

El futuro del derecho público después de la pandemia

The Future of Public Law after the Pandemic

Giuseppe Franco Ferrari*

Sumario: I. La pandemia global: ¿el inicio de una nueva crisis del constitucionalismo?; II. La hegemonía del neoconstitucionalismo; III. Principios constitucionales bajo estrés; IV. El papel incierto de la estructura territorial de los Estados en el manejo de la pandemia; V. ¿Cambios de paradigma o evoluciones del modelo del neoconstitucionalismo?; VI. La pandemia vista desde la perspectiva del derecho administrativo

Summary: I. The global pandemic: the beginning of a new crisis of constitutionalism?; II. The hegemony of neo-constitutionalism; III. Constitutional principles under stress; IV. The uncertain role of the territorial structure of the States in the management of the pandemic; V. Changes of paradigm or evolutions of the model of neo-constitutionalism?; VI. The pandemic seen from the perspective of administrative law

Resumen: El artículo presenta algunas reflexiones sobre las tendencias más importantes del constitucionalismo contemporáneo y el derecho administrativo. Los desarrollos de la reflexión legal se analizan desde el punto de vista de su relevancia para el futuro de los diversos sistemas constitucionales investigados. Se presta especial atención al examen de la respuesta de los Estados a la emergencia causada por la pandemia de 2020.

Abstract: The article presents some reflections on the most important trends of contemporary constitutionalism and administrative law. The developments of the legal reflection are examined from the point of view of their relevance for the future of the various constitutional systems considered. Specific attention is paid to examining the response of states to the emergency caused by the pandemic of 2020.

Palabras clave: constitucionalismo, covid-19, estado de emergencia, libertades fundamentales, derecho administrativo

Key words: constitutionalism, covid-19, state of emergency, fundamental freedoms, administrative law

I. La pandemia global: ¿el inicio de una nueva crisis del constitucionalismo?

En varias ocasiones en los últimos dos siglos se ha hablado de crisis del derecho público, muchas veces sin conexión directa con eventos históricos precisos. El texto más famoso en esta dirección pudiera ser la célebre proluación de Santi Romano en el Ateneo de Pisa en 1909, que varios autores han comentado y al que la Universidad pisana ha dedicado un convenio para celebrar su centenario¹. En los años '50 del siglo pasado se encuentra otro artículo de otro gran jurista italiano, Vittorio Emanuele Orlando². Ambos se referían a las condiciones del derecho del estado en recurrentes fundamentales de la historia del siglo XX: el primero al advenimiento del sufragio universal, a la emersión de los partidos populares, a la transformación del derecho público liberal en algo mucho más pluralista; el

* Giuseppe Franco Ferrari, Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Comercial Luigi Bocconi (ferrari.giuseppe@unibocconi.it).

¹ Lo Stato moderno e la sua crisi, Pisa, Tipografia Vannucchi, 1909, ahora en S. Romano, La crisi dello Stato, Milán. El convenio, organizado por la Asociación italiana de los constitucionalistas (AIC) y por el Consejo de Estado, tuvo lugar en Roma, 30 de noviembre de 2011, con ponencias de P. Grossi, L. D'Andrea, V. Tondi Della Mura.

² Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto, en Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, Padua, Cedam, 1950.

segundo, un liberal que había sobrevivido a los veinte años del fascismo, y se encontraba en un contexto mundial completamente renovado en comparación con las doctrinas clásicas del estado, a una transformación global del derecho internacional.

En otros sistemas también en diferentes épocas importantes publicistas han percibido pasajes cruciales de la evolución de los sistemas políticos como profundas líneas divisorias entre fases diferentes del desarrollo del derecho público.

En los Estados Unidos, por ejemplo, entre el final de los años '30 y la mitad de los '40, los expertos de derecho administrativo se daban perfectamente cuenta de que una nueva era había empezado, gracias a la edad de Roosevelt: la obra maestra que marcó el comienzo del nuevo periodo fue la de Jim Landis dedicada al procedimiento administrativo³, que anunciaba la ley de 1946⁴.

A la mitad de los '80, la política de desregulación ya había marcado otra nueva época para la historia del derecho administrativo y la doctrina lo percibió inmediatamente⁵.

La doctrina americana, utilizando tonos algo enfáticos, acostumbra referirse a eras, transformaciones, reconstrucciones, quizás con demasiada facilidad⁶.

Los primeros '90 en Europa, con las constituciones de los ordenamientos postcomunistas, su adhesión primero al Consejo de Europa y luego, por lo menos en parte, a las Comunidades europeas y hasta a la OTAN, representan la maduración del constitucionalismo multi-nivel, con todas sus nuevas garantías y sus inesperados problemas⁷.

En el Reino Unido, los años '90 coincidieron con la asimilación de muchas figuras del derecho administrativo europeo por los tribunales británicos y la aprobación por el Parlamento de Westminster del Human Rights Act de 1998 marcó no solamente un acuerdo que hizo época con Irlanda y el fin de la guerrilla en los condados de Ulster sino también el nacimiento de una cultura de los derechos diferente de la tradicional de common law y mucho mas alineada a la europea continental⁸. Así como Brexit en 2019 ha significado la conclusión de esta experiencia y abierto el camino a una reflexión general y profunda sobre el estado del derecho constitucional británico en sus relaciones internacionales y también en su dimensión doméstica, activando una vuelta profunda en la historia.

³ J. M. Landis, *The Administrative Process*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1938.

⁴ *Administrative Procedure Act*, Pub. L. 79-404, 60 Stat. 237.

⁵ Desde el *Airline Deregulation Act* de 1978 (Pub. L. 95-504, 92 Stat. 1705), empieza una rica producción doctrinal sobre este asunto.

⁶ V. por ejemplo G. Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1977; M. J. Horwitz, *The Transformation of American Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977; Bruce A. Ackerman, *Reconstructing American Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1984.

⁷ Cfr. G. F. Ferrari, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in Id. (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milán, Giuffrè, 2002, 1 ss.

⁸ V. por ejemplo J. Jowell, D. Oliver (Eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 6th ed., 2007; A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

La pandemia de los últimos meses ha puesto a prueba algunas certidumbres que parecían consolidadas a los pueblos del nuevo milenio, así en el campo de los derechos sociales como en las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales. Con ocasión de esta emergencia parece legítimo preguntarse si nos encontramos en presencia de otro momento de crisis en el que valga la pena de pararse a reflexionar sobre el futuro de las disciplinas que componen el derecho público.

La experiencia de la crisis financiera y económica de 2008 y los años siguientes nos debería haber enseñado que el modelo capitalista puede sobrevivir a las emergencias más graves y hasta olvidar el pasado reciente, corriendo el riesgo de repetir los mismos errores. La parcial abrogación por el Congreso de los EE.UU. del Dodd-Frank Act⁹, después de que los exponentes principales de la escuela de Chicago repudiaran formal y unánimemente las doctrinas neo-liberales en el año 2010¹⁰, parece un buen ejemplo de este enfoque. Sin embargo, el shock sanitario ha sido completamente diferente del financiero, proponiendo a la humanidad, y no solo al derecho público, cuestiones desconocidas.

II. La hegemonía del neoconstitucionalismo

El patrimonio genético del constitucionalismo incluye desde siempre la limitación del poder político y la garantía de los derechos individuales. *Frame of government* y *Bill of rights* fueron el eje de rodamiento de la Revolución gloriosa de 1688 y los mismos principios de organización pasaron en la Declaración francesa de 1789, reforzados en los artículos 16 y 2.

Al constitucionalismo liberal el constitucionalismo democrático le ha añadido muchos otros atributos, como constituciones largas y rígidas, control de constitucionalidad introducido por la constitución misma o por autodeterminación judicial, carga axiológica de los derechos, extensión de su valencia a las relaciones entre privados (*Drittwirkung*).

Con el ciclo de constituciones de los años '70, seguido por el de los '90, con la sensibilización de la Corte de Luxemburgo a los derechos de naturaleza no económica¹¹, con el crecer de la importancia de la jurisprudencia de Estrasburgo¹², con la definitiva afirmación del papel de los tribunales constitucionales en el balance de los derechos, nace y se consolida el constitucionalismo de los derechos, también llamado, con el lenguaje de

⁹ Wall Street Reform and Consumer Protection Act Pub. L. 111-203, 124 Stat. 1376-2223.

¹⁰ En los artículos publicados en el *New Yorker* entre 13 y 21 de enero de 2010 por E. Fama, J. Heckman, G. Becker, K. Murphy, R. Rajan, R. Thaler. V. también R. A. Posner, *The Failure of Capitalism*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2009.

¹¹ Que normalmente se identifica con las decisiones *Nold* (14 de mayo de 1974: C 4-73) y *Stauder* (12 de noviembre de 1969: C 29-69).

¹² Se consienta la citación de G.F. Ferrari, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in Id. (Ed.), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milán, Giuffrè, 2002.

filósofos del derecho italianos e ibero-americanos, neo-constitucionalismo¹³. Su afirmación, por lo menos en Europa y en forma menos fuerte en América debido al excepcionalismo de los Estados Unidos¹⁴, coincide con el advenimiento del constitucionalismo multinivel, que ha implicado la formación de teorías de la convivencia de diferentes sistemas judiciales, de la integración supranacional de los catálogos de derechos, del diálogo entre cortes y en última instancia de la fragmentación o articulación de la soberanía. Una parte muy importante del formante¹⁵ doctrinal se ha unido en apoyo a esta concepción del derecho constitucional: se pueden recordar como autores principales Dworkin, Bobbio y Zagrebelsky, Häberle, Alexy y Böckenförde, García Figueroa, Prieto Sanchís y Atienza, a pesar de que este último haya repudiado esa teoría.

Muy pocas voces críticas se han levantado contra esta evolución del derecho constitucional nacional y global. Por un lado, se han opuesto los que prefieren seguir conformándose con una interpretación positivista de las constituciones¹⁶, los que se oponen a la supremacía discrecional del poder judicial¹⁷, y algunos pocos veterano-marxistas que contrastan en todo la visión liberal-democrática de la política y del derecho¹⁸.

En este cuadro teórico-doctrinal, hay que preguntarse si el futuro del derecho constitucional después de la pandemia puede ser diferente, si habrá retos nuevos, que puedan traer cambios al equilibrio de valores, al balance de los derechos, o sugerir modificaciones a la forma de Estado o a la de gobierno. La enseñanza de la historia, demasiadas veces obliterada, siempre puede proveer elementos prácticos o teóricos útiles para la evolución de la forma constitucional.

¹³ V. por ejemplo T. Mazzarrese, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turin, 2002; M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Ensayos escogidos, Madrid, [Trotta](#)-UNAM, 2007; G. Bongiovanni, *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (Ed.), *Filosofía del derecho: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Turin, Giappichelli, 2013; M. Atienza, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*, en *Rev. Arg. de teoría jurídica*, 2014, 194 ss.

¹⁴ Como se sabe, esta fórmula se remonta a M. Ignatieff, *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 2005.

¹⁵ Utilizo esta noción siguiendo el ejemplo de Rodolfo Sacco, *Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative law*, en 39 *The Am. J. of Comp. L.* 1 (1991).

¹⁶ Como, en Italia, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padua, Cedam, 3 ed., 2003; Id., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, en *Quad. Cost.*, 2001, 35 ss.; Id., *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, en *Dir. pubbl.*, 2003, 887 ss.; y M. Luciani, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (Ed.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, Nápoles, [Jovene](#), 2009, 1055 ss.; *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, en *Giur. Cost.*, 2006, 1643 ss.

¹⁷ Como por ejemplo M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1999; Id., *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 2008 o M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 2003 o A. Carrino, *La giustizia come conflitto, Crisi della politica e Stato dei giudici*, Milán, Mimesis, 2011; J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *Yale L.J.* 1346 (2006).

¹⁸ Como S. Žižek, *Contro i diritti umani*, Milán, Il Saggiatore, 2006 e Id., *Vivere alla fine dei tempi*, Florencia, Ponte alle Grazie, 2011.

III. Principios constitucionales bajo estrés

Un principio del que hay que evaluar la potencial lesión debido a las consecuencias de la pandemia es el principio democrático. En primer lugar las emergencias se enfrentan mejor con una concentración de poderes en un Ejecutivo fuerte: en Europa ese concepto se aplica a las constituciones que disciplinan expresamente una o más formas de emergencia, como la española, que incluye los tres estados de alarma, excepción y sitio, como a las que, como la italiana, no disciplinan esta materia, dejando espacio a leyes ordinarias que disciplinan la protección civil y la materia sanitaria¹⁹. En cada caso, los Gobiernos se han abierto espacios normalmente no consentidos en las formas de gobierno parlamentarias, aunque razionalizadas. Diferente es el caso de las formas presidenciales, más presentes en América latina. En Europa no hay país en el que no haya habido quejas por parte de las asambleas legislativas en cuanto a la duración, a la extensión o a la intensidad de los poderes gubernativos. En Italia, por ejemplo, el Presidente del gobierno ha utilizado muy a menudo el instrumento del decreto PCM, acto administrativo que no está subordinado a controles financieros ni de contabilidad y puede aprobarse sin deliberación del consejo de ministros. El contexto, en otras palabras, acaba por dar fuerza no solamente al ejecutivo, sino a su jefe o en todo caso a su cumbre monocrática.

Hay que añadir que en tiempos de pandemia los parlamentos encuentran dificultad en convocarse y trabajar normalmente en persona, y que casi todos se han organizado para cumplir su papel de forma remota, por lo menos por la parte que se refiere a comisiones y question time. La discusión en la sala general y el voto deliberativo han puesto problemas más serios, porque la costumbre democrática y algunas disposiciones constitucionales imponen la presencia física de los miembros de las cámaras representativas. Después de varias semanas de debate, muchos parlamentos al final se han resignado a discutir y deliberar en forma telemática, empezando por la Cámara de representantes de los EEUU y siguiendo con la Cámara de diputados italiana y la House of Commons británica. La concentración de poderes efectivos se ha amplificado gracias a los medios de comunicación, de los cuales algunos jefes del ejecutivo se han aprovechado hasta demasiado. Me refiero a las conferencias unificadas en canales televisivos del Premier italiano o de la señora Merkel: ocasiones de inusual visibilidad que según las prospecciones de tendencias de opinión han traído apoyo a los gobernantes, en un periodo en el que la gente espera informaciones, aseguramientos, guía y ayuda.

Esta búsqueda de popularidad puede convertirse en una trampa para políticos en caza de adhesiones, en el momento en que, acabada la fase uno, la gente empieza a esperar trabajo y normalidad. Con mayor razón en las formas presidenciales de gobierno el protagonismo ha podido exaltarse en la pandemia, gracias a la mayor visibilidad de los jefes de estado. Desafortunadamente esa puede ser una arma de doble filo, como demuestran los casos de Trump y Bolsonaro.

Otro valor que se ha a veces sacrificado y a veces exaltado ha sido la solidaridad, principio básico del estado del bienestar. La parte buena del aislamiento y de la segregación fue la exposición de banderas nacionales, los cantos de los balcones, las campanas doblando, los aplausos a médicos y enfermeras: manifestaciones que nos han hecho sentir unidos como no ocurre muy a menudo. Por otro lado se ha vulnerado el mismo principio de varias maneras.

¹⁹ V. ahora también A. Vidaschi, *il COVID-19, L'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in A. Vidaschi, L. Cuocolo (Eds.), *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: Il caso del COVID-19*, numero speciale di DPCE online, 2020, n. 2, 1453 ss..

Desde el punto de vista sanitario, muchos países europeos, Italia en primer lugar, a pesar de la fortaleza de tener sistemas que alcanzan picos de excelencia, han reducido las inversiones públicas en la sanidad o por lo menos han conservado los niveles de hace veinte años, reduciendo de hecho el total al neto de la inflación. Esto ha implicado una reducción brutal de camas de cuidados intensivos, que hubieran sido muy útiles en la primera parte de la experiencia pandémica. Lo que ha implicado un enorme problema de acogida de un número de enfermos superior al de las camas de cuidados intensivos. En muchos países los anestesiólogos han debido efectuar una selección de contagiados que hospedar en terapia intensiva, descartando o rechazando los más viejos o portadores de patologías diferentes, como hipertensión, diabetes, etcétera. Un sistema sanitario inspirado en el principio de universalidad no puede soportarlo, ni por razones de justicia social ni de simple humanidad. Sobre todo cuando se pide una fuerte limitación de derechos civiles en cambio de la protección del derecho a la salud. Además, los ancianos, más en riesgo debido a que se encuentran potencialmente expuestos al virus por causa de patologías concurrentes, son los que han vertido más contribuciones al servicio sanitario nacional, y pueden verse excluidos de las prestaciones que han pagado. En algunos países, como Holanda y Noruega, se ha pedido a los ancianos que subscribiesen una carta de renuncia a gozar del servicio en caso de contagio. Es posible que este enfoque corresponda a una lógica calvinista de predestinación, pero supone serios problemas en términos de promoción de la solidaridad como valor.

Hay que ocuparse también de la libertad, de los derechos civiles, o del principio de la persona, como se llama en varias constituciones europeas.

No hay duda de que la libertad de movimiento y circulación, incluso de ir al extranjero y de volver del extranjero, se haya limitado en profundidad, pero también libertad personal, de domicilio, religiosa y de reunión han subido pesadas restricciones.

Muchas constituciones prevén para casi todas las libertades una reserva de ley y otra de jurisdicción. Normalmente esas reservas se refieren a limitaciones impuestas a sujetos individuales, con la consecuencia que las disposiciones limitativas se pueden adoptar solo por el juez en los casos previstos por fuente primaria y con obligación de motivaciones adecuadas para permitir la impugnación en defensa del principio de libertad. Muchos ordenamientos autorizan el poder ejecutivo a adoptar medidas administrativas generales, sin intervención del poder judicial, por razones, por ejemplo, de seguridad pública, de higiene, como en el caso del art. 16 de la constitución italiana, o, como en el art. 11 de la alemana, en caso de catástrofes naturales o calamidades de especial gravedad. Algunas cartas excluyen cualquier limitación de naturaleza política o ideológica (art. 16 de la italiana, 19 de la española). Limitaciones en forma administrativa, de órdenes o decretos, por ámbitos territoriales o por categorías de personas en circunstancias de peligro sanitario o de otras emergencias son admisibles. Sin embargo el principio general debería ser que las medidas adoptadas sean proporcionadas a los motivos que las sostienen y adecuadamente motivadas. En Europa los tribunales administrativos han reaccionado de manera bastante diferente a los recursos. En Italia, por ejemplo, han rechazado cualquier impugnación de sujetos individuales, aplicando una clase de control que parece muy formal, o sea que se refiere a la competencia y proporcionalidad de las restricciones a las condiciones efectivas de la pandemia en el área territorial interesada²⁰. Pero por lo menos no se ha invocado la categoría del acto político no sindicable, sino la de las actas de alta administración, limitadamente sindicables. En Francia, el Consejo de estado se ha ocupado

²⁰ V. por ejemplo TAR Lazio, Roma, Sez. III, 4 enero 2020, n. 54.

del mérito de los decretos del Gobierno, ordenándole una verificación puntual de las condiciones impuestas, como por ejemplo el tratamiento de bares, restaurantes, tiendas²¹.

A justificación de esas formidables limitaciones al derecho de circulación se ha normalmente invocado el derecho a la vida o a la salud de la gran mayoría de la población. En presencia de una pandemia declarada por parte de la OMS, aunque con embarazoso retraso, prevenir la circulación del virus ha parecido en casi todo el mundo una razón suficiente a un balance en favor de la salud. Algunos constitucionalistas han replicado que las vidas en juego eran también las de pacientes de otras enfermedades, perjudicados en equivalentes expectativas a la salud. De hecho, en muchos países el cerramiento de secciones hospitalarias dedicadas, por ejemplo, a cardiología u oncología, puede haber causado un número de decesos mucho más alto que en tiempos normales, como también las dificultades de acceso al tratamiento sanitario en consideración del riesgo de contagio.

Este es el mismo enfoque que han aplicado algunos ordenamientos que, por lo menos inicialmente, han negado hasta la existencia del virus o lo han subestimado considerándolo una gripe ordinaria o poco más. Este fue el caso de Uzbekistán y Bielorrusia, pero también de Brasil, por lo menos en las intenciones del presidente Bolsonaro, y de Suecia. Suecia no ha adoptado medidas restrictivas sino solamente consejos o sugerencias, contando con una población muy disciplinada y con una calidad de vida muy alta. El resultado ha sido que Suecia tuvo 4.500 muertos con una población de 10 millones de habitantes, Noruega 250 con 5.4 millones, y sobre todo que al abrir de las fronteras el 15 de junio todos los países fronterizos, como Dinamarca, Noruega y Finlandia, han prohibido el acceso a los suecos. En alguna forma se trata de un tipo de negacionismo, si se puede usar esta expresión, que normalmente se reserva a la negación de la existencia de la shoah o, en el caso turco, de la masacre de los armenios durante la primera guerra mundial. Como se sabe, muchos países han introducido una sanción penal para el negacionismo. Aquí hablamos de algo muy diferente, por extensión. A los negacionistas han pertenecido jefes de estado como el Presidente Trump, por lo menos en los meses entre diciembre y los primeros días de febrero, y el Premier inglés Boris Johnson, hasta que él mismo contrajo la enfermedad.

La existencia y la difusividad del virus no son seriamente negables. Pero varios autores señalan que en el mundo en un año hay muchas causas de mortalidad responsables de un número de muertes comparable o superior de los 300.000 causadas por el Covid-19: se han registrado, por ejemplo, 345.000 decesos por falta de agua en 2019. En un solo día mueren 24.000 personas por enfermedades infecciosas, casi 14.000 niños de menos de 5 años, más de 3000 de SIDA, casi 15.000 de cáncer, casi 9.000 de humo de tabaco, 1.800 de malaria. Esos autores, por tanto, se preguntan por qué la reacción de la humanidad ha sido tan fuerte en este caso y tan pasiva en los otros. Creo que la única respuesta es que se trata de una enfermedad nueva, desconocida en cuanto a origen, estructura y duración, de fuerte contagio e impacto sobre la opinión pública, lo que explica la emoción popular y la necesidad de implementar medidas profilácticas y terapéuticas con rapidez. Las demás enfermedades se han enfrentado sin embargo con constancia pero sin reacciones inmediatas.

Se puede decir que el equilibrio de valores típico del neo-constitucionalismo no implica solo el enfrentamiento de derechos o de principios y su balance con la selección de los

²¹ V. las ordenanzas de 1º de abril de 2020, n. 439762 para los mercados alimentarios, de 18 de mayo para los lugares de culto (varios números), de la misma fecha para el uso de los drones n. 440442 y 440445.

sacrificios aceptables que no comprometan el núcleo duro de cada uno, según la teoría de Robert Alexy, sino también la individuación de los términos del enfrentamiento. En este caso, todo el mundo parece haber optado por una protección inmediata y lo más amplia posible contra el Covid. En un proceso discursivo a lo Habermas, la compatibilización de valores se ha efectuado conforme al pensamiento de la gran mayoría de la opinión pública. Ni es posible imaginar, como sugiere alguna opinión populista, que una conspiración o un complot internacional haya hinchado el problema para esconder la derivación del virus de la red 5G o similares locuras, influyendo en la formación de creencias populares.

IV. El papel incierto de la estructura territorial de los Estados en el manejo de la pandemia

Otro perfil de relevancia constitucional que en condiciones de emergencia se demuestra hasta más crucial que en la ordinaria administración es el de la tensión entre Federación y estados miembros o estado compuesto y regiones o comunidades autónomas. La respuesta del aparato administrativo a la pandemia ha encontrado soluciones diferentes en lo relativo al reparto de competencias entre los diferentes niveles de gobierno. Normalmente la profilaxis internacional pertenece al poder central en cualquier forma de estado. Las relaciones con la OMS, la regulación de los transportes entre estados, la reserva o aprovisionamiento de Epi y de materiales útiles para eventos epidémicos compete al centro. Las demás funciones pueden ser repartidas de maneras diferentes según los modelos de organización.

En apariencia, y con reserva de una valuación más completa al final de la historia, con tal que haya uno, no hubo ninguna correspondencia entre el modelo organizativo y la eficacia en el combate a la pandemia. Algunos sistemas centralizados no han respondido adecuadamente a la emergencia. Otros descentralizados tampoco: Italia puede ser un ejemplo de esta clase de estados. Alemania, que practica un federalismo con muy pocos poderes centrales, ha sido un buen ejemplo, gracias a la capacidad de coordinamiento de los gobernadores de los *Laender* y posiblemente a la solidez de la economía y del sistema sanitario. En otras palabras, parece no haber correlación entre la estructura compuesta o centralizada del estado y la capacidad de reacción. Como siempre, lo más importante es la eficiencia de la administración, la preparación de la burocracia, en última instancia la tradición administrativa.

Desde este punto de vista, la comparación entre Estados compuestos, federales o regionales, y Estados unitarios no consigue resultados precisos, por lo menos en esta fase de la evolución de la pandemia. Hay que esperar la conclusión de la historia y también la capacidad de recuperación social y económica, para formular juicios.

V. ¿Cambios de paradigma o evoluciones del modelo del neoconstitucionalismo?

La lección de la historia reciente puede enseñarnos varias cosas, siempre que sea posible ir extrayendo elementos de análisis del asunto mientras los fuegos de la pandemia todavía no se hayan apagado.

En primer lugar, casi todos los ordenamientos han aplicado la técnica del balance de principios y derechos, algunos en forma explícita con decisiones judiciales administrativas, civiles y constitucionales, otros de manera implícita en el momento de tomar decisiones de gran impacto sobre la vida social y económica de todo un pueblo. El método neoconstitucionalista, en otras palabras, parece haberse confirmado imprescindible.

Pero sus resultados han mostrado un deslizamiento del equilibrio entre valores hacia una disminución de la protección de los derechos civiles clásicos en nombre de la salvaguardia de la vida en presencia de una enfermedad contagiosa e insidiosa. También se ha desvelado una debilidad estructural del estado del bienestar, no de todo impredecible a la luz de los recortes de gastos en los sectores sanitario y asistencial en los últimos veinte años: el principio de solidaridad, fundamento del *welfare*, ha sufrido una compresión significativa en una contingencia trágica, ante la que debería haber reaccionado con fuerza. El conjunto de estas experiencias sugiere que hay que vigilar que el equilibrio en

favor de los valores de libertad y solidaridad se restaure y consolide, sobre todo si el estado de emergencia, o por lo menos de alarma, sigue por meses, si no por años. No se puede sostener que la apuesta básica del estado liberal, limitación del poder estatal a cambio de garantías de libertad individual, ganada y perfeccionada durante los siglos, se cuestione o ponga en riesgo debido a una enfermedad que, aunque peligrosa y contagiosa, que se hubiera podido contrarrestar con más eficacia a nivel nacional y supranacional.

Por las mismas razones hay que preguntarse a qué modelo de estado del bienestar habrá que hacer referencia en el futuro próximo. La doctrina tradicional de los años '80 del siglo XX hablaba²² de tres modelos: residual, institucional redistributivo, meritocrático – particularístico. La respuesta a la pandemia no corresponde a los modelos practicados y predicados. Los casos de Suecia, Holanda e Inglaterra lo demuestran. Ahora es necesario reflexionar atentamente sobre los modelos. A los constitucionalistas, administrativistas y hasta a los sociólogos del derecho les espera un gran trabajo. Abandonar completamente y repudiar el modelo institucional, como en Inglaterra, no ha funcionado, ni siquiera vaciarlo desde el interior en favor de operadores privados, como en Italia. Después de Sars, Covid y otras epidemias, sería oportuno prepararse para nuevas pandemias con estructuras y reservas adecuadas, eligiendo un modelo más orientado a la salud humana y menos sensible a las doctrinas neo-liberales. Sin olvidar que un desarrollo sostenible puede prevenir insultos a la naturaleza, motivo de otros fenómenos hostiles.

Desde el punto de vista de la organización, es igualmente peligroso que los ejecutivos y sus jefes alcancen debido a la emergencia una posición de supremacía en las formas de gobierno, bien más allá del diseño constitucional, así en términos de poder real como de recurso a fuentes del derecho secundarias y sus derivadas, a expensas de la ley. Las democracias, ya debilitadas por los populismos y por la aplicación a la vida política de recursos tecnológicos no completamente asimilados, corren el riesgo de no resistir a otras presiones degenerativas. El derecho constitucional de la era post-Covid debería dedicar energías a la preservación de las formas de gobierno contempladas en las constituciones. Estas consideraciones no valen solamente para las formas parlamentarias más o menos racionalizadas, sino también para las presidenciales, en las que una involución en dirección presidencialista es hasta más fácil.

Como nunca antes, en el nuevo milenio, el derecho constitucional se ha transformado en una doctrina global, "à part entière", como escribía Lucien Febvre refiriéndose a la historia²³. Lo que rende mucho más difícil un encuadramiento general de la disciplina en términos rigurosamente científicos en la nueva dimensión, a fuera de narrativas locales, nacionales y hasta continentales, pero incluyéndolas todas, en un enfoque necesariamente comparatista. Una vez dominada la perspectiva geográfica comparada, con una enorme movilización de energías intelectuales, también se pone el problema del perfil histórico, que no se puede perder de vista a pesar de la variedad de lecturas posibles. Desde este punto de vista, hay que preguntarse cómo se coloca la pandemia en la relación estructura-evento²⁴. En otras palabras, ¿puede la emergencia sanitaria mundial representar una

²² V. por ejemplo P. Flora, A.J. Heidenheimer, *The Developments of the Welfare States in Europe and America*, New Brunswick, N.J., Routledge, 1981 y J. Alber, *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat. Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa*, Fráncfort del Meno, Campus Verlag, 1982.

²³ L. Febvre, *Combats pour l'histoire*, París, Librairie Armand Colin, 1953.

²⁴ R. Romeo, *Scritti storici*, Milán, Il Saggiatore, 1991 (1974).

causa suficiente para la búsqueda de nuevos paradigmas generales? ¿para disparar el gatillo de la transición a una nueva forma estructural? La historia de la que hablamos es demasiado reciente para entender si estamos sobreestimando el evento y por lo tanto arriesgamos de escribir una "histoire événementielle", imponiendo al derecho constitucional un esfuerzo inútil o prematuro. Una respuesta satisfactoria no parece todavía posible. Pausas de reflexión son siempre oportunas. El concepto de revolución científica con consiguiente cambio de paradigmas, en el sentido kuhniano²⁵, mejor reservarlo a ocasiones de comprobado derrocamiento cultural.

VI. La pandemia vista desde la perspectiva del derecho administrativo

En el campo del derecho administrativo, la mayor distancia de la cumbre del ordenamiento, en parte suavizada por la eficacia de los principios constitucionales²⁶, puede hacer menos directo el efecto de emergencias sanitarias. Sin embargo el derecho administrativo, al igual que el constitucional, desde los años '90 del siglo pasado empezó un camino de transformación que ha afectado muchos de sus aspectos característicos.

Por ejemplo, y sin pretensión de exhaustividad, la frontera entre derecho privado y derecho administrativo se ha movido, no necesariamente hacia el primero, sino colocándose sobre marcadores inusuales; han nacido el derecho administrativo continental, por lo menos en Europa²⁷, y el de las organizaciones internacionales²⁸; la colaboración con la empresas ha generado también formas de administración global en muchos sectores, con pretensiones de los sujetos privados a la legitimidad de su acción administrativa. Se han experimentado aplicaciones transfronterizas de actos administrativos²⁹. En el contexto doméstico, han nacido nuevas formas de contratación pública, con participación mucho más activa de los sujetos privados y se han constituido fuentes con carácter de soft law, bajo la influencia europea. El dialogo conflictual entre libertad privada y poder público, típico del alma liberal del derecho administrativo tanto en versión francesa como alemana, ha dejado lugar a un pluralismo de partes y a nuevas configuraciones del interés público. Además, las administraciones se han informatizado y telematizado. Se puede decir que en treinta años, si no ha habido una revolución kuhniana, poco le falta.

Buscando posibles evoluciones en el futuro próximo, no se puede olvidar que después de 2008 y de la crisis financiera de aquel año, el Estado ha recuperado por lo menos una parte del rol que había ido perdiendo en las dos décadas previas, asumiendo el papel de salvador de la economía y de las empresas perjudicadas por el fracaso del mercado. Recientemente, antes de la pandemia, se ha hablado con autoridad del nacimiento del

²⁵ T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, Ill., 1962.

²⁶ V. por ejemplo L. Ortega, *L'evoluzione delle basi costituzionali del diritto amministrativo*, en M. D'Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2010, 143 ss.

²⁷ V. por ejemplo G. Della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2019.

²⁸ V. por ejemplo S. Battini, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milán, Giuffrè, 2003.

²⁹ V. por ejemplo J. Rodríguez-Arana Muñoz (Ed.), *Recognition of Foreign Administrative Acts*, Berlín, Springer International Publishing, 2015.

estado de vigilancia³⁰, como consecuencia de nuevas funciones tecnológicas, que la emergencia sanitaria ha reforzado o hasta multiplicado con la introducción de aplicaciones informáticas y drones para el control de los movimientos de los ciudadanos por motivos de seguridad.

En primer lugar, se puede pensar que esta función de control, por lo menos a corto plazo, crecerá, correspondiendo a la doctrina vigilar atentamente que esta ampliación de papel no sobrepase límites razonables, generando inaceptables restricciones de derechos civiles fundamentales.

Otro posible desarrollo va a ser la progresivamente más estrecha conexión entre el nivel nacional y las instancias supranacionales. Lo que implica una exigencia de formación permanente para así permitir a los funcionarios cumplir con sus deberes de forma moderna y adecuada, sensible a las relaciones internacionales.

La lucha a la corrupción promete ser otra apuesta de la próxima década. Las agencias de clasificación internacionales, de fuente privada u oficial, imponen a las naciones europeas una gran mejora, que también sería una forma de realización del derecho a la buena administración, constitucionalizado en Europa con la Carta de Niza y su transposición en los Tratados de la UE.

³⁰ V. el libro de S. Zuboff, *The age of Surveillance Capitalism, The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Nueva York, N.Y., Profile Books Ltd, 2019.