpo colegiado formado por expertos de la salud –incluidos los secretarios de Salud de los gobiernos estatales– que indican las medidas sanitarias de contención epidemiológica a considerar por el titular del Poder Ejecutivo.

En el tratamiento de la pandemia el secretario de Salud del gobierno federal omitió convocar con la debida oportunidad al Consejo de Salubridad General y posteriormente lo ha mantenido relegado en la formulación de las políticas públicas sanitarias para la contención del coronavirus. Para informar a la ciudadanía –y en la percepción pública, también para determinar la política pública a seguir en materia del coronavirus²⁰– el presidente de la república ha preferido confiar en el subsecretario de Promoción y

20 Guillermo Cejudo, "Alianza federalista: cronología de un desencuentro", *Nexos. Blog de federalismo*.

Prevención de la Salud de la Secretaría de Salud Pública, Dr. Hugo López Gattel. Dicho funcionario viene realizando acciones que la Constitución, la Ley General de Salud y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal atribuyen al secretario del ramo y al Consejo de Salubridad General, es decir, ha sustituido sin base constitucional ni legal al secretario de Salud y al Consejo de Salubridad General.²¹

Todo ello es posible por la tercera laguna normativa de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos: la omisión de la potestad constitucional expresa de control parlamentario en tiempo real sobre el secretario de Salud del presidente (sobre todos los secretarios del presidente), por parte del Senado de la república actuando como cámara de representación política territorial. Consecuente con esta laguna constitucional, el procedimiento de control parlamentario en tiempo real no existe en la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos ni en el Reglamento del Senado de la república, ni para tiempos ordinarios ni para estados de emergencia sanitaria. Ello propicia, 1) que los senadores de oposición busquen más el efecto mediático que el control científico de la

21 El subsecretario de Promoción y Prevención de la Salud, Dr. Hugo López-Gattel, declaró en su comparecencia ante el Senado de la República el 27 de mayo de 2020: "Empezamos utilizando como eje de la coordinación el Comité Nacional de Seguridad en Salud [...]. Este Comité Nacional de Seguridad en Salud, tiene un Secretario Técnico de Enfermedades Emergentes, y un Subcomité Técnico de Monitoreo y Evaluación. Lo preside exoficio el Secretario de Salud; y tiene una Vicepresidencia que está también exoficio a cargo de la persona titular de la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud, en este caso mi propia persona. Por tanto, en virtud de esto se hicieron las reuniones de instalación de este Comité. El Comité funciona de manera permanente, pero la primera fue una sesión inaugural para que este Comité estuviera al frente de esta pandemia. Y en esa sesión fue precisamente donde se me encomendó, en mi carácter de Vicepresidente del Comité, estar al frente de la coordinación técnico-operativa de la preparación [...]. El Consejo de Salubridad General, como ustedes saben, está previsto en el artículo 73 fracción 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [...]. El Consejo de Salubridad General tomó su primera sesión relativa a esta pandemia el 23 de marzo, cuando fue necesario que sancionara las medidas de preparación, prevención y control de la epidemia Sars-Cov-2, que habían sido diseñadas, coordinadas y supervisadas por la Secretaría de Salud". Véase versión estenográfica de la comparecencia en Senado de la República (<https://www.senado.gob.mx>).

gestión de la pandemia, cuando infrecuentemente aceptan comparecer en sede parlamentaria los funcionarios del Poder Ejecutivo;²² 2) que el presidente en turno entienda que a sus altos funcionarios el Senado los “invita” a comparecer y que, por tanto, los secretarios del presidente puedan rechazar acudir a rendir cuentas en sede parlamentaria, como si no tuviesen obligación constitucional de hacerlo;²³ y, como efecto de ello, 3) que, al no existir control parlamentario por la Cámara de los estados, el control sobre la gestión de la pandemia a cargo del gobierno federal se intente hacer por vías disruptivas para el federalismo, que han pasado de explicables diferencias de criterio en la toma de decisiones²⁴ a una confrontación abierta con el presidente, a través de los medios masivos de comunicación y redes sociales, por parte de un grupo de gobernadores.²⁵

-
- 22 Al superarse los pronósticos de letalidad del covid-19 presentados por el subsecretario de Prevención y Promoción de la Salud, este fue citado por el Senado de la República para informar y explicar el estado de la cuestión el 12 de octubre de 2020. En dicha comparecencia, la senadora Lilly Téllez (PAN), de manera marcadamente histriónica le entregó un bastón de ciego para censurar por sus resultados la gestión del subsecretario de Salud. Cabe decir que esta no es la primera escenografía que se monta en sede parlamentaria ante la ausencia ordinaria, frecuente, regulada, de rendición de cuentas del ejecutivo ante el Congreso. Ya en las postrimerías del siglo XX el entonces diputado federal Vicente Fox (PAN) se pondría orejas de burro en el primer informe de gobierno del presidente Carlos Salinas de Gortari para criticarlo. Posteriormente, Vicente Fox sería presidente de la república (2000-2006), pero no intentó reformar el formato de rendición de cuentas del Ejecutivo ante el Congreso. Su sucesor, el presidente Felipe Calderón Hinojosa, de su mismo partido político (2006-2012), fue aún más allá para recortar el poder de control del Congreso: promovió y logró eliminar de la Constitución la obligación del presidente de acudir físicamente a las cámaras del Congreso a rendir su informe anual de gobierno. Véase “Decreto por el que se reforman los artículos 69 y 93 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de agosto de 2008 (<https://www.dof.gob.mx>).
- 23 Alberto Morales y Pedro Villa, “AMLO acusa de ‘malcriados y malportados’ a legisladores de oposición que ‘maltrataron’ a López-Gattel”, *El Universal*, 14 de octubre de 2020.
- 24 Horacio Jiménez y Perla Miranda, “Crece rechazo estatal a reajuste de semáforo”, *El Universal*, 19 de julio de 2020.
- 25 *Animal Político*, “9 gobernadores de oposición piden renuncia de López-Gattel; ustedes también son responsables, les responde”, Redacción, 31 de julio de 2020.

3. Problemas de diseño del federalismo mexicano y del sistema presidencial descubiertos por la pandemia

Es un dato observable la preeminencia del titular del Poder Ejecutivo federal, y sus funcionarios expertos, en la transposición dentro de la república de las normas y políticas públicas internacionales, entre ellas, las concernientes con la salubridad en emergencias sanitarias internacionales. Puede afirmarse que el proceso ha sido similar al de otros países.²⁶ El presidente de la república es el funcionario encargado por la Constitución mexicana para negociar los tratados internacionales con otros Estados nacionales u órganos internacionales, que requieren de la aprobación del Senado una vez concluidas las negociaciones. Por consiguiente, es natural que el presidente inicie las leyes generales ante el Congreso de la Unión que obligan a los estados a ajustar sus marcos jurídicos, y que proyecte el presupuesto federal para su implementación *en lo que concierne solo al ámbito federal*.²⁷ El presidente en turno y sus funcionarios tecnocráticos suelen omitir en sus iniciativas de ley general la forma de control parlamentario de su gestión, omisión interesada que no ha sido corregida en sede parlamentaria. Y el presidente tampoco calcula y proyecta en la Ley de Coordinación Fiscal, mediante la cual se distribuyen los ingresos entre la federación y los estados, el costo de la aplicación de los compromisos internacionales a cargo de los gobiernos de los estados.

La proliferación de los tratados y políticas públicas internacionales del siglo XXI,²⁸ sumado a la multiplicación de competencias concurrentes del federalismo mexicano provocadas por necesidades domésticas,²⁹ ha llevado

26 Yannis Papadopoulos, "Accountability and multilevel governance", en Mark Bovens, Robert Goodin y Thomas Schillemans (eds.), *The Oxford Handbook of Public Accountability* (Oxford, Oxford University Press, 2014), 273-284.

27 Fritz W. Scharpf, "The joint decision trap: Lessons from German federalism and European integration", *Public Administration*, 66, núm. 3 (1988): 239-278.

28 Inge Kaul, "The changing role of the United Nations: Lessons for multi-level governance", en Henrik Enderlein, Sonja Wälti y Michael Zürn (eds.), *Handbook on multi-level governance* (Chentelham UK: Edward Elgar, 2010), 323-338.

29 Serna de la Garza, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico* (México, IIJ-UNAM, 2006), 58-184.

a configurar oportunamente en la Constitución y práctica política un *executive federalism*. Ello habilita su gestión multinivel (internacional, federal, estatal y municipal) como tarea compartida entre los gobiernos federal y de los estados. La Constitución mexicana otorga la facultad a la federación y a los estados (art. 116, fracción VII) a celebrar convenios para la ejecución de tareas administrativas comunes. Además, igualmente por disposición constitucional expresa, México cuenta con un Sistema Nacional de Salud, como instancia permanente de coordinación entre los secretarios de Salud de los gobiernos federal y de los estados.³⁰ Y a ello se suma que mediante convención constitucional se fundó la Conferencia Nacional de Gobernadores (<https://www.conago.org.mx>), instancia de coordinación que reúne en su seno a los jefes de los gobiernos de los estados. Por tanto, puede afirmarse que el federalismo mexicano se ha ajustado en sede administrativa federal y de los estados a la transformación que ha tenido el sistema de gobernación de federalismo dual a federalismo cooperativo, con un número creciente de materias en régimen jurídico de concurrencia que caracteriza el siglo XXI.

Empero, *no ha sucedido lo mismo en la organización y procedimientos de los parlamentos federal y de los estados*. La omisión es particularmente notable en lo que concierne al Senado como cámara de representación territorial. No existe una vinculación orgánica vertical entre los Congresos estatales y el Senado, como la que se configuró en la Constitución de 1824 en los albores del federalismo mexicano, donde las legislaturas de los estados elegían a los senadores que las representaban en el seno del Congreso federal. Y no se ha considerado hasta ahora un esquema similar al principio subyacente de los Senados de las actuales federaciones de Alemania, Austria o la India, que articulan a los gobiernos estatales en la toma de decisiones en el ámbito federal y en el control parlamentario de su implementación.³¹ En el

30 Ley General de Salud, artículo 5.

31 Arthur Benz, "Patterns of multilevel parliamentary relations. Varieties and dynamics in the EU and other Federations", en John Erick Fossum y Markus Jachtenfuchs (eds.), *Federal challenges and challenges to federalism* (Londres: Routledge, 2018), 33-50. También Wilfried Swenden, "Subnational participation in national decisions: the role of second chambers", en *Handbook on Multi-level Governance*, 103-120.

federalismo mexicano no existen procedimientos formales para configurar, debatir y aprobar la legislación concurrente entre el Senado y los Congresos estatales. Y tampoco existen avenidas para el control parlamentario de la ejecución de la legislación y presupuestos concurrentes a cargo de los gobiernos federal y de los estados en ambos sentidos, es decir, del centro a la periferia y de la periferia al centro. En mi opinión esto se ha manifestado con crudeza como causa de la actual crisis federal generada por la pandemia.

Como legado del diseño original del federalismo mexicano de los siglos XIX y XX, el Senado es la cámara de representación de los estados. Pero se ha alterado de tal manera el sistema electoral del federalismo en el último cuarto del siglo XX que su lógica en el siglo XXI obedece a la disciplina de partidos fuertemente centralizados. Ello es así por la amplia potestad que en la Ley General de Partidos Políticos³² y en los estatutos de estos se otorga a los dirigentes de los partidos políticos nacionales, 1) en la decisión sobre las listas de candidatos a las cámaras del Congreso de la Unión –aun cuando ya han sido votados en elecciones primarias³³–; 2) para intervenir en la designación de los candidatos a gobernadores de los estados; y 3) porque los dirigentes de algunos partidos políticos ostentan además el poder de designar y remover a los coordinadores de grupo parlamentario en ambas cámaras del Congreso de la Unión, con fundamento legal en los estatutos de sus respectivos partidos políticos.³⁴

32 André Audrey, Sam Depauw, Mathew Shugart, “The Effect of Electoral Institutions on Legislative Behaviour”, en Martin, Shane, Thomas Saalfeld, Kaare Strøm (eds.), *The Oxford Handbook of Legislative Studies* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 238.

33 En el caso del Partido Acción Nacional, véanse sus Estatutos Generales, artículos 92, 93, 94, inciso h; 99.2, inciso d fracción l; 100.1; 102.1, incisos e, f, g, i; 102.2; 102.3; 102.5, inciso a; 103; 108; 109; 110; 111. Por su parte, el PRI desarrolló los mismos poderes centralizados mediante “potestades metaconstitucionales”. Y, por lo que se refiere al actual partido en el gobierno –Morena–, es notable la influencia igualmente metaconstitucional que ejerce el presidente de la república, que mana de su reconocida aportación personal al triunfo electoral de los candidatos a cargos federales de dicho partido político.

34 En el caso del Partido Acción Nacional, véanse sus Estatutos Generales, artículo 126; 127.1, inciso c; 127.2, y el Reglamento de las Relaciones del Partido Acción Nacional y los Funcionarios Públicos de Elección Popular Postulados por el PAN, artículo 2.

La falta de actualización de un esquema parlamentario multinivel, tanto para la toma de decisiones federales con sensibilidad territorial periférica como para el control parlamentario bidireccional en la ejecución de tales decisiones (centro-periferia y periferia-centro),³⁵ facilita la operación del hiperpresidencialismo mexicano, que se exagera todavía más en tiempos de emergencia sanitaria. El presidente de la república mexicana tiene como uno de sus puntos de apoyo la potestad (inconstitucional, pero no controvertida ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación) para modificar durante el año fiscal el presupuesto aprobado por la Cámara de Diputados, sin que se requiera para ello aprobación parlamentaria. Así se encuentra establecido tanto en la Ley de Coordinación Fiscal³⁶ como en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria que fue promovida, paradójicamente, por el primer presidente de la república del Partido Acción Nacional (PAN) de oposición al Partido Revolucionario Institucional (PRI), personaje y partido político a quienes la ciudadanía en las elecciones del año 2000 les había encomendado la tarea de cambiar el régimen presidencial autoritario por uno democrático constitucional.

Con este punto de apoyo legal el presidente decide unilateralmente con un amplio margen la distribución del presupuesto federal, tanto en tiempos de normalidad³⁷ como en tiempos de emergencia sanitaria. La debilidad fiscal de los estados –cuyos ingresos en algunos casos dependen

35 El marco teórico y conceptual aplicado a México se ha tomado de Ben Crum y John E. Fossum, "The multilevel parliamentary field: A framework for theorising representative democracy in the EU", *European Political Science Review*, 1, núm. 2 (2009): 249-271.

36 Gabriela Ríos Granados e Israel Santos Flores, *Breve historia hacendaria de México* (México: IJ-UNAM, 2013), 49-50.

37 La arbitrariedad del Ejecutivo en la asignación del presupuesto llegó a niveles de auténtico escándalo con la aplicación del ramo 23 del presupuesto federal. Ello durante los periodos de los presidentes del PAN y del PRI del siglo XXI, al grado que tuvo que ser abrogado en el presente periodo presidencial. No obstante, la Ley Federal de Responsabilidad Hacendaria le sigue otorgando al presidente en funciones (Morena) la potestad de reasignar el presupuesto federal aprobado por la Cámara, con límites que no tienen garantía judicial o político-parlamentaria para que sean respetados. Mariana Campos, Liliana Ruiz y Alejandro García, *Arquitectura del Ramo 23* (México: México Evalúa, 2018).

en el 95% de los flujos de recursos provenientes del presupuesto federal— convierte a los gobernadores en rehenes políticos del presidente. En caso de resistir las decisiones presidenciales los gobernadores pueden verse afectados con recortes presupuestales, que sufren los habitantes de sus estados. Tal situación proviene del régimen político presidencial autoritario anterior a la transición democrática de México,³⁸ proceso de cambio que preponderantemente se ocupó de modificar las reglas e instituciones electorales, sin trastocar las normas de ejercicio del poder concentrado en el presidente de la república.³⁹ Dicha omisión se manifiesta con gran claridad en las facultades fiscales del presidente. La potestad fiscal se tiene como concurrente en la Constitución federal, la cual no establece porcentajes precisos para el ámbito federal o para los estados, en cuanto a los ingresos de mayor rendimiento, como el ingreso sobre la renta o el ingreso al valor agregado. Pero durante el período del viejo régimen político los estados delegaron al gobierno federal su potestad tributaria en la Ley de Coordinación Fiscal,⁴⁰ que se ha caracterizado por su fuerte centralización.

El problema de la discrecionalidad de la distribución territorial del gasto federal se agrava todavía más porque el Senado no participa en la asignación del presupuesto⁴¹ ni en su modificación durante el año fiscal por el presidente de la república. De conformidad con lo que establece la Constitución mexicana en el artículo 74, fracción IV, la aprobación del presupuesto federal es competencia exclusiva de la Cámara de Diputados.⁴²

38 La lectura clásica que describe el régimen político del siglo XX mexicano es Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano* (México, Siglo XXI, 1978).

39 Francisco Valdés Ugalde, “La dislocación del sistema político y régimen constitucional en la post-transición democrática de México”, en Gerardo Esquivel, Francisco Ibarra Palafox, Pedro Salazar Ugarte, *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 4: *Estudios políticos* (México: IJ-UNAM, 2017), 355-375.

40 *Diario Oficial de la Federación*, 27 de diciembre de 1978.

41 Alberto Díaz Cayeros, “Las tensiones entre federalismo y centralismo fiscal en las constituciones”, en Esquivel, Ibarra y Salazar, *Cien Ensayos para el centenario*, 118-119.

42 Gerónimo Gutiérrez, Alonso Lujambio y Diego Valadés, *El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder: el caso mexicano en perspectiva histórica y comparada* (México: IJ-UNAM, 2001), 16 y ss.

Por la razón indicada, el Senado mexicano, a diferencia del Senado estadounidense que originalmente le sirvió de modelo, no es capaz de adquirir la potestad de control parlamentario de la gestión del presupuesto a cargo del Poder Ejecutivo en el contexto de una pandemia.

Para concluir este apartado ha de señalarse que la prolongación de la pandemia ha terminado por introducirse en el calendario electoral al que responden los gobernadores de oposición al presidente de la república. En julio de 2021 se llevarán a cabo las elecciones, en las que se habrán de elegir los miembros de la Cámara de Diputados federal. Esto genera un fuerte incentivo para la confrontación por parte de los gobernadores y sus respectivos partidos políticos, que lógicamente pretenden disputar al partido político del presidente de la república el control sobre el presupuesto de egresos. Al presidente de la república, desde luego, igualmente lo mueve el mismo incentivo.

En mi opinión, la disputa entre los gobernadores y el presidente se vuelve más ríspida en México, no solo por las inevitables ambiciones personales y de facciones partidistas, sino también por la falta de actualización del Senado mexicano. La ausencia de institucionalización de la participación de los estados en la formación de las políticas públicas federales, en la asignación del presupuesto con perspectiva territorial y en el control parlamentario de su ejecución en el Senado conduce a que los gobernadores expresen al presidente –por medios de comunicación y redes sociales– sus demandas territoriales. Este sí es un problema del federalismo, que tiene posibilidad de ser resuelto por vía de ingeniería constitucional.

4. Medidas sanitarias y económicas del gobierno federal

Desde su campaña electoral como candidato a la presidencia de la república, Andrés Manuel López Obrador expresó su compromiso de mejorar la calidad de vida de los más pobres. Su oferta electoral de campaña se tradujo en un conjunto de programas de apoyo monetario a grupos sociales marginados, así como de construcción de infraestructura en una región económica al sureste del país. De ello se han beneficiado ancianos, campesinos y jóvenes sin educación o trabajo, y se ha generado una oferta

creciente de trabajo para el sureste mexicano por efecto de la construcción del tren maya, la construcción de la refinería de petróleo de Dos Bocas en el estado de Tabasco y la de la interconexión multimodal del océano Pacífico al Atlántico para el comercio marítimo. A estos tres grandes proyectos de infraestructura se suma la construcción del nuevo aeropuerto internacional de la Ciudad de México.

Cuando se manifestó la crisis sanitaria por la pandemia las organizaciones empresariales del país se acercaron al gobierno federal para solicitar apoyo económico. Ello, sostuvieron, con el objeto de reducir los efectos económicos y sociales de la crisis, en especial la pérdida de empleos y de ingresos tributarios por la reducción de la actividad económica.⁴³ Necesariamente los apoyos económicos a las empresas implicaban, en alguna medida, la reorientación del gasto público programado para las grandes obras de infraestructura y para el gasto social.⁴⁴ Y el presidente se negó a ello. Mantuvo inalterado el presupuesto orientado a sus programas sociales y económicos y de construcción de infraestructura.⁴⁵ Al mismo tiempo incrementó el gasto federal en salud para el tratamiento del covid-19, pero con afectación de otros ramos del presupuesto no prioritarios para su gobierno.

Durante la pandemia el presidente de la república ha dirigido la acción pública al objeto de mantener la actividad económica, sobre todo de los pequeños negocios y del empleo informal. Ha ponderado que es más importante para los mexicanos mantener abierta la economía que tomar medidas sanitarias estrictas que la afecten sustancialmente, por lo cual su política pública en esta materia consistió esencialmente en ampliar la infraestructura hospitalaria para evitar el colapso del sistema de salud por un exceso de demanda en un mismo período,⁴⁶ como sucedió en España e

43 Rafael Croda y Rosalía Vergara, "Sombrió panorama para millones: sin trabajo y sin dinero", *Revista Proceso*, núm. 2265 (marzo 2020): 8-11.

44 Juan Carlos Cruz Vargas, "Sin plan económico contra la contingencia: Salazar Lomelí", *Revista Proceso*, núm. 2265 (marzo 2020): 12-14.

45 *El Herald de México*, "Frustra a empresarios plan de AMLO ante el covid-19: CCE", Redacción, 8 de abril de 2020.

46 *Diario Oficial de la Federación*, 24/27 de marzo de 2020; 30 de marzo de 2020.

Italia. Además de la consideración del efecto social por el cierre de la economía, su decisión –que ha mantenido inalterada desde marzo de 2020 hasta octubre del mismo año, cuando se entrega esta contribución– puede también estar fundada en un diagnóstico y pronóstico sanitario equivocado, según él mismo admitió el 9 de octubre de 2020.⁴⁷ El subsecretario de Promoción y Prevención de la Salud, a quien ha encargado las decisiones más importantes en materia sanitaria, ante los ojos de la ciudadanía, de los miembros del Congreso y de la comunidad científica médica, pronosticó que, como máximo, México tendría una mortalidad de 6.000 personas por el covid-19.⁴⁸ Al 29 de octubre de 2020 se contabilizaban más de 92 mil muertos.⁴⁹ A pesar de ello, dicho funcionario no ha perdido la confianza del presidente de la república en la toma de las decisiones sanitarias.

En este orden de ideas, el presidente de la república se ha rehusado a dictar mandamientos que de manera obligatoria restrinjan la movilidad de las personas u otros derechos fundamentales y libertades públicas, en ejercicio de las facultades que le confieren la Constitución en sus artículos 4 y 73, fracción VIII, y la Ley General de Salud⁵⁰. En su lugar ha emitido exhortos a la población para que de manera voluntaria observen las medidas sanitarias sugeridas por la Secretaría de Salud para prevenir el contagio del virus, a saber: a) lavado de manos con agua y jabón, o con soluciones alcoholizadas al 60%; b) limpieza de superficies con desinfectante; c) guardar una distancia de entre 1,5 y 2 metros entre personas; d) estornudar cubriéndose nariz y boca; e) quedarse en casa; f) en caso de presentar síntomas y no estar en grupo de riesgo de alta vulnerabilidad ni presentar dificultades respiratorias, recuperarse en casa.

47 *El Universal*, "AMLO acumula 13 denuncias por intervención en proceso electoral", 09 de octubre de 2020.

48 *El Financiero*, "López-Gattel estima que el coronavirus dejará cerca de 6 mil muertos en México", Redacción, 4 de mayo de 2020.

49 *CNN en Español*, "Noticias del coronavirus 29 de octubre: el número de muertos en México supera los 90 000", Redacción, 29 de octubre de 2020.

50 *Diario Oficial de la Federación*, 24 de marzo de 2020.

En congruencia con la ponderación entre salud y economía que hace el presidente, y directivas y prácticas internacionales, la Secretaría de Salud del gobierno federal estableció, en acuerdo con los gobiernos de los estados, el “semáforo epidemiológico”, que indica el factor de riesgo para los habitantes del territorio de un estado. Dicho semáforo fue objeto de un encendido debate entre el gobierno federal y los gobiernos de los estados, pues en un principio la intención del gobierno federal consistió en que el semáforo fuese administrado centralmente con información sanitaria federal, sin participación alguna de los estados, pasando por alto el poder de policía de estos últimos⁵¹. Dicha pretensión fue rechazada por los gobernadores de los estados, siendo los de partidos de oposición quienes expresaron con mayor vigor su rechazo. Finalmente se acordó que el semáforo epidemiológico incorporara la información suministrada por los gobiernos de los estados cuyos gobiernos determinarían, bajo su responsabilidad política, el riesgo sanitario de sus territorios.

El semáforo de riesgo epidemiológico sirve para regular por estados el uso del espacio público en función del riesgo sanitario, con una frecuencia semanal. Establece cuatro colores: en el color rojo “se permitirán únicamente las actividades económicas esenciales, asimismo se permitirá que las personas puedan salir a caminar alrededor de sus domicilios durante el día”. En el color naranja, “además de las actividades económicas esenciales, se permitirá que las empresas de las actividades económicas no esenciales trabajen con el 30% del personal para su funcionamiento, siempre tomando en cuenta las medidas de cuidado máximo para las personas con mayor riesgo de presentar un cuadro grave de covid-19, se abrirán los espacios públicos abiertos con un aforo (cantidad de personas) reducido”. En el color amarillo

... todas las actividades laborales están permitidas, cuidando a las personas con mayor riesgo de presentar un cuadro grave de covid-19. El

51 Sobre el poder de policía de los Estados, particularmente en materia de salud, remito a mi libro *Federalismo y derecho constitucional estatal mexicano* (México: IJ-UNAM, 2016), 69-76.

espacio público abierto se abre de forma regular, y los espacios públicos cerrados se pueden abrir con aforo reducido. Como en otros colores del semáforo, estas actividades deben realizarse con medidas básicas de prevención y máximo cuidado a las personas con mayor riesgo de presentar un cuadro de covid-19.

Finalmente, en el color verde “se permiten todas las actividades, incluidas las escolares”.⁵²

Durante los nueve meses transcurridos desde que se formalizó la emergencia sanitaria internacional el 11 de marzo de 2020, el gobierno federal mexicano ha omitido ciertas acciones emprendidas por gobiernos de otros países de la región, sugeridas por la OMS para afrontar la crisis sanitaria, como el uso de mascarillas, la aplicación masiva de pruebas o el monitoreo y aislamiento de los casos positivos. Y procedió de la misma manera ante recomendaciones de instituciones financieras nacionales e internacionales para reducir los costos económicos y sociales de la crisis económica. Ello ha provocado fuertes críticas, desestimadas por el presidente, por parte de los grupos parlamentarios de oposición en las cámaras del Congreso de la Unión; de gobernadores de los estados de oposición; de los periodistas de medios impresos, de radio y televisión más influyentes del país; de organizaciones empresariales de diversos ramos económicos; así como de centros públicos y privados de investigación nacionales e internacionales⁵³

En este contexto casi un tercio de los estados de la federación se han desviado de la política presidencial en el frente sanitario y económico, como a continuación se expondrá. El gobierno federal no ha expresado intención de obligarles a conducirse de conformidad con la política pública federal mediante el uso de instrumentos procesales de justicia constitucional. Sí les ha manifestado en cambio, públicamente, que no les otorgará recursos fiscales extraordinarios más allá de los ya contemplados en el

52 Secretaría de Salud, *Lineamientos para la estimación de riesgos del semáforo por regiones covid-19*, México, agosto de 2020.

53 Sesión de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, *Gaceta Parlamentaria del Senado de la República*, 27 de mayo de 2020.

presupuesto federal 2020.⁵⁴ Y que, en ejercicio de los poderes fiscales que le otorga la Constitución en el artículo 74, fracción IV, y la mayoría parlamentaria del partido en el gobierno y su coalición legislativa, para 2021 los ingresos participables de los estados serán reducidos.

Al respecto cabe reiterar que la capacidad política del presidente de imponer su propio diagnóstico de la situación sanitaria y económica sobre los gobernadores de los estados, y su manera de gestionar la crisis sanitaria y sus efectos económicos, tiene su punto de apoyo en el sistema presidencial mexicano de concentración constitucional y metaconstitucional de poderes construido en el siglo XX, no en el arreglo federal establecido en la Constitución.

Por razones explicables de su contexto histórico, México construyó en su Constitución de 1917 un presidente de la república con amplias potestades de dirección de la acción pública y de ejecución, para estar en posibilidad de superar las resistencias del derecho social emanado de la Revolución al que se oponían la oligarquía latifundista del porfirismo y la iglesia católica. Además se concentró en su persona amplios poderes militares para pacificar el país después de la Revolución, así como para estar en posibilidad de repeler una nueva invasión territorial de los Estados Unidos de América. Dicho esquema constitucionalmente construido, con leves modificaciones concernientes a la erección de órganos constitucionales autónomos,⁵⁵ permanece vigente hasta la fecha.⁵⁶ La construcción de un Estado de bienestar a lo largo del siglo XX por los gobiernos posrevolucionarios contribuyó todavía más a la expansión burocrática y de influencia política del Poder Ejecutivo,⁵⁷ sin que hubiese una adaptación correlativa del Congreso mexicano y de sus débiles poderes de control sobre el

54 Alberto Morales y Pedro Villa y Caña, "Aunque protesten no habrá más recursos, dice AMLO a gobernadores aliancistas", *El Universal*, 30 de octubre de 2020.

55 Pedro Salazar, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías* (México: FCE, 2017), 20 y ss.

56 Diego Valadés, "El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 130 (enero-abril 2011): 283-307.

57 Alejandro Carrillo Castro, *Gobierno* (México: INEHRM, 2017), 32 y ss.

gobierno. No solo eso. El poder político del jefe del Ejecutivo mexicano se incrementó aún más con la consolidación de un partido político nacional,⁵⁸ que tuvo como una de sus principales influencias de formación orgánica los partidos políticos que se formaron en Alemania, Francia e Italia después de la Primera Guerra Mundial. Como presidente electo de la república, Plutarco Elías Calles, fundador del PRI, se entrevistó con diversos actores políticos de Europa y América. Y expresamente, por consejo del embajador de los Estados Unidos de América, se desechó el modelo fragmentado de partidos políticos estadounidense, por el poder que en este conservaban las fuerzas políticas de la periferia frente al centro: los diputados federales y senadores, así como los gobernadores de los estados.⁵⁹

El federalismo mexicano se ha visto afectado por el hiperpresidencialismo. En este se ha construido a través de la Ley de Coordinación Fiscal y de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria –en contravención a la Constitución– un control político vertical del presidente sobre los gobernadores, que se hace valer a través del secretario de Hacienda y Crédito Público. Dicho esquema legal se gestó desde tiempos del régimen político del pasado siglo erigido por el PRI, y se ha mantenido por voluntad de los presidentes y legisladores emanados del Partido Acción Nacional, quienes reafirmaron la potestad de control vertical del poder del presidente sobre los gobernadores por la vía del reparto del presupuesto. Vicente Fox Quesada promulga la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria⁶⁰ con la que gobernarían Felipe Calderón Hinojosa (PAN), Enrique Peña Nieto (PRI) y, posteriormente, el actual presidente, Andrés Manuel López Obrador (Movimiento Regeneración Nacional - Morena), a quien le ha correspondido gestionar la pandemia del covid-19.

58 Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, 59 y ss.

59 Luis Javier Garrido, *El Partido de la Revolución Institucionalizada. La formación del nuevo Estado 1928-1945*, 2 ed. (México, Siglo XXI, 1995), 63-99.

60 *Diario Oficial de la Federación*, 30 de marzo de 2006.

5. Medidas sanitarias, económicas y políticas de los gobiernos de los estados

Por razón de espacio en el presente apartado se ha optado por identificar las principales medidas tomadas por los titulares de los Poderes Ejecutivos de solo dos entidades federativas de las treinta y dos que conforman la república: Ciudad de México y Nuevo León. La selección de estas se hizo en consideración a que son las dos de mayor aportación al producto interno bruto del país y al partido político que gobierna en cada una de ellas, debido a que la lógica agonal de los partidos políticos nacionales ha permeado las decisiones públicas de los gobernadores para la contención del Sars-CoV-2. Ciudad de México es gobernada por el mismo partido del presidente de la república (Morena), identidad partidista que explica que las medidas sanitarias tomadas por la jefa de gobierno de la capital autónoma de la república hayan sido ligeramente distintas, pero complementarias con las dictadas por el jefe del Poder Ejecutivo federal. En claro contraste se sitúa el Estado de Nuevo León, gobernado por un actor político llegado al cargo por medio de candidatura independiente. El gobernador de Nuevo León ha sido el principal impulsor de la Alianza Federalista, como instancia coyuntural de oposición periferia-centro, surgida por efecto directo de las desavenencias entre los gobiernos estatales de oposición con el gobierno federal generadas por el covid-19, que líneas abajo se describen.

5.1. Medidas más importantes implementadas por la jefa de gobierno de la Ciudad de México

La jefa de gobierno de la Ciudad de México ha decidido líneas de acción distintas a las del gobierno federal. Ello sin hacer evidente ante la opinión pública las diferencias de diagnóstico de la situación y cuidando que no sean interpretadas como medidas contrarias a las tomadas por el presidente de la república en tanto que en junio de 2021 se habrán de celebrar elecciones locales y federales en la capital de la república. Entre tales medidas destacan la promoción del uso de mascarillas con el ejemplo de la propia jefa de gobierno; la ejecución de pruebas a población abierta en número significativamente mayor al que por su parte lleva a cabo la autoridad

sanitaria federal para detectar y aislar casos positivos; y el apoyo económico y fiscal a pequeños y medianos empresarios.

En adición ha de señalarse el claro contraste en cuanto a la forma como se toman las decisiones para implementar medidas sanitarias entre el gobierno de la Ciudad de México con respecto al gobierno federal. En el gobierno de la Ciudad de México ha tenido un papel determinante el Consejo de Salubridad Local para determinar las medidas a implementar sobre base científica de un cuerpo colegiado.

- Preparación frente al covid-19. La coordinación para toma de decisiones e implementación de las autoridades locales de la Ciudad de México y del Estado de México para la contención de la propagación del virus, en la autollamada Zona Metropolitana del Valle de México.
- Medidas de distanciamiento físico de naturaleza no coercitiva, mediante exhortos a la población a través de campañas de información oficial.
- Declaración de emergencia sanitaria apoyada en la sesión formal del Consejo de Salubridad de la Ciudad de México.
- Reforma del presupuesto de egresos 2020 para fortalecer la capacidad hospitalaria de la Secretaría de Salud local.
- Reforma del presupuesto de egresos 2020 para establecer apoyos económicos extraordinarios a la población vulnerable y para apoyar a las pequeñas y medianas empresas con medidas fiscales.
- Detección de casos positivos mediante la ejecución masiva de pruebas epidemiológicas (PCR) y atención a los brotes epidemiológicos para aislar a las personas infectadas y prevenir a aquellas con las que estas hubiesen tenido contacto. Coordinación con las alcaldías para ejecutar las medidas acordadas por el gobierno de la Ciudad de México a partir de las directivas aprobadas por el Consejo de Salubridad de la Ciudad de México.
- Plan gradual hacia la nueva normalidad mediante la implementación de un semáforo epidemiológico por zonas de la Ciudad de México por nivel de riesgo. Apertura paulatina de zonas de bajo riesgo

y atención sanitaria a colonias con elevado nivel de contagio. Dentro de este programa se organizó el uso de nuevas tecnologías.⁶¹

5.2. Medidas más importantes implementadas por el gobernador del estado de Nuevo León

Con respecto al gobierno federal, la diferencia institucional de mayor significación en el manejo de la pandemia es que en Nuevo León el secretario de Salud del gobierno estatal convocó con suficiente anticipación al Comité Estatal de Seguridad en Salud de Nuevo León el 31 de enero de 2020, esto es, casi tres meses antes que hiciera lo propio el cuerpo colegiado federal. En su seno se tomaron las primeras medidas de contención sanitaria, y continúa fungiendo como órgano de obligada consulta para la toma de decisiones sanitarias del gobernador del Estado. En el ámbito federal el Consejo de Salubridad General fue convocado a sesionar por su presidente –el secretario de Salud del gobierno federal– hasta la tercera semana del mes de marzo, bajo presión de la exigencia en medios políticos y periodísticos de que lo hiciera. Como ya se dijo, el Consejo de Salubridad General ha sido sustituido de facto por el subsecretario de Promoción y Prevención de la Salud del gobierno federal, importante diferencia con respecto al gobierno estatal de Nuevo León. En cuanto a política sanitaria, destaca que en Nuevo León se realizaron masivamente pruebas PCR, a contracorriente de la política federal que las calificó de innecesarias. Otra medida de contraste es que en Nuevo León el uso de cubrebocas es obligatorio bajo pena de multas y coerción policiaca en caso de necesidad; por su parte, el anteriormente citado subsecretario de Salud federal no ha considerado pertinente tal medida en todo el territorio nacional y el presidente de la república, en congruencia con dicha posición, no usa cubrebocas. Finalmente, en el plano económico destaca el apoyo que en Nuevo León se ha prestado a los empresarios pequeños y medianos, política pública igualmente de contraste con la decidida por el gobierno federal.

61 Consejo de Salubridad Local (<http://www.csg.gob.mx/contenidos/normatividad/marco-juridico.html>).

A continuación se describen brevemente las medidas sanitarias y económicas tomadas por el gobierno de Nuevo León:

- La Secretaría de Salud de Nuevo León presenta ante su Comité Estatal de Seguridad en Salud lineamientos de vigilancia epidemiológica. Este propone implementar anuncios preventivos del covid-19 en el Aeropuerto Internacional de Monterrey.
- Se concierta y lleva a cabo la Primera Reunión Interestatal del Noreste de Gobernadores para decidir e implementar medias sanitarias y económicas comunes.
- Se instalan los primeros filtros sanitarios en aeropuertos y central de autobuses.
- Se suspenden clases en todo el sistema educativo y de trabajos no esenciales, y se prohíben actividades de alta aglomeración. Y se reanudan clases a distancia a través del programa Escuela TV.
- Se gestiona una plataforma con asesoría en línea y la aplicación móvil covid-19 para detectar síntomas. Se abren líneas de orientación médica telefónica 24/7.
- Se reforma el presupuesto de egresos del gobierno del estado para crear el Fondo de Contingencia Covid-19, para la reconversión y el equipamiento de cinco hospitales públicos, adquisición de suministros médicos y apoyo a sectores vulnerables.
- Se ejecutan pruebas PCR por decisión de la autoridad sanitaria local.
- Se determina el uso obligatorio del cubrebocas a la población.
- Se realizan acciones de reconversión de empresas para producir insumos requeridos ante la contingencia.
- Se establece la definición estatal del semáforo de reactivación económica basado en indicadores y se establece los protocolos para el reinicio seguro de actividades en el sector productivo.⁶²

62 Véase Gobierno de Nuevo León, “V Informe de Gobierno del Poder Ejecutivo del Estado de Nuevo León” (<https://www.nl.gob.mx>).

5.3. Acciones políticas de los gobiernos estatales de la Alianza Federalista frente al presidente

El 19 de marzo de 2020 los gobernadores de los estados de Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas, que forman un continuo territorial en la frontera norte de México con los Estados Unidos de América, concertaron la Coordinación Noreste Covid 19 para –como el título de la instancia administrativa de coyuntura indica– tomar medidas conjuntas de competencias sanitaria y económica estatales, con la finalidad de reducir los efectos de la pandemia en la salud de los habitantes de dichos estados y la economía de la región. Dicho acuerdo interestatal tiene sustento en el artículo 116, fracción VII, de la Constitución federal, que expresamente permite que los estados celebren convenios de naturaleza administrativa. La Coordinación Noreste Covid 19, integrada por estados fronterizos articulados a la cadena productiva de los Estados Unidos de América, expresaron una posición amigable con los empresarios de su región –a quienes prometieron apoyar con recursos extraordinarios–, política económica de claro contraste con la del gobierno federal.

Posteriormente, el día 29 de agosto se celebraba la LIX Reunión Ordinaria de la Conferencia Nacional de Gobernadores, con la presencia del presidente de la república y los titulares de los Poderes Ejecutivos de todos los estados, con la salvedad de uno. El objeto de la reunión era, precisamente, plantear inquietudes ante el presidente para mejorar la gestión común de la pandemia y en ese marco reiterar las añejas pretensiones financieras de los estados precovid-19 para negociar un arreglo fiscal más equitativo. Ello por cuanto la crisis sanitaria del covid-19 había tenido, y sigue teniendo, un fuerte impacto en las finanzas de los estados, circunstancia que para la mayoría de los gobernadores ha tornado inaplazable la renegociación del acuerdo fiscal de la república federal.⁶³

La reunión, sin embargo, suscitó críticas de varios gobernadores a la posición del presidente de la república, quien en su opinión no mostró sensibilidad territorial ni disposición a atender personalmente las exigencias

63 Conferencia Nacional de Gobernadores (<https://www.conago.org.mx>).

que le plantearon los titulares de los gobiernos de los estados. El presidente remitió a los gobernadores en lo sucesivo a entablar comunicación con los secretarios de Gobernación y de Hacienda y Crédito Público para que estos escuchasen sus pretensiones. Con tal motivo, y con el antecedente inmediato de la Coordinación Noreste Covid-19 que le sirve de modelo, se gesta el 9 de septiembre de 2020 la autollamada Alianza Federalista, que forman los estados de Aguascalientes (PAN), Chihuahua (PAN), Coahuila (PRI), Colima (PRI), Durango (PAN), Guanajuato (PAN), Jalisco (Movimiento Ciudadano - MC), Michoacán (Partido de la Revolución Democrática - PRD), Nuevo León (sin partido político, origen en candidatura independiente) y Tamaulipas (PAN), diez estados que constituyen casi un tercio de los estados de la república federal mexicana.⁶⁴ A partir de ese momento los estados que integran la Alianza Federalista han tomado, con mayor claridad y publicidad, medidas sanitarias y económicas distintas y aun contrapuestas a las del gobierno federal.⁶⁵ No solo eso. En tanto que el partido en el gobierno es hegemónico en ambas cámaras del Congreso de la Unión,⁶⁶ la Alianza Federalista se ha tornado como instancia de oposición al gobierno federal, manifestando demandas directamente relacionadas con el covid-19 y aun ajenas a este, entre ellas, la reordenación constitucional del federalismo mexicano.

En términos territoriales, se puede observar que los estados unidos en la Alianza Federalista se encuentran ubicados en el norte y occidente del país, la zona de más alto desarrollo económico y social de México. Por voz de sus gobernadores, expresan que han recibido un trato fiscal inequitativo del presidente –trato centralista, injusto, exacerbado por las necesidades de gasto de los estados para el tratamiento económico y sanitario del covid-19–. Ante dicha crítica, el presidente Andrés Manuel López Obrador

64 César Cubero, "Alianza federalista, el nuevo 'sindicato de gobernadores'", *Milenio Diario*, 10 de octubre de 2020.

65 IMCO Staff, "Covid-19: ¿Qué hacen los Estados ante la crisis?", 6 de mayo de 2020.

66 José Cárdenas, "Alianza Federalista se reúne con senadores de oposición por extinción de fideicomisos", *José Cárdenas Informa*, 20 de octubre de 2020 [programa de radio].

sostuvo que no les daría más recursos a los gobernadores de los estados del presupuesto 2020; que les remitiría únicamente los aprobados por la Cámara de Diputados al inicio del año fiscal en fecha anterior a la manifestación del covid-19. En adición, el secretario de Hacienda y Crédito Público del presidente López Obrador, que no ahondó en la valoración sobre la equidad territorial del pacto fiscal, respondió a los gobernadores –en su gran mayoría, del Partido Acción Nacional– que fue precisamente el presidente de la república emanado de las filas del PAN, Felipe Calderón Hinojosa, quien concertó tal acuerdo fiscal, que ahora con un presidente de otro partido político les parece centralista e injusto. Al respecto, cabe decir que ambas partes tienen razón: como sostienen los gobernadores, el pacto fiscal que data de 1978, actualizado sucesivamente desde entonces por los presidentes y legislaturas en turno, sin alterar la esencia del mismo, ya cumplió su finalidad histórica y hoy cada actor institucional puede sostener que es inequitativo, según el criterio de medición del reparto de recursos fiscales que se utilice. Y es verdad también, como sostiene el presidente de la república, que hay una dosis de oportunismo de los gobernadores y sus partidos políticos (PAN, PRI, MC y PRD). En su día no modificaron el acuerdo fiscal centralista cuando tuvieron, por poco más de dos décadas, los votos y cargos representativos necesarios para reformarlo desde los Poderes Ejecutivo y Legislativo federales, así como desde los gobiernos y legislaturas estatales.

En el contexto de la confrontación política arriba apuntada, los gobernadores de los estados de la Alianza Federalista han enviado varias cartas al presidente, que al mismo tiempo han presentado ante la opinión pública nacional. La última, fechada el día 29 del mes de octubre de 2020, resume los cuatro puntos de tensión de los gobernadores con el presidente, carta que firman a renglón seguido los diez gobernadores de la Alianza Federalista:

C. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Lic. Andrés Manuel López Obrador, Presente.

Celebramos que haya aceptado nuestra reiterada invitación al diálogo.

Como usted, compartimos la preocupación de que se utilice la inversión presidencial con propósitos partidistas. Por ello, reiteramos la invitación para invertir a nuestro diálogo de República, federalismo y respeto. Cuento con ello.

Al igual que usted, buscamos un país equitativo en todos sus órdenes. Como gobernadores, estamos conscientes de la corresponsabilidad que nos atañe en el bienestar de todos los estados y municipios. Por ello pugnamos por un federalismo solidario, pero también sostenible.

México exige unidad y trabajo. Cerremos filas con México.

Atentos a su disposición, respetuosamente, le solicitamos sea tan amable de fijar fecha para una reunión de trabajo y considerar los siguientes temas a tratar:

Presupuesto Federal 2021.

Apoyos especiales con motivo de las crisis sanitaria y económica.

Ruta para revisar el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal.

Compromisos para fortalecer el Pacto Federal.

En consideración al reloj legislativo, le invitamos a recibirnos a la brevedad posible. Atentamente.

El presidente de la república no ha recibido a los gobernadores de la Alianza Federalista al momento del cierre del presente trabajo ni ha mostrado disposición para recibirlos.

Cabe destacar, por último, que en ejercicio de una facultad que la Constitución les otorga a los órganos electorales estatales y al Instituto Nacional Electoral (INE), se pospusieron las elecciones en el estado de Coahuila programadas para elegir a los representantes populares al Congreso del Estado y en el estado de Hidalgo para elegir miembros de los ayuntamientos municipales. Las elecciones se debieron llevar a cabo el 6 de junio de 2020, pero fueron pospuestas para el 18 de octubre de 2020. Las elecciones organizadas por el INE se llevaron a cabo sin contratiempos y al parecer sin afectación a la salud de quienes concurrieron a las urnas.

En las elecciones estatales de Coahuila e Hidalgo no ganó la mayoría de los cargos electivos del partido político del presidente de la república. Para los analistas más influyentes en medios de comunicación escritos, de TV y radio, así como para los profesionales de estudios de opinión, dicho resultado no tuvo como causa única o predominante la gestión de la pandemia por el presidente.⁶⁷ Ello es consistente con las tesis de científicos

67 José Cárdenas, "Resultado en Coahuila e Hidalgo serio revés para Morena: Muñoz Ledo", *José Cárdenas Informa*, 20 de octubre de 2020; Carlos Puig, "Las interpreta-

sociales sobre estudios de federalismo comparado, quienes sostienen que el voto popular no es un instrumento idóneo para exigir responsabilidades políticas por el ejercicio de competencias concurrentes legislativas y/o ejecutivas, como es la materia de salud, y de manera especial la gestión sanitaria de las pandemias en México.⁶⁸

6. Conclusiones

El federalismo mexicano ha desarrollado en la Constitución y en la Ley General de Salud instancias de coordinación vertical entre el gobierno federal y los gobiernos de los estados, que al mismo tiempo facilitan tanto la uniformidad como la flexibilidad en la ejecución de medidas sanitarias en todo el territorio nacional. Estas han funcionado adecuadamente a nivel de las administraciones públicas en la presente pandemia, a pesar de las diferencias sobre las medidas a implementar que expresan de cara a la opinión pública los gobiernos federal y de los estados, coloreadas por identidades de partido político.

Las bases constitucionales para la coordinación horizontal en la toma de decisiones e implementación de acciones conjuntas entre gobiernos y administraciones públicas de los estados ha funcionado correctamente, como se aprecia en la Zona Metropolitana del Valle de México y en la Alianza Administrativa de los Estados del Noroeste.

La evolución del federalismo mexicano en sede administrativa para facilitar la coordinación vertical y horizontal entre gobiernos mencionados en las dos conclusiones anteriores no se ha proyectado, en cambio, sobre la organización y procedimientos de los parlamentos federal y de los estados. Tal omisión es particularmente notable en lo que concierne al Senado,

ciones de las elecciones en Coahuila e Hidalgo”, *Botepronto de Milenio Televisión*, 20 de octubre de 2020.

68 Christian Tuschhoff, “The compounding effect: The impact of federalism on the concept of representation”, *West European Politics*, 22, núm. 2 (1999): 16-33. También William Jacoby, Daniel Lewis y Sandra Schneider, “Public opinion toward intergovernmental policy responsibilities”, *Publius. The Journal of Federalism*, 41, núm. 1 (2011): 1-30.

como cámara de representación territorial. No existe una vinculación orgánica vertical entre los Congresos estatales y el Senado, como la que se configuró en la Constitución de 1824 en los albores del federalismo mexicano. Y no se ha considerado hasta ahora un esquema similar al principio subyacente de los Senados de las actuales federaciones de Alemania, Austria o la India, que articulan a los gobiernos estatales en la toma de decisiones en el ámbito federal y en el control parlamentario de su implementación. En el federalismo mexicano no existen procedimientos formales para configurar, debatir y aprobar la legislación concurrente entre el Senado y los Congresos estatales. Y tampoco existen avenidas para el control parlamentario de la ejecución de la legislación y presupuestos concurrentes a cargo de los gobiernos federal y de los estados en ambos sentidos, es decir, del centro a la periferia y de la periferia al centro. Esto se ha manifestado con crudeza como causa de la actual crisis federal generada por la pandemia.

No se puede negar la capacidad constitucional y legitimación democrática del presidente de México para ponderar entre derechos en tensión en el contexto de una emergencia sanitaria. Sin embargo, sí es pertinente cuestionar que tales decisiones se puedan tomar sin la participación formal de las cámaras de representación política de la República federal y de los gobiernos de los estados integrados por autoridades democráticamente electas.

Es necesario que se actualice el marco constitucional mexicano según lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De esta forma se podrá garantizar que las acciones públicas que se lleven a cabo durante una emergencia sanitaria internacional se decidan y ejecuten de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, y de manera complementaria con lo anterior, se debe considerar actualizar los protocolos de actuación en tiempo real durante una emergencia sanitaria internacional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para acompañar en el futuro una intervención más eficaz de los gobiernos federal y estatales mexicanos.

Bibliografía

- Animal Político*. "9 gobernadores de oposición piden renuncia de López-Gattel; ustedes también son responsables, les responde". Redacción, 31 de julio de 2020. <https://www.animalpolitico.com>
- Audrey, André, Sam Depauw y Mathew Shugart. "The effect of electoral institutions on legislative behaviour". En Shane Martin, Thomas Saalfeld, Kåre Ström (eds.), *The Oxford Handbook of Legislative Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Barceló, Daniel. "La garantía política en estados de emergencia en la Constitución Mexicana", en Daniel Barceló, Sergio Díaz Ricci, Javier García Roca y Elizabeth Rocha (eds.), *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena* (México: IJ-UNAM, 2020), 105-117.
- Barceló Rojas, Daniel. *Federalismo y derecho constitucional estatal mexicano*. México: IJ-UNAM, 2016.
- Barceló Rojas, Daniel, Sergio Díaz Ricci, Javier García Roca y Elizabeth Rocha (eds.). *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*. México: IJ-UNAM, 2020. Edición digital.
- Benz, Arthur. "Patterns of multilevel parliamentary relations. Varieties and dynamics in the EU and other Federations". En John Erick Fossum y Markus Jachtenfuchs (eds.), *Federal challenges and challenges to federalism*. Londres: Routledge, 2018.
- Brena Sesma, Ingrid (coord.). *Emergencias sanitarias*. México: IJ-UNAM, 2013.
- Campos, Mariana, Liliana Ruiz y Alejandro García. *Arquitectura del Ramo 23*. México: México Evalúa, 2018.
- CNN en Español*. "Noticias del coronavirus 29 de octubre: el número de muertos en México supera los 90 000". Redacción, 29 de octubre de 2020.
- Cárdenas, José. "Alianza Federalista se reúne con senadores de oposición por extinción de fideicomisos". *José Cárdenas Informa*, 20 de octubre de 2020 [programa de radio]. <https://www.josecardenas.com>
- Cárdenas, José. "Resultado en Coahuila e Hidalgo serio revés para Morena: Muñoz Ledo". en programa de radio *José Cárdenas Informa*, 20 de octubre de 2020 [programa de radio]. <https://www.josecardenas.com>
- Carpizo, Jorge. *El presidencialismo mexicano*. México: Siglo XXI, 1978.
- Carrillo Castro, Alejandro. *Gobierno*. México: Inehrm, 2017.
- Cejudo, Guillermo. "Alianza Federalista: cronología de un desencuentro". *Nexos. Blog de federalismo*. <https://www.federalismo.nexos.com.mx>

- Croda, Rafael y Rosalía Vergara. "Sombrío panorama para millones: sin trabajo y sin dinero". *Revista Proceso*, 2265 (marzo 2020): 8-11.
- Crum, Ben y John E. Fossum. "The multilevel parliamentary field: A framework for theorising representative democracy in the EU". *European Political Science Review*, 1, núm. 2 (2009).
- Cruz Vargas, Juan Carlos. "Sin plan económico contra la contingencia: Salazar Lomelí". *Revista Proceso*, 2265 (marzo 2020): 12-14.
- Cubero, César. "Alianza federalista, el nuevo 'sindicato de gobernadores'". *Milenio Diario*, 10/10/2020. <https://www.milenio.com>
- Diario Oficial de la Federación*. "Decreto por el que se reforman los artículos 69 y 93 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", 15 de agosto de 2008. <https://www.dof.gob.mx>
- Díaz Cayeros, Alberto. "Las tensiones entre federalismo y centralismo fiscal en las constituciones". En Gerardo Esquivel, Francisco Ibarra Palafox, Pedro Salazar Ugarte, *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 4: *Estudios políticos*. México: IJ-UNAM, 2017.
- Díaz y Díaz, Martín. "México en la vía del federalismo cooperativo: Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias", en *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*. México: Themis, 1996.
- El Financiero*. "López-Gattel estima que el coronavirus dejará cerca de 6 mil muertos en México". Redacción, 4 de mayo de 2020. <https://elfinanciero.com.mx>
- El Heraldo de México*. "Frustra a empresarios plan de AMLO ante el covid-19: CCE". Redacción, 8 de abril de 2020.
- El Universal*. "AMLO acumula 13 denuncias por intervención en proceso electoral". <https://www.eluniversal.com.mx/>
- Fernández Liesa, Carlos. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*. Madrid, Civitas, 2013.
- Gamas Torruco, José. *El federalismo mexicano*. México: SEP, 1972.
- Garrido, Luis Javier. *El Partido de la Revolución Institucionalizada. La formación del nuevo Estado 1928-1945*. 2 ed. México: Siglo XXI, 1995.
- Gutiérrez, Gerónimo, Alonso Lujambio y Diego Valadés. *El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder: el caso mexicano en perspectiva histórica y comparada*. México: IJ-UNAM, 2001.
- Jacoby, William, Daniel Lewis y Sandra Schneider. "Public opinion toward intergovernmental policy responsibilities". *Publius. The Journal of Federalism*, 41, núm. 1 (2011).

- IMCO Staff. "Covid-19: ¿Qué hacen los Estados ante la crisis?". 6/05/2020, <https://imco.org.mx/covid-19-que-hacen-los-gobiernos-estatales-ante-la-crisis-2/>
- Jiménez, Horacio y Perla Miranda. "Crece rechazo estatal a reajuste de semáforo". *El Universal*, 19 de julio de 2020. <https://www.eluniversal.com.mx>
- Kaul, Inge. "The changing role of the United Nations: Lessons for multi-level governance". En Henrik Enderlein, Sonja Wälti y Michael Zürn (eds.), *Handbook on multi-level governance*. Chentelham, UK: Edward Elgar, 2010.
- Morales, Alberto y Pedro Villa. "AMLO acusa de 'malcriados y malportados' a legisladores de oposición que 'maltrataron' a López-Gattel". *El Universal*, 14 de octubre de 2020. <https://www.eluniversal.com.mx>
- Morales, Alberto y Pedro Villa y Caña. "Aunque protesten no habrá más recursos, dice AMLO a gobernadores aliancistas". *El Universal*, 30 de octubre de 2020. <https://www.eluniversal.com.mx>
- Papadopoulos, Yannis. "Accountability and multilevel governance". En Mark Bovens, Robert Goodin y Thomas Schillemans (eds.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Puig, Carlos. "Las interpretaciones de las elecciones en Coahuila e Hidalgo". *Boletín de Milenio Televisión*, 20 de octubre de 2020. <https://www.milenio.com>
- Quero Morales, José. "El derecho sanitario mexicano". *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, núm. 49 (1963).
- Reglamento Sanitario Internacional*. reimpr. de la 3 ed. (Ginebra: OMS, 2016), 17-18, 44-45. Edición digital. <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/>
- Ríos Granados, Gabriela e Israel Santos Flores. *Breve historia hacendaria de México*. México: IIJ-UNAM, 2013.
- Salazar, Pedro. *El poder ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*. México: FCE, 2017.
- Scharpf, Fritz W. "The joint decision trap: Lessons from German federalism and European integration". *Public Administration*, 66, núm. 3 (1988).
- Secretaría de Salud. *Lineamientos para la estimación de riesgos del semáforo por regiones covid-19*. México, agosto de 2020.
- Serna de la Garza, José María. *El sistema federal mexicano*. México: IIJ-UNAM, 2008.
- Serna de la Garza, José María. *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*. México: IIJ-UNAM, 2006.

- Swenden, Wilfried. "Subnational participation in national decisions: the role of second chambers". En Henrik Enderlein, Sonja Wälti y Michael Zürn (ed.), *Handbook on multi-level governance*. Chentelham, UK: Edward Elgar, 2010.
- Tuschhoff, Christian. "The compounding effect: The impact of federalism on the concept of representation". *West European Politics*, 22, núm. 2 (1999).
- Valadés, Diego. "El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 130 (enero-abril 2011).
- Valdés Ugalde, Francisco. "La dislocación del sistema político y régimen constitucional en la post-transición democrática de México". En Gerardo Esquivel, Francisco Ibarra P. y Pedro Salazar U., *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, t. 4: Estudios políticos*. México: IIJ-UNAM, 2017.

Capítulo III.

Análisis comparado

Estudio comparado: respuestas de los países federales y no federales ante la pandemia

Esteban Nader

Marie-Christine Fuchs

Daniel Méndez

En la presente obra se escribieron capítulos sobre el abordaje de la pandemia de covid-19 en diez países de América y Europa: cinco países federales (Alemania, Argentina, Brasil, Estados Unidos y México)¹ y cinco que no lo son (Colombia, Chile, España, Francia e Italia).² En este capítulo se realiza un estudio comparativo, a modo conclusivo, de los capítulos nacionales que componen la obra. El objetivo pasa por resaltar algunas tendencias en puntos específicos que fueron abordados por los y las autores/as de los capítulos nacionales que contiene esta obra.³ Si bien el enfoque y la

1 Alemania (art. 20 de la Ley Fundamental - Grundgesetz); Argentina (art. 1 de la Constitución de la República Argentina); Brasil (arts. 1, 3 y 4 de la Constitución de la República Federativa de Brasil); Estados Unidos (primer Estado en adoptar un modelo federal, aunque, como ya se mencionó en la Introducción de esta obra, el término “federación” o “sistema federal” no se encuentra consagrado expresamente en su Constitución); México (art. 40 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos).

2 Colombia (art. 1 de la Constitución de la República de Colombia); Chile (art. 3 de la Constitución de la República de Chile); Francia (art. 1 de la Constitución de la República de Francia); Italia (art. 1 de la Constitución de Italia); España (si bien históricamente el Estado español fue considerado un Estado unitario, con la sanción de la Constitución de 1978, está expresamente ha consagrado en su artículo 1 la adopción de una forma estatal descentralizada que algunos autores han denominado “Estado Autonomico”. Cfr. Liliana Estupiñán Achury, “El estado autonómico: del estado unitario al estado federal. Un ejemplo de la mutación de las formas de estado”, *Revista de la Universidad del Rosario*, 35 (2011): 107-122.

3 Los autores y las autoras de esta publicación por países fueron: Sergio Díaz Ricci (Introducción), Marie-Christine Fuchs y Julia Nassl (Alemania), Esteban Nader, Daniel Méndez y Cristian Altavilla (Argentina), Luiz Guilherme Arcaro Conci (Brasil), Esteban Szmulewicz Ramírez (Chile), Juan Carlos Covilla y Pablo Sanabria Pulido (Colombia), Alexandra Artiles, Martín Gandur y Amanda Driscoll (Estados Unidos

elección de los temas a comparar son decisión de los y las autores/as que realizan este estudio comparado, los datos expuestos se circunscriben a los exhibidos en los capítulos nacionales, por lo que no se profundizará más allá de estos o ello se hará solo de manera tangencial, por ser esta una sección que pretende sacar conclusiones sobre lo plasmado por autores/as a lo largo de la obra sobre el funcionamiento de los Estados en el marco de la pandemia provocada por el Sars-Cov-2/Covid-19 durante el período analizado (marzo-octubre de 2020).

Teniendo en cuenta estas condiciones, se ha procurado encontrar paralelismos y diferencias entre los países analizados sobre la forma en la que estos abordaron la pandemia y las herramientas constitucionales y/o legales que utilizaron. Para ello, se analizaron los siguientes puntos: 1) relación entre los modelos de Estado establecidos en sus Constituciones (de federalismo dual/concurrente o de coordinación/cooperación en el caso de los federales, y centralizado/descentralizado, en el caso de los que no lo son) y la forma en que estas estructuras se comportaron durante la pandemia; 2) los instrumentos legales o constitucionales utilizados: si en los países analizados se declaró el estado de sitio (según lo establecido en las distintas Constituciones como medida más restrictiva y supresora de derechos) o si se usaron instrumentos ordinarios, como las leyes o declaraciones de emergencia, que habilitaron el uso de herramientas a disposición de los Poderes Ejecutivos, que si bien son instrumentos de emergencia son menos restrictivos que la declaración del estado de sitio;⁴ 3) qué derechos fueron los más restringidos y la manera en la que se implementaron las restricciones; 4) existencia de coordinación o descoordinación entre las autoridades federales y centrales y entre los estados federados y/o comunidades autónomas, regionales y locales que posibilitaron la toma de decisiones de manera coordinada o cooperativa y permitieron tener en cuenta las realidades

de América), Francisco Velasco Caballero y Alfonso Egea de Haro (España), Renaud Bourget (Francia), Giorgia Pavani (Italia), Daniel A. Barceló Rojas (México).

- 4 Algunos ejemplos de estas herramientas pueden ser: decretos de necesidad y urgencia, en el caso de Argentina, o decretos del presidente del Consejo de Ministros, en el caso italiano.

locales, o si, por el contrario, se tomaron decisiones centralizadas sin tener en cuenta a estas instancias.

1. Análisis comparado de las estructuras constitucionales de la organización estatal y su funcionamiento en la pandemia

En función de los datos aportados en los capítulos nacionales, se elaboraron dos tablas: una referida a los países federales y otra a los que no lo son, con el fin de facilitar la comprensión del análisis comparado que se realiza en este punto respecto a cómo es la estructura constitucional de estos países y cómo funcionaron durante la pandemia.

1.1. Cuestiones preliminares sobre la estructura de los Estados federales analizados

La Tabla 1 distingue entre la estructura ordinaria de organización estatal adoptada por los Estados federales y su funcionamiento durante la pandemia.

Tal como se indica en la Introducción de esta obra, los Estados Unidos de América fueron pioneros en la adopción de un esquema federal de organización estatal, que luego sirvió de modelo para países como Argentina y México y Brasil. En cuanto a Alemania, si bien ya era un Estado de tradición federal, adoptó el modelo federal en su Constitución recién en 1949. Después de lo acontecido en la Segunda Guerra Mundial, terminó de consolidar y adoptar definitivamente en su texto constitucional el régimen federal. Este régimen, a diferencia del de los otros Estados inspirados en el modelo federal estadounidense, se apartó del tradicional régimen dual de reparto de competencias, optando por un sistema más cooperativo donde la gran mayoría de competencias se clasificaron como concurrentes.⁵ Sin embargo, es preciso aclarar que en la actualidad no existen estructuras federales que sean completamente iguales. Tal como se ha especificado a lo largo de esta obra, el federalismo es un fenómeno dinámico condicionado

5 Cfr. Klaus Jurgen Nagel, "El federalismo alemán. ¿Más cooperación o nueva asimetría?", *Revista de Estudios Políticos*, 118 (2002): 65-99.

TABLA 1. Estructura constitucional de los países federales analizados y su funcionamiento durante la pandemia (marzo-octubre 2020)

Estructura estatal: sistemas federales		
Países	Organización estatal establecida en la Constitución	Funcionamiento de la organización estatal en la pandemia
Alemania	Regla general: <i>sistema dual/concurrente de reparto de competencias.</i>	Si bien se mantuvo vigente el sistema ordinario, se observaron nuevos mecanismos de coordinación y cooperación entre el gobierno federal y los gobiernos federados. ⁶
Argentina	Regla general: <i>sistema dual de reparto de competencias.</i>	Imperaron mecanismos propios del federalismo de coordinación y cooperación en relación con la distribución de competencias. ⁷
Brasil	Regla general: <i>sistema cooperativo de reparto de competencias.</i>	No se implementó un adecuado modelo de coordinación y cooperación, producto de la inacción del gobierno federal, lo cual acentuó la actuación de los estados federados, pero de forma descoordinada. ⁸
Estados Unidos de América	Regla general: <i>sistema dual de reparto de competencias.</i>	Se mantuvo un régimen dual de distribución de competencias, que tuvo como protagonistas a los estados federados frente al limitado accionar del gobierno federal. ⁹
Estados Unidos Mexicanos	<i>Modelo histórico de reparto dual de competencias, que ha mutado a un sistema cooperativo de competencias concurrentes.</i>	La inacción del gobierno federal devino en una actuación preponderante de los estados federados, sobre todo de la Alianza Federal. ¹⁰

Fuente: elaborado por Esteban Nader, Marie-Christine Fuchs y Daniel Méndez.

- 6 Véase en esta obra Marie-Christine Fuchs y Julia Nassl, "Méritos y desafíos del sistema federal alemán ante la pandemia del covid-19", capítulo 3, punto 3.3.
- 7 Véase en esta obra Esteban Nader, Daniel Méndez y Cristian Altavilla, "Experiencia argentina en la lucha contra la pandemia provocada por el virus Sars-CoV-2: un análisis sobre el funcionamiento del federalismo", capítulo 4, punto 2.
- 8 Véase en esta obra Luiz Guilherme Arcaro Conci, "La federación brasileña en movimiento: oportunismo y descentralización frente a la pandemia", capítulo 5, punto 4.
- 9 Véase en esta obra Alexandra Artiles, Martín Gandur y Amanda Driscoll, "Los Estados (des)Unidos: federalismo y descentralización en los tiempos de pandemia", capítulo 9, punto 4.
- 10 Véase en esta obra Daniel A. Barceló Rojas, "Retos del federalismo ante la pandemia. La experiencia de México", capítulo 12, punto 2.

por diversos factores históricos, culturales y políticos, por lo que resulta imposible adoptar un criterio teórico uniforme para efectuar una descripción única y acabada.¹¹ A esta condición se suman los diversos ingredientes nacionales y temporales, que dan cuenta de las constantes mutaciones a las cuales están sujetas las estructuras federales en los diferentes países que han adoptado este sistema.

A pesar de esta aclaración, es posible hallar ciertos puntos de convergencia para realizar un análisis comparado. La primera nota de afinidad, tal como se advierte en la Tabla 1, es la adopción constitucional de un sistema dual de distribución de potestades y competencias, entre el Estado federal y los estados federados. El concepto de federalismo dual (*dual federalism*) resulta correctamente explicado en el texto de la Décima Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, al prescribir que “los poderes no delegados a los Estados Unidos y no expresamente negados a los Estados son reservados a los Estados respectivamente o al pueblo”.

El modelo dual supone la existencia de un complejo entramado institucional, donde se atribuye a los dos niveles de gobierno, Estado federal y federados, un cúmulo de atribuciones y potestades delimitadas y reservadas, que crean ámbitos de actuación separados entre sí. Residualmente se contempla una serie de potestades concurrentes sobre las cuales intervienen ambos. Los dos niveles de gobierno resultan igualmente cotoberanos y dentro de su propia esfera cada uno es supremo.¹²

El esquema dual admitido por la Constitución estadounidense sirvió de inspiración a otros países, como Argentina, México, Brasil,¹³ y en algunos

11 Véase en esta obra Sergio M. Díaz Ricci, “Naturaleza del federalismo: flexibilidad y pandemia”, capítulo 2, punto 9.

12 Cfr. C. Herman Pritchett, *La Constitución americana* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1965), 93.

13 Argentina replicó el espíritu de la Décima Enmienda estadounidense en el artículo 121 de su Constitución, el cual reza: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. En el caso de México, la Constitución política de 1917 contemplaba en su artículo 73 un modelo dual inspirado en el estadounidense, a través, por una parte, de una lista de com-

aspectos también a Alemania, los cuales acogieron originariamente en sus constituciones el régimen dual como forma de organización de su sistema federal.

No obstante, el paradigma dual adoptado históricamente, al menos parcialmente, por todos los países federales estudiados no se mantuvo inmutable y, por el contrario, sufrió múltiples transformaciones. Este fue migrando hacia regímenes más cooperativos caracterizados por una mayor cantidad de competencias concurrentes y mecanismos de colaboración entre ambos niveles de gobierno. A manera de ejemplo, es posible mencionar nuevamente el caso de Estados Unidos, que a partir de 1930 ha transitado un paulatino proceso de transformación hacia un modelo caracterizado por la confluencia de poderes y responsabilidades entre los dos niveles de gobierno.¹⁴ Otro ejemplo lo constituye Alemania, si bien la Constitución adoptada en 1949 desde el inicio previó más elementos concurrentes y mecanismos de colaboración que la de los EE. UU. antes del 1930, paulatinamente se introdujeron más mecanismos formales e informales de colaboración. En algunos casos este fenómeno generó consecuencias negativas, observándose una tendencia centralizadora del poder político en la federación en detrimento de los estados federados.¹⁵

petencias de los poderes federales y, por la otra, de competencias reservadas a los estados mediante la llamada "cláusula residual". Brasil siguió esta tendencia, delimitando una esfera de atribuciones propias de la Unión federal en el artículo 21 de su Constitución y una lista de competencias reservadas a los Estados federados en el artículo 25.

14 Artiles, Gandur y Driscoll, capítulo 9, punto 3.

15 Esta pauta tendencial se observó durante todo el siglo XX en países como Argentina, Brasil y México. El patrón se advierte con claridad con el caso del artículo 73 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos que establece las competencias de los poderes federales y ha sido modificado en 82 ocasiones desde que se promulgó y publicó el 5 de febrero de 1917. A través de dichas reformas se han incorporado a la lista de competencias de los poderes federales, bajo el régimen de concurrencia, materias que hasta entonces estaban reservadas a los estados en exclusiva. *Cfr.* Barceló Rojas, capítulo 12, punto 1.

Lo anterior permite entrever que ningún modelo o estructura federal se desarrolla en estado puro¹⁶ y da cuenta del carácter dinámico propio de esta forma de organización estatal.

1.1.2. Funcionamiento de las estructuras institucionales de los Estados federales

De la información obtenida en capítulos nacionales, no resulta posible afirmar que el federalismo aseguró un mayor grado de eficacia a la hora de contrarrestar la crisis sanitaria¹⁷ provocada por la pandemia, en relación con los sistemas no federales. Sin embargo, permite afirmar que en aquellos Estados donde se implementaron mecanismos de coordinación/cooperación que posibilitaron la actuación concurrente de los diferentes niveles gubernamentales en diferentes materias se logró una gestión de la pandemia mejor articulada. Cierto es que la utilización de estos mecanismos de coordinación también generó ciertas consecuencias negativas, sobre todo en un primer momento, cuando se observó una concentración de potestades en el gobierno central –como fue el caso de Argentina–, situación que posteriormente se equilibró en favor de los estados federados a través de la utilización de mecanismos informales de cooperación.

El uso de herramientas de coordinación y cooperación permitió reforzar los mecanismos de descentralización existentes en los Estados analizados y puso como protagonistas a los entes subnacionales o regionales, otorgando especial valor a las respuestas locales, en función del conocimiento de las necesidades territoriales. Ello supuso en varios países, como Argentina o Brasil, frenar la tendencia centralizadora del nivel federal en

16 Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo, “El federalismo como forma de organización del Estado”, en *Antologías para el estudio y la enseñanza de la ciencia política*, vol. I: *Fundamentos, teoría e ideas políticas*, editado por H. Sánchez (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016), 211-238.

17 Para ello necesitaríamos una foto acabada de la pandemia, que hasta el momento no hemos tenido, y analizar criterios como cantidades de infectados, muertes, aplicación de vacunas, matices de las restricciones de derechos, cuestiones que en esta panorámica temprana no permiten sacar conclusiones precisas.

torno a la sustracción de competencias reservadas originalmente a las provincias o estados federados.¹⁸

Por otro lado, el esquema de cooperación estatal¹⁹ permitió asegurar un grado de uniformidad en la protección de las personas a lo largo del territorio nacional, a través del apoyo del gobierno nacional a aquellas regiones que así lo requerían. De esta forma, el gobierno central actuó subsidiariamente paliando las desigualdades territoriales, pero sin avasallar la autonomía de los entes subnacionales.

La existencia de este tipo de mecanismos no solo fomentó una mayor descentralización territorial, sino que también aseguró una mayor apertura al diálogo entre los diferentes niveles gubernamentales y, a la vez, dio mayor legitimidad a las medidas adoptadas por estos. Esta afirmación es respaldada por la información obtenida de las experiencias nacionales de los Estados examinados, que permite descartar la idea de que los sistemas descentralizados suponen un obstáculo para la toma de decisiones rápidas durante las crisis.²⁰

La cooperación estatal se volvió aún más necesaria en aquellos países donde no existió un accionar protagónico por parte del gobierno nacional. Los Estados federados adoptaron un rol central para suplantar la deficiente respuesta nacional a través de la implementación de medidas cooperativas con otros entes subnacionales. Tal es el caso de Brasil o México, donde se impulsaron alianzas entre diferentes Estados federados con la intención de

18 Antonio María Hernández, "Presidencialismo y federalismo en Argentina", *Anales: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. 47 (2008): 67-106.

19 Es pertinente aclarar en este punto y *a posteriori* que la referencia a los mecanismos de cooperación incluye tanto los formales –es decir, los contemplados por normas constitucionales o infraconstitucionales– como los informales, que se sucedieron de hecho, sin poseer un encuadre normativo. El primer caso se observa en estados de Alemania, mientras que podemos enmarcar dentro del segundo supuesto los casos de Argentina y México.

20 Obsérvese el caso argentino, donde las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo nacional fueron, en la mayoría de los casos, previamente articuladas y consensuadas por los gobernadores de las provincias, sin que estos mecanismos dialógicos dilataran o entorpecieran la adopción de estas medidas.

adoptar un programa sanitario uniforme que diera respuesta a las necesidades colectivas.²¹

Desde el punto de vista teórico, la pandemia sirvió para evidenciar un dato histórico sobre la evolución de los modelos federales. El desarrollo de las relaciones de cooperación y coordinación se originó, en la mayoría de los casos, en situaciones concretas relacionadas con crisis o emergencias, de índole sanitaria o económica, que justificaron la intromisión del Estado central en las competencias locales con el fin de remediar las consecuencias de la crisis.²² Es decir que la proliferación de mecanismos de cooperación, tanto de manera formal como informal, es producto de situaciones de gravedad que provocan la necesidad de una actuación más coordinada y cooperativa entre los diferentes niveles que integran un Estado. La pandemia, en este sentido, favoreció la profundización de este tipo de mecanismos, como se verá luego en el punto 4.

1.2. Cuestiones preliminares sobre la estructura de los países no federales

La Tabla 2 describe las estructuras establecidas constitucionalmente en los países no federales y cómo estas funcionaron durante la pandemia.

Entre los países que no poseen un sistema federal, se pudo observar un interesante punto de convergencia en la adopción de mecanismos que fomentaran una mayor descentralización del poder político. Incluso en países que constitucionalmente adoptan una forma unitaria, la tendencia en los últimos años ha sido la de implementar paulatinamente esquemas descentralizados que otorguen mayor autonomía a niveles de gobierno distintos del poder central. Algunos países han avanzado más velozmente,

21 Barceló Rojas, en el capítulo 12, punto 5.3, describe la denominada Alianza Federalista entre gobernadores de diversos estados del norte de México.

22 Se puede mencionar el caso de Estados Unidos, el cual, producto de la crisis económica de 1929 y sus consecuencias, abandonó su histórico régimen dual para dar paso a la concurrencia de potestades con el gobierno federal, en orden a revertir la grave crisis. Amplíese esta información en Artiles, Gandur y Driscoll, capítulo 9.

como es el caso de España o Colombia,²³ mientras que otros aún transitan el cambio de modelo organizacional. La única excepción de los países no federales analizados es Francia, que posee una fuerte carga histórica que le

TABLA 2. La estructura constitucional de los países no federales y su funcionamiento durante la pandemia (marzo-octubre 2020)

Estructura estatal: sistemas no federales		
Países	Organización estatal de acuerdo con su Constitución	Organización estatal durante la pandemia
Colombia	Republica unitaria descentralizada.	Respuesta articulada y coordinada entre los diferentes niveles de gobierno. ²⁴
Chile	Estado unitario y políticamente centralizado.	Permaneció bajo un régimen primordialmente centralizado, con escasas respuestas coordinadas con otros niveles de gobierno. ²⁵
España	Estado autonómico (descentralizado).	Inicialmente la respuesta fue centralista, pero posteriormente se migró a un régimen descentralizado y coordinado con las comunidades autonómicas con rasgos cooperativos. ²⁶
Francia	Republica unitaria centralizada.	Actuación centralizada. ²⁷
Italia	Estado descentralizado.	Inicialmente la respuesta fue centralista, pero posteriormente esta tendencia fue atenuándose y devolviendo autonomía a las regiones. ²⁸

Fuente: elaborado por Esteban Nader, Marie-Christine Fuchs y Daniel Méndez.

- 23** Con la información vertida en Covilla y Sanabria, capítulo 7, punto 1.
- 24** Véase en esta obra Juan Carlos Covilla Martínez y Pablo Sanabria-Pulido, “Esquema híbrido de relaciones intergubernamentales para responder a la pandemia en Colombia”, capítulo 7, punto 2.4.
- 25** Véase en esta obra Esteban Szmulewicz Ramírez, “Descentralización en tiempos de pandemia. Una visión desde Chile”, capítulo 6, punto 2.
- 26** Véase en esta obra Francisco Velasco Caballero y Alfonso Egea de Haro, “Distribución territorial del poder público y lucha contra pandemia en España: mutaciones durante la emergencia sanitaria”, capítulo 8, punto 3.
- 27** Véase en esta obra Renaud Bourget, “El estado de emergencia sanitaria provocado por la pandemia de covid-19 desde la perspectiva del Estado unitario y centralizado francés”, capítulo 10, punto 3.
- 28** Véase en esta obra Giorgia Pavani, “Herramientas del regionalismo italiano para enfrentar la pandemia”, capítulo 11, punto 3.

impide mutar hacia un modelo mayormente descentralizado o mixto. Chile afronta actualmente un gran desafío en este sentido, con su proceso de reforma constitucional, donde es probable que se incorporen nuevos mecanismos para materializar la descentralización estatal.

1.2.2. Funcionamiento de las estructuras institucionales de los Estados no federales

Este factor también tuvo especial incidencia durante la gestión de la pandemia, donde se observa que en Estados que han terminado de consolidar modelos descentralizados las respuestas han sido mejor articuladas y han resultado más eficaces al momento de contemplar la situación epidemiológica de cada región o zona y actuar en consonancia a sus necesidades. En sentido contrario, aquellos Estados que aún mantienen rígidas estructuras centralistas, como es el caso de Chile²⁹ y Francia, el manejo de la crisis sanitaria resultó muchas veces perjudicial, al adoptar programas sanitarios que no contemplaron de igual manera la realidad pandémica de cada región frente a la propagación del virus. Este problema se agudiza cuando, aun existiendo mecanismos cooperativos informales, no existen figuras legales que amparen estos mecanismos, precisamente por ser *ad hoc*, lo cual genera que no existan instrumentos que permitan a los subniveles de gobierno “defenderse de las eventuales medidas intrusivas desproporcionadas en sus competencias, por parte del gobierno central”.³⁰

1.3. Conclusiones y análisis comparado de los países federales y no federales

El estudio comparado revela que, en algunos casos –como el argentino–, las decisiones fueron adoptadas, en primer lugar, por el poder ejecutivo nacional, quien delimitó el rumbo de acción y la naturaleza de las medidas a adoptarse. Este hecho no impidió que posteriormente fueran los estados federados los que decidieran sobre la extensión o grado de restricción de

29 Szmulewicz, capítulo 6, punto 3.

30 Szmulewicz, capítulo 6.

las medidas, teniendo en cuenta el contexto epidemiológico local, aunque guardaron un grado de consenso con las medidas nacionales adoptadas.

Incluso cuando esta situación inicial no ocurrió, producto de que no fue el gobierno nacional el primero en accionar o bien existió una limitada actuación por parte de este en el período analizado, pudo observarse algún grado de cohesión y acuerdo entre las medidas adoptadas dentro de las respectivas jurisdicciones. En el primer caso podemos situar a Alemania, donde, si bien fueron los estados federados los que tomaron las decisiones de cómo enfrentar la pandemia, tal como está previsto en su Constitución, el gobierno federal logró un cierto grado de cohesión entre las medidas que tomaron los estados federados a través de la utilización de mecanismos informales y no vinculantes de cooperación, como las frecuentes conferencias entre representantes del gobierno federal y los ministros presidentes de los estados federados o entre los respectivos ministros de Salud.³¹

En el segundo caso, podemos mencionar como ejemplo de esta dinámica a los Estados federales de México y Brasil. En el caso de Estados Unidos se observó una falta de coordinación entre el gobierno federal y los estados federados ante la ausencia de iniciativa por parte del primero y entre estos últimos entre sí. El caso de los Estados Unidos pone aún más de manifiesto la necesidad de guardar un mínimo grado de cohesión frente a una crisis de tal envergadura con respecto al accionar estatal. Tal y como lo señalan Artiles, Gandur y Driscoll, en la experiencia estadounidense este hecho contribuyó significativamente a la insatisfactoria gestión estatal del gobierno federal norteamericano frente a la emergencia sanitaria.³² Mientras muchos estados locales afirmaron la necesidad de adoptar el sistema de aislamiento para frenar la propagación del virus y disminuir la curva de contagios, el titular del poder ejecutivo nacional, Donald Trump, restó importancia a la letalidad de la enfermedad, a la vez que pregonó la apertura de los

31 Fuchs y Nassl, capítulo 3, punto 4.

32 Artiles, Gandur y Driscoll, capítulo 9, punto 6.

estados federados.³³ Estos tres ejemplos muestran que la falta de cohesión en la adopción de las medidas producto de la falta de coordinación entre los diferentes niveles de gobierno trae aparejadas respuestas contradictorias, posiblemente perjudiciales para la salud y seguridad de la población.

Por otro lado, respecto a los Estados con sistemas no federales, en los casos de Colombia, Italia y España, los gobiernos nacionales implementaron programas de medidas sanitarias, pero sin deshabilitar el ejercicio de competencias propias de los entes locales, quienes adquirieron mayor incidencia en la toma de decisiones con el correr de la pandemia. Esto facilitó adaptar las medidas dictadas por el gobierno central a la realidad de cada entidad local. En cuanto a las experiencias de Chile y Francia, fueron donde más se observó un mecanismo de toma de decisiones centralizado en el cual las entidades regionales tuvieron poca o ninguna incidencia en la toma de decisiones para enfrentar la pandemia, lo que da muestras de la estructura centralista estática que poseen estos dos países.

Los datos arrojados por los capítulos nacionales permiten concluir que la pretensión que subyace en cualquier aparato gubernamental que enfrenta una crisis sanitaria es, lógicamente, la de proteger la salud de las personas que habitan en el territorio nacional, preservando en un máximo posible las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos. De allí que, en ocasión de una pandemia, la dinámica implique la necesidad de adoptar medidas coordinadas y consensuadas, cualquiera que sea el nivel territorial del que se trate.

2. Herramientas constitucionales y legales de excepción utilizadas

En este punto se realiza un análisis comparado referido a las herramientas constitucionales de excepción o emergencia que estuvieron a disposición

33 Como ejemplo de esta conducta, obsérvese lo dicho por el presidente del Estado de Brasil, Jair Bolsonaro, al comparar el virus Sars-covid2 con una *gripcecinha*. Por otro lado, también se puede hacer referencia a las declaraciones del exmandatario estadounidense Donald Trump, al sostener que el país no debería cerrar por una “gripe” y que le “encantaría que el país abriera y se pusiera en marcha para Pascua”.

de los países objeto de investigación de esta obra, en los capítulos nacionales, y que utilizaron o dejaron de utilizar para hacer frente a la pandemia, lo que se ve reflejado en la Tabla 3.

TABLA 3. Herramientas jurídicas utilizadas por los países para hacer frente a la pandemia (marzo-octubre 2020)

Países	Mecanismos de excepción/estado de emergencia	Mecanismos jurídicos empleados durante la pandemia
Alemania	No existió declaración de estado de emergencia o de excepción por parte del Estado nacional, porque no está consagrado en la Constitución.	Se conservó el orden constitucional ordinario recurriendo a leyes federales vigentes.
Argentina	No existió declaración de estado de sitio o de excepción. El estado nacional optó por declarar emergencia sanitaria en todo el territorio.	Se mantuvo el orden constitucional ordinario. Se recurrió a los decretos de necesidad y urgencia, como mecanismos previstos por la Constitución para facultar al Poder Ejecutivo a dictar decretos con fuerza de ley.
Brasil	El gobierno federal no recurrió al estado de sitio, estado de defensa o intervención federal como mecanismos propios del sistema constitucional de crisis.	Se conservó el orden constitucional ordinario recurriendo a la sanción de una la ley que regula las cuestiones más esenciales para el enfrentamiento de la pandemia.
Colombia	El Estado colombiano declaró un estado de excepción denominado estado de emergencia económica, social y ecológica.	Se utilizó un mecanismo constitucional de crisis que otorga al Poder Ejecutivo potestades excepcionales, entre ellas, la posibilidad de dictar decretos legislativos (con fuerza de ley).
Chile	El gobierno nacional recurrió a la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe.	Se recurrió a un mecanismo de excepción previsto en la Constitución que habilita al poder ejecutivo nacional a restringir ciertos derechos (libertad de locomoción, de reunión y derecho de propiedad).
España	El gobierno nacional recurrió a la declaración del estado de alarma durante el primer tramo de la pandemia. ³⁴	El estado de alarma supone la instauración de un régimen constitucional singular, con alteración del orden competencial ordinario, entre el estado central y las comunidades autonómicas. Tras su extinción, se recurrió a mecanismos ordinarios coordinados entre los diferentes niveles de gobierno.

34 El estado de alarma fue prorrogado en múltiples decretos hasta el mes de junio. Amplíese esta información en Velasco y De Haro, capítulo 8, puntos 3 y 4.

Países	Mecanismos de excepción/estado de emergencia	Mecanismos jurídicos empleados durante la pandemia
Estados Unidos	No existió declaración de estado de sitio o de excepción.	El Estado federal optó por declarar el estado de emergencia, pero sin recurrir a mecanismos excepcionales o extraordinarios previstos en la Constitución.
Francia	El gobierno nacional, a través de una ley de emergencia sancionada, declaró el estado de emergencia sanitaria.	El estado de emergencia sanitaria es un novedoso dispositivo excepcional, que faculta al primer ministro a tomar una serie de medidas previstas por la ley de emergencia (confinamiento domiciliario, prohibir agrupaciones, entre otras) a través de decretos.
Italia	El Estado italiano no recurrió a las formas de regulación de eventos "extraordinarios" establecidos en su Constitución (la declaración de guerra y el decreto-ley). El gobierno optó por declarar el estado de emergencia sanitario.	El Estado nacional optó por utilizar los decretos del presidente del Consejo de Ministros, herramienta no prevista expresamente en la Constitución, que se convirtió en la principal fuente del derecho ampliamente utilizada durante la emergencia.
México	El gobierno nacional no acudió a estados excepcionales o a la declaración de emergencia.	Se conservó el orden constitucional ordinario recurriendo a leyes federales vigentes.

Fuente: elaborado por Esteban Nader, Marie-Christine Fuchs y Daniel Méndez.

Tal como indica la Tabla 3, tanto los países federales como no federales que apelaron al uso de mecanismos constitucionalizados de emergencia, excepción, de catástrofe o alarma lo hicieron según lo previsto en la Constitución. De esto se deduce que en todos los Estados la crisis sanitaria no alteró el imperio del Estado de derecho (*rule of law*).

Otro punto de casi total convergencia se relaciona con las declaraciones de emergencia y las posteriores restricciones de derechos, que proviniéron ambas en la mayoría de los casos de institutos de emergencia. Las excepciones son Alemania y México, países en los cuales no hubo declaración del Estado de excepción o de emergencia. El 70% de los países estudiados no recurrieron a mecanismos constitucionales excepcionales más restrictivos, como el estado de sitio u otros similares que permiten la suspensión de derechos.³⁵

35 En la teoría constitucional, el instituto del estado de sitio, guerra o similares tiene como consecuencia la posibilidad de que el Estado pueda suspender ciertos dere-

Las consecuencias de la declaración del estado de emergencia (constitucional) por la crisis sanitaria en los países examinados supuso una concentración de potestades y facultades en cabeza de los Poderes Ejecutivos o primeros ministros (ya sean países con estructura presidencialista, semi-presidencialista o parlamentaria), a nivel nacional y local. Salvo algunas excepciones, existió en general una escasa participación del Parlamento en la promulgación e implementación de restricciones a derechos, siendo el órgano por antonomasia facultado para llevarlas a cabo. La ausencia de funcionamiento de los Parlamentos supuso que fueran los órganos ejecutivos o administrativos los que adoptaran la mayoría de las decisiones en la lucha contra la pandemia. En algunos casos fue a través de instrumentos de emergencia que delegaron estas facultades legislativas al Poder Ejecutivo y en otros se hicieron mediante decisiones administrativas ordinarias derivadas de leyes anteriores a la pandemia, como el caso de Alemania y México.

Es posible trazar otro paralelismo entre los Estados con regímenes federales en relación con los mecanismos constitucionales empleados. Coincidentemente en estos cinco países: Alemania, Argentina, Brasil, EE. UU. y México, se evitó adoptar institutos excepcionales que alterasen el régimen distributivo de competencias entre el Estado federal y los Estados federados, tales como la intervención federal o el estado de sitio o de guerra. Como consecuencia de ello, no se observó una concentración del poder político en la federación en detrimento de las autonomías locales.³⁶

chos; por otro lado, la declaración de emergencia habilita a los Estados a restringir derechos con distintos matices, pero no a suspenderlos. Aunque podríamos decir que en algunos momentos las restricciones –por ejemplo, las de libre circulación– se dieron en algunos países de manera tan intensa que pueden asemejarse a una suspensión. De todas maneras, no es algo que podamos decir con precisión, porque en la mayoría de los casos la justicia, sobre todo los máximos tribunales, no se han manifestado al respecto. No obstante, la no utilización de estos institutos evitó la implementación de artilugios jurídicos que en muchos casos habilitan estatutos de excepción donde se permite el empleo de suspensión de derechos, a la vez que suelen desarticularse los mecanismos de intervención de los tres poderes, de modo que se concentran aún más en el poder ejecutivo la mayoría de las facultades.

36 En el caso argentino, si bien en un primer momento el Poder Ejecutivo federal intentó centralizar algunas decisiones, esta situación viró rápidamente hacia una

Por el contrario, en España,³⁷ Chile³⁸ e Italia³⁹ la emergencia sanitaria supuso implementar ciertos mecanismos que generaron una alteración en el esquema ordinario de distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno, lo que produjo una centralización de potestades en favor del Poder Ejecutivo nacional, que se mantuvo con algunos matices mientras duraron los estados de emergencia o alarma. En el caso colombiano, el ejecutivo nacional procuró respetar las competencias locales a través de la utilización de mecanismos de coordinación. Por otro lado, en Francia no se observó este patrón, por ser la materia sanitaria competencia del Estado central.

3. Restricciones de derechos implementadas

En este punto se hace hincapié de manera comparativa en las restricciones de derechos implementadas por los Estados analizados en el libro. Se aclara que los datos se circunscriben a los expuestos en los capítulos nacionales, por lo que no se profundiza más allá de los datos desarrollados en estos.

toma de decisiones coordinadas entre el Estado federal y los federados, evitándose la apropiación de las competencias, que en esencia son de los estados federados.

- 37** Con la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, el gobierno nacional cobra todo el protagonismo, dirigiendo de forma *centralizada* la lucha contra la pandemia. Durante este período, todas las entidades y autoridades territoriales, incluidas las Comunidades Autónomas, actuaron bajo las órdenes del gobierno central. Este “mando único” del gobierno no suspendió las competencias autonómicas y locales y, más bien, dirigió y condicionó estrechamente su ejercicio. El estado de alarma representa el nivel máximo de alteración del régimen competencial ordinario.
- 38** Del estado de excepción constitucional de catástrofe vino una importante centralización de la acción del Estado, toda vez que, dada la naturaleza de los órganos territorialmente descentralizados de las municipalidades, junto con su autonomía constitucionalmente reconocida, en situaciones de normalidad constitucional ni el alcalde, en cuanto máxima autoridad comunal, ni los demás funcionarios municipales pueden recibir órdenes o instrucciones de la administración central del Estado, que sería precisamente el caso del jefe de la defensa nacional en el estado de catástrofe.
- 39** La decisión política de manejar la crisis por medio de instrumentos como los decretos del presidente del Consejo de Ministros, adoptados por órganos del Estado central, llevó a una centralización de las decisiones y una polarización en la figura del presidente del gobierno, que se pueden apreciar desde la perspectiva tanto del método utilizado para adoptar las medidas como de los contenidos de las mismas.

Teniendo en cuenta esas limitaciones, se describirá qué derechos fueron los que mayores restricciones sufrieron, aclarando que en muchos casos estas restricciones fueron de tal magnitud que pueden llegar a verse como verdaderas suspensiones de derechos, mostrando ejemplos de los distintos países, remarcando que en la mayoría de los casos la toma de decisión de dichas medidas restrictivas eludió a los Parlamentos, ya sea porque se utilizaron instrumentos de emergencia que habilitan a los ejecutivos a realizarlo, como en los casos de Argentina⁴⁰ o España,⁴¹ o porque existían leyes previas sobre la materia de salud pública, como en el caso de Alemania (Ley de Protección contra Infecciones)⁴² o México (Ley General de Salud),⁴³ que habilitaron a los órganos ejecutivos o administrativos competentes federales o a los estados federados a implementar dichas restricciones.⁴⁴

No debemos olvidar que, tanto para la academia como para el derecho internacional de los derechos humanos, para que estas restricciones sean válidas deben cumplirse *a priori* una serie de requisitos formales, como por ejemplo la obligación de las autoridades de justificar las restricciones impuestas a los derechos o materiales: el principio de proporcionalidad (legalidad, idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto), de no discriminación, el respeto de contenido esencial, entre muchos otros.⁴⁵ En ese sentido, mucha de esa normativa que restringió

40 Nader, Méndez y Altavilla, capítulo 4, punto 2.

41 Velasco y De Haro, capítulo 8, punto 2.

42 Fuchs y Nassl, capítulo 3, punto 3.1.2.

43 Barceló, capítulo 12, puntos 1 y 2.

44 Aunque podemos decir que las leyes de salud pública alemanas y mexicana no estaban diseñadas para abordar una pandemia de estas magnitudes, por lo que se estima que deberán ser modificadas.

45 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, Resolución 1/2020, párr. 20. Para profundizar estos conceptos, véanse: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3 reimp. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002); Laura Clérico, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro 2018); Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de*

derechos no se encuentra, en términos de los distintos sistemas de fuentes, dentro del sistema ordinario de creación de normas (mecanismo ordinario para la sanción de leyes), sino que es un sistema de emergencia de creación de normas (la utilización de institutos como los decretos de necesidad y urgencia en Argentina o los decretos-ley en España). Es ante esta situación que se podría dudar de que haya sido una vía legítima para restringir derechos.

Esta situación obliga a que los Parlamentos en estas circunstancias deban tener un rol más activo en la creación de leyes formales, que sirven como base para la toma de decisiones y, sobre todo, implican restricciones de derechos (lo que en la doctrina constitucional alemana se llama la reserva del parlamento o teoría de la materialidad), leyes que son suficientemente precisas y claras en cómo y hasta qué punto (en el tiempo) se pueden restringir derechos y cuáles, en casos de crisis sanitaria. En ningún caso fueron aprobadas leyes formales específicas para regular posibilidades y límites a la hora de restringir derechos en casos de crisis sanitaria, lo que saca a la luz un gran déficit en términos democráticos de los países analizados.

Si se observan las restricciones que se produjeron en los diez países relevados, tanto federales como no federales, fueron más o menos similares en cuanto a los derechos restringidos: libre circulación, que, en casos de órdenes de cuarentena estricta o toque de queda, puede entenderse que la intensidad de restricción fue casi una suspensión; libertad de reunión, en algunos países tan intensa que puede interpretarse como una suspensión temporal de este derecho; asociación; propiedad; libertad profesional, con el cierre de comercios, bares, restaurantes, oficinas e industrias; autodeterminación, a través del uso de tapabocas; restricciones del transporte público; y el derecho a la educación a través de cierre de instituciones educativas, entre otras. Estas restricciones fueron atenuándose o endureciéndose de acuerdo con los distintos momentos epidemiológicos que

los derechos fundamentales (Madrid: Dykinson, 2003); Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, "Las medidas de emergencia y el covid-19: orientaciones", 27 de abril de 2020.

transcurrieron en los distintos países y regiones respectivas, salvo Francia y Chile, cuyas decisiones fueron centralizadas y aplicadas a todo el territorio de la misma manera.

En países federales como Estados Unidos, Brasil y México, el gobierno federal promovió una política que apuntaba a no restringir derechos en el marco de la pandemia en el período estudiado;⁴⁶ sin embargo, en algunos estados federados se tomaron medidas diferenciadas y se restringieron derechos con la intención de contrarrestar la propagación de la pandemia. En el caso de los Estados Unidos, Artiles, Gandur y Driscoll muestran la existencia de un patrón que demostró que, entre los estados federados con menores restricciones de derechos, se encontraron aquellos gobernados por el partido republicano.⁴⁷ En el caso mexicano, Barceló concluye que los estados federados que menores restricciones implementaron fueron aquellos gobernados por el partido del presidente López Obrador (Morena), y casi un tercio de los estados federados (los gobernados por partidos opositores) crearon una Alianza Federalista, se desviaron de las directivas impulsadas por el presidente y decidieron implementar mayores restricciones para contrarrestar la propagación de la pandemia.⁴⁸ En el caso de Brasil, Araco Conci muestra que los estados federados actuaron de manera descoordinada e implementaron restricciones de mayor intensidad sin seguir un patrón de coordinación, ante la ausencia de dirección del gobierno federal, que consideró la pandemia como no peligrosa.⁴⁹

En el caso de Argentina, Nader, Méndez y Altavilla grafican de una manera detallada, utilizando ejemplos de numerosos estados federados y el federal, la variación de intensidad en las restricciones implementadas. Puede observarse que los derechos más restringidos fueron los de libre circulación y el de ejercicio libre de la profesión, comercio e industria.⁵⁰

46 Artiles, Gandur y Driscoll, capítulo 9, punto 4; Conci, capítulo 5, punto 3; Barceló, capítulo 12, punto 4.

47 Artiles, Gandur y Driscoll, capítulo 9, punto, 4.2.

48 Barceló, capítulo 12, puntos 4 y 5.

49 Conci, capítulo 5, punto 3.1.

50 Nader, Méndez y Altavilla, capítulo 4, punto 3.

Asimismo pasó en el caso de Alemania, que en su primera ola de contagios fue considerado como un ejemplo en lo referido la forma como afrontó la pandemia, mediante restricciones moderadas de los derechos que tuvieron gran aceptación y cumplimiento por parte de la sociedad, que derivó en un éxito momentáneo en la lucha contra la pandemia. Fuchs y Nassl muestran cómo se tuvo que cambiar de estrategia e implementar mayores restricciones, sobre todo a la libertad de circulación, con el aumento exponencial de casos en su segunda ola de contagios.⁵¹ Constitucionalmente, en Alemania no es posible la suspensión de un derecho fundamental ni siquiera en tiempos de crisis.

Por otro lado, con respecto a los países no federales, pudo observarse, en lo que se refiere a restricciones de derechos, que no hubo grandes diferencias con respecto a los tipos de derechos que fueron restringidos. El común denominador fue la restricción a la libre circulación en las etapas epidemiológicas en las que el virus se propagó con mayor facilidad. En el caso de Francia, se establecieron restricciones de manera centralizada y uniformes para todo el país, sin tener en cuenta las distintas realidades. En Chile, el derecho mayormente afectado fue también el de locomoción y reunión. En ambos casos las entidades subnacionales carecieron de poder de decisión. En Italia, los primeros derechos limitados fueron también la libertad de circulación y la de reunión.⁵² Algo similar sucedió en España, con la excepción de algunas comunidades, como la de Madrid.⁵³ En esa misma línea, en Colombia la libre circulación fue restringida desde el 25 de marzo hasta el 31 de agosto, un poco más de cinco meses.⁵⁴ La similitud

51 Fuchs y Nassl, capítulo 3, punto 3.3.

52 Pavani, capítulo 11, punto 3, describe la situación como un cinturón que fue ajustándose y soltándose en lo que se refiere a la restricción de derechos en función de la realidad epidemiológica de la pandemia.

53 Según Velasco y De Haro, capítulo 8, punto 3.3, durante la escalada y la desescalada de la pandemia se produjo una especie de cogobernanza donde las comunidades autónomas tuvieron mayor injerencia en la toma de decisiones de sus localidades, aunque estas interacciones no estuvieron libres de tensiones.

54 Según Covilla y Sanabria, capítulo 7, punto 2.5, el nivel nacional articuló todo un marco normativo orientado a facilitar la preeminencia de sus mandatos y la coor-

entre estos tres países no federales tiene que ver con que su sistema de descentralización favoreció que las comunidades, entidades regionales o municipios pudieran participar en la toma de decisiones sobre qué derechos restringir en función de los distintos momentos epidemiológicos, que fueron dispares en las distintas regiones.⁵⁵ Esta forma de encarar la lucha contra la pandemia permitió de alguna manera a los entes locales regular las restricciones de derechos en función de su situación epidemiológica, para no terminar de estrangular las economías locales y garantizar el funcionamiento mínimo de los organismos estatales y las actividades esenciales.

Asimismo, algunos países implementaron fórmulas que se utilizaron como base empírica para poder justificar las variaciones de estas restricciones a partir de la intensidad del contagio en las distintas ciudades. Por ejemplo, Alemania optó por medir el grado de contagio basado en la salud individual, según el llamado valor de incidencia, e implementó un sistema de zonas calientes o *hot spots*: si durante siete días en una ciudad o región se superaba el valor de 50 casos de infección sobre 100.000, eran necesarias nuevas restricciones.⁵⁶ México optó por un sistema parecido, consistente en un semáforo epidemiológico que fue utilizado para regular el uso del espacio público por estados federados en función del riesgo sanitario con una frecuencia semanal.⁵⁷ En Argentina también se utilizaron criterios epidemiológicos similares⁵⁸ para coordinar con las entidades locales la

dinación y la concurrencia en las relaciones intergubernamentales, por lo que las restricciones se fueron dando de manera coordinada entre los dos niveles.

55 Un punto negativo a destacar es que las restricciones de derechos, en el caso de Italia, fueron implementadas a través de decretos del presidente del Consejo de Ministros (un mecanismo de emergencia), lo que significó saltarse la participación del Parlamento e inclusive al primer ministro. Para captar el funcionamiento de este instrumento, véase Pavani, capítulo 11, punto 2.1.

56 Fuchs y Nassl, capítulo 3, punto 3.3.2.

57 Barceló, capítulo 12, punto 4.

58 Estos criterios epidemiológicos tienen que ver con cantidad de contagios por número de habitantes, estructurados entre aglomerados pequeños y mayores de 500.000 habitantes. Pueden verse en detalle en el decreto de necesidad y urgencia DNU 408/20 del poder ejecutivo nacional argentino, en Nader, Méndez y Altavilla, capítulo 4.

intensidad de las restricciones de derechos.⁵⁹ Colombia, por el contrario, midió la intensidad del contagio según la ocupación de camas en las UCI, es decir, según un factor de salud pública y no individual.

Lo cierto es que ninguno de los países analizados implementó una fórmula mágica para contrarrestar la pandemia producida por el virus Sars-Cov-2 que haya mostrado mejores resultados de una manera clara. Desde el punto de vista de las restricciones de derechos, tanto los países federales como aquellos que no lo son tuvieron que restringir derechos de una manera intensa cuando la situación epidemiológica lo requirió.

4. Mecanismos de coordinación/cooperación vs. centralización en la toma de decisiones

En este punto se analizan las interacciones que existieron entre los Estados federales y los no federales con los Estados federados y los poderes locales en los distintos países examinados. El objetivo apunta a obtener algunas conclusiones respecto de las dinámicas que se produjeron entre estos Estados durante el período estudiado de la pandemia. Para ello, se puso el foco en si se implementaron o no mecanismos de cooperación/coordiación formales e informales entre las entidades federales/centrales y los Estados federados/locales, que permitiesen, por un lado, tener en cuenta las distintas realidades epidemiológicas y, por el otro, reconocer a los Estados federados/locales voz a la hora de diseñar e implementar de forma cooperativa las políticas públicas para contrarrestar los efectos de la pandemia.⁶⁰

Es importante destacar que esta dinámica que aporta el federalismo moderno, a diferencia del dual, apunta a generar relaciones intrafederales cooperativas que:

⁵⁹ Barceló, capítulo 12, punto 3.

⁶⁰ En algunos países, como Alemania, las decisiones fueron tomadas directamente por los estados federados, aunque con la coordinación del Estado federal. Por otro lado, en Estados Unidos y Brasil, como ya se observó, ante la ausencia de coordinación del Estado federal, los estados federados implementaron las medidas que consideraron adecuadas, pero sin ningún tipo de coordinación, lo que provocó que las realidades fueran muy diferentes.

TABLA 4. Mecanismos de coordinación/cooperación vs. centralismo en la toma de decisiones durante la pandemia (marzo-octubre 2020)

País	Hubo mecanismos de coordinación/cooperación	Mecanismos Formales/Informales
Federales		
Alemania	SÍ	Formales/Informales
Argentina	SÍ	Informales
Brasil	NO	Ninguno
Estados Unidos	NO	Ninguno
México	SÍ ⁶¹	Informales
No federales		
Colombia	SÍ	Informales
Chile	NO	Ninguno
España	SÍ	Formales/Informales
Francia	NO	Ninguno
Italia	SÍ	Informales

Fuente: elaborado por Esteban Nader, Marie-Christine Fuchs y Daniel Méndez.

... permitan superar la pluralidad, no esquivándola ni dominándola, sino recuperándola por absorción de un nuevo orden heterónimo común de sus miembros. La participación de cada comunidad territorial en ese nuevo orden se expresa en un operar conjunto –cooperación– al cual se arriba por ejercicio de las atribuciones autónomas, como adhesión al mismo. Ello comporta una añadidura social y una permuta por reciprocidad –mancomunidad– destinada a una actuación que beneficia a las partes cooperantes y al todo donde estas se sitúan al restaurar el equilibrio plurimembre del descentralizado.⁶²

Cabe subrayar que, si bien desde un punto de vista semántico los términos cooperación y coordinación suelen ser empleados como sinónimos, desde el punto de vista jurídico poseen una connotación diferente que permite

⁶¹ En el caso mexicano, la implementación de mecanismos de coordinación fue solo parcial y entre algunos entes federados, que conformaron una alianza que se distanció de las medidas decididas por el presidente.

⁶² Raúl Díaz Ricci “La cooperación: una clave de la descentralización política y administrativa del Estado democrático”, *El Derecho*, 11396 (2005): 1-6.

clasificar distintas formas de relacionarse entre los entes gubernamentales de Estados federales y descentralizados. No obstante, en este punto resulta importante hacer hincapié en los vínculos de cooperación, ya que son fundamentales para el relacionamiento de los Estados federales/centrales y los Estados federados/locales en un plano de igualdad. Por otro lado, los mecanismos de coordinación poseen un tinte más verticalista, donde el Estado federal/central queda en una situación de subordinación a los federados/locales.⁶³

4.1. Relaciones de coordinación/cooperación de los países federales

Como se desprende de la Tabla 4, los países federales que aplicaron mecanismos de cooperación entre la federación y los Estados federados fueron Alemania y Argentina. En el caso alemán, las autoras Fuchs y Nassl explican que, si bien hay mecanismos de cooperación consagrados en la Ley Fundamental (algunos desde su adopción en 1949, algunos implementados más tarde), los mecanismos cooperativos que se utilizaron para el manejo de la crisis sanitaria no se encuentran del todo plasmados en la Ley Fundamental. Estos fueron creados paulatinamente de manera informal, algunos antes de la crisis, otros específicamente para el manejo de la crisis. En el marco de la pandemia, el principal mecanismo cooperativo informal utilizado fueron las conferencias de los ministros presidentes donde se reunieron los representantes de los 16 estados federados y la canciller Angela Merkel en representación de la federación, o la conferencia de los ministros de Salud de la federación y de los *Länder*, espacios donde se tomaron decisiones de forma cooperativa y coordinada.⁶⁴ Este mecanismo de coordinación ya existía antes de la crisis.

En el caso argentino, como nos explican los autores Nader, Méndez y Covilla, pasó algo similar. Aunque en la reforma constitucional de 1994 se incorporaron algunos mecanismos de cooperación, ninguno de estos sirvió como base jurídica para generar estas interacciones en el marco de

63 Puede ampliarse sobre estos conceptos en Raúl M. Díaz Ricci, *Las relaciones gubernamentales de cooperación* (Buenos Aires: Ediar, 2009).

64 Fuchs y Nassl, capítulo 3, punto 4.

la pandemia, por lo que se crearon también de manera informal. En el período analizado, el presidente Fernández se reunió en siete oportunidades con todos los gobernadores para consensuar las medidas a tomar antes de dictar los decretos de necesidad y urgencia que prorrogaban medidas restrictivas de derechos para luchar contra la pandemia.⁶⁵ Además, con el correr de la pandemia, las provincias tuvieron mayor autonomía para decidir en función de sus realidades epidemiológicas, aunque siempre en un marco de diálogo y consenso con el Poder Ejecutivo nacional.⁶⁶

El caso de México, como lo explica Barceló Rojas, fue un tanto diferente, ya que, por un lado, un grupo de estados implementó medidas en un ambiente de coordinación con el poder ejecutivo nacional (en general, los que tenían afinidad política con este) y otros, gobernados por partidos opositores, formaron una Alianza Federal desde la cual tomaron medidas diferenciadas con respecto a las del gobierno federal.⁶⁷ Los estados de Aguascalientes (Partido Acción Nacional - PAN), Chihuahua (PAN), Coahuila (Partido Revolucionario Institucional - PRI), Colima (PRI), Durango (PAN), Guanajuato (PAN), Jalisco (Movimiento Ciudadano - MC), Michoacán (Partido de la Revolución Democrática - PRD), Nuevo León (sin partido político, origen en candidatura independiente) y Tamaulipas (PAN) –diez estados que constituyen casi un tercio de los estados de la república federal mexicana– implementaron de manera cooperativa medidas sanitarias y económicas distintas y hasta cierto punto contrapuestas a las del gobierno federal.⁶⁸

En los dos países federales restantes, Estados Unidos y Brasil, no se observó la implementación de mecanismos cooperativos ni de coordinación. Esto no se debe a que no contemplan este tipo de mecanismos en sus constituciones.⁶⁹ Lo acontecido obedeció más bien al perfil de sus pre-

65 Nader, Méndez y Altavilla, capítulo 4, punto 4.

66 Nader, Méndez y Altavilla, capítulo 4, punto 3.

67 Nader, Méndez y Altavilla, capítulo 4, punto 5.

68 Barceló, capítulo 12, punto 5.3.

69 En el caso brasileño, como bien se señala en el capítulo 5, punto 2, sobre Brasil: “el pacto formulado para la elaboración y promulgación de la Constitución de 1988 resaltó fórmulas de cooperación entre los entes regionales, locales y nacionales

sidentes (Trump y Bolsonaro), que en un comienzo directamente negaron la pandemia o minimizaron sus efectos y luego dejaron a merced de los estados federados la toma de decisiones en la lucha contra ella. En el caso de los Estados Unidos, según Artiles, Gandur y Driscoll, si bien se reforzó cierta forma de federalismo (el dual), faltaron herramientas de cooperación y coordinación entre el gobierno federal y los gobiernos estatales.⁷⁰

En Brasil, los gobiernos estatales y municipales actuaron de forma descoordinada, debido a la ausencia de directivas de la unión federal, en el marco de un federalismo nacido para ser cooperativo a partir de la reforma constitucional de 1988. Según Arcaro Conci, por ello se vio reflejada una disfuncionalidad en la implementación del modelo que se pretendió aplicar en Brasil, bajo un paraguas de medidas totalmente descoordinadas y sin vestigios de cooperación entre la unión federal y los estados o solo entre estados, ante el grave vacío de dirección por parte del presidente Bolsonaro. Uno de los ejemplos de esta disfuncionalidad que cita el autor se puede ver en la compra de respiradores: dada la ausencia de participación de la unión en la coordinación de los esfuerzos, los precios pagados por los estados y municipios presentaron una gran asimetría.⁷¹

4.2. Relaciones de coordinación/cooperación y centralismo en los países no federales

Se observaron dinámicas de coordinación en los casos de Colombia, España e Italia. Los mecanismos de descentralización preexistentes que incorporaron en sus sistemas⁷² promovieron el surgimiento de mecanismos

con la finalidad de disminuir las asimetrías regionales y con el objetivo de concretar el principio de la solidaridad en el plano institucional". En el caso estadounidense, Artiles, Gandur y Driscoll, capítulo 9, punto 3, destacan que el "sistema federal se comporta como un 'pastel marmoleado', denominado así por la confluencia de poderes y responsabilidades entre los dos niveles de gobierno".

70 Artiles, Gandur y Driscoll, capítulo 9, punto 6.

71 Arcaro Conci, capítulo 5, punto 3.1.

72 En los capítulos 7, 8 y 11, respectivamente, puede observarse cómo estos tres países fueron incorporando distintos grados de descentralización que garantizan una mayor autonomía en la toma de decisiones de las entidades regionales y locales.

de coordinación y, en algunos casos, de cooperación similares a los que se observaron sobre todo en Alemania y Argentina. España fue el ejemplo más paradigmático en términos de dinámicas dialógicas generadas dentro de los países no federales. Las Comunidades Autónomas en colaboración con el gobierno estatal, bien mediante mecanismos de cooperación o mediante instrumentos de coordinación, implementaron medidas para luchar contra la pandemia. Dentro de este marco, lo decidido por el consejo interterritorial del Sistema Nacional de Salud ganó protagonismo como foro de cooperación y de coordinación a medida que fue transcurriendo la pandemia.⁷³ Los autores del capítulo nacional sobre España, Velasco Caballero y Egea de Haro, destacan que se produjo un modelo de cogobernanza para tomar las medidas necesarias en la lucha contra la pandemia.⁷⁴

En el caso de Italia, Pavani graficó la situación en el período analizado como un cinturón que en un primer momento se encontraba apretado, en el sentido que el gobierno central tomaba las medidas sin tener en cuenta las realidades locales, y que se soltó con el transcurso de la pandemia, cuando las regiones pasaron a decidir el contenido de las medidas a tomar en sus propios territorios de manera coordinada con el gobierno central.⁷⁵

En el caso de Colombia, a pesar de ser un país unitario descentralizado, los autores del capítulo colombiano, Covilla Martínez y Sanabria Pulido, destacaron que, sin ubicarse en los extremos centralismo-federalismo, el sistema parece haber recogido aspectos clave de ambos modelos. Esto trajo los beneficios de coordinación y convergencia del centralismo y, a la vez, facilitó la respuesta local contingente y ajustada a sus necesidades. En ese sentido, como destacaron, si bien

... el inicio de la crisis trajo una cierta anarquía inicial por la multiplicidad de medidas de los gobiernos locales, que fue seguida por un activismo del nivel nacional, con una multiplicidad de medidas y decretos orientados

73 Velasco y De Haro, capítulo 8, punto 3.

74 Velasco y De Haro, capítulo 8, punto 4.

75 Pavani, capítulo 11, punto 3.

a crear un marco para la acción de las organizaciones del sector público en el nivel nacional, pero también especialmente en el nivel subnacional. Dicho proceso no estuvo exento de tensiones; sin embargo, llama la atención que dichas tensiones se disiparon relativamente rápido y permitieron el alcance de los principios de subsidiariedad, concurrencia y complementariedad.⁷⁶

Por último, en los casos de Francia y Chile, países que poseen sistemas centralistas fuertemente arraigados, no se favoreció el uso de mecanismos de coordinación y cooperación, ni siquiera informales, en el marco de situaciones críticas como la de la actual pandemia.⁷⁷ En Francia, según Bourget, el papel de las entidades locales en la gestión de la pandemia fue mínimo y aun inexistente. Algunas de las razones de la marginación de las colectividades locales vienen de la tradicional tendencia centralizadora y unificadora que existe en Francia, que se fortaleció con la Revolución de 1789 y el posterior periodo napoleónico.⁷⁸ Reforzando esta cuestión, el autor sostuvo que “el derecho de la emergencia sanitaria no solo no ha permitido nunca una libre producción normativa por parte de las colectividades locales, sino que, además, ha impedido las iniciativas locales o las ha sometido a las decisiones del Estado”.⁷⁹

Chile, según Szmulewicz Ramírez, se caracteriza también por un fuerte centralismo que tiene raíces históricas y culturales que perduran hasta la actualidad.⁸⁰ Estas características hicieron que no se hubieran previsto

76 Covilla y Sanabria, capítulo 7, punto 3.

77 En este punto nos referimos a que las decisiones son tomadas por autoridades administrativas lejanas que poco conocen las realidades locales. Desde un punto de vista democrático y deliberativo, y desde la óptica habermasiana o gargareliano, es importante que las personas concernidas por estas políticas puedan tener algún tipo de injerencia, al menos indirecta, en cuestiones que impactan su realidad cotidiana. Este tipo de sistemas, profundamente centralistas, no permitirían *a priori* la toma de decisiones de una manera más deliberativa, lo cual no implica tampoco que los sistemas federales cooperativos permitan *per se* la toma de decisiones de esta manera, aunque sí la facilitan.

78 Bourget, capítulo 10, punto 4.1.

79 Bourget, capítulo 10, punto 4.2.

80 Szmulewicz, capítulo 6, introducción.

mecanismos de coordinación entre las municipalidades y el nivel central en el marco de la declaratoria de estado de excepción constitucional de catástrofe, instaurada para hacer frente a la pandemia, ni respecto de las medidas que se tomaron luego.⁸¹ Cabe destacar que el Estado chileno se encuentra en una instancia de reforma constitucional y una de las cuestiones a incorporar podría ser la de los mecanismos de coordinación y cooperación, para otorgar mayor participación a las entidades locales en casos como el de la actual pandemia.

En definitiva, lo que nos permite concluir el análisis de este punto tiene que ver con que, de los diez países analizados, tres federales (Alemania, Argentina y México) y tres no federales (España, Italia y Colombia) adoptaron mecanismos de coordinación y cooperación entre los Estados federales/centrales y los federados/ locales, con la idea de gestionar mejor las distintas situaciones generadas por la pandemia de acuerdo con las realidades locales. Los dos países federales restantes (Estados Unidos y México) no aplicaron estos mecanismos por razones que, *a priori*, no tienen que ver con el diseño de sus sistemas institucionales y son meramente políticas, relacionadas con el estilo de gobierno de sus respectivos gobiernos (federales) de turno. Los dos países no federales restantes (Francia y Chile), no lo hicieron por tener históricamente una estructura fuertemente centralizada.

En general, cabe destacar que esta interacción entre los dos niveles estatales permitió que se evitaran conflictos entre ellos y se arribara a decisiones con un mayor grado de consenso y más flexibilidad en función de las distintas realidades de los Estados federados, comunidades autónomas, regiones o entidades locales, aunque de una manera coordinada con el gobierno federal o central. Esto favoreció que las economías regionales no se vieran estranguladas por completo cuando la situación epidemiológica no fue grave, lo que les permitió abrir sus economías y funcionar con un mayor grado de normalidad, a partir de la toma de decisiones con mayores grados de autonomía. Además, al menos en los primeros meses de la crisis, puede destacarse de manera general que el nivel de aceptación

81 Szmulewicz, capítulo 6, punto 2.

de medidas restrictivas por la población ha sido más alto en países en los cuales se buscó consenso entre las diferentes entidades locales, Estados federados y el gobierno federal.

5. Conclusiones

Tanto por la muestra, como por la dimensión del estudio (diez países) y el enfoque, el gran valor de esta obra viene de que, al indagar por las similitudes y diferencias que se produjeron en el abordaje de la pandemia entre países federales (Alemania, Argentina, Brasil, Estados Unidos y México) y no federales con distintos grados de descentralización (Colombia, Chile, España, Italia y Francia), entre marzo-octubre de 2020, ha permitido obtener importantes conclusiones. Así, esta investigación da una primera imagen del desempeño de un número importante de países de Europa y América que tienen diferentes estructuras institucionales e implementaron distintos mecanismos constitucionales y legales, así como abordajes de coordinación, cooperación o centralistas en el marco de la pandemia.

De los cinco países federales analizados podemos destacar que, en el orden constitucional, dos de ellos: Estados Unidos y Argentina se regulan mediante un sistema dual de reparto de competencias, con algunos matices concurrentes, que existió históricamente en México, aunque fue mutando hacia uno de tipo concurrente y cooperativo. Alemania, por su parte, posee un sistema concurrente con algunos rasgos de cooperación, mientras que Brasil incorporó un sistema cooperativo de competencias en su última reforma constitucional. Lo cierto es que países federales como Alemania y Argentina mostraron dinamismo en lo que se refiere al funcionamiento del sistema federal frente a la pandemia, sobre todo en lo que concierne a la implementación de mecanismos de coordinación y cooperativos informales. Ambos países hicieron uso del dinamismo que ofrece el sistema federal a la hora de abordar este tipo de crisis provocadas por una pandemia.

De los países no federales, España, Italia y Colombia poseen estructuras con distintos grados de descentralización. Chile y Francia, por el contrario, tienen una estructura fuertemente centralizada. Lo que pudo observarse es que aquellos países con estructuras descentralizadas (España, Chile y

Colombia) mostraron un dinamismo con grados más altos de flexibilidad, similares a los países federales, en el abordaje de la pandemia. Estos priorizaron la utilización de mecanismos de coordinación y, en algunos casos, de cooperación. Tanto Francia como Chile, por sus estructuras fuertemente centralistas, producto de factores históricos y culturales, no mostraron dicho dinamismo, lo que provocó que la toma de decisiones fuese marcadamente centralista.

En cuanto a las herramientas constitucionales que se utilizaron para tomar las medidas y contrarrestar la pandemia, ninguno de los países analizados recurrió a mecanismos constitucionales excepcionales más restrictivos, como el estado de sitio, de guerra u otros similares que habilitan la suspensión de derechos,⁸² sino que fueron utilizadas declaraciones de emergencia, que permitieron a los Poderes Ejecutivos emitir disposiciones con base en ciertos instrumentos constitucionalizados que pueden ser utilizados para restringir derechos. De todas maneras, en muchos casos estas restricciones fueron de tal intensidad que podrían considerarse como verdaderas suspensiones de derechos.⁸³ En Argentina y España se utilizaron los decretos de necesidad y urgencia y los decretos-ley como vía excepcional de emergencia. Algunos países, como Alemania y México, utilizaron el paraguas de la legislación ordinaria en materia de salud pública, que existía precedentemente y contemplaba este tipo de situaciones. De todas maneras, un fenómeno general que sucedió en todos los países estudiados consistió en el acrecentamiento de la toma de decisiones por parte de los poderes ejecutivos y primeros ministros en detrimento de los Parlamentos,

82 Uno de los requisitos del estado de sitio tiene que ver con la conmoción interna, y si bien no es necesario entrar en detalle sobre si hubo causales para declarar un estado de sitio, en algunos países se llegó a poner sobre la mesa la posibilidad. En un continente como el latinoamericano, donde este instituto fue utilizado de manera excesiva para cumplir con los fines más atroces de las dictaduras, es importante, en términos tanto simbólicos como jurídicos, que no haya tenido viabilidad.

83 Este es un punto que aún no ha sido determinado por las autoridades máximas y los poderes judiciales. Lo cierto es que las restricciones fueron realizadas, en la totalidad de los casos, saltándose los Parlamentos.

que tuvieron muy poca participación y protagonismo en la toma de decisiones durante la pandemia.

En ese sentido, si tenemos en cuenta que los expertos auguran nuevas pandemias a lo largo del siglo XXI, una de las conclusiones de la obra pasa por la necesidad de crear nuevos mecanismos legales⁸⁴ que contemplen este tipo de situaciones. Nos encontramos ante la necesidad de crear organismos donde se vean representados tanto los Estados federados, en caso de los países federales, como las entidades locales, comunidades autónomas o regiones, en el caso de aquellos que no lo son. Con la asistencia de expertos, estos organismos deben permitir la toma de decisiones de una manera rápida y consensuada, con mayores grados de legitimidad en términos democráticos, por la conformación plural de estos organismos. Esto llevaría a que las decisiones puedan ser mayormente acatadas e implementadas de manera dinámica según las realidades locales, siempre cambiantes en una pandemia. Este tipo de enfoque podría garantizar intervenciones estatales coordinadas y más rápidas en el marco de una pandemia.

Respecto a las restricciones de derechos impulsadas por los distintos países analizados para intentar contrarrestar la propagación del virus Sars-Cov-2 y controlar la enfermedad del covid-19, fueron en general más o menos similares, con excepción de los Estados federales de Estados Unidos, Brasil y, en parte, México, que tuvieron como política la no restricción de derechos a partir de una casi nula intervención estatal.⁸⁵ Los derechos mayormente restringidos fueron: la libre circulación; la libertad de reunión; el derecho a la propiedad y la libertad profesional, por el cierre de comercios, bares, restaurantes, oficios e industrias; la libre autodeterminación, por la obligación del uso de tapabocas; el derecho a la educación, por el cierre de

84 Países como Alemania y México deberían adaptar los mecanismos legales ya existentes en sus sistemas.

85 Sin embargo, muchos de los países federados, ante la ausencia de iniciativas por parte del Poder Ejecutivo nacional, decidieron implementar medidas restrictivas de derechos para luchar contra la pandemia. Un caso similar fue el de México, donde se formó una Alianza de estados federados opositores que coordinaron las medidas que fueron tomando.

las instituciones educativas; restricciones del uso transporte público, entre otras. Estas medidas fueron atenuándose o endureciéndose, de acuerdo con los distintos momentos epidemiológicos en cada país. Algunos, como Alemania, México y Argentina, implementaron fórmulas que se utilizaron para variar estas restricciones a partir de la medición de la intensidad del contagio en las distintas localidades.

Dada la falta de datos uniformes plasmados en los capítulos nacionales sobre este punto, y considerando que resulta complejo medir la performance de los Estados en el marco de la pandemia ante una realidad tan cambiante,⁸⁶ no es posible sacar conclusiones definitivas que establezcan una diferenciación clara entre países federales y aquellos que no lo son, en cuanto a los tipos de restricción de derechos, sus intensidades y el mejor desempeño estatal en este sentido. Lo que sí puede concluirse, siendo tal vez lo más significativo que puede extraerse del estudio, es la forma en la que estas decisiones fueron tomadas y cómo ellas impactaron en las dinámicas dialógicas que se produjeron entre los Estados federales o centrales, por un lado, y los estados federados, las comunidades autónomas y las regiones, por el otro. En este sentido, tanto los países federales –salvo Estados Unidos y Brasil, por las razones políticas mencionadas, que no tienen que ver con el diseño de sus sistemas institucionales– como los no federales con estructuras descentralizadas (España, Italia y Colombia) mostraron una dinámica flexible. El uso de mecanismos de coordinación y cooperación terminó por favorecer un abordaje más descentralizado y consensuado para abordar la lucha contra la pandemia.⁸⁷

86 En ese sentido, podemos utilizar los ejemplos de Chile y Estados Unidos, que en un primer momento tuvieron un mal desempeño en el abordaje de la pandemia, aunque para marzo de 2021 eran dos de los países analizados que más rápidamente estaban vacunando a su población. Un ejemplo opuesto podría ser el de Alemania, que al comenzar la pandemia era uno de los países que mostraba un abordaje adecuado para luchar contra la pandemia, pero actualmente se encuentra muy retrasado en la aplicación de vacunas a su población y con restricciones fuertes de derechos, sobre todo el de la libre circulación.

87 Aunque, por ejemplo, en Alemania las voces pidieron más poder para el gobierno federal en casos de emergencia, el modelo de coordinación que se usó evitó en muchos casos que se tomaran medidas completamente divergentes o contradicto-

Una conclusión relevante pasa entonces por el hecho de que más de la mitad de los países estudiados, tanto federales como no federales, utilizó mecanismos de coordinación/cooperación, aunque en su gran mayoría fueron informales. Esto significa que las decisiones o las directrices que se tomaron no tuvieron un carácter vinculante y dejaron a los estados federados o entidades locales la posibilidad decidir de manera autónoma, aunque coordinada.⁸⁸ Por ende, un abordaje de este tipo permitiría luchar mejor contra una nueva pandemia o amenaza de similares características. Resulta fundamental entonces establecer mecanismos formales de cooperación a través de cambios necesarios en la Constitución y/o la creación de leyes. Estos mecanismos formales con carácter vinculante garantizarían y asegurarían un abordaje coordinado y plural en términos de participación en la toma de decisiones, donde se encuentren representados tanto el Estado federal/central como los federados/comunidades, regiones o entidades locales.⁸⁹ Además, ello permitiría tener un abordaje con un mayor grado de legitimación en términos democráticos y gestionar de una manera más rápida, coordinada y eficiente las decisiones en una futura pandemia.⁹⁰

Asimismo, el estudio comparado nos brinda insumos para plantear la necesidad no tan solo de crear mecanismos formales internos de los países, sino en los ámbitos internacionales. Las pandemias requieren un abordaje global coordinado. Prueba de ello es la mala performance en materia de

rias entre los diferentes estados federados o entidades locales y, en general, como era previsible, se aseguró una aceptación de las medidas por parte de la población.

- 88** Por ejemplo, en Alemania el estado de Baviera varias veces no se alineó con lo decidido por la canciller y los ministros presidentes de los demás estados federados y optó por otro camino. Algo similar sucedió con Madrid, en el caso español. Es decir, los mecanismos informales pueden crear una cierta “presión de grupo”, pero les falta el elemento coercitivo.
- 89** Bill Gates opina que para una futura pandemia deberíamos profundizar este tipo de instrumentos formales, en “Pandemic I: The First Modern Pandemic”. *GatesNotes*, 23 de abril de 2020..
- 90** Una vez se haya tomado una decisión coordinada, ninguna entidad debería tener la posibilidad de no seguir la decisión. Esto evitaría la imagen de “colcha de retazos” que dan medidas restrictivas no coordinadas e incluso contradictorias o arbitrarias. Justamente fueron muchos de estos casos la causa de descontento de la población.

vacunas, que no garantizó un reparto igualitario internacional, donde medidas informales, como la creación del programa Fondo de Acceso Global para Vacunas Covid-19 (Covax) pueden ser paliativas, pero se requieren medidas formales y coordinadas promovidas por los organismos internacionales.

Como señala Díaz Ricci: “la solución de los conflictos que plantea actualmente la gestión estatal no la hallaremos en un federalismo dual, porque tal modelo estático estuvo pensado para otra realidad que no se adapta a las demandas del Estado democrático contemporáneo”.⁹¹ Esta visión también aplica a los países no federales fuertemente centralizados. Esta “lección aprendida” vale aun más en tiempos de crisis. El abordaje de una pandemia necesita de sistemas que aporten mayor dinamismo, pluralidad y rapidez en la toma de decisiones. Tal vez la pandemia pueda ser de utilidad para revitalizar los sistemas estatales, sean federales o no, y para profundizar mecanismos de coordinación y cooperación formales necesarios para afrontar realidades cada vez más complejas y desafiantes.

Bibliografía

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3 reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Clérico, Laura. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38165.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020*. CIDH. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Díaz Ricci, Raúl M. “La cooperación: una clave de la descentralización política y administrativa del Estado democrático”. *El Derecho*, 11396 (2005): 1-6.

Díaz Ricci, Raúl M. *Las relaciones gubernamentales de cooperación*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

⁹¹ Véase en esta obra el capítulo 2, “Naturaleza del federalismo: flexibilidad y pandemia”, punto 11, por Sergio M. Díaz Ricci.

- Estupiñán Achury, Liliana. "El Estado autonómico: del Estado unitario al Estado federal. Un ejemplo de la mutación de las formas de estado". *Revista de la Universidad del Rosario*, 35 (2011): 107-122.
- Gates, Bill. "Pandemic I: The First Modern Pandemic". *GatesNotes*, 23 de abril de 2020. <https://www.gatesnotes.com/Health/Pandemic-Innovation>
- Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.
- Hernández, Antonio María. "Presidencialismo y federalismo en Argentina". *Anales: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. 47, 2008, 67-106.
- Naciones Unidas - Oficina Alto Comisionado en Derechos Humanos. *Las medidas de emergencia y el covid-19: orientaciones*. 27 de abril de 2020.
- Nagel, Klaus Jürgen. "El federalismo alemán. ¿Más cooperación o nueva asimetría?". *Revista de Estudios Políticos*, 118 (2002): 65-99.
- Pritchett, C. Herman. *La Constitución americana*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1965.
- Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio. "El federalismo como forma de organización del Estado". En *Antologías para el estudio y la enseñanza de la ciencia política*. Vol. I: *Fundamentos, teoría e ideas políticas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, 211-238.

