

LA DIFERENTE GESTIÓN DE LA PANDEMIA DERIVADA DEL COVID-19 POR PARTE DEL GOBIERNO CENTRAL Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

Irene Correas Sosa

Prof. Adjunta de Derecho Constitucional

Universidad San Pablo CEU

ÍNDICE: *1. Introducción; 2. La adopción de medidas por parte del Gobierno nacional; 3. La gestión de la pandemia derivada del COVID-19 por parte de la Comunidad de Madrid; 4. Conclusiones. La necesaria reivindicación de los contrapesos regionales; 5. Bibliografía.*

1.- INTRODUCCIÓN.

La pandemia del COVID-19 que comenzaba hace algo más de dos años ha sido, sin ninguna duda, la situación mas grave a la que nos hemos enfrentado desde la II Guerra mundial. Una pandemia que, como se vislumbraba desde el comienzo, y a pesar de la intencionada negación por parte del Gobierno nacional, exigía medidas ante lo que se adivinaba, ya en marzo de 2020, como una grave crisis social y económica.

Esta crisis no se ha agotado en su vertiente social y económica, sino que en determinados países, como el nuestro, se ha visto agravada por una crisis jurídico política que ha dañado aún más nuestro Estado de Derecho por la arrogación del Gobierno nacional de unos poderes cuasi ilimitados que sólo han encontrado oposición en algunas regiones y en el poder judicial, y sólo tardíamente en el Tribunal constitucional. Esta circunstancia nos devuelve la esperanza, pese a todo, no sólo en el funcionamiento de los contrapesos al poder, sino en la necesidad de reivindicar con fuerza que existan.

Han sido varios los que reclamaban la necesidad de reglas o normas centralizadas para la gestión de las medidas para luchar contra la pandemia. Las mismas que se revelaron ineficaces y costosas en las primeras semanas de la gestión de la crisis sanitaria.

Al igual que ocurre en otros ámbitos, cuando nos fijamos en el ejercicio de competencias y abordamos la necesidad o no de su centralización hemos de fijarnos que lo relativo a las mismas no es cuestión de quién puede hacer qué sino de cómo utiliza dicha facultad. Así, si recurrimos a la comparación ya habitual con competencias sanitarias o educativas vemos como el debate encuentra un punto que lo hace decaer si nos fijamos en que con similares competencias unas regiones consiguen tener extraordinarios servicios sanitarios o educativos y otras no, lo que revela, como señalábamos, que no es cuestión de la competencia sino de cómo se ejerce.

Igual que no sería sensato, o no lo sería si no olvidamos que el centro de cualquier acción y decisión en el ámbito político ha de ser el ciudadano, centralizar competencias en un órgano más ineficiente y lejano al mismo que le perjudicara en sus decisiones, por qué plantear hacerlo cuando está en riesgo la salud de toda la población española. No resulta acaso más razonable aprovechar la buena gestión para, en su caso, copiarla en lugar de impedirlo. Contrario a toda lógica no era esto lo que reclamaban los partidarios de la centralización de las decisiones. Reclamaban en cambio más intervención y más regulación.

La situación en cambio se mostraba tozuda y ponía sobre la mesa que el Ordenamiento contaba con instrumentos suficientes para tomar decisiones. Nos enfrentábamos a una situación que escapaba a las previsiones, pero no por ello dejábamos de encontrar soluciones en nuestro ordenamiento jurídico que, de hecho, fueron las que permitieron tomar medidas desde el primer momento, como las que permitieron a Canarias confinar a los turistas en un hotel de Tenerife cuando la proliferación de casos ponía en riesgo la situación en dicho lugar.

Si bien es necesario diferenciar la situación en marzo de 2020 de la derivada a partir de mayo, y por supuesto la de otoño del mismo año, todas ellas tienen un denominador común: la cesión de la libertad a favor de la seguridad. Esto es precisamente el hilo conductor que vemos que subyace a las medidas que se tomaron entonces por parte

de las diferentes administraciones. Mientras el gobierno nacional optaba por la *seguridad*, se otorgaba todas las competencias y hacía un uso desmedido de los instrumentos a su alcance, desde los Real Decreto-Ley hasta las declaraciones del Estado de alarma; a nivel regional observamos que había otra manera de hacer las cosas sin poner en riesgo el estado de derecho ni el sistema constitucional, sin violar los derechos de los ciudadanos y todo ello sin limitar tampoco salvo en lo imprescindible la actividad futura de los individuos.

El falso debate que se pretendió propiciar entre salud y economía resultaba tendencioso. Sólo escondía nuevamente, una pretendida dicotomía en el modo de hacer las cosas: entender que sin economía no habría salud y que no se podía subyugar todo modo de vida de los ciudadanos, o entender que la primera era completamente secundaria, la propia de quién prefiere tener ciudadanos cautivos de subvenciones y ayudas frente a ciudadanos libres. Nuevamente aquí, se enfrentaron dos modelos cuyas consecuencias no tardaron en mostrarse decantando la balanza frente a los que no cayeron en creer que podían decidir por los ciudadanos y entendieron que salud y economía no se enfrentaban sino se complementaban y eran, además, la necesaria combinación que permitiría una mejor salida de la crisis.

Estas consideraciones son las que explicamos en páginas siguientes.

La comparación entre los distintos modos de enfrentar la emergencia sanitaria y las diferentes circunstancias que de ella se derivaron nos exigen prestar primero atención a cómo el Gobierno enfrentó la situación que comenzaba a finales de 2019 y se agravaba en marzo de 2020 y cómo utilizó los instrumentos jurídicos a su alcance para tomar las medidas que estimó más idóneas para enfrentar la gravedad de la situación, que en cierto modo vino redundantemente agravada por la tardanza en enfrentar las mismas.

Si bien es preciso diferenciar diferentes momentos en la gestión de la pandemia, desde el primer instante se revelaron distintas formas de enfrentarse a ello. Nadie duda de que la tardanza en tomar medidas provocaba que en marzo de 2020 quedaran pocas opciones en el ordenamiento jurídico para lograr proteger a una población, lo que es además deber del poder público *ex art. 15* de nuestra Constitución, pero sí que sólo hubiera una.

La Comunidad de Madrid se rebeló desde el primer momento ante la uniformidad en la gestión de la pandemia y ha demostrado a lo largo de estos dos años que no era una estrategia errónea, hasta el punto de que no sólo ha sido estudiado y alabado en medio mundo, sino que ha adoptado medidas que han sido luego copiadas por otros países, como el sistema de análisis de aguas residuales que permite un diagnóstico temprano y adelantarse en la toma de decisiones.

Frente a ello, lo que también analizaremos, se vio reprendida con la aprobación de un estado de alarma particular por no aplicar unas medidas que la propia autoridad judicial no ratificaba. No supuso ello una claudicación en el modelo de gestión, todo lo contrario, hasta el punto de que, como señalábamos, es hoy un ejemplo de la misma y ello explica también que los ciudadanos dieran su respaldo y confianza a la administración regional que optó por algo que en tiempos actuales resulta revolucionario: tratar a los ciudadanos como adultos y hacerles responsables de sus decisiones. Algo que hace más de 200 años estaba en la base de los estados liberales y que hoy parece haberse olvidado. Una nueva cesión más de las democracias liberales que se han visto amenazadas nuevamente por el terror, en modo de pandemia sanitaria, provocando que el miedo, debidamente utilizado por los poderes estatales fuera la coartada para la imposición de desproporcionadas medidas que tampoco han resultado eficaces, salvo para mermar nuestro sistema constitucional.

A lo largo de las siguientes páginas buscamos mostrar dos modos de enfrentar una emergencia y en qué medida ello ha impactado en nuestro modelo constitucional que se ha enfrentado, como a nadie escapa, a una nueva tensión. Dejaremos fuera de nuestro estudio, a pesar del interés que ello reviste, el contrapeso que ha supuesto el poder judicial en la extralimitación de los poderes estatales salvo en lo que ello afecte a nuestra discusión.

2.- LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS POR PARTE DEL GOBIERNO NACIONAL.

Relatar la cronología del Covid-19 es difícil, no menos en nuestro país. El primer caso confirmado, según se dio a conocer, tenía lugar el 31 de enero de 2020 en La

Gomera¹. En menos de 15 días, el 13 de febrero, conocíamos el primer fallecido en Valencia, y unos días más tarde, el 25 de febrero, el Gobierno de Canarias confinaba a casi mil turistas en un hotel en la costa de Adeje como medida preventiva para evitar la expansión de una enfermedad que ya provocaba estragos en varios países.

La rápida expansión del virus ya no era desconocida y el riesgo, ante la dificultad para tratar la enfermedad, era el colapso hospitalario. Y se sabía.

La inacción del gobierno nacional, con una enfermedad ya declarada de emergencia de salud pública e importancia internacional por la Organización Mundial de la Salud el 31 de enero, era sobrecogedora y las regiones, no dispuestas a actuar igual comenzaban a adoptar medidas, máxime cuando se conocían ya los efectos en determinados países europeos.

Sin ánimo de ser exhaustivos, ya que existieron normas también a nivel local, a nivel regional si primero había sido Canarias, siguiendo las recomendaciones que entonces existían, la que habría tomado medidas de carácter extraordinario para evitar la propagación de la enfermedad, la siguiente, ante el crecimiento exponencial en el número de casos, será Madrid el 9 de marzo² conforme a lo permitido por la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Y, posteriormente Cataluña aprobaba la Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo, por la que se acuerda restringir la salida de personas de los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Òdena. Dos días aún habrían de pasar hasta que el gobierno dictara ante el clamor nacional que había visto con asombro como mientras se suspendían todo tipo de actos multitudinarios permitía, apoyaba e incluso alentaba la asistencia a las marchas del 8 de marzo, unas manifestaciones que sin duda contribuyeron

¹ Al respecto, <https://gacetamedica.com/investigacion/espana-confirma-su-primero-caso-de-coronavirus/> o https://elpais.com/sociedad/2020/01/31/actualidad/1580509404_469734.html (Fecha consulta: 12 de marzo de 2022).

² Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas preventivas y recomendaciones de salud pública en la Comunidad de Madrid como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19) (https://www.bocm.es/boletin/CM_Orden_BOCM/2020/03/10/BOCM-20200310-1.PDF)

a la expansión del virus, y ello no sólo en Madrid, que acogió una de las más multitudinarias, sino por toda España. En ese momento, según datos oficiales, España contaba ya con 5.753 casos confirmados (1.519 se habían producido en las 24 horas anteriores), 136 fallecidos y 293 ingresados en UCI³ y un riesgo “moderado”⁴.

2.1 Los Estados de Alarma derivados de la pandemia del COVID-19.

El estado de alarma es uno de los mecanismos excepcionales previstos por el ordenamiento jurídico para casos, según el artículo primero de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en que existieran “alteraciones graves de la normalidad” debidas a “a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud; b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo; d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad”⁵.

³ <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/coronavirus-covid-19-14-marzo-2020>.

⁴ Una recopilación de la situación anterior puede leerse en FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El Estado de Alarma por la epidemia del coronavirus y sus problemas constitucionales legales”, *Tribuna de actualidad*, Salamanca, 2020, vol 6, pág. 29 y ss.

⁵ Al respecto pueden leerse, por todos CRUZ VILLALÓN, P. “La protección extraordinaria del estado”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y PREDIERI, A., (Dir.) y otros, *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 661-689; CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Edersa, Madrid, 1978, o SERRANO ALBERCA, J. M., “Artículo 116” en GARRIDO FALLA, F. (dir.) y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 1554-1611.

Más recientemente, las publicaciones de SIEIRA MUCIENTES, S., “Estado de alarma” en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, págs. 275-305, la monografía coordinada por GARRIDO LOPEZ, C., *Excepcionalidad y derecho. El estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios parlamentarios y del estado autonómico, 2021, o el texto de BRAVO VILUMBRALES, F.A., “Protección a la salud y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas en tiempos de pandemia: una imperiosa necesidad de ponderación entre bienes jurídicos protegidos” en “La crisis sanitaria derivada del COVID-19: restos jurídicos en la Comunidad de Madrid”

Con anterioridad a marzo de 2020 este instrumento había sido sólo utilizado una vez, en el año 2010, cuando a consecuencia de una huelga de controladores aéreos que provocaba el cierre del espacio aéreo español y la suspensión del transporte aéreo se aprobaba el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo⁶. Si bien el Tribunal Constitucional se pronunció al respecto, coincidimos con FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO cuando señala que “el estado de alarma declarado en el año 2010 fue contrario a Derecho. De tener que acudir al artículo 116 CE por revelarse insuficiente la legislación ordinaria, debería haberse optado por el estado de excepción, siendo el sometimiento de los controladores aéreos al fuero militar una actuación cuya constitucionalidad se habría podido salvar, entonces quizás sí -y solo en caso de que no existiera alternativa menos gravosa a esa medida-, invocando el derecho de necesidad”⁷.

Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 2021, págs. 13 a 70. En particular, es interesante prestar atención a los antecedentes de nuestro estado de alarma en las páginas 17 y ss de BRAVO VILUMBRALES, F.A *Op. Cit.*

⁶ En su exposición de motivos señalaba que “Las circunstancias extraordinarias que concurren por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo, impiden el ejercicio del derecho fundamental mencionado y determinan la paralización de un servicio público esencial para la sociedad como lo es el servicio de transporte aéreo. Todo ello constituye, sin duda, una calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados. Para recuperar la normalidad en la prestación del citado servicio público y restablecer los derechos fundamentales de los ciudadanos, hoy menoscabados, y habiendo fracasado todos los intentos para poner fin a la situación de catástrofe pública existente, es indispensable proceder a la declaración del Estado de Alarma en orden a eliminar los obstáculos que impiden su segura y continuada prestación. Las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación y resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma”. Si bien no parecía conforme a la legalidad y así de hecho se manifestó CRUZ VILLALÓN, cuyas posiciones al respecto ya habían quedado fijadas en CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984,.

⁷ : FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P.” La crisis de los controladores aéreos y la covid-19 como emergencias constitucionales insuficientemente regladas. Propuestas de lege ferenda para

La situación en marzo de 2020, cuando se decreta el segundo estado de alarma desde 1978, era bien diferente en gravedad y ante ello eran muchas las voces que reclamaban la adopción de medidas extraordinarias por parte del Gobierno debido a la necesidad de contener una infección que avanzaba a gran velocidad y cuyas consecuencias ya se preveían desastrosas.

Se aprobó entonces 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 cuya exposición de motivos rezaba “las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico. Para hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma. Las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución”.

No resulto así ya que su propio artículo 7 señalaba, bajo el título de “Limitación de la libertad de circulación de las personas” que una serie de limitaciones a la libertad de circulación que sobrepasaban, como año y medio después determinaría el Tribunal Constitucional, lo permitido por esta norma⁸.

Tras este vendrían otras declaraciones del estado de alarma: el decretado en virtud del 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, y el decretado por el Real Decreto 926/2020,

el estado de alarma” en la ya citada. GARRIDO LÓPEZ, C. (coord.) Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pág. 19.

⁸ FJ 5 de la STC148/2021, de 14 de julio de 2021.

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.

El primero de ellos resultaba a consecuencia de la negativa de la Comunidad de Madrid a tomar medidas que carecían de amparo jurídico⁹. Madrid había optado por una medida consistente en aplicar las restricciones sólo en aquellas zonas básicas de salud que tuvieran una alta incidencia, lo que se contradecía con el criterio del gobierno. Un criterio político, no médico ni científico, dado que esta estrategia estaba resultando eficaz. Contra ello el Gobierno nacional reaccionó confinando nueve municipios de la Comunidad de Madrid incluyendo el área metropolitana. Un Estado de alarma con contenido meramente político que se tomó justificado en datos que el propio ministro de Sanidad reconocería como antiguos y sin tener en cuenta la mejora epidemiológica.

El segundo de ellos se caracterizaría, además de por reiterar las medidas limitativas que resultaban suspensivas de derechos, por su duración, lo que afectó gravemente al control parlamentario. Así, con una interpretación no pacífica de la ley, se entendió que la LO 4/1981 no exigía que cada prórroga fuera de un máximo de 15 días, como se había hecho anteriormente, sino que permitía periodos más largos prorrogándose entonces por un periodo de 6 meses, un tiempo, a juicio del gobierno, necesario para, entonces sí, acabar con la transmisión del virus.

2.2. Idoneidad de los Estados de alarma.

La excepcional situación que se vivió en marzo de 2020 provocó que se tomaran medidas extraordinarias en todos los ámbitos. Asistíamos entonces a una situación no prevista que tensaba los mecanismos y estructuras institucionales, pero para el que existían varios mecanismos en nuestro ordenamiento a pesar del estado de excepcionalidad al que nos enfrentábamos.

El primer Estado de Alarma debió tener un objetivo muy concreto, y con esa finalidad se reclamaba, máxime tras la imperdonable tardanza del gobierno en actual. Y se reclamaba porque los mecanismos en manos de las regiones no eran suficientes en gran medida porque nos enfrentábamos a una situación que traspasaba cualquier tiempo de

⁹ *Vid infra* págs. 13 y ss.

delimitación territorial y para el que era necesario tomar ciertas medidas de urgencia y tan excepcionales como la situación a la que nos enfrentábamos. Así estaba ocurriendo ya en algunos países del mundo que oscilaba entre medidas más restrictivas como las Australianas o neozelandesas a otras *menos severas* como las del Gobierno Israelí. Italia acaba de aprobar un estado de alarma y España siguió el mismo camino, si bien sin considerar las propias limitaciones del estado de alarma.

El objetivo, como señalábamos, debía de ser evitar el colapso hospitalario. Para ello era necesario contener los contactos sociales, ya que había que evitar la dispersión del virus, y al tiempo los movimientos poblacionales, evitando así otras circunstancias que provocaran que los ciudadanos acabaran en los ya tensionados hospitales.

Vivimos entonces una circunstancia más propia del derecho de excepción schmittiano. Si bien no contribuyó del todo a evitar el colapso hospitalario, que no tardaría en ocurrir, sí sirvió para evitar un daño aún mayor y permitió aislar a los ciudadanos, a pesar de que ello supusiera aislar por igual a ciudadanos sanos y enfermos.

No obstante, si bien, como decíamos, sirvió para contener el veloz avance de la enfermedad se hizo a costa de los derechos de los ciudadanos.

En la primera ola, si tomamos precisamente las teorías del derecho de excepción podemos encontrar una justificación en la utilización del medio aún cuando excediese su fin, pero ello sería así si no se hubiera extendido más allá de unas semanas y no varios meses ya que, de facto, los tres estados de alarma contuvieron previsiones que excedían su objeto, como hace tan sólo unos meses ya señalaría el Tribunal Constitucional en las SsTC 148/2021, de 14 de julio de 2021 y 183/2021, de 27 de octubre de 2021¹⁰.

Sin entrar en un estudio exhaustivo de las medidas por exceder a nuestro objeto, sí parece acertado decir , y así lo ha reconocido además el Tribunal Constitucional que se

¹⁰ Un breve comentario a las mismas puede leerse en BRAVO VILUMBRALES, F.A., “Protección a la salud y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas en tiempos de pandemia: una imperiosa necesidad de ponderación entre bienes jurídicos protegidos” en “La crisis sanitaria derivada del COVID-19: restos jurídicos en la Comunidad de Madrid” Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 2021, págs.. 46 y ss

excedieron los límites permitidos por el estado de alarma y asistimos a una suspensión generalizada de derechos, y no tanto a una limitación, de tal forma que, como abogaron algunos entonces hubiera sido más deseable que hubiera solicitado el estado de excepción que el estado de alarma como medio para amparar las medidas tomadas.

Podemos entender el recelo del ejecutivo a aplicar una medida que era percibida como de aún mayor gravedad por parte de los ciudadanos, pero ello no excusa que incumplieran el ordenamiento y excedieran los límites permitidos por no querer enfrentar el problema tal y como ello requería. Ciertamente otros países habían declarado la alarma, pero la similitud quedaba únicamente circunscrita al nombre de tal forma que por asimilación utilizó el gobierno un instrumento inadecuado con la gravedad de hacerlo de forma consciente y deliberada ya que contaba con otros instrumentos para hacerlo debidamente y sin subvertir el orden constitucional.

3.- LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA DERIVADA DEL COVID-19 POR PARTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

Anteriormente hemos señalado que es preciso distinguir dos momentos en la gestión de la pandemia. El primero de ellos el derivado del primer estado de alarma en marzo de 2020, en el que la autoridad recaía en el Gobierno nacional¹¹, que, además, asumió las competencias de la gestión hasta el mes de abril de 2020 en que comenzaron a devolverse las competencias a las Comunidades Autónomas¹². Un proceso que

¹¹ Tal y como recogía el RD 463/2020, de 14 de marzo, la autoridad competente era el Gobierno al que se unían cuatro Ministros como autoridades delegadas.

¹² De hecho, sería la 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 la que, según su propio texto señalaba que se “prevé un proceso de desescalada gradual, asimétrico, coordinado con las comunidades autónomas”, para lo que “la decisión sobre el avance o retroceso en los diferentes territorios a través de las distintas fases corresponderá al Ministro de Sanidad mediante un proceso de gobernanza conjunta o cogobernanza con las comunidades y ciudades autónomas, en el que ambas instituciones actuarán en permanente diálogo bajo los principios de cooperación y colaboración. Las decisiones finales se tomarán a partir de la evaluación conjunta del panel de indicadores previsto en el Plan y considerando todos los factores que pueden influir sobre la evolución de la epidemia. En este proceso de cogobernanza, las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla podrán trasladar al Ministerio

continuaría con las sucesivas prórrogas que se hicieron del primer estado de alarma hasta la última dispuesta por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio.

Este último Real Decreto de junio de 2020 sería, transitoriamente, el fin del estado de alarma lo que se *tradujo* en Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que determinaba que correspondía “a los órganos competentes de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, las funciones de vigilancia, inspección y control del correcto cumplimiento de las medidas establecidas en este real decreto-ley” (art. 3.2), y sólo “con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado promoverá, coordinará o adoptará de acuerdo con sus competencias cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en este real decreto-ley, con la colaboración de las comunidades autónomas” (art. 3.1).

Si bien durante la vigencia del primer estado de alarma hubo pocas dudas sobre la normativa a la que someterse –al margen de que se considerara no adecuada o incluso se considerase que existían otros instrumentos que permitían tomar medidas similares- la situación no fue similar tras estas últimas normas señaladas.

de Sanidad propuestas específicas de desescalada en sus territorios”. Una cogobernanza que no resultaba tan desde el propio texto de la orden, que más adelante señalaba que las Comunidades Autónomas podían proponer, pero la cesión le correspondía al Ministerio. Así se establecía en su artículo 6 que disponía “El Ministerio de Sanidad estudiará las propuestas conjuntamente con las comunidades autónomas, como administraciones competentes para la gestión de sus respectivos servicios sanitarios y de salud pública. Asimismo, consultará, en su caso, a los Ministerios competentes por razón de la materia, y valorará, de manera cualitativa y conjunta, los indicadores y criterios técnicos previstos en el Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad aprobado en el Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020. Durante este análisis conjunto se producirá, al menos, una reunión bilateral de carácter virtual entre el Ministerio de Sanidad y la Consejería con competencias en materia sanitaria de la comunidad o ciudad autónoma solicitante. 2. En caso de que alguna comunidad o ciudad autónoma no remitiese al Ministerio de Sanidad ninguna propuesta sobre las medidas a aplicar en cada fase de desescalada, este podrá presentar a la comunidad o ciudad autónoma una iniciativa a partir de la cual se llevarían a cabo las actuaciones contempladas en el apartado anterior”.

En agosto de 2020 se volvieron a generalizar los rebrotes y conforme a lo dispuesto por el Real Decreto-Ley 21/2020 se convocaba al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para acordar medidas uniformes para toda España, lo que se tradujo en una orden que debía ser debidamente llevada a efecto en todos los territorios. Si bien la Comunidad de Madrid cumplió con el requerimiento y aprobaba a resultas de ello la Orden 1008/2020, de 18 de agosto, se sometió su texto a ratificación judicial y fue denegada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Madrid mediante Auto 121/2020, de 20 de agosto. Dicho Auto fue recurrido en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictaba la sentencia 594/2020, de 28 de agosto, en la que, entre otras cosas entendía que la legislación sanitaria permitía adoptar medidas “para proteger la salud de la población y prevenir la enfermedad. Por ello, en situaciones de pandemia como la que atravesamos, para garantizar el control de brotes epidemiológicos y el riesgo de contagio, tienen competencias para adoptar medidas preventivas de contención y otras que supongan limitación de actividades y desplazamientos de personas, adecuándose al principio de proporcionalidad en el respeto de las libertades y derechos fundamentales”.

Sobre la base de la orden anteriormente citada, y otras que vendrían a continuación, la Comunidad de Madrid adoptó medidas que, a diferencia de las que se habían tomado hasta la fecha siguieron un criterio de proporcionalidad “entre la situación de hecho y las finalidades perseguidas, es decir, de la adecuación de las medidas sanitarias al principio de proporcionalidad”, tal y como había sido el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Entre estas medidas una que resultó, ya en los meses siguientes, de las medidas más efectivas que tomó la región una vez que asumió la gestión de la pandemia a partir de septiembre de 2020 que consistió, tal y como se había determinado en la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica, en el aislamiento no generalizado de la población sino según la incidencia en Zonas Básicas de Salud.

Esta medida, que fue ratificada mediante el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 115/2020, de 24 de septiembre, que señaló precisamente la proporcionalidad de la medida, daba lugar a un enfrentamiento del gobierno con la región por motivos únicamente políticos que concluiría con el estado de alarma unilateral a nueve municipios de la región, al que nos hemos referido antes¹³¹⁴.

Como comentábamos, dos son los momentos que hemos de distinguir en la gestión de la pandemia. El segundo de ellos viene derivado de la aprobación del segundo estado de alarma, o el tercero para la Comunidad de Madrid, a resultas 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.

A diferencia del primero de ellos, aquí la autoridad competente era el gobierno nacional si bien las autoridades delegadas fueron los presidentes autonómicos, manteniéndose la coordinación en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Este ligero cambio permitió que las regiones asumieran la gestión de la pandemia y las medidas se sucedieron distintas entre las regiones y con distinto resultado. Si bien han sido muchos los que han reclamado una uniformidad en aquéllas, como si ello hubiera además funcionado anteriormente, la actuación de las Comunidades Autónomas vuelve a demostrar como no es cuestión de quién tiene o no la competencia para hacer algo sino el modo en el que se ejerce.

Amparado en el Real Decreto que establecía el estado de alarma, pero también con el marco de la legislación sanitaria existente, la Comunidad de Madrid comenzó a tomar medidas a las que el gobierno regional se refería como *quirúrgicas* que se limitaban al establecimiento de restricciones sólo en aquellos supuestos y para aquellas circunstancias que era proporcionado y necesario, como además había sido ya determinado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se debía actuar.

¹³ *Vid supra* pág. 9.

¹⁴ Sobre esta situación y las que siguieron recomendamos la lectura de RECARTE LLORENS, C., “Diferencias entre estados de alarma. Especial referencia a la Comunidad de Madrid”, págs. 92 y ss.

Esta diferente forma de actuación, que ha contado siempre con el rechazo sistemático del gobierno nacional a pesar de los buenos resultados que mostraba se basó, fundamentalmente, en no elegir entre economía y salud, como pretendía el gobierno y se estaba realizando en otras regiones, sino en combinarlas limitando, no suspendiendo, sólo actividades y derechos imprescindibles para contener la pandemia.

Así la Comunidad de Madrid contestaba acciones transformadas en datos positivos a la estrategia mayoritaria de confinar ciudadanos limitado sus más básicas libertades de circulación y movimiento, cerrar negocios limitando no sólo la actividad empresarial sino comprometiendo tanto su viabilidad como a sectores económicos, y el miedo como coartada para las medidas. Porque, como decía BASTIAT “en el ámbito económico, un acto, un hábito, una institución, una ley, no producen sólo un efecto, sino una serie de efectos. De éstos, únicamente el primero es inmediato, y dado que se manifiesta a la vez que su causa, lo vemos. Los demás, como se desencadenan sucesivamente, no los vemos; bastante habrá con preverlos”¹⁵. Lo fácil era cerrar y encerrar, aunque ello supusiera subvertir nuestro propio ordenamiento y lesionar derechos, y ello provocaba la disminución del virus pero también otros efectos que eran igual de lesivos, y no proporcionados.

Por el contrario, sólo hacía falta determinación, respeto al estado de derecho y a los ciudadanos para encontrar otro modo de lograr el resultado. La estrategia madrileña se basó en la responsabilidad individual, porque sólo con un verdadero respeto a la libertad individual y la necesaria responsabilidad que lleva aneja se respetan los principios que han dado forma a las democracias liberales, lo que sirve además como un necesario contrapeso al poder de los gobernantes. Esta estrategia se basaba, en el ámbito de la contención de la enfermedad, en medidas puntuales que fuesen respetuosas con los derechos de los ciudadanos, muy en particular los fundamentales.

La estrategia tuvo algunas líneas bien diferenciadas: el rastreo de la enfermedad mediante la aplicación masiva de test y el innovador Plan Vigía, que ha sido copiado por

¹⁵ BASTIAT, F. *Lo que se ve y lo que no se ve, lo que se ve y no se ve*, puede www.isaacbaley.com/uploads/6/7/3/5/245/flo_que_se_ve_y_lo_que_no_se_ve_bastiat_1850_.pdf&clen=69437&chunk=true

otros países, como medida para detectar contagios, detectar tendencias en la infección y servir no sólo como alerta temprana sino como factor objetivo para la toma de medidas concretas sólo en aquellas áreas que fuera necesaria. Ello permitía no elegir entre salud o economía, entre una falsa seguridad y libertad, sino escoger ambos. Porque la verdadera libertad está en poder elegir.

Frente a la estrategia del miedo y el cierre que ha dinamitado negocios, ha empobrecido a la población y ha limitado sus posibilidades de elegir al dejarles al albur de ayudas y subvenciones, siempre insuficientes, pero subyugando cada vez más al ciudadano convirtiéndole en súbdito por su dependencia del poder estatal, se imponían los datos de la estrategia contraria.

La mejora en los datos sanitarios y la disminución en la tasa de mortalidad no se veía afectada por una región con los negocios abiertos, todo lo contrario, de hecho en otras regiones que mantenían todo clausurado se observaba como los datos epidemiológicos no mejoraban. Frente a ello, en Madrid se recuperaba el empleo, aumentando desde septiembre la afiliación a la seguridad social y disminuyendo el paro. De hecho, el pasado mes de febrero se registraba la cifra más baja desde diciembre de 2019 y se conocía que se habían recuperado 348.000 empleos desde septiembre de 2020. Un dato especialmente relevante ya que no hay mejor seguro social ni mejor protección que un empleo.

El empleo, la atracción de inversiones o la creación de empresas son otros indicadores que demuestran que había otra manera de hacer las cosas que no afectaba al nivel de vida de los ciudadanos. Las medidas puntuales, no suspensivas de derechos y proporcionadas en tiempo y alcance traducidas en buenos resultados epidemiológicos demuestran por su parte que no era necesario ir en contra del marco constitucional para poder tomar medidas eficaces.

Como señala RECARTE LLORENS “la complejidad territorial y administrativa de España debe estar siempre garantizada, por ser la base de nuestra democracia constitucional; ha sido precisamente esta complejidad territorial la que ha permitido poner freno a ciertas medidas que se implantaban desde el Estado en la Comunidad de Madrid como resultado de un conflicto puramente político (...). Pero en la actual coyuntura y

ante la gestión de la crisis provocada por la pandemia COVID-19, todo lo que ensombrezca el modelo territorial, viene a perjudicar los principios constitucionales que le sirven de base”¹⁶.

4.- CONCLUSIONES. LA NECESARIA REIVINDICACIÓN DE LOS CONTRAPESOS REGIONALES.

Desde el punto de vista de la teoría política y constitucional la pandemia nos deja extraordinarios ejemplos sobre los que reflexionar y seguir avanzando por las tensiones a las que ha sometido a nuestro ordenamiento. Y, entre las enseñanzas, está la necesaria defensa que debemos hacer de los contrapesos territoriales al poder porque, como decíamos al comienzo, han sido estos, de hecho alguna región, los que han servido de contrapeso a los excesos del gobierno nacional.

El COVID ha supuesto un reto y ha puesto a prueba a los estados constitucionales, que han debido conjugar la salud con el respeto a los derechos individuales y con el mantenimiento de la actividad económica. Esta situación, por la dificultad de conjugar bienes jurídicos además de distinta naturaleza ha tensado a nuestras democracias como no lo había hecho otro acontecimiento en casi un siglo. Y no todos han sabido reaccionar y adoptar medidas proporcionadas y respetuosas con los principios más básicos del estado de derecho, como la propia separación de poderes o el respeto y garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos.

España, en concreto, ha demostrado un mal uso, por desmedido, de los instrumentos de excepcionalidad previstos por nuestro ordenamiento, máxime cuando contaba con otros que no hubieran supuesto una quiebra del mismo. Así ha sido además determinado por el Tribunal Constitucional en dos tardías, pero no por ello menos necesarias, sentencias que han certificado lo que muchos advertíamos desde el comienzo: el gobierno se excedía y afectaba gravemente a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y lo que era peor, no sólo no era contrarrestado por el propio ordenamiento

¹⁶ RECARTE LLORENS, C., “Diferencias entre estados de alarma. Especial referencia a la Comunidad de Madrid”, págs. 109.

jurídico sino ocurría ante la pasiva mirada de una mayoría de ciudadanos que preferían perder cualquier capacidad de acción y decisión frente a una falsa seguridad ofrecida por el siempre omnipresente Estado.

En esta situación las Comunidades Autónomas pudieron ejercer de contrapeso cuando, fundamentalmente a partir de septiembre de 2020 asumieron la gestión de la pandemia.

Con el escaso margen dejado por la excepcionalidad provocada por el Gobierno nacional y un nuevo estado de alarma con una duración demasiado larga y con el agravante de carecer de control parlamentario a la misma, fue la audacia de alguna de ellas, la Comunidad de Madrid, la que encontró los resquicios necesarios para tomar medidas sin interferir más allá de lo necesario en los derechos y libertades de los ciudadanos, conjugando además medidas que permitieran poner coto a la expansión del virus sin afectar en demasía a la estructura socioeconómica de la región. Madrid se ha convertido así en un ejemplo que es hoy más valorado, admirado y estudiado fuera de nuestras fronteras que dentro de nuestra Nación.

Más allá de la buena gestión de la crisis, que es necesario reivindicarla, nos deja otras dos cuestiones que es necesario resaltar. Una de ellas, ya mencionada, es la importancia de mantener los contrapesos territoriales en nuestras modernas democracias. La otra, una clara respuesta a los que abogan por más ley ante cualquier problema que aparentemente no tiene solución. No es momento de ahondar en ello pero sí de señalar como nuestro ordenamiento contaba con instrumentos que permitían actuar, y hacerlo bien, que no requieren de nuevas regulaciones. Pero, además, y relacionado con ambas cuestiones que hemos resaltado, lo que no requiere nuestro ordenamiento jurídico es uniformidad, de haber existido y de haberse optado por la centralidad, la uniformidad y el aún mayor intervencionismo estaríamos hoy en una muy peor situación de la que se encuentra la mayor parte el territorio nacional. El que no haya ocurrido ha permitido además que las regiones que antes comenzaron a vislumbrar la salida de esta crisis estén ayudando hoy al resto de las regiones españolas.

Entre las diferentes formas de actual no subyace más que la eterna disyuntiva entre seguridad y libertad. Pero al igual que en la creada falsamente en la pandemia entre salud

y economía no es posible hablar de seguridad sin libertad ni de libertad sin seguridad y enfrentarlas no conduce a nada. Si bien, de optar por una hemos de hacerlo, porque se demuestra que funciona, por la libertad.

5.- BIBLIOGRAFÍA.

BASTIAT, F. Lo que se ve y lo que no se ve, lo que se ve y no se ve

BRAVO VILUMBRALES, F.A., “Protección a la salud y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas en tiempos de pandemia: una imperiosa necesidad de ponderación entre bienes jurídicos protegidos” en “La crisis sanitaria derivada del COVID-19: restos jurídicos en la Comunidad de Madrid” Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 2021, págs. 13 a 70.

CRUZ VILLALÓN, P. “La protección extraordinaria del estado”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y PREDIERI, A., (Dirs.) y otros, *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 661-689.

CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El Estado de Alarma por la epidemia del coronavirus y sus problemas constitucionales legales”, Tribuna de actualidad, Salamanca, 2020, vol 6, págs.. 27 a 40.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Edersa, Madrid, 1978.

GARRIDO LOPEZ, C., *Excepcionalidad y derecho. El estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios parlamentarios y del estado autonómico, Zaragoza, 2021.

RECARTE LLORENS, C., “Diferencias entre estados de alarma. Especial referencia a la Comunidad de Madrid”, en “La crisis sanitaria derivada del COVID-19: restos jurídicos

en la Comunidad de Madrid” Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 2021, págs.71 a 112.

SERRANO ALBERCA, J. M. , “Artículo 116” en GARRIDO FALLA, F. (dir.) y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 1554- 1611.

SIEIRA MUCIENTES, S., “Estado de alarma” en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, págs. 275-305