

PREPRINT: Enrique Guillén López, “Un pequeño ensayo sobre un gobierno de coalición gobernando en tiempos de incertidumbre”, en Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, María Salvador Martínez, *División de poderes en el Estado de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2022. ISBN 9788413813233.

Un pequeño ensayo sobre un gobierno de coalición gobernando en tiempos de incertidumbre

Enrique Guillén López
Profesor Titular de Derecho constitucional
Universidad de Granada
enriqueg@ugr.es

- I. UNA CUESTIÓN PRIMORDIAL: LOS FINES DEL ESTADO
- II. ESTADO, SOCIEDAD Y PANDEMIA
- III. LOS DERECHOS
- IV. GOBIERNO. CUESTIONES DE LEGITIMIDAD. GOBIERNO DE COALICIÓN.
- V. GOBERNAR
- VI. CONCLUSIONES

I. UNA CUESTIÓN PRIMORDIAL: LOS FINES DEL ESTADO

El punto de partida de este análisis es la pandemia del Covid-19 que ha golpeado en nuestro mundo de una manera muy importante. No cabe cifrar su impacto solo en sus consecuencias inmediatas y más dolorosas (el número de víctimas que ha dejado¹) sino en el modo en que está obligando a revisar nuestra forma de relacionarnos, de entendernos².

En particular, en el modelo jurídico-político que compartimos ha tenido repercusiones muy importantes que tienen que ver con las funciones que esta catástrofe ha obligado a asumir al Estado, las necesidades sociales que él y -solo él- tiene que cubrir. En este sentido puede decirse que hay una nueva conceptualización de muchas de las ideas que habían venido circulando en el discurso dominante. 2020 será recordado por el desastre que obligó a cambiar todo el Plan Normativo Anual³. Pero sobre todo por haberse operado una transformación que ha afectado, al menos puntualmente, a nuestro modelo civilizatorio tal y como lo hemos entendido hasta diciembre del año 2019. Esta

¹ Que, por cierto, es una de las cuestiones batalladas. La primera de la larga serie que seguirá.

² En este sentido, es, a mi juicio, evidente, lo siguiente: 1) hemos virado de lo presencial a lo digital; En este sentido por vez primera en la historia estar en nuestras casas no ha significado estar aislados. La persona, que es siempre el referente del derecho, no efectúa esta transformación de la noche a la mañana y sin efectos traumáticos. Los que se hayan producido aun están por identificar plenamente. Ahora mismo solo contamos con indicios. 2) Nuestra dependencia de las tecnologías se ha acrecentado; 3) Se ha producido una nueva brecha que marca la distancia entre las personas que no han necesitado salir para continuar siendo productivos con el sistema y los que han mantenido o incluso acrecentado su presencia en las calles y establecimientos (repartidores, empleados de limpieza, reponedores de combustibles; empleados en supermercados...); 4) Se ha producido un replanteamiento de las relaciones entre los humanos y la naturaleza.

³ Solo hay que ver las diferencias entre las previsiones establecidas en el Plan Anual Normativo 2020 que aprobó el gobierno y figura en el Portal de transparencia (<https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7df7e523-7a89-47b2-8428-71e6fa878f8f/PAN-2020.pdf>) y la actividad efectivamente desarrollada.

reconfiguración tiene un alcance que excede con mucho de mis posibilidades. Ni siquiera la tengo todas conmigo al emprender una pesquisa mucho más modesta, circunscrita exclusivamente al derecho constitucional. Aun en este caso resulta palmario lo desbordante del objeto.

Así deberíamos comenzar constatando que pese a que algunas –pocas- cosas continúan pareciéndose a sí mismas, la nueva narrativa obliga a otorgarles un significado distinto. Forma de gobierno, sistema de fuentes, derechos fundamentales, división territorial del poder; potestades legislativas, reglamentarias, jurisdiccional ... nuestro instrumental está obligado a una reformulación para adecuarse a la gran novedad. Es un momento de gran tensión entre el ser y el deber ser; entre la obligación de prescribir y ordenar lo fáctico conforme a unos principios -de propiciar estructuras capaces de resolver los conflictos de acuerdo con valores constitucionales- y la natural tendencia a que sea la realidad la fuente de todas las exigencias. Desde este punto de vista se puede observar, entiendo, la polémica pretensión de quienes claman por una cada vez mayor restricción de los derechos fundamentales. Ese es uno de los problemas existenciales, podríamos llamarlos, de los estados excepcionales: que solo se declaran en contextos en los que hay una base social relativamente amplia, no solo capaz de soportar la limitación de sus derechos, sino que pugna por ampliar las restricciones. “La realidad”, se nos dice, “tiene razones que la razón del derecho ignora”.

Así a bocajarro podríamos decir que la crisis sanitaria obliga a repensar el entero entramado jurídico-político y que ya no nos vale con seguir ese funcionamiento inercial, ese continuismo, que es propio de los momentos en los que las pautas aquilatadas demuestran ser eficaces. Ya hace tiempo que el constitucionalismo está librando una batalla por su supervivencia bajo condiciones extremas⁴. Una serie de sucesivas crisis han mermado sus presupuestos culturales (por ejemplo, la doble y conectada esperanza en la razón y en el futuro que lo acompaña desde la Ilustración) que ya no pueden mantenerse cuando a su vez declina la confianza en la mejora de las condiciones económicas. El concepto de clase media ha venido desapareciendo desde hace años con la crisis del Estado social y con él buena parte del sueño colectivo. Las fracturas son enormes; la vulnerabilidad y el reconocimiento como conceptos vertebradores del discurso dominante presentan junto con su obvia acepción positiva una capacidad de exclusión innegable que tiene que ver, entre otras cuestiones, con sus conexiones con la sentimentalidad de la que se han adueñado los medios de comunicación para hacer caja. A este respecto cabe añadir que la opinión pública como institución está inmersa en un proceso delicadísimo de reformulación, que requiere también cambios normativos decididos pero extraordinariamente prudentes y garantistas⁵. Y en medio de todo esto llega un virus que la ciencia sigue sin controlar.

En este sentido, pensando en un elemento de articulación -no precisamente en una teoría que aun está por hacer- creo que la pandemia ha puesto ante nosotros sin delicadeza ninguna la cuestión de los fines del Estado y su capacidad para cumplirlos. Es una

⁴ Título de una monografía que recientemente ha visto la luz al cuidado de R. Albert y Y. Roznai, *Constitutionalism Under Extreme Conditions*, Springer, 2020. Cfr. tb. F. Balaguer Callejón, “El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas” en F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López, J. F. Sánchez Barrilao (eds.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Pamplona, Thomson Reuters. Aranzadi, 2020.

⁵ Lo que no es muy apreciable en la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional.

pregunta sobre el sentido del Estado y sobre la Constitución como su encarnación jurídico-política.

¿Para qué ha de servir el Estado en tiempos de pandemia? La doctrina (Schmitt-Assman) habla “de la existencia de una responsabilidad de garantía por parte del Estado a resultas de la cual los poderes públicos, dentro de los límites que establece el Derecho constitucional, tienen que actuar en aquellos casos en que, de no hacerlo, un determinado bien social quedaría sin un mínimo de protección”⁶. La normativa es coherente con este planteamiento y así, por ejemplo, el artículo 2.a) de la Ley 8/2011⁷, refiere que son servicios esenciales los necesarios para el mantenimiento de las funciones sociales básicas, la salud, la seguridad, el bienestar social y económico de los ciudadanos, o el eficaz funcionamiento de las Instituciones del Estado y las Administraciones Públicas. El Estado es, al menos y sobre todo, esto.

Así pues, entre las responsabilidades de garantía atribuidas al Estado está la de atajar un grave riesgo para la salud e integridad física de los habitantes de su territorio sin descuidar que las personas que han de tener un futuro puedan disfrutarlo con unas mínimas condiciones (en particular de equidad)⁸. Ese es, pues, su fin cuando se declara una pandemia como el Covid-19, y lo es aun cuando las circunstancias específicas de propagación de una pandemia hagan muy difícil el empeño. Siendo imposible avanzar por la bienintencionada propuesta de Ferrajoli⁹ de una Constitución mundial, observando ese epítome del fracaso del internacionalismo representado por la gestión de la OMS, quedándose la UE de nuevo por debajo de las expectativas que el sueño europeo convoca¹⁰, solo queda el instrumento históricamente concebido para satisfacer las necesidades sociales. El Estado se ha vuelto a hacer fuerte por carecer de alternativa. Ciertamente hemos podido decir durante años que estaba en crisis pero nada ha llegado para sustituirlo. Volvemos al Estado, pues, para pedirle que sea Estado –para que actualice la visión hobbesiana y nos provea de seguridad, en este caso y en el paradigma constitucional, de seguridad humana¹¹. Y con el Estado y ante una pandemia irrumpe de

⁶ E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003 p. 170.

⁷ Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas

⁸ Hay que precisar, por si no quedara completamente claro, que es extremadamente complejo de conseguir. Ya en su mera enunciación he añadido un aspecto relevante: vida vs economía no son los dos extremos de la decisión posible; no es correcto plantearlo así. La realidad se revela tan compleja y los principios a observar tan densos, tan determinantes, que las soluciones propuestas no podrán dejar de ser contestables (nunca, sean las que sean y de quien quiera que sea la responsabilidad) . Hay que ser enteramente conscientes de que no estamos ante posiciones fijas sino ante escenarios en los que el mejor procedimiento será aquél que permita aflorar de forma abierta todas las perspectivas en juego.

⁹ <https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html>

¹⁰ Sin embargo, creo que en este apartado específico es preciso resaltar algo que no ha sido destacado suficientemente en las descripciones que hasta el momento se ha hecho de las acciones de gobierno sobre la crisis. Me refiero a toda la actividad de la UE para mantener en todo momento abastecidos los mercados de los productos esenciales. Los llamados corredores verdes han funcionado a la perfección y, al menos, y puede que solo desde este punto de vista, la gestión de la crisis ha sido un éxito indiscutible. Cfr. Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales 2020/C 86 I/01. Diario Oficial de la Unión Europea L C186/1, 16 de marzo del 2020

¹¹ Sobre este concepto, Cfr. *Teoría y práctica de la Seguridad Humana. Aplicación del concepto de seguridad humana y el Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad de los Seres Humanos*. Disponible en línea en

forma definitoria el interés general y el gobierno del mismo¹². Sin otra opción, entiendo, durante la crisis sanitaria se ha hecho evidente que la separación entre instituciones públicas y sector privado que satisface intereses, necesidades y derechos de los ciudadanos es meramente instrumental y que es necesario, en este momento, un funcionamiento armónico dirigido por quien determina de forma primaria el interés general¹³, lo que en modo alguno significa desconocer la capital función desempeñada por particulares^{14 15}.

En definitiva, se exige al Estado, en el momento de su aparente canto del cisne, que dé su do de pecho.

II. ESTADO, SOCIEDAD Y PANDEMIA

<https://www.unocha.org/sites/dms/HSU/Publications%20and%20Products/Human%20Security%20Tools/Human%20Security%20in%20Theory%20and%20Practice%20Spanish.pdf>

¹² Sobre la articulación de intereses públicos, privados e interés general, son de suma utilidad las palabras de Schmidt-Asmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, op. cit. pp. 165-166.

¹³ Concretamente en sectores como la sanidad o en la atención a mayores, que son atendidos por centros de titularidad pública o privada la normativa ha procedido a encuadrar su actuación conforme a las mismas reglas, considerándolos bajo el paraguas de “operadores de servicios esenciales” (art. 18.2 del Real Decreto 463/2020).

¹⁴ En lo que se refiere la forma en la que los poderes públicos reconocen y cuentan con la función desempeñada por el asociacionismo en la satisfacción de necesidades sociales hay que destacar la intervención normativa para asegurar una muy pronta percepción de subvenciones a los actores del llamado tercer sector de acción social. Real Decreto-ley 33/2020, de 3 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo a entidades del Tercer Sector de Acción Social de ámbito estatal en cuya Exposición de motivos se indica: “Resulta innegable que en la provisión del bienestar social las entidades del Tercer Sector de Acción Social vienen desempeñando, desde hace décadas, un papel de creciente importancia, en colaboración y con el impulso y el apoyo de las administraciones públicas. Actualmente, la acción de las entidades del Tercer Sector de Acción Social constituye un apoyo fundamental para la realización efectiva de los derechos sociales, especialmente entre la población en riesgo de exclusión social”.

¹⁵ Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En concreto se señala en el art. 1: “Primero. Objeto y ámbito de aplicación.

Constituye el objeto de la presente Orden el establecimiento de medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información para todos los centros de servicios sociales de carácter residencial (centros residenciales de personas mayores, personas con discapacidad u otros centros de servicios sociales de análoga naturaleza), ya sean de titularidad pública o privada, y que se encuentren en territorio nacional.

A los efectos de lo previsto en la presente Orden, los centros de servicios sociales de carácter residencial de titularidad privada tendrán la consideración de operadores de servicios esenciales con los efectos previstos en el artículo 18.2 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”. En materia de establecimientos sanitarios cfr. el Artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. “Mantenimiento de actividad de centros sanitarios y centros de atención a personas mayores.

1. Durante la vigencia del estado de alarma acordado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus posibles prórrogas, se entenderán como servicios esenciales para la consecución de los fines descritos en el mismo, cualquiera que sea la titularidad, pública o privada o el régimen de gestión, los centros, servicios y establecimientos sanitarios, que determine el Ministerio de Sanidad, así como los centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, en los términos especificados por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030”. La referida determinación se lleva a cabo en la Orden SND/310/2020, de 31 de marzo, por la que se establecen como servicios esenciales determinados centros, servicios y establecimientos sanitarios.

De acuerdo con lo anterior el existencial cometido al que está emplazado el Estado, aquel órgano que tiene encomendada la función de dirección política (art. 97 CE), y en particular, el Presidente del Gobierno como órgano que dirige y coordina la acción de los miembros del mismo (art. 98 CE) es proveer de seguridad a los ciudadanos, de seguridad humana.

En este sentido el sistema ha mostrado carencias. Hemos observado con impotencia como la pandemia ha escapado de su control. A su primera ola le están sucediendo otras y en el momento en el que se corrigen estas líneas la esperanza de normalidad todavía es un acto de fe.

Desde el punto de vista jurídico-político una de las cuestiones más relevantes que a mi juicio se están poniendo de manifiesto durante es la crisis tiene que ver con las relaciones Estado y sociedad, una cuestión que presenta múltiples y complejos matices derivados fundamentalmente de que para asegurar el fin que corresponde al Estado es necesario controlar de una manera muy incisiva el comportamiento social¹⁶, alterando en alguna medida la relación habitual entre derechos y deberes.

Ciertamente, durante los momentos normales, la libertad, las libertades, el juego recíproco de los derechos, son la seña de identidad de nuestros sistemas constitucionales. Sin embargo, en épocas de crisis deben comparecer otras categorías cuya invocación constitucional es por diferentes razones mucho más tangencial, lo que no les aboca, ni mucho menos, a la insignificancia. No se trata, evidentemente, de olvidar que son los derechos los que identifican los modelos jurídico-políticos en la tradición cultural occidental pero sí de reconocer que deberes y responsabilidades son piezas clave para la superación de las crisis. Digámoslo claro: las recomendaciones, que se han revelado como una pieza clave de la respuesta jurídica propuesta en las norma, no pueden cumplir mínimamente su función si no se han asentado previamente las categorías de deberes y responsabilidad.¹⁷

Pero la afortunadamente larga sombra que viene proyectando el constitucionalismo como constructo ideológico basado en la desconfianza del poder y en la garantía de la

¹⁶ De hecho esta circunstancia ha permitido una reordenación de la taxonomía de los modelos sociales y políticos: de un lado estarían los capaces de ejercer una compulsión directa efectiva o de estimular los resortes de la responsabilidad social colectiva; y de otro los que muestran más debilidades en ambas esferas. Entre los segundos se incluirían las democracias occidentales, con un sustrato claramente individualista, raíz a su vez de todo el sistema de derechos y libertades. El modelo exitoso se localizaría en el Este: China, Japón, Corea. Oriente, en definitiva, se contempla como un paradigma de eficacia. Ver en este sentido las observaciones de Byung Chul Han, https://elpais.com/ideas/2020-10-24/por-que-asia-le-va-mejor-que-a-europa-en-la-pandemia-el-secreto-esta-en-el-civismo.html?event_log=oklogin&o=CABEP&prod=REG. Sobre la fascinación por el modelo Chino nos habla ya J. L. Requejo Pagés, *La agonía de la democracia*, Oviedo, KRK, 2020, p. 17

¹⁷ Cfr. de manera paradigmática la Orden de 8 de noviembre de 2020, por la que se modulan los niveles de alerta 3 y 4 como consecuencia de la situación crítica epidemiológica derivada del COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Andalucía:

“Artículo 9. Principio de precaución.

1. En tanto se mantenga la actual situación de crisis sanitaria provocada por la pandemia de COVID-19, todos los ciudadanos deberán desarrollar sus actividades, de cualquier índole, conforme al principio de precaución con objeto de prevenir la generación de riesgos innecesarios para sí mismos o para otros y de evitar la propagación del virus causante de la pandemia.

2. La ciudadanía deberá colaborar activamente en el cumplimiento de las medidas sanitarias preventivas establecidas en esta orden.

3. Se recomienda a todas las personas que permanezcan en casa”.

autonomía de las personas hace que el derecho no pueda presentarse meramente como el orden coactivo capaz de exigir el cumplimiento de los deberes. La observancia generalizada de las normas solo puede concurrir si se considera por la mayoría legítima¹⁸. En este contexto de catástrofe sanitaria se ha hecho evidente que si la ciudadanía no llega a apreciar como aceptables las limitaciones impuestas (si no llega a asumir que se estaban restringiendo derechos pero no lesionándolos) no hubiera sido posible controlar la desobediencia. Una manifestación clara de esta convicción se ve en la propia estructura de las fuentes reguladoras que en muchos casos tienen una exposición de motivos desusadamente extensa¹⁹. Además de ser indiscutiblemente un elemento de contextualización del eventual control jurisdiccional, tales exposiciones quieren llevar a la ciudadanía por los caminos no enfrentados de la ética de la convicción y de la responsabilidad. Han intentado aportar una racionalidad última a las decisiones (que en algunas ocasiones han estado lejos de apreciarse como un conjunto dotado de unidad, coherencia y plenitud) En definitiva, contar con los destinatarios de la norma en un estado de emergencia es fundamental para asegurar la eficacia de la misma, un concepto clave en el estudio de las fuentes del Derecho.

III. LOS DERECHOS

Pero en cualquier caso esta apelación a los deberes y a los responsabilidades no nos debe llevar a olvidar que el concepto clave de la agenda de gobierno, de la ejecución, es el de derechos, incluso durante las crisis. Si no estaríamos poniendo en jaque el entero modelo constitucional²⁰.

Es fácilmente comprensible, así, que buena parte de las polémicas producidas en relación con la gestión de la crisis sanitaria hayan basculado en torno a problemas relativos a derechos²¹. Veamos: de su centralidad estructural se ha derivado directamente una afectación negativa de algunos derechos para garantizar el único que no se considera limitable (el que protege la vida y la integridad física) En este sentido habría que decir que es seguramente la primera vez en la historia en la que el riesgo de perder la vida de un número significativo de personas (especialmente vulnerables, de un lado, e improductivas, desde el punto de vista económico) se ha puesto por encima de toda otra consideración para paralizar las economías de todos los países.

¹⁸ Podríamos señalar con Requejo, las especiales dificultades que presenta este aspecto ya que estamos en un momento en el que la democracia suele declinarse como una “ensoñación que exime al ciudadano de la obediencia a la ley que le disgusta, legitimándole para cuestionar la legalidad a cada instante y exigir su revisión permanente, en un procedimiento legislativo siempre abierto e inacabado”. *La agonía de la democracia*, op. cit. p. 27.

¹⁹ Un ejemplo muy evidente lo encontramos en la Orden de la Junta de Andalucía de 14 de octubre de 2020, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19, en los centros docentes universitarios y en los colegios mayores y residencias universitarias de la localidad de Granada que cuenta con más de tres páginas justificatorias y apenas una de disposiciones. Tal circunstancia no hace sino respetar el sentido del artículo 129.1 de la Ley 39/2015 que establece: “En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”.

²⁰ Esto marca completamente la forma en la que el estado debe intervenir para responder a una crisis sanitaria. En efecto, el estado administrador que exige una pandemia no puede ser equivalente al Estado que en el XIX administraba desde la posición de subordinación del individuo

²¹ Podría decirse que el triunfo de la idea de derechos es en buena medida causante de que las decisiones a tomar hayan estado inmersas en un proceso de cuestionamiento constante.

Así las cosas la preservación del derecho a la vida y a la salud ha sido el presupuesto que ha habilitado a los poderes públicos a adoptar una gran batería de medidas limitativas de otras esferas. El ejercicio de estas potestades ha puesto coto a procesos electorales²² (art. 23 CE), a reuniones y manifestaciones (art. 21 CE), a asistencia a actos de culto (art. 16 CE). Con ser importantes estas afectaciones a condiciones como las de elector, ciudadano comprometido, o fiel, o mucho me equivoco, o no han sido estos aspectos los que han sido percibidos por las personas del montón como más intrusivos. Es cuando con el paraguas de las limitaciones al derecho de circulación y la obligatoriedad de las medidas de distanciamiento social se suspenden viajes, reuniones, fiestas, se cierran bares, se impiden besos en la calle, cuando resulta modificada toda una forma de vida que tiene como distintivos básicos el hedonismo y la seducción²³. Puede observarse así la diferencia sustancial que media entre gobernar una pandemia en función del papel de los derechos ocupen y en función del tipo de derechos que una sociedad considere más representativos de su forma de vida. Es evidente que las potestades públicas son mucho mayores en contextos en los que la autonomía individual no está bien definida. También parece claro que las sociedades que tienen en tan alta estima el placer y la atracción van a resultar mucho más afectadas (personal y colectivamente) por medidas como las dictadas desde el mes de marzo de 2020 que, por ejemplo, aquellas cuyos ritmos no estén tan marcados por el consumo y la diversión²⁴.

Pero el derecho a la vida y a la integridad física no solo ha generado tensiones en sus relaciones con otros derechos. Digamos que también en su fuero interno también se ha visto envuelto en convulsiones provocadas por circunstancias como las del acceso a los respiradores artificiales en aquellos momentos en los que había más necesitados que mecanismos²⁵. Ello ha llevado a discutir seria y profundamente sobre el sentido de la

²² Decreto 7/2020, de 17 de marzo, del Lehendakari, por el que deja sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento Vasco del 5 de abril de 2020, debido a la crisis sanitaria derivada del Covid-19, y se determina la expedición de la nueva convocatoria; y Decreto de la Presidencia de la Xunta 45/2020, do 18 de marzo, polo que se deixa sen efecto a celebración das eleccións ao Parlamento de Galicia do 5 de abril de 2020 como consecuencia da crise sanitaria derivada do COVID-19.

²³ G. Lipovetsky, *Gustar y emocionar. Ensayo sobre la sociedad de seducción*, Barcelona, Anagrama, 2020.

²⁴ Un “toque de queda” (por utilizar la fórmula popularmente adoptada) no es muy incapacitante, por ejemplo, en entornos rurales con personas que han dedicado su jornada a labores agrícolas pero tampoco en una ciudad mediana en los años 50 españoles, con pocos locales abiertos y apenas dinero de sobra para gastar. En cambio, hoy las actuaciones de parlamentos y gobiernos han atacado a la línea de flotación de los países, a la diversión como concepto y a toda la economía que genera en torno a él una enormidad de recursos.

²⁵ Pueden verse así el “Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-COV-2”, disponible en https://www.msbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf; y las “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las Unidades de Cuidados Intensivos” de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias. Disponible en <https://semicyuc.org>. Acerca de esta última cuestión es muy interesante el trabajo de P. De Lora, “No es respirador para viejos? Sobre la “ética del bote salvavidas” y la COVID-19”, *Letras Libres*, Marzo de 2020 (Disponible en <https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/no-es-respirador-viejos-sobre-la-etica-del-bote-salvavidas-y-la-Covid-19>). Resulta interesante plantear que estos criterios no han sido integrados formalmente en el ordenamiento en una fuente del Derecho, con buen criterio, desde nuestro punto de vista, porque muy complejo tendría el Tribunal constitucional en la eventualidad de un control de la misma no responder de la misma manera en que lo hizo su homólogo alemán (BverfG, 1 BvR 357/05 de 15.02.2006) cuando tuvo que evaluar la “Ley de Seguridad Aérea” (Luftverkehrs- heitsgesetz). Cfr. J. Habermas, “La idea de dignidad humana y la

titularidad de los derechos, discusión que dista de estar acabada. Básicamente se planteó así: ¿tener la misma cualidad jurídica de persona, titular de derechos, puede suponer un distinto nivel de prestaciones por parte de los poderes públicos que tienen encomendada su protección? ¿Es menos titular del derecho a la vida un anciano al que se posterga en un respirador para conectar a una persona con más esperanza teórica de vida? No es medicina. Son derechos. No es mera técnica. Es política²⁶.

Reparemos también en otro aspecto. Los derechos, que anteriormente tenían a un sujeto básicamente unitario por categoría de referencia ahora exigen considerar –entre otras; no hay pretensión alguna de exhaustividad - las necesidades de mayores, de menores, de menores en condiciones desfavorecidas²⁷, de mujeres en situación de riesgo por violencia de género²⁸, de personas sin hogar o aquejadas por diversas discapacidades²⁹; de personas con problemas de salud (entre los que cabe incluir las diversas drogodependencias³⁰), de inmigrantes en situación irregular³¹. Un seguimiento de la ingente normativa dictada desde el primer Estado de alarma muestra fácilmente cuántas categorías hay que diferenciar para ordenar la realidad y, en concreto, la movilidad, así como el juego muy especial que tiene que tener la noción de la vulnerabilidad para examinar la incidencia objetiva y real de la pandemia en ciertos colectivos³².

El paradigma de la vulnerabilidad, ya pujante antes de la pandemia, se ha erigido, en efecto, como uno de los principales imperativos en la actuación de los poderes públicos³³. Podemos apreciar su sentido y la forma en que se manifiesta reparando en las residencias de personas mayores y la forma en la que ha impactado la Covid. No son solo las tremendas cifras de mortalidad sino las circunstancias que han rodeado el fin de la vida de tantos mayores³⁴. Si se coloca el foco en esta situación concreta es posible

utopía realista de los Derechos Humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 105-121

²⁶ Contrariamente al punto del Manifiesto “En salud, ustedes mandan pero no saben” que señala “Asimismo, deben ser sólo las autoridades sanitarias, “sin ninguna injerencia política”, las que establezcan las prioridades de actuación con respecto a otras enfermedades, cambios organizativos y provisiones adecuadas a cualquier patología, sea cual sea la edad de los pacientes y su nivel socio-económico”. <https://www.semfy.com/en-salud-ustedes-mandan-pero-no-saben/>

²⁷ Esta perspectiva está presente, por ejemplo, en decisión política que ha insistido en mantener la presencialidad en la educación obligatoria. Cfr. Orden EFP/561/2020, de 20 de junio, por la que se publican Acuerdos de la Conferencia Sectorial de Educación, para el inicio y el desarrollo del curso 2020-2021

²⁸ Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género

²⁹ Pensemos, por ejemplo, en la problemática de las personas hipoacúsicas a las que las mascarillas no les permiten leer los labios. Cfr. la regulación de las mascarillas transparentes en la Orden CSM/115/2021, de 11 de febrero, por la que se establecen los requisitos de información y comercialización de mascarillas higiénicas.

³⁰ La apertura de los estancos prevista en el artículo 10.1 del Decreto 463/2020.

³¹ <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/acogida-inmigrantes-la-pandemia/>

³² M. Presno Linera, “Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 86-87, 2020.

³³ Considerar la vulnerabilidad como uno de los paradigmas puede servir no solo para evaluar este menesteroso presente sino para comprobar que los problemas actuales son un afloramiento violento de deficiencias sistémicas en las que no se había reparado debidamente.

³⁴ Pocas disposiciones pueden causar más pavor que el quinto de la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19: “Concurrencia de situaciones excepcionales.

advertir la enorme complejidad que ha de tener en cuenta una eficiente ejecutoria de la crisis sanitaria. Por ejemplo, es evidente que la salud y la integridad física de estas personas es un derecho que requiere una actuación activa y de vigilancia por parte de quienes están a su cuidado. Pero debe ser también contemplado que la medida de aislamiento físico del exterior y confinamiento en sus habitaciones -que puede entenderse desde el punto de vista epidemiológico más adecuada- es posible que deteriore las condiciones anímicas de personas (por tanto su integridad moral) que se saben, ciertamente, al final de su vida y que necesitan del contacto con sus seres más queridos³⁵.

No podemos soslayar el papel del principio de igualdad. En una crisis, que exige una proliferación de medidas restrictivas de derechos (por ejemplo, los relativos a la libertad de empresa al determinar el cierre de algunas actividades consideradas al tiempo como no necesarias y posiblemente favorecedoras de los contagios) el principio de igualdad va a desempeñar una posición determinante. Desde luego, desde el punto de vista meramente jurídico, tienen que quedar acreditadas que todas las diferencias de tratamiento cuentan con una justificación objetiva y razonable, algo que es ciertamente muy complicado ya que las urgencias con las que las medidas tienen que adoptarse son campo abonado para el error. En este sentido hemos podido comprobar como se han sucedido en muy poco tiempo correcciones de las normas originarias que pretendían subsanar imprevisiones³⁶. En cualquier caso es constante el goteo de agravios y muchos

1. Cuando concurra alguna de las situaciones excepcionales que se relacionan a continuación, todos los centros residenciales objeto de esta Orden deberán comunicarla de inmediato a las correspondientes Consejerías de Servicios Sociales y de Sanidad de la comunidad autónoma, así como a la Delegación o Subdelegación de Gobierno que corresponda a fin de recabar el auxilio urgente disponible para dar respuesta a la situación concreta:

a) Imposibilidad, por ausencia de medios personales, materiales, circunstancias físicas o de otra índole, para cumplir con lo indicado en la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio- sanitarios, y especialmente en lo relativo a las normas de aislamiento.

b) *Imposibilidad para gestionar adecuadamente la conservación y retirada de cadáveres por acumulación y/o ausencia de servicios funerarios disponibles.*

c) Cualquier otra circunstancia análoga que ponga en grave peligro la integridad y sostenimiento del servicio que se presta”.

³⁵ En otras palabras, estaríamos hablando de contemplar la alternativa entre morir de pena o morir de Covid, por ejemplo cuando un anciano tiene 90 años. Esta matizada visión, que es un afortunado signo de los tiempos, ha encontrado desde el comienzo un hueco normativo como puede verse con la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Todavía está en cuestión, sin embargo, la respuesta y así puede verse en el modo en que en el Acuerdo 78/2020, de 3 de noviembre, de la Junta de Castilla y León, por el que se declara el nivel de alerta 4 para todo el territorio de la Comunidad de Castilla y León y se adoptan medidas sanitarias preventivas de carácter excepcional para la contención de la Covid-19 en la Comunidad de Castilla y León (BOCYL no 229/2020, de 4 de noviembre) no ha sido ratificado por el Auto de la Sala de lo contencioso del TSJ de Castilla y León de 6 de noviembre de 2020 por entender que la intensidad restrictiva de los derechos de los mayores en residencias excede de la que podría acordarse por una disposición de ese rango. Se esté o no de acuerdo con lo que dispone lo cierto es que el auto pone en énfasis en la especial situación de vulnerabilidad de este colectivo: “Las personas mayores, que viven en centros residenciales, son ciudadanos como los demás con los mismos derechos y cuya especial vulnerabilidad frente a la enfermedad transmisible de que se trata merece la adopción de cuantas medidas de toda índole sean precisas para hacer efectiva su protección, no necesariamente mediante una restricción mayor que el resto de los ciudadanos de sus derechos fundamentales” (FD 4º).

³⁶ Por ejemplo, la sucesión de normas ordenadoras, sobre todo de las diferentes fases de la desescalada o la Corrección de errores de la Orden de 8 de noviembre de 2020, por la que se modulan los niveles de

de ellos cuentan con razones suficientes que tendrán que ser examinadas en el planteamiento de los recursos judiciales correspondientes³⁷.

El capítulo de afectaciones de derechos no se acaba, obviamente, aquí. Evidentemente destacan con voz propia las cuestiones relativas al derecho a la circulación (objeto especial de las medidas restrictivas establecidas durante los Estados de Alarma) y en especial la difícil precisión entre las medidas de limitación del derecho a la libertad de circulación y las de la libertad deambulatoria. Al respecto se ha planteado una polémica rica, con una proyección práctica evidente ya que en definitiva se trataba de ver si el estado de alarma era suficiente base jurídica o era necesario pasar al estado de excepción³⁸.

Y no debemos dejar de observar la afectación de un derecho más instrumental como es el que reconoce el derecho a comunicar y recibir una información veraz (art. 20.1 d). Se han leído amargas y fundadas críticas por parte de ciertos profesionales de la información -especialmente de la imagen- quejándose de no haber podido informar debidamente de lo ocurrido. Los cambios en la conceptualización de la opinión pública, los efectos que sobre esta han tenido las redes sociales, la proliferación de discursos disolventes (como el negacionista); la actuación y el control de los medios de comunicación clásicos, los condicionamientos derivados de su financiación pública o privada y su repercusión en el tratamiento de la información han adquirido perfiles nuevos y más inquietantes con la pandemia.

IV. GOBIERNO. CUESTIONES DE LEGITIMIDAD. GOBIERNO DE COALICIÓN

1. El gobierno. Una contextualización. Crisis del estado social. Partidos precarios y gobernanza.

alerta 3 y 4 como consecuencia de la situación crítica epidemiológica derivada del COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

³⁷ Puede verse, por ejemplo, en la circunstancia de que el Decreto del Presidente 9/2020, de 8 de noviembre, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2 permita continuar abiertas a las librerías y no a los establecimientos de venta de discos. Pero pensemos en otros supuestos como los confinamientos domiciliarios en pequeñas localidades rodeadas de montañas y espacios para el paseo solitario, ¿tiene sentido la restricción? ¿Puede considerarse como válida la razón de no hacer aun más gravosa moralmente la situación de quienes no tenían la suerte de vivir en condiciones tan favorables? ¿Es la cohesión social argumento suficiente para obligar a quienes no ponen en peligro la salud pública a quedarse en casa?

³⁸ Irrumpió así el debate limitar derechos/suspender derechos, que consumió una buena parte de los esfuerzos de la comunidad científica durante los primeros períodos de vigencia del Estado de Alarma con contribuciones como las de M. Aragón (https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html) o P. Cruz (https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html). Sobre esto, cfr. J.F. Sánchez Barrilao y E. Guillén López, “La crisis sanitaria originada por el COVID-19 y el Real Decreto 463/2020 declarando el estado de alarma para abordarla”, en F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López, J. F. Sánchez Barrilao (eds.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, op. cit.

El gobierno que surge de las elecciones de 2019 nace en un contexto de crisis de los partidos clásicos³⁹ que entronca con una transformación mucho más amplia. Efectivamente, en el momento actual, el Estado ya no es proveedor directo de servicios, Ha ganado la partida la idea de estado garante⁴⁰. Eso significa que no son los partidos la realidad última que puede servir de referente, la que expresa el pluralismo tal y como establece el artículo 6 CE. Pueden ganarse las elecciones pero no se admite en igual medida que durante los tiempos dorados del Estado de partidos la capacidad de establecer de acuerdo con su programa la definición de los intereses generales. Es la sociedad civil (sociedades mercantiles, asociaciones, agrupaciones de intereses...) la que ha suplantado a las asociaciones políticas que en buena medida son consideradas como obstáculos en el logro de una acción de definición coral de los intereses generales, legítima y eficaz. De esta forma la verticalidad resulta anatemizada; las medidas requieren ser consensuadas. La lectura de la democracia pasa a ser, no la del gobierno del que tiene la legitimidad democrática ganada en las urnas para determinar cómo debe ser regulado un sector del ordenamiento, sino la de aquel método que supone el pacto del que son finalmente responsables autores y destinatarios de las normas (sin que se sepa diferenciar bien estas dos categorías). Ya no hay gobierno⁴¹ sino gobernanza⁴². Evidentemente esto desplaza la lógica electoral como detonante de las transformaciones políticas puesto que la variabilidad que se observa en la sociedad civil es mucho más paulatina. Frente a lo antojadizo de las urnas aparecería la verdadera y estable constitución material⁴³ que no podemos olvidar que, en el fondo, no es sino una traslación de las fuerzas de poder presentes en la sociedad. La sociedad civil capaz de influir no es la sociedad civil clásica del constitucionalismo que actúa a través de los partidos, sindicatos y organizaciones empresariales, asociaciones bien acabadas y controladas que además han de hacer digeribles sus pretensiones en el marco de un discurso global, de un proyecto de país. Hoy son otras estructuras menos predecibles o encuadrables las que se entretienen con el Estado. Suelen expresar también el predominio de la idea de decisión eficaz frente a decisión política⁴⁴ lo que supone un descrédito de la política frente a lo técnico, en definitiva el predominio de la tecnocracia frente a la democracia.

2. El gobierno de coalición y la oposición

Apenas es necesario recordar las circunstancias que han rodeado la formación del nuevo gobierno pero sí que es importante dejar de manifiesto que una parte del espectro político de este país lo considera ilegítimo desde su nacimiento; esto es, carente de la legitimidad de origen que es el presupuesto para poder cuestionar la legitimidad de

³⁹ De los partidos clásicos (previsibles, articulados, controladores estrictos de la disensión interna) propios de un modelo de democracia representativa a los partidos contemporáneos (“gestores de la ocurrencia” en palabras de J.L. Requejo, “De la esencia y valor de la democracia, cien años después”, *REDC*, n°118, 2020, p. 315), en cuanto que enganchados de forma permanente a sus bases, que son a los líderes lo que el macro concepto Pueblo a los nuevos teóricos de la democracia directa.

⁴⁰ L. Parejo Alfonso, *Estado y derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del estado social de soberanía limitada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

⁴¹ Si acaso solamente en algunas esferas como puede ser la seguridad y, aun así, en esos casos, la ley de seguridad privada (la ley 5/2014, de 4 de abril) admite la implicación de la “sociedad civil”

⁴² N. Ofuji, “Du gouvernement à la Gouvernance: Ce que signifie l’acquisition de la confiance”, *Annales Fac. Strasbourg*, n° 8.

⁴³ J. Jiménez Campo, “Contra la constitución material” , en F. Balaguer Callejón, *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1997.

⁴⁴ T. Kimura, “L’évolution des prises de décision: du choix politique au choix efficace”, *Annales Fac. Strasbourg*, n° 8

ejercicio. Este gobierno sería pues, una continuación perversa de una operación que se gestó con la moción de censura que materialmente pudo ser considerada como inconstitucional no siendo la carencia de mecanismos para impugnarla un óbice definitivo para tal juicio⁴⁵. Gobernar con un gobierno al que se le niega su legitimidad es en sí una circunstancia lo suficientemente grave y que necesita ser consignada para apreciar la salud de nuestra democracia. Para unos está en crisis porque el gobierno pretende destruir la constitución; para otros está en crisis porque una parte de la oposición cree que el gobierno es ilegítimo.

El Gobierno de Pedro Sánchez es el primer gobierno de coalición de nuestra historia reciente y es, por tanto, también el primero al que le toca en suerte declarar un Estado excepcional, que supone por esencia una reordenación de potestades en una dirección unificadora. Este ejecutivo está compuesto por miembros de diferentes partidos e independientes no han ahorrado a la ciudadanía desde su inicio discrepancias de criterio⁴⁶ tanto sobre cuestiones existenciales de nuestra forma de Estado (como la inviolabilidad del Monarca) como sobre el cumplimiento del programa de gobierno. Un gobierno en el que hay tentativas de apoyarse para sacar sus proyectos de leyes en fuerzas políticas distintas a las que se integran en el ejecutivo⁴⁷.

Pues bien, este gobierno tiene que gestionar una crisis sanitaria que tiene todos los visos de convertirse en el inicio de una nueva era. Cobra aquí todo el sentido que se declinen los principios del constitucionalismo de crisis que se derivan de los artículos 55.1 y 116 CE⁴⁸. Provisionalidad, dirección política gubernamental, eficacia, proporcionalidad control político del Congreso. Durante el constitucionalismo de crisis el binomio unidad/pluralismo se vence hacia el primero de los términos. La forma de gobierno se inclina hacia el ejecutivo; el sistema de fuentes hacia el reglamento⁴⁹; la estructura territorial del Estado hacia el centro; los derechos hacia sus márgenes... Los riesgos que el sistema corre son muchos. Demasiada crítica tenderá a mermar la eficacia; demasiado énfasis en la unidad de acción puede privar el debate de elementos necesarios para poder valorar todas las alternativas. No es raro que se apele al carácter balsámico de la ciencia y de la técnica para encontrar algún asidero firme. Los comités de expertos que nunca existieron son su vergonzante expresión⁵⁰.

⁴⁵ F. Simón Yarza, “De la investidura convulsa a la moción de espíritu destructivo”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 116, 2019, págs. 111-136.

⁴⁶ Cfr. entre otros los problemas aventados en el proceso de elaboración de la Ley de Libertad sexual, sobre la orientación de la reforma laboral, sobre la ley trans, o las medidas de fomento del derecho a la vivienda.

⁴⁷ Este gobierno de coalición tiene dos almas: la de quienes mantienen un espíritu sustancialmente conservador de lo existente y la de quienes entienden que es necesaria una transformación antropológica radical para encarar con éxito los grandes retos que se presentan en materias como la relación del humano con la naturaleza (medio ambiente, cambio climático) e igualdad y no discriminación (igualdad de género, reconocimiento de diferentes identidades). Es este elemento el que provoca las mayores distorsiones decisionales y comunicativas, constituyendo último nexo de unión la convicción de los socios de gobierno de que las fuerzas situadas a la derecha del PSOE no comparten en absoluto los presupuestos básicos.

⁴⁸ Y que tan bien desgranó P. Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.

⁴⁹ Si bien procede recordar que son de naturaleza legislativa los decretos del gobierno que declaran el estado de alarma (STC 83/2016)

⁵⁰ En la Resolución del Gobierno de 28 de diciembre de 2020 dictada en respuesta al expediente remitido por el Consejo de transparencia figura: “En primer lugar, señalar que, bajo la denominación de “Comité Científico Técnico COVID-19”, no se ha producido la creación o existencia de un órgano colegiado, en

En suma, el conflicto, esencia de la política, se exagera los momentos calamitosos.⁵¹ Y la agenda pasa a estar dominada solo por este hecho; el resto de las iniciativas -las postergadas, las finalmente emprendidas- encuentran su sentido a partir de él. El foco se fija en el paréntesis que supone la excepcionalidad. El gobierno al que corresponda dirigir la política en este período resultará marcado. Si el gobierno es de coalición la marca será, probablemente, indeleble.

Pero no escapará de esta dinámica la oposición. No podemos soslayar que el gobierno es plural cuando el parlamento es plural y que ello hace difícil el consenso tanto para gobernar como para oponerse a la acción de gobierno. Parece evidente, si bien suelen olvidarlo quienes hacen una oposición que se limita a la contestación. Ante, por ejemplo, una moción de censura, adecuadamente concebida como constructiva, controlar al gobierno revela dificultades parecidas a las que tiene un gobierno de coalición en dirigir la política.

V. GOBERNAR

Ciertamente gobernar es una función extremadamente compleja y no cabe su descomposición artificial en las tres previsiones que refiere el artículo 97: dirigir la política, que está muy lejos de constituir una potestad *strictu sensu*, y dos que sí se identifican expresamente como tales: la ejecutiva y la reglamentaria.

Voy a hacer una serie de precisiones, a mi juicio fundamentales, para caracterizar lo que yo entiendo que debe ser el objeto de este trabajo que es reparar concretamente y encuadrar bajo parámetros ciertos –más que valorar- la acción de gobierno bajo la crisis sanitaria.

1. Gobierno, saber e incertidumbre.

La función de gobierno exige conocer el objeto que se aborda; el campo social al que se han de dirigir las indicaciones para lograr la consecución de los intereses generales de acuerdo con lo establecido en el marco constitucional. Esta debería haber sido la contribución de la ciencia durante la crisis del Covid-19. Pero, en este sentido, ha de indicarse que la acción de gobierno se ha visto lastrada. La ciencia no le ha aportado el conocimiento suficiente de la realidad a gobernar⁵². Sería una lista bastante extensa la de las noticias con avales científicos que se han sucedido durante estos meses desacreditándose unas a otras; en relación con la utilidad de las mascarillas, sobre la inmunidad de rebaño, sobre la transmisibilidad animales-humanos, sobre la permanencia de anticuerpos entre los infectados, sobre el papel de los asintomáticos...

los términos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”. Cfr. la Resolución 666/2020 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

⁵¹ “Las discusiones sobre la constitucionalidad del confinamiento, el cierre de negocios, la protección de datos o el reforzamiento de los Ejecutivos no son una cortina de humo. Todo lo contrario, poseen un significado constitucional central al margen del resultado que se obtenga en la valoración de las medidas concretas. Discusiones que además han de completarse de manera urgente a través del derecho constitucional de la Unión”, A. Farahat, “Contra el anhelo apocalíptico. En defensa de una esperanza práctica en tiempos de crisis”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 33, 2020.

⁵² En este sentido, M. Azpitarte Sánchez, “Coronavirus y derecho constitucional. Crónica política y legislativa del año 2020”, *REDC*, en prensa.

Puede decirse así que estamos ante un escenario canónico de sociedad del riesgo⁵³ en cuanto que referido a “situaciones en las que no se puede calcular la probabilidad de que se produzca una variante conocida (incertidumbre en un sentido amplio), o en las que ni siquiera es predecible el curso de los acontecimientos o sus consecuencias (incertidumbre en sentido estricto)”⁵⁴. La incertidumbre es la categoría esencial de este período. La incertidumbre, el gran tabú del derecho, debe ser gobernada por el derecho⁵⁵.

En conclusión, la ciencia no ha esclarecido el panorama como cuando los físicos y astrónomos demostraron con datos la posibilidad de la exploración del espacio como opción política. Ciencia y tecnología no son suficientes para despejar la incertidumbre radical que es la categoría definitoria⁵⁶ que, mal que le pese, el derecho tiene que como principal reto. La responsabilidad política es de quien tiene que asumirla pero carece de todo sentido entender que los errores derivan en exclusiva de que quien toma las decisiones no sabe⁵⁷.

2. La necesidad de actuar

En acusado contraste con ese aspecto de gobernar un problema técnicamente desdibujado, incompleto y marcado por una gran inestabilidad, está la necesidad acuciante de actuar. A la descripción, por tanto, debe seguirle la adopción de medidas y aquí sí que nos encontramos con una capacidad de los poderes públicos capaz de abrumar. En particular, la técnica no ha mostrado flancos a la hora de demostrar que es útil para poder realizar un control absoluto de cualquier persona que tenga un dispositivo móvil. Todas las posibilidades son técnicamente posibles si bien el orden público europeo⁵⁸ no da indicio alguno que permita amparar el seguimiento singular⁵⁹. Sabemos de la gravedad de la situación, no sabemos exactamente cómo conjurar la amenaza y el poder público cuenta con instrumentos técnicos capaces de ejercer un control inaudito sobre la población. El miedo (en este caso a perder la vida o ver resentirse la salud) puede operar aquí de forma análoga a como lo hace con la seguridad⁶⁰.

⁵³ U. Beck, *La sociedad del riesgo (hacia una nueva modernidad)*, Barcelona, Paidós, 1998.

⁵⁴ E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, op. cit., p. 166. Tal y como señala en la página siguiente (167): “Las exigencias impuestas hasta ahora a las decisiones públicas de determinación y firmeza no pueden, así, trasladarse a las decisiones tomadas en situaciones de inseguridad”. Pensemos por ejemplo en las medidas de desescalada que comenzaron tras el fin del Estado de Alarma. Ahora, a todo pasado, es fácil verlas como precipitadas pero se adoptaron en un contexto en el que concurrían razones para contenerlas pero también para tratar de salvar la campaña de verano.

⁵⁵ Sobre la relación ontológica del derecho y el Estado con la seguridad Cfr. E. Guillén López, “La anfibia constitución del concepto de seguridad”, en *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, op. cit., pp. 291-311.

⁵⁶ E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, op. cit. (citando a Zacher), p. 177.

⁵⁷ Hago referencia al manifiesto “En salud, ustedes mandan pero no saben”, cfr. <https://www.semfy.com/en-salud-ustedes-mandan-pero-no-saben/> firmada por más de 109.000 personas en el momento de hacer la consulta (21 de octubre)

⁵⁸ Orden público europeo en STEDH *Loudizou contra Turquía* de 23 de marzo de 1995 §75, (remitámonos ahora a nuestro marco regional, sin descuidar que en otros ámbitos no tendrán tantas dificultades para escapar de los “escrúpulos” de los juristas)

⁵⁹ Sobre la cuestión, M. Azpitarte Sánchez, “La doctrina del TEDH sobre la interceptación de datos y comunicaciones masiva y secreta”, en prensa.

⁶⁰ Respecto a esto deberíamos hacer explícita la idea que expresa con toda claridad Pedro Cruz: “Se impone la necesidad, puede que más imperiosa que nunca, de saber, llegado el momento y en cuanto haya

3. Gobierno vs. gobernanza

El gobierno de las crisis, el marco normativo con el que resolverlas, el discurso que las hace comprensibles para el gran público, no se actualiza tanto como la narrativa que explica la gestión política de la normalidad. Tiene lo anterior una explicación evidente ya que la palabra crisis lleva insita una desviación de la regla. Por ello no es raro que cuando se acaezcan no haya normativa prevista al efecto (totalmente, como por ejemplo en el caso del golpe de estado del 81⁶¹) o que sea flagrantemente insuficiente. También por eso también es habitual que la respuesta se retrotraiga a momentos muy anteriores en los que no estaban vigentes algunos de los tropos que marcan el discurso contemporáneo. Se entiende así que cuando hay un episodio seriamente amenazador se espere un gobierno de verdad, no el conjunto de instituciones y relaciones sociedad/Estado que generen la suficiente confianza como para que autónomamente se resuelvan y concilien en armonía las relaciones sociales. En otras palabras, gobernar en una crisis es algo serio que se parece bastante a lo que tradicionalmente se entiende por gobernar; se aleja por tanto de esa idea de compromiso constante, de interlocución múltiple y escasamente jerarquizada que significa la gobernanza.

3. 1. Gobernar la crisis

Efectivamente en las situaciones excepcionales (que son también de miedo) no es posible confiar solo en la responsabilidad social ni en la capacidad seductora de las recomendaciones. Ya hemos visto su relevancia a la hora de plantear las relaciones entre Estado y sociedad pero ahora se requiere normar y ejecutar.

Las exigencias de gobernar en momentos de crisis solo se pueden satisfacer con toda una batería exhaustiva de medidas; se requiere pues una hipernormatividad⁶² que evite en un seguimiento actualizado del pensamiento de Kelsen a las bandas de cuatrerros –en el contexto que tenemos de referencia, esos grupos de vecinos que increpaban a los que circulaban durante el confinamiento desconociendo si estos van o vienen de su trabajo o lo hacen obligados por alguna dolencia de tipo físico o psíquico. La proliferación normativa no es una opción en tiempos como los que nos ha tocado vivir. Apuntala la autoridad, permite la resolución de problemas complejos por quien tiene la capacidad de preverlos (la seguridad jurídica) y cuenta con la legitimidad democrática de origen, y minimiza el número y la intensidad de los conflictos -que en cualquier caso e

que actuar, tanto la razón por la que habría de sacrificarse un bien jurídico preciado, como la que justificaría que no se sacrificara en ningún caso so pena de privar de su identidad y su razón de ser a comunidades forjadas tras tantos esfuerzos colectivos”. Cfr. P. Cruz Villalón, “Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, no. 27, enero-junio de 2017. Disponible en la web en https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/11_CRUZ.htm. Cfr tb. M. Nussbaum, *La monarquía del miedo: Una mirada filosófica a la crisis política actual*, Barcelona, Paidós, 2019

⁶¹ Se advirtió la necesidad de dictar la ley orgánica a la que remitía el artículo 116 CE una vez producido el frustrado golpe de estado de 23 de febrero de ese año.

⁶² Recordemos que el Código COVID, que en su edición electrónica con gran eficacia ha elaborado el BOE solo sobre el derecho estatal y europeo, cuenta en el momento en que se redactan estas líneas con 2083 páginas.

inevitablemente serán muy intensos ya que no cabe acción jurídica en el ámbito de la restricción de derechos que quepa imponerse sin el apoyo de la potestad sancionadora⁶³. Así las cosas el gobierno ha procedido a gobernar mucho, a normar en numerosas ocasiones de forma unilateral⁶⁴ y de manera muy incisiva. Un ejemplo de esta forma de actuación lo han constituido las medidas adoptadas para controlar el precio de venta al público de mascarillas⁶⁵.

Una acción normativa tan abrumadora, tan incisiva, ha sometido a tensiones al sistema de fuentes: los principios de jerarquía, de competencia, la idea de ley material y ley formal, la reservas de ley han sido nociones implicadas en las principales controversias jurídicas. La mayoría de la doctrina (dogmática y jurisprudencial) creo que ha sacado de todas ellas la renovada idea de que la ley es insustituible; que es perturbar gravemente aquilatados principios constitucionales admitir, por ejemplo, la posibilidad de restricciones de derechos fundamentales a través, exclusivamente de reglamentos⁶⁶.

Y por último en este apartado repaso ha de afirmarse la necesidad absoluta de que la administración se adecue a la perfección a los principios que el artículo 103 CE postula: sobre todo el de eficacia (para lo que se prevé la jerarquía y la coordinación). En materia económica, de servicios sociales y de sanidad no caben dilaciones: pueden suponer riesgos que no es dable asumir en un sistema que sitúa a la persona como el centro. En este sentido si seguimos la pista de la ejecución de la normativa sobre dos de las iniciativas más importantes que se han puesto en marcha como son los ERTES y el Ingreso Mínimo Vital podemos establecer un balance positivo respecto de los primeros siendo, en cambio, claramente deficiente la gestión del IMV ⁶⁷.

3.2. *Gobernar la crisis como una oportunidad*

⁶³ Que es un aspecto que ha presentado importantes problemas Cfr. R. Rodríguez Fernández, “Problemática sobre el régimen sancionador en el Estado de Alarma”, *Diario La Ley*, Nº 9632,, 14 de Mayo de 2020.

⁶⁴ E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, op. cit. p. 29. (Abandonando siquiera sea de forma temporal otros paradigmas como el de administración-red; sabiendo fuera de juego aquellos principios que pretenden consagrar normativamente alguna forma de previsibilidad, como la confianza legítima)

⁶⁵ Resolución de 22 de abril de 2020, de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos de 21 de abril de 2020, por el que se establecen importes máximos de venta al público en aplicación de lo previsto en la Orden SND/354/2020, de 19 de abril, por la que se establecen medidas excepcionales para garantizar el acceso de la población a los productos de uso recomendados como medidas higiénicas para la prevención de contagios por el COVID-19. Por cierto, que hay cuestiones de estrategia de gran relevancia como se pudo ver en el caso de Italia. Cfr. un reflejo de la misma en E. Juliana, *Cubanos, rusos, chinos y turcos*, *La Vanguardia*, 3/IV/2020. <https://www.lavanguardia.com/politica/20200403/48278644128/cubanos-rusos-chinos-y-turcos.html>

⁶⁶ Ello en este contexto aboca al Estado de alarma como instrumento prácticamente exclusivo de gobierno de la catástrofe sanitaria porque en este el TC ya ha operado (de forma sumamente discutible pero, por el momento, incontestable) la transformación de los Reales Decretos que lo declaran en ley material.

⁶⁷ Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. Por lo que se refiere a los ERTES, cfr. Real Decreto-ley 8/2020, medidas extraordinarias frente al impacto económico y social. Unas cifras sobre su incidencia pueden ser reveladoras. Según el Servicio de Estudios de UGT, a finales de abril llegaron a estar registrados en un ERTE 3.386.785 personas (https://ugt.es/sites/default/files/cuadro_sociolaboral_octubre20.pdf)

Sobre el IMV, y según los datos que también proporciona UGT, a mediados de agosto de 2020, de 714.000 solicitudes presentadas solo habían obtenido respuesta 32.629, el 4,57% (menos de un 5%, por tanto) <https://elpais.com/economia/2020-08-19/pepe-alvarez-la-gestion-del-ingreso-minimo-vital-es-caotica-y-no-lo-cobra-nadie-todavia.html>

Cualquier crisis es una oportunidad para cambios sustanciales y estructurales⁶⁸. Resulta incontestable la necesidad de reorientar nuestro modelo productivo ya que es muy obvia la dificultad de seguir apoyándonos en el turismo y la hostelería cuando las limitaciones de la circulación y los confinamientos amenazan con convertirse en eventualidades más que probables en nuestro futuro inmediato y por un tiempo indeterminado⁶⁹. Aun cuando termine la pandemia no será fácil dejar atrás el miedo, sentimiento con las consecuencias sociales que tan bien ha analizado Martha Nussbaum⁷⁰.

No es, sin embargo, poco reto para un país cambiar arraigadas dinámicas. Las formas de producción de la riqueza no se improvisan; los agentes están familiarizados con unas pautas de comportamiento, con unos sectores, y no es nada fácil operar una transformación sustancial hacia otro modelo que descansa, como parece ser el caso, en sectores emergentes como las TIC o las energías renovables⁷¹. Ni siquiera revalorizar antiguas actividades como la industria o las propias del sector primario (como la agricultura y la ganadería) se logra sin un esfuerzo de planificación y ayuda económica por parte de los poderes públicos que asegure la mínima posibilidad de éxito.

Pero en cualquier caso la crisis sanitaria, se presenta, desde este punto de vista como una oportunidad para repensar por completo nuestro modelo; para hacer planteamientos mucho más radicales que los que afloraron durante la crisis económica anterior, en la que fueron claramente minoritarios y marginales los que suponían una auténtica contestación del sistema que la había provocado. Considerando así que el gobierno cuenta en su coalición con un partido que lleva como seña de identidad la transformación de la sociedad en un sentido pretendidamente progresista y liberador⁷² no resulta extraño que, al calor de la necesidad, se hayan emprendido o impulsado medidas capaces de alterar profundamente el *status quo*. Entre estas cabe señalar las siguientes⁷³: la suspensión explícita de la actividad de los prostíbulos o clubes de alterne

⁶⁸ También es verdad que resulta sorprendente pese a todo que se intente mantener una agenda ambiciosa. ¿A qué lógica obedece poner en marcha una nueva ley orgánica de educación (Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) cuando según la mayoría de los comentaristas es lamentable la falta de consenso que tienen siempre las reformas educativas en este país, considerándose, además, como una de las causas claras del fracaso en este ámbito? ¿Se trata, simplemente, de asumir que pese a todo hay que seguir gobernando? ¿Es la oportunidad de un ministerio –y en este caso de su titular- de reivindicar su acción? ¿Cabe pensar que es una posibilidad de afectar transversalmente a aspectos que tienen una proyección muy específica para fraguar los diferentes equilibrios políticos como pueden ser de forma muy destacada la lengua en los territorios bilingües o las relaciones Iglesia-Estado? ¿Es parte de la estrategia que permite diversificar los centros de atención de la ciudadanía de modo que no se quede anclada mentalmente en el espacio descorazonador de la pandemia?

⁶⁹ Se plantea aquí solo la cuestión desde su vertiente económica. Si ampliamos la óptica es fácil coincidir con quienes venían tiempo advirtiendo del carácter “depredatorio” del turismo, en especial, de su capacidad de transformar nuestras ciudades en espacios con grandes dificultades de habitabilidad para sus vecinos.

⁷⁰ *La monarquía del miedo*, op. cit.

⁷¹ Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica

⁷² Y que cuenta como referente ideológico a alguna doctrina que tiene, a su vez, como lectura de cabecera a C. Schmitt. Cfr. C. Mouffe, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999.

⁷³ Aunque algunas no sean medidas gubernamentales, como las referidas a la movilidad ciclista, la narrativa está marcada por la dirección política del gobierno.

en las Islas Baleares⁷⁴, La Rioja⁷⁵, Castilla-La Mancha⁷⁶, Murcia⁷⁷, Extremadura⁷⁸ y Cantabria⁷⁹; la modificación de la movilidad urbana⁸⁰ y el fomento de otras formas de desplazamiento con el objeto de reducir la siniestralidad y mejorar los indicativos medioambientales; el repoblamiento de la España vacía⁸¹; la regulación de la actividad de los repartidores⁸²; las políticas controladoras de las casas de apuestas y el juego en general⁸³; las intervenciones para asegurar una opinión pública libre y combatir lo que se ha dado en llamar infodemia⁸⁴; el tratamiento de cuestiones identitarias que es como se presenta el borrador de anteproyecto de Ley para la igualdad plena efectiva de las personas trans⁸⁶.

La crisis sanitaria, en definitiva, ha generado unas posibilidades de gobierno y ejecución muy importantes, que, a mi juicio, deben ser utilizadas con mesura. Ciertos sectores políticos y sociales, entre los que están muy destacadamente los que entienden que este gobierno carece de legitimidad de origen, impugnan esta manera de gobernar. No es una exageración por parte de quien escribe estas líneas indicar que estos grupos acusan al gobierno de tendencias totalitarias, de pretender darle la vuelta al país como un calcetín

⁷⁴ Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de junio de 2020 por el que se aprueba el Plan de Medidas Excepcionales de Prevención, Contención y Coordinación para Hacer frente a la Crisis Sanitaria Ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad (Anexo XIX)

⁷⁵ Resolución de 4 de noviembre de 2020, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 4 de noviembre de 2020, por el que se lleva a cabo la refundición de las medidas sanitarias preventivas vigentes para la contención de la Covid-19 (Anexo Duodécima 32)

⁷⁶ Decreto 24/2020, de 19 de junio, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (Artículo 24.3)

⁷⁷ Orden de 9 de octubre de 2020 de la Consejería de Salud, por la que se adoptan medidas generales de carácter temporal, para hacer frente a la epidemia de COVID-19 en la Región de Murcia (art. 4.5)

⁷⁸ Resolución de 4 de septiembre de 2020, del Vicepresidente Segundo y Consejero, por la que se ordena la publicación en el Diario Oficial de Extremadura del Acuerdo de 2 de septiembre de 2020, del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, por el que se establecen las medidas básicas de prevención en materia de salud pública aplicables en Extremadura (Capítulo II, Quinto)

⁷⁹ Resolución por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el período de nueva normalidad (art. 17.7)

⁸⁰ Real Decreto 970/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifican el Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre y el Reglamento General de Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, en materia de medidas urbanas de tráfico, que pretende, según se establece en la Exposición de Motivos, rebajar el límite de velocidad de circulación genérico en vía urbana de 50 km/h a 30 km/h para aquellas calles que cuentan con un solo carril por sentido de circulación, para lograr un impacto positivo en la reducción de la siniestralidad vial, especialmente en los colectivos de personas vulnerables. Esta modificación garantiza al mismo tiempo, la fluidez de los desplazamientos realizados en las grandes avenidas de la ciudad así como, la reducción del impacto negativo en la calidad del aire de las ciudades.

⁸¹ <https://elpais.com/espana/2020-10-16/el-ejercito-quiere-descongestionar-madrid-y-llevar-bases-a-la-espana-vaciada.html>

⁸² La clase repartidora como se denominaba en un artículo homónimo de Andrea Rizzi en El País <https://elpais.com/internacional/2020-10-30/la-clase-repartidora.html>

⁸³ Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego.

⁸⁴ Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional.

⁸⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020, sobre el refuerzo de la libertad de los medios de comunicación: protección de los periodistas en Europa, discurso del odio, desinformación y papel de las plataformas (2020/2009(INI))

⁸⁶ <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/ConsultaPublicaPreviaLeyIgualdadTrans.pdf>

de manera que se ajuste a una visión excluyente. Según esta lógica el proyecto de transformación social emprendido pretendería una hegemonía cultural con el objeto de que quienes no lo compartan queden sin los mecanismos de impugnación que en toda sociedad abierta (Popper) han de permanecer practicables. Ciertamente, una vez constatado que este clima de opinión goza de cierto crédito se han de extremar las precauciones para sostener la racionalidad de las propuestas, su encaje en líneas ideológicas que no desmientan la idea de reversibilidad.

3.3. *Gobernar y juzgar*

A Fleiner le corresponden estas palabras: “la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos acaba allí donde comienza la libre discrecionalidad de las autoridades administrativas”⁸⁷. En otras palabras, las autoridades administrativas tienen un margen en el cumplimiento de la ley que solo cuando es traspasado debe ser controlado conforme a parámetros jurídicos. Se trata de un delicado e inestable equilibrio.

El equilibrio citado se hace aun más complejo de mantener durante períodos regidos por la excepcionalidad ya que, tal y como se mantiene en este trabajo, es necesario que los poderes normativos actúen mucho y con celeridad, siendo la ejecutividad de la administración un valor en sí. No es extraño en este sentido (aunque sí excesivamente ambiguo y, en este sentido, jurídicamente inaceptable) que los RD de marzo y de octubre señalen que: “Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno”. Al apartado anterior el nuevo Decreto de octubre añadía “...ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

Tal previsión no puede entenderse sin reparar en que han sido numerosos los casos en los que los Jueces de lo Contencioso y los TSJ, tras la reforma operada sobre el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁸⁸, dictaron Autos no ratificando las medidas restrictivas de derechos. El vigente Decreto opta por la suspensión de la vigencia durante el Estado de Alarma de un sistema que ciertamente se ha manifestado muy poco propicio al mantenimiento del equilibrio mencionado ya que, en definitiva, supone una confusión de lógicas políticas y jurídicas.

En efecto, la potestad normativa (la legislativa y la reglamentaria, derivación ambas de la función de dirección política) corresponde a los órganos políticos que asumen la responsabilidad por ello ante la opinión pública. Los supuestos de autorización, convalidación o ratificación en el proceso de producción de normas (por ejemplo art. 86, 93 o 94 CE) obedecen a una lógica compacta desde el punto de vista del principio democrático: quieren compensar el déficit del órgano decisor (desde el punto de vista de su legitimidad de origen y de las reglas procedimentales con las que opera) con el apoyo de la institución política que mejor encarna el pluralismo. En definitiva, un órgano político decide una vez autorizado por otro (autorización de tratados internacionales);

⁸⁷ E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 219.

⁸⁸ Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. (Disposición Adicional 2ª)

un órgano político depende de otro para la convalidación de la norma (Decretos-Leyes). En definitiva, de acuerdo con los principios del sistema de fuentes (y el principio de división de poderes) los reglamentos no están sometidos a autorización previa o a ratificación⁸⁹. Potestad reglamentaria (art. 97) y potestad jurisdiccional (art. 117 CE) están en diferente plano.

En el origen de este problema está la confusión entre medida/acto singular y norma. El ordenamiento cuenta con múltiples casos en los que necesita de una intervención judicial para autorizar la restricción sobre un derecho (el caso más evidente será seguramente la autorización judicial para entrar en un domicilio *ex art. 18.2 CE*). Y este parece ser el caso de la previsión de la LO 3/1986 cuyo artículo 3 establece: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. ¿Qué tiene que ver este caso con aquella medida de carácter general por la que una Comunidad Autónoma decide dictar una Orden para suspender las clases presenciales de una Universidad con el objeto de reducir los contactos? Colocando al juez de lo contencioso en la tesitura de dictar un auto ratificando esas medidas lo hacemos partícipe de un proceso de definición normativo de lo que significa, por ejemplo, la autonomía universitaria⁹⁰.

Sin embargo, no ha sido este el entendimiento ni de las instituciones con potestad normativa ni de los Tribunales que han aceptado la lectura que los primeros han hecho, dando lugar a que el ciudadano y -esa es seguramente una de sus principales consecuencias- no sepa a quien atribuir la decisión última y, por tanto, cuál es la vía para exigir responsabilidad. Tener una nutrida nómina de responsables eventuales (el Ministerio que aprueba una orden transcribiendo un acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud; la Consejería de Salud correspondiente que dicta una Orden dando cumplimiento a lo anterior; y el Tribunal correspondiente que se faja en un Auto con las sutilezas derivadas de delimitar o limitar derechos) equivale a hacer muy dificultosa la exigencia de responsabilidad. ¿A quién habría que imputar el desacierto de la medida cuando se emplazan los intereses generales? El poder político siempre escurrirá el bulto para atribuir la decisión a quien no puede ser objeto de responsabilidad política. Y no nos olvidemos de que ya en el ámbito de las distorsiones relativas exclusivamente al control judicial podría ocurrir que la Sala de lo contencioso del TSJ que dicte un auto ratificando las medidas limitativas de los derechos fundamentales fuera luego emplazada para dictar sentencia sobre el fondo del asunto.

3.4. *Gobernar y cogobernar*

Tanto en los momentos álgidos de la crisis como sobre todo en lo que se ha dado en llamar la desescalada la realidad plural -territorialmente hablando, ahora- de nuestro país se ha impuesto. La palabra que mejor expresa esta circunstancia es “cogobernanza”.

⁸⁹ En ese sentido también J. M. Baño León, en “Confusión regulatoria en la crisis sanitaria”, *Almacén de Derecho*, <https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>

⁹⁰ J. M^a Baño, “Confusión regulatoria en la crisis sanitaria”: “Los jueces no están para cogobernar sino para controlar la actuación de la Administración en juicio contradictorio”, *op. cit.*

En este sentido se podrían aislar diferentes fases, siendo la primera la que comienza con el decreto de 14 de marzo que determina la concentración del poder en manos del Gobierno⁹¹ y la última, por el momento, la del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, en cuyo el Preámbulo se establece: «Tanto las limitaciones a la permanencia de grupos de personas, como las referidas a la entrada y salida de territorios serán eficaces en el territorio de cada comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía cuando la autoridad competente delegada respectiva lo determine, la cual también podrá modular, flexibilizar y suspender la aplicación de estas medidas». La concreción específica se prevé en el art. 2 con el siguiente tenor: «1. A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno de la Nación. (...) 2. En cada comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía, en los términos establecidos en este real decreto. 3. Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11...»

Hemos pasado pues, del gobierno a la cogobernanza de una forma en absoluto pacífica. La transición se produce en el momento de la desescalada, cuando se hace fuerte la capacidad reivindicativa de las Comunidades Autónomas que reclaman la posibilidad de luchar contra la pandemia sin desconocer todo el sistema de distribución territorial del poder. De aquí que el gobierno de la crisis pase a ser ejercido bajo el paraguas de la cogobernanza⁹² establecido en la Orden de 3 de mayo, originando una serie de problemas de importante calado y que revelan lo lejos que las Comunidades Autónomas están de asumir una lógica federal y, en especial, la lealtad que le es propia. Efectivamente desde el momento en el que la Comunidades vieron reconocido un margen para relajar las normas restrictivas de derechos surgieron dudas razonables de si eran los indicadores sanitarios u otros motivos los que estaban tras de esas decisiones⁹³. De otra parte, creo que se puede decir que las Comunidades Autónomas confiaban en pilotar (y rentabilizar políticamente) una desescalada sin retorno, esto es, en ir gestionando la transición a una normalidad (o a la “nueva” normalidad configurada en el plan del gobierno de 28 de abril⁹⁴). Cuando la realidad se tuerce y reaparece la necesidad de tomar medidas restrictivas, las Comunidades (en especial, la de Madrid)

⁹¹ El sentido de la LOEAES no permitiría otra cosa según algunos autores: Cfr. “La dicción literal de los artículos 9 y 10 LOEAES, y la propia ubicación del estado de alarma como parte del Derecho de excepción, llevan a entender que su declaración produce una completa suspensión del principio autonómico, mediante la organización de la gestión de la catástrofe a través de un mando único gubernamental, de tintes casi militares, en lo que se refiere a la unidad de mando y al cumplimiento de las órdenes impartidas —único medio demostrado de responder de la manera más eficaz a la mayor crisis que puede afrontar una sociedad y el Estado que la sustenta, como es la guerra—, que suprime la capacidad de decisión de las autoridades autonómicas y locales afectadas y en el que todos recursos actúan bajo las órdenes de una única autoridad”, J.J. Herbón Costas, “El mando y gestión del estado de alarma” en P. Biglino Campos, F. Durán Alba, (eds.), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

⁹² Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad. Desde entonces la cogobernanza se mantiene como uno de los mantras de la temporada. Nuevamente es invocado en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2

⁹³ En este sentido podrían invocarse en un nuevo contexto, diferente al acostumbrado, los artículos 149.1.1º y 139 CE.

⁹⁴ <https://www.lamoncloa.gob.es/covid-19/Paginas/plan-transicion.aspx>

afirman la ausencia de cobertura jurídica para tomar medidas restrictivas de derechos (y lo defienden de esta manera en los procesos en los que solicitan la ratificación judicial de sus propias disposiciones⁹⁵). De esta forma el gobierno acaba asumiendo de nuevo la iniciativa. Una iniciativa, entiéndase bien, que supone en su estadio final, por el momento, retomar el control para que la gobernanza no tenga marcha atrás. Al principio se hace de forma indirecta intentando que las decisiones formalmente adoptadas por la conferencia sectorial de sanidad (Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud⁹⁶) sean, tal y como se establece en la Orden del Ministro de Sanidad de 30 de septiembre de 2020, trasladadas al ordenamiento de las CCAA. Y al final, y tras la serie de Autos de los TSJ en los que se declara la inidoneidad de las resoluciones de las CCAA para limitar derechos, directamente, a través de la Declaración del Estado de Alarma (en Madrid)⁹⁷ y en todo el Estado⁹⁸ (Decreto de octubre). El decreto de octubre, que configura como autoridades competentes delegadas a quienes ostenten la presidencia de las Comunidades Autónomas, está en las antípodas del de 14 de marzo⁹⁹ y ha sido valorado de forma muy distinta por parte de la doctrina¹⁰⁰. Creo que las dos posiciones que se enfrentan -la de que da lugar a 17 estados de alarma en contradicción flagrante con el artículo 116; y la de que es coherente con la lógica de un sistema prácticamente federal cuya constitución no impide la declaración de este estado excepcional para un solo territorio¹⁰¹- no son descabelladas. Pero me interesa más destacar que va a ser, seguro, una de las pruebas de fuego a las que se va a someter nuestro modelo autonómico. Su futuro y líneas de evolución se va a jugar, en buena medida, en la valoración que los ciudadanos, la sociedad, hagan del uso de la autonomía política durante los períodos de excepción.

⁹⁵ Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad de Madrid en ejecución de la Orden del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública).

⁹⁶ Sesión de 16 de julio de 2020 en el que se aprueba el «Plan de respuesta temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19». En su sesión de 30 de septiembre, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordó, una serie de medidas relacionadas con la restricción del contacto social en municipios especialmente afectados por una elevada propagación de la epidemia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

⁹⁷ Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2

⁹⁸ Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. En este caso se ha de indicar que no se establecía autoridad competente delegada alguna. “Artículo 4. Autoridad competente. A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno”.

⁹⁹ Otras manifestaciones de la cogobernanza se abren paso en la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, con previsiones como la del artículo 14 (Tercer Párrafo) según el cual: “Asimismo, transcurridos cuatro meses de vigencia de esta prórroga, la conferencia de presidentes autonómicos podrá formular al Gobierno una propuesta de levantamiento del Estado de Alarma, previo acuerdo favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales y económicos.”

¹⁰⁰ Cfr. deteniéndose en perfiles no suficientemente explorados, F. Balaguer Callejón “La pandemia y el Estado autonómico”, en prensa.

¹⁰¹ Art. 7 LO 4/1981; «A los efectos del estado de alarma la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad»

VI. CONCLUSIONES

El cambio al que se ha sometido el derecho a raíz de la pandemia ha sido radical, revolucionario, podríamos decir. En todas sus dimensiones ha resultado conmocionado. Si apreciamos que el derecho constitucional es el que establece sus coordenadas básicas, constitutivas, debemos constatar que el sistema de fuentes, los derechos fundamentales, la forma de gobierno, la estructura territorial del poder presentan ahora unos perfiles inéditos. Igualmente se puede aseverar que las potestades atribuidas a los principales actores del equilibrio institucional, Gobierno, Parlamento y Poder judicial, se han alejado de su dibujo tradicional. Tantas subversiones solo pueden encajarse adecuadamente en el marco de una teoría de la Constitución, de las constituciones, y de las funciones del Estado que no olvide cuál es el sentido fundamental de esta estructura, el Estado, y de sus normas supremas, las Constituciones.

Llegado el momento de volver a proponer una función del Estado puede ser plausible engarzarlo con los servicios esenciales de la ley de infraestructuras críticas que aparecen repetidamente evocados en la normativa Covid, incluso en el RD 463/2020 (Art. 18). Este es el paradigma desde el que perseguir el interés general cuando se declara una pandemia, un interés general que no resiste simplificaciones. La racionalidad se encuentra en un proceso de discusión colectiva en el que, de cualquier manera, instituciones y ciudadanos no se encuentran en la misma posición.

Es determinante en el discurso sobre cualquier acción de gobierno en un período de excepcionalidad la categoría de los derechos fundamentales, que es inesquivable en su sentido más aquilatado. En especial procede poner el énfasis en la diversidad de sus titulares y en la consustancialidad del concepto de vulnerabilidad.

También respecto a los derechos fundamentales se ha de reparar en diferentes aspectos de distinto signo: a) La igualdad y no discriminación en la lógica controladora de cualquier acción tiene un gran papel dada la ingente actividad normativa; b) Se ha producido una importante especulación en torno al contenido y delimitación recíprocos de dos derechos: la libertad personal (ex art. 17 CE y la libertad de circulación del artículo 19 CE); c) Ha habido igualmente una polémica en torno a los conceptos de restricción y suspensión de los derechos provocada por el conocido hecho de que el Estado de alarma no permite la segunda de las capacidades; y d) la articulación de un sistema previsto en las disposiciones sectoriales ordinarias que datan de 1986 para el control de la actividad normativa restrictiva de los derechos fundamentales en materia de salud lleva a una intervención preventiva o ratificatoria por parte de la jurisdicción contenciosa que ha marcado buena parte de las soluciones adoptadas.

Una crisis sanitaria requiere volver al gobierno en tiempos de gobernanza; esto es, cuando ya parecían haberse instalado de forma generalizada la gobernanza y la “administración red” como paradigmas, reaparece la necesidad de que los poderes públicos intervengan actuando, tomando decisiones, que se pueden caracterizar por su número –ingente-, su amplitud -se proyectan sobre ámbitos normalmente inmunes a la acción del poder y muy definitorios de las relaciones sociales¹⁰²- y la rapidez -la elaboración en un tiempo record-. De un lado eso justifica la previsión contemplada en

¹⁰² Dejar de estrecharse las manos, de besarse; ocultar el rostro; ajustar su horario de comidas o de vuelta a casa; colocar una distancia a veces insuperable entre seres queridos y familiares; trabajar, en caso de poder, desde casa; despedir a los nuestros de una manera que jamás hubiéramos imaginado

los Decretos que declaran el estado de alarma de que la producción de normas no está sometida a procedimiento administrativo alguno (por ejemplo, permite la inobservancia, entiendo del artículo de la ley 39/2015 sobre la participación de los afectados en las disposiciones administrativas que les afecten). Sin embargo, la obligada vuelta a una lógica anterior explica –pero sin suficiencia, ahora - que no se hayan atendido suficientemente alguno de los principios que piensan en la justificación de la racionalidad de la decisión más a partir del procedimiento seguido que de la bondad o error ínsito en la solución finalmente adoptada. Me refiero en este sentido al principio de transparencia, uno de los buques insignias del derecho a una buena administración¹⁰³, consagrado legislativamente en leyes como Ley de Transparencia,¹⁰⁴ o la ley 39/2015¹⁰⁵, y -en el ámbito específico- en la Ley General de Salud Pública de 2011¹⁰⁶ (art. 3 f))¹⁰⁷.

Gobernar y juzgar tienen tiempos diferentes y responden, en un modelo que afirma la división de poderes, a una lógica distinta. Durante la pandemia ha habido una judicialización excesiva, a mi juicio, de ciertos aspectos. En algún sentido es comprensible puesto que un modelo de intervención sustancialmente restrictiva sobre los derechos fundamentales en un estado de derecho conduce al juez como garante de los mismos. Pero resulta muy distorsionante el sistema que finalmente ha dado alas a que las disposiciones reglamentarias autonómicas de control de la pandemia hayan de ser autorizadas o ratificadas por los jueces. Tan extraño resulta que para evitar la posible disparidad en las resoluciones y proporcionar seguridad jurídica ha habido que modificar la LJCE. Y de su disfuncionalidad es evidencia también que se haya suspendido la aplicación del sistema en el Decreto que declara en octubre el tercer estado de alarma. Una clarificación del marco normativo parece, pues, inexcusable.

La crisis sanitaria ha sido la ocasión para que vuelva a aflorar el sempiterno problema territorial español. El Gobierno ha optado por la cogobernanza como criterio rector. El Decreto de octubre pone a las CCAA ante su hora histórica; del uso que hagan de su autonomía política, de la manera en que entiendan la lealtad federal, dependerá el veredicto ciudadano y en este sentido constituirá una de las claves para la conformación futura de nuestro modelo de distribución territorial del poder.

*

¹⁰³ Art. 41 CDFUE

¹⁰⁴ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

¹⁰⁵ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁰⁶ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

¹⁰⁷ A juicio del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno han sido desatendidas una buena parte de las demandas de información. Cfr.

https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/Resoluciones/resoluciones_AGE/AGE_2020/10.html. <https://elpais.com/sociedad/2020-04-16/la-crisis-empana-la-transparencia-del-gobierno.html>