

El Estado Autonómico y la Gestión Jurídica de la Pandemia en España

de Ana Carmona Contreras

RESUMEN: 1. Introducción: comunidades autónomas y crisis sanitaria. – 2. El primer estado de alarma: la apuesta por una gestión centralizada de la pandemia. – 2.1. Etapa inicial: la declaración de la alarma y sus dos primeras prórrogas. – 2.2. Primeras señales de contención del virus: sentando las bases para acometer el proceso de desescalada. – 2.3. La activación del proceso de desescalada: el lento proceso de recuperación de competencias por las CCAA. – 3. La fase de la nueva normalidad: la recuperación de competencias por las CCAA en un escenario de crisis sanitaria persistente. – 3.1. El marco regulador: de la normativa excepcional a la normativa extraordinaria. – 4. El segundo estado de alarma: apostando por preservar el autogobierno autonómico. – 4.1. La paulatina descomposición de la nueva normalidad como antesala del segundo estado de alarma. – 4.2. De nuevo el estado de alarma: una orientación distinta para el mismo instrumento excepcional. – 5. Reflexiones conclusivas.

1. *Introducción: comunidades autónomas y crisis sanitaria*

Aunque el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró oficialmente la existencia de una pandemia a escala global causada por el coronavirus SARS-CoV-2, ya desde finales del mes de febrero el azote del coronavirus en España se mostraba como una realidad en continua progresión. El avance exponencial del número de infectados en un corto espacio de tiempo obligó a la adopción de medidas orientadas a frenar la expansión del virus cuya autoría recayó, en estos momentos iniciales, en las autoridades autonómicas. Dado que, dejando a un lado el establecimiento de bases y el ejercicio de funciones de coordinación general¹, cuya titularidad recae en el Estado central (artículo

¹ P. BIGLINO CAMPOS, *El impacto de la Covid en la distribución de competencias*, en J. TUDELA ARANDA (Coord.), *Estado autonómico y Covid-19. Un ensayo de valoración general*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, 25-26, pone de manifiesto las dificultades existentes a la hora de identificar la naturaleza de la función de coordinación de la sanidad que le corresponde al poder central. En este sentido, señala la falta de claridad de la jurisprudencia constitucional (STC 140/2017, FJ 3) que “atribuye al Estado un cierto poder de dirección, la fijación de medios y de un sistema de relación que hagan posible la información recíproca, así como la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias”. Por su parte, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *Estado autonómico y lucha contra la pandemia*, en P. BIGLINO CAMPOS, J. DURÁN ALBA (Dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional. Estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, 61-63, incide en una cuestión fundamental que ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional (SSTC 140/2017, FJ 3 y 82/2020, FJ 6) en relación con la competencia estatal sobre bases sanitarias, a saber, que ésta no se identifica con la de coordinación general. Al hilo de tal diferencia, se concluye que nos hallamos ante una habilitación constitucional que se proyecta sobre dos ámbitos operativos distintos.

149.1.16 CE), la competencia en sanidad corresponde a las Comunidades Autónomas (CCAA), fue precisamente desde dicho ámbito donde se activaron respuestas de diversa índole tomando como referencia las previsiones contenidas en la normativa sectorial. Particular preeminencia asumió la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMEMSP) y más concretamente, su artículo 3, en el que se dispone lo siguiente: “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”.

Utilizando como asidero jurídico esta cláusula de apertura indeterminada que habilita en términos genéricos la adopción de aquellas medidas “que se consideren necesarias en caso de riesgo”, las respuestas articuladas por las autoridades sanitarias autonómicas no se hicieron esperar y fueron desde la inmovilización de los clientes de un hotel en Tenerife en el que se diagnosticó un caso positivo de Covid-19 (decisión ratificada por la instancia judicial correspondiente) a la suspensión de toda la actividad lectiva en centros de enseñanza en la Comunidad de Madrid (acordada por la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad), pasando por el confinamiento perimetral de diversos municipios de la provincia de Barcelona (Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo de 2020, de la Generalitat de Cataluña). Se trataba, en todo caso, de actuaciones parciales y territorialmente circunscritas y que dejaron en evidencia los limitados efectos del despliegue de una estrategia de actuación pública fragmentada en el marco de un escenario de avance global de la enfermedad. Asimismo, la gravedad de la situación concurrente, que exigía la aplicación de medidas altamente gravosas para el ejercicio del derecho fundamental de libertad de movimientos (artículo 19 CE), así como de otros vinculados al mismo (derecho a la educación, libertad religiosa o derecho de reunión y manifestación, entre otros) trajo consigo la necesidad de aplicar decisiones a escala nacional haciendo uso de los instrumentos constitucionalmente idóneos.

En este contexto de fondo marcado por la conjunción entre la progresión ininterrumpida de los contagios y su impacto directo sobre la libertad ambulatoria, el estado de alarma se perfiló como la vía jurídica pertinente a la que recurrir, puesto que la concurrencia de una situación de “graves alteraciones de la normalidad” derivada de “crisis sanitarias, tales como epidemias” figura como uno de los supuestos contemplados por el artículo 4 a) de la Ley Orgánica 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOEAES) para la activación dicho estado. En un clima de creciente preocupación ciudadana, el 13 de marzo, el presidente del Gobierno anunció su intención de declararlo tras la celebración de un Consejo de Ministros extraordinario. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo

definió la hoja de ruta llamada a regir la alarma durante el plazo inicial de 15 días constitucionalmente previsto (artículo 116.2 CE). Transcurrido el mismo, con posterioridad, el Congreso de los Diputados avalaría su mantenimiento hasta el 21 de junio, habiendo concedido las preceptivas prórrogas solicitadas por el Gobierno (un total de 6) con una cadencia temporal de 15 días.

Esta primera alarma se caracterizó tanto por incorporar una impronta de acusada restricción de concretos derechos fundamentales –de forma muy destacada, la libertad de circulación y movimientos², así como el de otros derechos directamente vinculados como la educación o la libertad religiosa–, como por hacer gala de un espíritu marcadamente centralizador. De este modo, se rompe nítidamente con la dinámica precedente en la que el protagonismo para gestionar la crisis pandémica recayó sobre las CCAA. Será precisamente este sesgo unitario

² El confinamiento domiciliario decretado durante el primer estado de alarma (14 de marzo a 21 de junio de 2020), prohibiendo como regla general la circulación a la ciudadanía en las vías públicas y únicamente permitiendo a modo de excepción el ejercicio de la libertad deambulatoria en los supuestos expresamente previstos, ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia 148/2021, de 14 de julio. En dicha resolución (a la que acompañan 5 votos particulares discrepantes), la mayoría de los magistrados argumentan que la norma impugnada trajo consigo la suspensión de la libertad de circulación, lo que rebasa el radio de acción del estado de alarma, únicamente habilitado para acordar la “restricción” de derechos fundamentales. Recuértese que la eventual suspensión de derechos fundamentales está expresamente reservada para las otras dos modalidades de estados excepcionales previstos en sede constitucional (artículos 116 y 55.1), el estado de excepción y estado de sitio y, asimismo, que el elenco de derechos susceptibles de ser suspendidos, lejos de quedar imprejuizado, queda constitucionalmente tasado. En efecto, los derechos “suspendibles” durante el estado de excepción – previsto por el artículo 13.1 LOEAES para supuestos en los que “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestad ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo” – son la libertad personal y la detención preventiva (artículo 17.1 y 2 CE); la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones (artículo 18.2 y 3 CE); la libertad de circulación (artículo 19 CE); la libertad de expresión y el derecho a la información (artículo 20 a y d CE); secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial (artículo 20.5 CE); derecho de reunión (artículo 21 CE); derecho de huelga (artículo 28.2 CE); el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo que corresponde a trabajadores y empresarios (artículo 37.2 CE). Por su parte, la declaración del estado de sitio – que en el artículo 32.1 LOEAES se reserva para “cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios” – posibilita la suspensión de todos los derechos fundamentales aludidos previamente y, de modo adicional, también el que corresponde a toda persona detenida a “ser informada de forma inmediata (...) de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que establezca la ley” (artículo 17.3 CE). Para un análisis completo y actualizado del derecho de excepción en el ordenamiento jurídico español, vid. C. GARRIDO LÓPEZ, *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 2021, especialmente, 89-148.

el que centrará el análisis de la primera alarma, concentrando nuestra atención sobre la existencia de una progresiva tendencia hacia su relajación en virtud de la que, partiendo de una actitud de férrea centralización, se irá transitando hacia un escenario en la gestión de la crisis sanitaria (las fases de desescalada) caracterizado por una recuperación tímida, pero paulatina del espacio autonómico. En el punto final de dicho proceso, una vez levantado el estado de alarma, emergerá la etapa de la denominada “nueva normalidad”, en la que, a pesar de no haberse superado la pandemia, las CCAA recuperarán el lugar que constitucional y estatutariamente les corresponde en materia de sanidad. El incesante avance del número de contagios, que adquirió unas dimensiones preocupantes coincidiendo con el final del verano de 2020, unido a la división de opiniones manifestada por los Tribunales Superiores de Justicia a la hora de ratificar o autorizar las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas por las autoridades sanitarias autonómicas actuarán como elementos catalizadores que dan paso a la declaración de un nuevo estado de alarma a nivel nacional, mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. En esta segunda edición del marco excepcional, sin embargo, se va a abandonar la originaria impronta centralista para dar paso a una aproximación en clave territorial según se desprende, tanto de la configuración de las limitaciones previstas en unos términos esencialmente genéricos, correspondiendo su concreción aplicativa a las CCAA, como de la atribución de la condición de autoridades delegadas a los presidentes autonómicos. De este modo, la reactivación del marco jurídico de la excepción, si bien mantiene un hilo de evidente continuidad con respecto al presupuesto habilitante existente en su inmediato predecesor (la pandemia), asume un enfoque diametralmente opuesto.

2. *El primer estado de alarma: la apuesta por una gestión centralizada de la pandemia*

2.1. *Etapa inicial: la declaración de la alarma y sus dos primeras prórrogas*

Como expresión inmediata de la orientación centralizadora que caracteriza el estado de alarma declarado, el RD 463/2020 atribuye la condición de mando único al Gobierno, en tanto que “autoridad competente” (artículo 4.1). Junto a ello se prevén como autoridades competentes delegadas, “bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno” y “en sus respectivas áreas de responsabilidad” las siguientes: a) La Ministra de Defensa; b) El Ministro del Interior; c) El Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y d) El Ministro de Sanidad (artículo 4.2).

Sobre la base de tal aproximación de partida, todo el protagonismo en la dirección política de la alarma queda residenciado en la esfera del Ejecutivo central, limitándose a conservar el resto de Administraciones, tanto las CCAA como

los Entes Locales, “las competencias que le otorga la legislación vigente en la *gestión ordinaria de sus servicios* para adoptar las medidas que estime necesarias en el *marco de las órdenes directas de la autoridad competente* a los efectos del estado de alarma” (artículo 6, la cursiva es nuestra). Siendo éste el marco general de referencia, se verifica la existencia de un rol eminentemente secundario correspondiente a las Autonomías, lo que resulta especialmente significativo en relación con la sanidad, en tanto que ámbito que se perfila como eje central en la gestión de la pandemia³. De este modo, se constata una modificación sustancial del esquema ordinario de distribución de competencias en materia de sanidad, invirtiéndose el esquema habitual que opera en la normalidad en cuya virtud corresponde al Estado el establecimiento de las bases y la coordinación general (artículo 149.1.16 CE), incardinándose las demás facultades en la esfera autonómica.

Otra significativa expresión de la inversión verificada en esta esfera se encuentra en el artículo 12.1 del RD 463/2020, cuya dicción material no deja resquicio a la duda, al disponer que “(T)odas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, *quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad* en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza” (cursiva nuestra). El margen de actuación autonómica, por lo tanto, se circunscribe únicamente al mantenimiento de “la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento”. En este sentido, se formula una expresa reserva a favor del responsable de la cartera de Sanidad, quedando habilitado para ejercer “cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio” (artículo 12.2 in fine).

Estableciendo un expreso enlace con la etapa inmediatamente precedente a la declaración del estado de alarma y con la finalidad evidente de preservar el principio de seguridad jurídica, se procede a ratificar expresamente (Disposición final primera del RD 463/2020) “todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas

³ F. VELASCO CABALLERO, *Estado y Comunidades Autónomas durante la pandemia*, en E. AJA FERNÁNDEZ, F.J. GARCÍA ROCA (Dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2020*, Instituto de Derecho Público-Marcial Pons, Barcelona, 2021, 44, razona acertadamente que la opción por el “mando único” empleada durante la primera alarma no trajo consigo la suspensión de las competencias autonómicas y locales, sino que más bien “dirigió y condicionó estrechamente su ejercicio”. Sobre la base de tal planteamiento resulta que, como señala T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *Estado autonómico y lucha contra la pandemia*, cit., 82, “esta incidencia estatal sobre las materias competencias autonómicas no significa que durante el estado de alarma las Comunidades Autónomas hayan quedado, en todo lo que se refiere a las medidas de lucha contra la pandemia, sustituidas por el Estado”. Lo que sucede en la práctica es que “simplemente tendrán que adecuar el ejercicio de sus competencias a las disposiciones adoptadas por aquel”.

y de las entidades locales con ocasión del coronavirus COVID-19, que continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas, siempre que resulten compatibles con este real decreto”. No obstante, la operación de ratificación prevista viene acompañada de una disposición de signo garantista estableciéndose que la misma “se entiende sin perjuicio de la ratificación judicial prevista en el artículo 8.6.2.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio”.

2.2. Primeras señales de contención del virus: sentando las bases para acometer el proceso de desescalada

La reducción progresiva del número de contagios y el consiguiente aplanamiento de la curva resultaron determinantes para que, con motivo de la tercera prórroga aprobada por el Congreso de los diputados (22 de abril de 2020), se diera el pistoletazo de salida al proceso de desescalada. De acuerdo con las directrices establecidas en la Comunicación “Hoja de ruta común europea para el levantamiento de medidas de contención de la COVID-19”, presentada el 15 de abril de 2020 por la Presidenta de la Comisión Europea, se establecieron una serie de disposiciones orientadas a activar en el futuro inmediato un cierto relajamiento de las medidas de confinamiento domiciliario, así como a permitir una mayor movilidad (Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma). Va a ser, sin embargo, el “Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19”, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de abril de 2020, en donde se recoja una previsión pormenorizada de tal proceso de paulatino retorno a la normalidad, estableciendo sus pautas rectoras. Movido por tal afán, se establecen los pasos a seguir por las distintas Administraciones, haciendo especial énfasis en el valor esencial atribuido al principio de colaboración. Sobre la base de tal premisa, en el diseño y desarrollo del proceso de desescalada se alude expresamente a su carácter “gradual, asimétrico”, así como a la coordinación con las CCAA. A este respecto, se contempla la necesidad de establecer “parámetros de adaptación en condiciones de máxima seguridad jurídica” que, por un lado, tomen “en consideración los cambios en la situación epidemiológica y en función del impacto de las medidas adoptadas” y, por otro, vengán a “aplicar un enfoque prudente que permita la reevaluación de los escenarios”. Todo ello en un contexto dominado por la apelación que, con carácter recurrente, se hace en torno al carácter “altamente participativo” que ha de presidir la desescalada, en el marco de una “eficaz coordinación de las CCAA con el Gobierno de España”.

La plasmación de tal aspiración inclusiva en clave autonómica, si bien enmarcada en el ámbito de la coordinación estatal, obtuvo visibilidad a través del principio de *cogobernanza* que ya desde la declaración del estado de alarma fue

acuñado por el Gobierno central y cuya manifestación más emblemática fueron las reuniones dominicales de la Conferencia de Presidentes⁴. No obstante, a pesar del avance que supone la recuperación de esta instancia de cooperación entre niveles de gobierno, sacándola del prolongado letargo en el que se hallaba inmersa (desde enero de 2017 no había vuelto a convocarse), hemos de recordar que las reuniones celebradas en el período comprendido por la primera alarma mostraron una efectividad muy reducida. Así se deduce del hecho de que, lejos de incorporar una dimensión codecisoria⁵, la Conferencia se limitó a actuar como un foro para la puesta en común de los problemas existentes en el marco de la crisis sanitaria y en la que el Presidente del Ejecutivo central venía a dar cuenta a sus homónimos autonómicos de decisiones ya adoptadas o en vía de adopción, así como de las novedades producidas.

Una línea similar de eficacia eminentemente simbólica de la *cogobernanza* se percibe, asimismo, en el proceso de desescalada. Como relevante elemento, destaca la atribución de un rol preponderante a favor del Ejecutivo central. La coordinación del proceso de desescalada se encomienda precisamente a éste, si bien viene a enfatizarse que se llevará a cabo a través de la interlocución con la Conferencia de Presidentes, los Consejeros autonómicos de Sanidad y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En cuanto al proceso de desescalada como tal aparece organizado en función de un “Cronograma orientativo de la transición hacia la nueva normalidad” que acompaña al Plan (Anexo III), que se inicia con una fase 0 (preliminar), que

⁴ La Conferencia de Presidentes vio la luz el 28 de octubre de 2004. Nació despojada de soporte normativo, afirmándose en la práctica como expresión de la voluntad de fomentar la dinámica cooperativa entre centro y periferia manifestada por el entonces presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero. Sólo una década después esta instancia de colaboración intergubernamental vertical al más alto nivel (está compuesta por el Presidente del Gobierno de la nación y sus homónimos autonómicos y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla) adquirió naturaleza formal, quedando expresamente recogida en el artículo 146 de la Ley 49/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Por otra parte, hay que tener presente que su andadura existencial ha resultado muy desigual, puesto que, tras una primera fase de actividad sostenida en el tiempo, cayó en una prolongada etapa de letargo de la que va a salir precisamente con ocasión del primer estado de alarma. Para un análisis en profundidad de las debilidades y fortalezas de este órgano cooperativo, cfr. J. TAJADURA TEJADA, *La Conferencia de Presidentes: Origen, evolución y perspectivas de reforma*, en *Revista de Derecho Político*, n. 101, 2018.

⁵ La Conferencia cuenta con un Reglamento Interno que es fruto de su potestad de auto-organización que fue adoptado en su IV Reunión, celebrada el 14 de diciembre de 2009. Dicho reglamento fue publicado en el Boletín Oficial del Estado (19/XII/2009) como Orden TER/3409/2009, de 18 de diciembre del Ministerio de Política Territorial. En el mismo, se prevén dos modalidades de decisiones: por un lado, los acuerdos, que expresan compromisos políticos logrados con el consenso de todos sus miembros (artículo 6.2) y por otro, las recomendaciones, que son resultado del acuerdo adoptado entre Presidente del Ejecutivo central y 2/3 de los Presidentes autonómicos (artículo 6.3). Como se ha señalado en el texto, la actividad desplegada por la Conferencia durante el primer estado de alarma no se ajusta a lo dispuesto en su reglamento.

actúa como preparación a la desescalada propiamente dicha. Una vez concluida ésta, se activa la desescalada propiamente dicha, incorporándose una “Previsión orientativa para el levantamiento de limitaciones de ámbito nacional establecidas en el estado de alarma, en función de las fases de transición a una nueva normalidad” (Anexo II), cuyo contenido desgrena las actividades susceptibles de ser llevadas a cabo en cada una de dichas fases. En este sentido, viene a establecerse un panel de indicadores integral que toma como referentes cuatro ámbitos considerados esenciales: salud pública, haciendo especial hincapié en la evaluación de las capacidades estratégicas del sistema; movilidad interior en el país y también de cara al exterior; impacto social de la enfermedad e impacto económico derivado de la misma (Anexo I). Dada la naturaleza informal del Plan, él mismo incorpora una cláusula en la que se aclara que corresponde a los instrumentos jurídicos pertinentes dotar de efectividad práctica sus previsiones.

El eje principal que articula funcionalmente el marco establecido nos remite a la figura del Ministro de Sanidad, sobre el que recae la competencia para dictar órdenes e instrucciones relativas a las actividades permitidas en cada fase, así como a su alcance y ámbito territorial. Igualmente, cuando concurren motivos justificados de salud pública se le atribuye una facultad adicional para modificarlas, ampliarlas o restringirlas.

En cuanto a la metodología operativa para la toma de decisiones, la centralidad del responsable de la cartera de Sanidad vuelve a reiterarse, ya que es quien decide en qué fase de desescalada se halla cada territorio, así como las actividades permitidas y las condiciones específicas en las que éstas deben llevarse a cabo. En el ejercicio de su competencia, el Ministerio debe tomar como referente el panel de indicadores en el que se recogen los criterios técnicos operativos en el ámbito sanitario. Dichos criterios, que se utilizan para determinar cada dos semanas en qué fase, de avance o retroceso, se encuentra cada Comunidad Autónoma, se someten a una valoración conjunta, debiendo ser expresamente consensuados con equipos técnicos integrados por el Ministro y los Consejeros autonómicos de Sanidad. Por su parte, las CCAA disponen de un radio de acción muy limitado, contando únicamente con la potestad para trasladar al Ministro propuestas, debidamente justificadas, de incorporar a la fase correspondiente actividades no incluidas o no previstas. Asimismo, pueden proponer, una vez oídas las Entidades Locales afectadas, el cambio de fase de un determinado territorio, lo que deberá venir acompañado de un informe motivado en el que se indique el nivel de cumplimiento de los parámetros establecidos, así como la viabilidad de garantizar el aislamiento requerido en su caso. En ambos supuestos, la última palabra corresponde siempre al Ministro de Sanidad que, de este modo, sigue conservando, en su condición de autoridad competente delegada, la facultad de adoptar las decisiones correspondientes.

2.3. La activación del proceso de desescalada: el lento proceso de recuperación de competencias por las CCAA

Una vez constatado que todo el territorio nacional se encuentra en la Fase 0, con la excepción de las islas de Formentera, Gomera, El Hierro y La Graciosa que estaban ya en una fase más avanzada, el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, recoge los términos de la cuarta prórroga del estado de alarma autorizada por el Congreso y, asimismo, formaliza jurídicamente el procedimiento de desescalada diseñado por el Plan al que acabamos de referirnos. Como elemento más destacado cabe reseñar la confirmación de una cierta, aunque tímida, receptividad hacia la capacidad operativa de la esfera autonómica. El hecho es que, sin alterar la condición de autoridad delegada que sigue correspondiendo al Ministro de Sanidad, se atribuye a las Comunidades la facultad de proponer a éste, “a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad”, que acuerde “en el ámbito de su competencia, la progresión de las medidas aplicables en un determinado ámbito territorial, sin perjuicio de las habilitaciones conferidas al resto de autoridades delegadas competentes”. En un sentido similar, se contempla la posibilidad de que, en el proceso de desescalada, el Gobierno acuerde “conjuntamente con cada Comunidad Autónoma la modificación, ampliación o restricción de las unidades de actuación y las limitaciones respecto a la libertad de circulación de las personas, de las medidas de contención y de las de aseguramiento de bienes, servicios, transportes y abastecimientos, con el fin de adaptarlas mejor a la evolución de la emergencia sanitaria en cada comunidad autónoma”. La principal novedad que se produce en estos momentos es que la competencia para aplicar las medidas acordadas corresponde “a quien ostente la Presidencia de la Comunidad Autónoma, como representante ordinario del Estado en el territorio” (artículo 4 RD 514/2020).

Un ulterior, aunque siempre limitado, paso llamado a dotar de un mayor vigor sustantivo al principio de *cogobernanza* en el camino de la desescalada se producirá con la siguiente prórroga, aprobada por la Cámara Baja, estando ya en vigor la Fase I en la mayor parte del país⁶, al quedar vinculado el desarrollo de las funciones correspondientes al Ministro de Sanidad, en tanto que autoridad competente delegada, “al principio de cooperación con las CCAA” (artículo 6.1, Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo). Ya en la antesala del final del estado de alarma, la última de sus prórrogas (la sexta, formalizada en el Real Decreto 555/20, de 5 de junio) incorpora una significativa modificación, puesto que

⁶ Las islas de La Gomera, El Hierro y La Graciosa, así como la isla de Formentera, ya estaban en la fase II, mientras que el resto del territorio nacional todavía se encontraba en fase I. Quedaban al margen de ésta, la Comunidad de Madrid, parte de la provincia de Barcelona y algunas zonas de la Comunidad de Castilla y León.

reconoce la condición de autoridad competente delegada “a quien ostente la Presidencia de la comunidad autónoma”, confiriéndole a ésta, en el ejercicio de sus competencias, la potestad exclusiva para “la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada”. A este respecto, se introduce una importante y lógica salvedad, quedando expresamente excluidas “las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excedan el ámbito de la unidad territorial determinada para cada comunidad autónoma a los efectos del proceso de desescalada” (artículo 6.1 RD 555/2020). Por último, se atribuye a las CCAA la potestad para decidir, “con arreglo a criterios y epidemiológicos, la superación de la fase III en las diferentes provincias, islas o unidades territoriales de su Comunidad y, por tanto, su entrada en la «nueva normalidad»” (artículo 6.2 RD 555/20).

3. *La fase de la nueva normalidad: la recuperación de competencias por las CCAA en un escenario de crisis sanitaria persistente*

3.1. *El marco regulador: de la normativa excepcional a la normativa extraordinaria*

Teniendo en cuenta que al iniciarse la etapa de nueva normalidad que comienza tras la finalización del estado de alarma (21 de junio) todavía no había concluido el proceso de desescalada, dado que todo el territorio nacional había alcanzado al menos la Fase II, pero no así la Fase III, resultaba imprescindible diseñar una respuesta normativa que viniera a establecer el marco jurídico idóneo para gestionar la todavía existente crisis sanitaria y lograr, como objetivo final, la restauración de la normalidad.

El hecho a remarcar es que el final del estado de alarma en unas condiciones epidemiológicas todavía precarias fue consecuencia directa del complejo escenario político existente que quedó en claramente en evidencia con la pérdida progresiva de apoyos parlamentarios que experimentó el Gobierno a través de las sucesivas prórrogas solicitadas. Confrontado a la realidad de un Congreso cada vez menos proclive a mantener la excepcionalidad en vigor, al Ejecutivo central no le quedó otra salida que diseñar un plan alternativo para gestionar la crisis sanitaria todavía existente. Aprobado en las postrimerías del primer estado de alarma, el 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 responde a esta necesidad, puesto que establece un marco jurídico de referencia que hunde sus raíces en el sustrato regulador de la excepcionalidad, si bien adaptándolo a unas condiciones que aparecen

formalmente vinculadas a circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad⁷ (artículo 86.1 CE). Su artículo 1 da buena prueba de tal aproximación, al afirmar que el objeto perseguido por el Real Decreto-ley no sólo responde a la necesidad de establecer las medidas urgentes que rezan en su título, sino también “prevenir posibles rebrotes, con vistas a la superación de la fase III del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad por parte de algunas provincias, islas y unidades territoriales y, eventualmente la expiración de la vigencia del estado de alarma”. En función de tal planteamiento, queda en evidencia una cuestión tan obvia como es que la crisis sanitaria, si bien sustancialmente atenuada, todavía persiste. Asimismo, que el riesgo de retrocesos sigue activo. Pasamos, pues, a un escenario fáctico de gestión de la pandemia en el que el levantamiento del estado de alarma no trae consigo la eliminación ni de su supuesto fáctico ni tampoco de sus normas reguladoras.

En relación con la batería de medidas que incorpora el Real Decreto-ley 21/2020, el primer elemento a reseñar es el amplísimo espectro de cuestiones (uso obligatorio de mascarillas, medidas a adoptar en centros de trabajo, sanitarios, docentes, en centros comerciales, restauración, transportes, entre otras) abordado. En relación con las mismas, se prevé que “serán de aplicación en todo el territorio nacional hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19” (artículo 2.3 RDL 21/2020). Con carácter previo a la referida declaración, las CCAA deberán ser consultadas por el Gobierno el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (artículo 2.3 *in fine* RDL 21/2020).

En cuanto a las cuestiones relativas a la aplicación de las medidas contempladas, la norma dedica una atención preferente a la determinación de las instancias territoriales competentes, así como al establecimiento de previsiones referidas a su desarrollo. En relación con ambos aspectos emerge una perspectiva reguladora en la que la fuerte impronta del principio de coordinación que se introduce a favor del Ejecutivo central y del que se deriva la imposición de

⁷ A. CARMONA CONTRERAS, *La producción legislativa del Estado con incidencia en las Comunidades Autónomas*, en *Informe Comunidades Autónomas 2020*, cit., 311-319, pone de manifiesto cómo la potestad gubernamental de urgencia que se plasma en la figura de los decretos-leyes adquiere un protagonismo determinante a lo largo del año. De hecho, del análisis de la producción normativa primaria estatal producida durante dicho período emerge con claridad que éstos operan como fuente del derecho predominante en la gestión de la crisis generada por la pandemia, cuyos efectos se dejaron sentir en el ámbito sanitario, pero también, con especial crudeza, en la economía. La atención a las materias reguladas por los decretos-leyes emanados (un número total de 39) así lo deja en evidencia, habilitando toda una serie de medidas relacionadas con el ámbito de la salud, así como en el terreno de la protección de las empresas, los trabajadores y sectores sociales especialmente vulnerables.

diferentes obligaciones a las Autonomías, coexiste con el recurso constante a la activa implicación de éstas sobre la base del principio de colaboración.

En este contexto de dinámica relacional entre distintos niveles de gobierno resulta muy significativo en primer lugar por lo que a los órganos competentes se refiere, el establecimiento una cláusula de seguridad llamada a activarse “con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia” en virtud de la que la Administración General del Estado queda facultada para promover, coordinar o adoptar “de acuerdo con sus competencias cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en este real decreto-ley”. Por su parte, el rol atribuido a las CCAA en tales circunstancias aparece circunscrito únicamente al terreno de la mera “colaboración” (artículo 3.1 RDL 21/2020). Será en un momento sucesivo cuando se prevea el supuesto ordinario de gestión, atribuyéndose a los órganos competentes del Estado, las CCAA y 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” (artículo 3.2 RD 21/2020, la cursiva es nuestra).

Desde la perspectiva del desarrollo de las actividades que corresponden a las CCAA el Real Decreto-ley se refiere expresamente a “la adopción de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias”, los cuales habrán de atender “los niveles de riesgo de exposición y de transmisión comunitaria de la enfermedad” y quedarán formalizados mediante el recurso a la figura de “las actuaciones coordinadas en salud pública” (artículo 5 RDL 21/2020). A este respecto, ha de llamarse la atención sobre el sustancial reforzamiento que experimentan estas actuaciones, a raíz de la reforma de su marco regulador (el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud), confiándose un especial énfasis al doble objeto que las inspira: Responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública, por un lado y por otro, cumplir los acuerdos internacionales y los programas de la Unión Europea. Como regla general, la declaración de las acciones coordinadas corresponde al Ministerio de Sanidad, mediando el acuerdo previo adoptado en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud con audiencia de las CCAA afectadas directamente⁸. Ahora bien, el trámite de audiencia podrá

⁸ F. VELASCO CABALLERO, *Estado y Comunidades Autónomas durante la pandemia*, cit., 50, incide en una cuestión que debe ser objeto de atención preferente como es que en este supuesto el Consejo actúa como órgano de cooperación. Las acciones coordinadas son, en efecto, declaradas por el Ministerio de Sanidad, pero previamente han sido acordadas en el seno del Consejo Interterritorial. En función del contexto concurrente, no cabe atribuir efectos vinculantes a estas acciones, puesto que el Consejo limita su radio de actuación al que es propio de las conferencias sectoriales. En este sentido, resulta pertinente recordar que, en el ordenamiento jurídico español, ya desde la STC 76/1983, quedó establecido – y así lo recogen las leyes correspondientes – que los acuerdos adoptados por estos órganos de colaboración vertical y de naturaleza multilateral (en el que par-

obviarse cuando concurren “circunstancias de necesidad urgente”, aunque en tal caso sólo se adoptarán las “medidas estrictamente necesarias”, debiéndose informar con urgencia a aquéllas. En este supuesto, el valor jurídico atribuido a la figura de la acción coordinada experimenta un cambio sustancial, puesto que viene a dotarse de efectos preceptivos, dado que “obliga a todas las CCAA incluidas en la misma” (Disposición Final Segunda.1 RDL 21/2020). Tal salto cualitativo se justifica teniendo en cuenta que estamos ante una manifestación de la potestad de coordinación de la que es titular el Estado central que, por lo demás, se vincula a la concurrencia de circunstancias fácticas calificadas por su urgencia y necesidad⁹.

El elenco de reformas en este ámbito concluye con la previsión de un nuevo artículo 65 bis de la Ley 16/2003 (Disposición Adicional Segunda.2 RDL 21/2020), que establece para el supuesto de que se verifique una “situación de emergencia para la salud pública”, la obligación a cargo de CCAA y Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial¹⁰ de aportar “de inmediato” al Ministerio de Sanidad “la información epidemiológica y la relativa a la capacidad asistencial que se requiera y la identificación de las personas responsables de la misma, así como las medidas de prevención, control y contención adoptadas (...) en los términos que se establezcan por el Ministerio de Sanidad”. El contenido de este nuevo precepto se cierra con la previsión de un deber de información que corresponde al Ministerio de Sanidad, que queda constreñido a convocar “con carácter urgente el Consejo Interterritorial de Sistema Nacional de Salud”.

Sobre la base de las previsiones apuntadas, se desprende con claridad que en la etapa de nueva normalidad el Consejo Interterritorial, un órgano sectorial integrado por los responsables de Sanidad de los ámbitos central y autonómico, está llamado a asumir un destacado protagonismo, en tanto que foro institucional en el que se canalizan las dinámicas de encuentro y cooperación interguberna-

ticipan representantes de las Comunidades Autónomas y del Gobierno Central) carecen de valor preceptivo, limitando sus efectos al ámbito de lo político.

⁹ En relación con esta segunda modalidad de actuación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud advierte F. VELASCO CABALLERO, *Estado y Comunidades Autónomas durante la pandemia*, cit., 52, que “no atribuye por sí ninguna competencia de coordinación al Ministerio, pues tal competencia proviene directamente del artículo 149.1.16 CE”. En el supuesto contemplado por el artículo 65, sigue razonando el autor, nos encontramos con “una regulación del ejercicio de esta competencia. Y lo hace, dentro de las opciones posibles, limitando el ejercicio de la potestad ministerial de coordinación a situaciones de urgente necesidad”. Circunscrita dentro de estos límites, emerge la existencia de una voluntad legislativa orientada a “constreñir lo máximo posible, sólo para situaciones por completo extraordinarias, la potestad de actuación unilateral (coordinación) del Ministerio, sin ni siquiera la propuesta previa del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”.

¹⁰ Tratándose de Entes Locales, la norma prevé que la información requerida “será recabada por el órgano competente en materia de salud pública de la correspondiente comunidad autónoma, que deberá transmitirla al Ministerio de Sanidad”.

mental en dicha materia¹¹. Las reuniones desarrolladas con regularidad a lo largo del tiempo, así como el nutrido número de acciones coordinadas adoptadas dan buena prueba de ello. Como contrapartida, nótese que el reforzamiento experimentado por el Consejo Interterritorial resulta directamente proporcional al declive sufrido por la Conferencia de Presidentes. Y es que una vez levantado el estado de alarma se puso punto final al ritmo semanal de reuniones, habiéndose verificado a partir de entonces tan solo dos encuentros: uno, el 31 de julio y otro, el 4 de septiembre de 2020.

Junto a las actuaciones coordinadas los “protocolos de vigilancia” también asumen una indudable relevancia en la gestión de la pandemia en el contexto inmediatamente posterior a la alarma. Vinculados al desempeño de tareas de detección y notificación de la situación epidemiológica que corresponde a las autoridades sanitarias autonómicas (artículo 24.1 RDL 21/2020), obligadas a comunicar al Ministerio de Sanidad la información de casos y brotes (artículo 24.2 RDL 21/2020) estos planes marcan la hoja de ruta a seguir. Aprobados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud han de incorporar un contenido, cuyos componentes aparecen expresamente desgranados en la norma que los regula: “las definiciones necesarias para garantizar la homogeneidad de la vigilancia, las fuentes de información, las variables epidemiológicas de interés, el circuito de información, la forma y periodicidad de captación de datos, la consolidación y el análisis de la información” (artículo 24.3 in fine RDL 21/2020). Gozan de naturaleza preceptiva, puesto que “serán de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional”, lo que, sin embargo, no es óbice para que respetando en todo caso “los objetivos mínimos acordados” se dé vía libre a la posibilidad de adaptación por las CCAA en función del contexto específico en el que se encuentren (artículo 24.3 RDL 21/2020).

Una nueva manifestación de la interrelación existente entre el Estado y las CCAA se detecta en el ámbito de la determinación de las medidas previstas para garantizar las capacidades del sistema sanitario (Capítulo VI RDL 21/2020), incorporándose la obligación de que las autoridades autonómicas remitan “al Ministerio de Sanidad la información sobre la situación de la capacidad asistencial y de necesidades de recursos humanos y materiales”. El establecimiento de los términos exigidos a la información requerida es competencia del “titular de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad” que, a tal efecto, queda constreñido a consultar previamente a las CCAA (artículo 30 RDL 21/2020).

Como contrapunto a lo expuesto, resulta cuanto menos sorprendente que

¹¹ P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Crisis sanitaria y modelo autonómico*, en *Estado autonómico y Covid-19*, cit., 115, critica la clamorosa ausencia del Senado en la gestión de la pandemia. De este modo, se pone en evidencia una vez más su incapacidad para actuar como una cámara de representación territorial en el marco del Estado autonómico.

no se disponga ningún deber de información o comunicación al Ministerio por parte de los responsables autonómicos en relación con los denominados “planes de contingencia COVID-19” (artículo 29 RDL 21/2020), con los que han de contar las aquéllas para garantizar una cuestión capital en la gestión de la contención de los contagios como es “la capacidad de respuesta y la coordinación entre los servicios de Salud Pública, atención primaria y atención hospitalaria”. En un sucesivo escalón de exigencia, se contemplan los “planes internos” que deben tener los centros de atención primaria y hospitalarios, de titularidad pública o privada “para hacer frente a la gestión de situaciones de emergencia relacionadas con COVID-19”. La finalidad de estos planes no es otra que “garantizar la capacidad para responder ante incrementos importantes y rápidos de la transmisión y el consiguiente aumento en el número de casos. Para ello, se debe disponer, o tener acceso o capacidad de instalar en el plazo preciso los recursos necesarios para responder a incrementos rápidos de casos en base a las necesidades observadas durante la fase epidémica de la enfermedad. Estos planes deberán incluir también las actuaciones específicas para la vuelta a la normalidad”. Así concebida la cuestión, las CCAA disponen de un necesario e imprescindible margen de actuación en la definición de sus planes de contingencia que, sin embargo, no viene acompañado de un no menos insoslayable elemento de coordinación con el Estado a través de la formulación del correspondiente deber de puesta en conocimiento de los mismos.

4. *El segundo estado de alarma: apostando por preservar el autogobierno autonómico*

4.1. *La paulatina descomposición de la nueva normalidad como antesala del segundo estado de alarma*

La constatación de un verano marcado por el preocupante e ininterrumpido aumento de las cifras de contagios en buena parte del territorio nacional trajo consigo un rosario de actuaciones de choque a cargo de las CCAA más afectadas. El instrumento jurídico utilizado para articular las medidas adoptadas en esta fase de nueva normalidad fue nuevamente el artículo 3 de la LOMEMSP. Sobre la base de la cláusula genérica habilitante, se acordaron incisivas previsiones limitadoras de derechos fundamentales –de forma muy destacada, los confinamientos perimetrales municipales o por zonas- territorialmente circunscritas que motivaron un alto grado de conflictividad jurisdiccional. En este sentido, el primer aspecto a reseñar es que, teniendo presente el efecto restrictivo anudado a las mismas su activación va a exigir la preceptiva autorización o ratificación por parte de los jueces contencioso-administrativos, según se recoge en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La novedad a subrayar

en relación con dicha exigencia es la modificación que el control jurisdiccional experimenta como consecuencia de la reforma operada por la 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, distinguiéndose entre los siguientes supuestos: En primer lugar, se mantiene la previsión de que los Juzgados de lo contencioso-administrativo gozan de la competencia para autorizar o ratificar o autorizar “las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales”. El elemento de cambio reside en el hecho de que, a diferencia de lo previsto anteriormente, ésta queda vinculada a un supuesto concreto: “*cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada*” (Disposición Final 2.1, la cursiva es nuestra). En función de este enfoque, la definición de la competencia de ratificación o autorización judicial contemplada se hace depender tanto de la condición de la norma de la que trae causa la restricción de derechos fundamentales – un acto administrativo singular – como de que sus destinatarios sean personas concretas e individualizadas.

A continuación, se incorpora una previsión *ex novo* que supone un claro intento de solventar los graves problemas de seguridad jurídica que las genéricas medidas limitadoras de derechos plantearon ya en la fase inmediatamente precedente a la declaración de la primera alarma. Se trata de la encomienda a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la competencia de autorización o ratificación de las “medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales” en un supuesto específico, a saber, “*cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente*” (Disposición Final 2.2, en la que se establece un nuevo apartado 8 al artículo 10 de la Ley 29/1998, la cursiva nuestra). Esta vía de solución, sin embargo, muy pronto dejó en evidencia la que se erige en su principal debilidad, esto es, lo insuficiente de la habilitación normativa de la que traen causa las decisiones restrictivas de derechos fundamentales (artículo 3 LOMEMSP). Asimismo, también se llamó la atención sobre la falta de proporcionalidad en la que incurrieron algunas de las medidas adoptadas, rechazándose su viabilidad jurídica. Distintas resoluciones judiciales así lo señalaron, destacando especialmente el Auto de 10 de octubre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que acordó no autorizar la medida de restricción de la libertad deambulatoria en el término municipal de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza) para la contención del rebrote del COVID-19, contenidas en la Orden de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Aragón de 7 de octubre de 2020. Tam-

bién, cabe reseñar el Auto de 28 de octubre de 2020, adoptado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el que se denegó la ratificación de las medidas acordadas en el apartado tercero de la 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. Esta concreta resolución judicial muestra un especial interés, puesto que resultó determinante para que, atendiendo a la ausencia de respuestas efectivas para frenar el avance de los contagios por parte de las autoridades autonómicas responsables, el Ejecutivo nacional hiciera uso de su potestad constitucional y declarase el estado de alarma territorialmente limitado a dicha Comunidad Autónoma (Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre), durante un plazo de 15 días.

De este modo, se perfiló un panorama en el que la división de opiniones en sede jurisdiccional no solo trajo consigo una grave quebranto de la seguridad jurídica sino también una creciente perplejidad entre la ciudadanía. Va a ser precisamente este trasfondo de incertidumbre el que da pie para que algunas de las CCAA más afectadas por los avances de los contagios (Euskadi, Asturias, Extremadura, Navarra, Cataluña, La Rioja, Melilla, Castilla-La Mancha, Cantabria y Valencia) solicitaran expresamente al Gobierno de la una nueva declaración del estado de alarma a escala nacional. Así sucedió el 25 de octubre, fecha en la que se aprueba el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. Con ello, se abría una nueva etapa de excepcionalidad en nuestro país.

4.2. De nuevo el estado de alarma: una orientación distinta para el mismo instrumento excepcional

Lo primero que debe ponerse de manifiesto en relación con esta nueva declaración del estado de alarma es que presenta unos trazos configuradores muy distintos a los establecidos en la experiencia precedente. Para empezar, desde una perspectiva temporal, se opta por una alarma de duración prolongada fijada ya desde su arranque. En efecto, una semana después de su declaración el Gobierno, que no llegó a agotar el plazo máximo de 15 días constitucionalmente previsto, obtuvo la prórroga del estado de alarma solicitada al Congreso de los Diputados, cuya extensión quedó fijada en un período de seis meses (Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el 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).

En relación con la extensión temporal de la prórroga se impone una

reflexión de índole abiertamente crítica¹². Marcando una neta diferencia con la precedente fase de alarma, se prescinde de adoptar el modelo articulado en función de una cadencia temporal de 15 días, transcurridos los cuales, el Gobierno debía someter su prórroga a la autorización del Congreso de los Diputados. El ya aludido desgaste político derivado de esta opción, que se concretó en la aminoración paulatina del apoyo recibido en sede parlamentaria al mantenimiento de la alarma, se muestra como elemento decisivo para abandonar dicho modelo. El punto a subrayar es que, ante el silencio que a este respecto mantienen tanto la Constitución como la LOEAES, que nada establecen expresamente sobre la duración de la prórroga del estado de alarma¹³, el Gobierno no consideró que concurriese problema jurídico alguno para establecerla durante un semestre. En la Exposición de Motivos del Real Decreto de prórroga se justificaba tal petición sobre la base de las siguientes consideraciones: “dada la tendencia ascendente en el número de casos, la evolución esperada en los próximos meses, con una climatología adversa que reduce la posibilidad de desempeñar actividades en espacios abiertos, y la situación de posible sobrecarga del sistema asistencial, que podría llegar hasta bien entrada la primavera si no se actúa con instrumentos apropiados para frenar la propagación de la enfermedad, se considera necesario y proporcionado extender la aplicación de medidas que han demostrado ser eficaces para reducir situaciones de riesgo de transmisión y frenar los contagios, como las contenidas en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, durante un periodo de seis meses, al estimar que este plazo de tiempo ofrece la mayor seguridad posible para poder proteger adecuadamente la salud de la población con la información disponible en estos momentos”.

Por nuestra parte consideramos que las justificaciones alegadas, aunque ciertamente no se muestran despojadas de una base real, no son en sí mismas suficientes para neutralizar el exceso evidente que implica una prórroga tan prolongada en el tiempo. Aunque, como ya se ha indicado, no existen disposiciones normativas expresas que marquen un límite temporal preciso, no puede deducirse la admisibilidad de cualquier duración de la prórroga, porque la LOEAES exige, en el capítulo de disposiciones generales, que tanto las medidas como la duración de los estados excepcionales sean “las estrictamente indispensables”, requiriéndose, asimismo, que su aplicación se realice “en forma proporcionada

¹² La doctrina constitucionalista, de forma prácticamente unánime, coincide en considerar que dicha prórroga incurre en un vicio de inconstitucionalidad. Cfr., por todos, F.J. MATIA PORTILLA, *Ensayo de aproximación a las cuestiones planteadas por la crisis sanitaria en relación con el Estado autonómico*, en *Estado autonómico y Covid-19*, cit., 166.

¹³ Una posición contraria adopta M. ARAGÓN REYES, *Covid y Estado autonómico*, en *Estado autonómico y Covid-19*, cit., 87, quien defiende que la Constitución contiene un mandato implícito sobre la duración de la prórroga del estado de alarma que, en ningún caso, puede ser superior a 15 días.

a las circunstancias” (artículo 1.2). Atendiendo a estos requisitos, el arco temporal definido resulta excesivo, al no respetar el principio de proporcionalidad¹⁴. Esta conclusión, por lo demás, se refuerza sustancialmente teniendo en cuenta el diseño que de la gestión de la alarma se introduce en esta segunda fase. En efecto, marcando una diferencia sustancial con el modelo centralizado (sic., de “mando único”) que caracterizó la primera experiencia de alarma, en la actual va a obtener carta de naturaleza sustancial un escenario regido por el principio de *cogobernanza*. Así se desprende del enfoque funcional aplicado por el Real Decreto 926/2020, procediendo de la siguiente manera: Comienza diseñando una serie de limitaciones de derechos fundamentales susceptibles de aplicarse durante el estado de alarma: (1) libertad de circulación de las personas en horario nocturno, el denominado toque de queda (artículo 5.1); (2) entrada y salida de las Comunidades y Ciudades Autónomas, también conocido como cierre perimetral (artículo 6.1); (3) permanencia de un máximo de 6 personas en espacios privados y con respecto a lugares de tránsito público (artículo 7.1); (4) previsión de la posibilidad de limitar, condicionar o prohibir el ejercicio de la libertad de reunión y manifestación recogido en el artículo 21 CE siempre que sus promotores no garanticen el mantenimiento de la distancia personal que impida los contagios (artículo 7.3); (5) permanencia en lugares de culto acompañada de la limitación de los aforos (artículo 8).

Quebrando la opción del “mando único” asumida en la primera alarma, ahora, se confiere a los Presidentes autonómicos y de las ciudades autónomas la condición de autoridades competentes delegadas (artículo 2.2), asignándoles la competencia para decidir sobre la activación y eficacia de las medidas reseñadas (artículo 9). Este modo de proceder choca con la literalidad del artículo 7 LOEAE, que prevé lo siguiente: “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”.

Es obvio que el supuesto contemplado en sede legislativa se refiere a un supuesto de alarma territorialmente circunscrito a una sola Comunidad Autónoma y no, ciertamente, operativo a nivel estatal. Sobre la base de tal constatación, la doctrina constitucionalista ha señalado las dudas que trae consigo la decisión adoptada por el Gobierno central al declarar la segunda alarma¹⁵, oscilando

¹⁴ Compartimos la valoración realizada por J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *La crisis del coronavirus tras el primer estado de alarma*, en *Estado autonómico y Covid-19*, cit., 68, llamando la atención sobre la pertinencia de establecer una prórroga temporalmente más breve, puesto que “evita los riesgos de dispersión o exceso de heterogeneidad en que pueden incurrir las Comunidades Autónomas; y así se daría la oportunidad de recomponer la unidad en la actuación contra la pandemia, abordable también según criterios de flexibilidad que pueden producir una mayor eficacia”.

¹⁵ Una posición minoritaria es la asumida por T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El Estado*

entre dos extremos: por una parte, quienes señalan la existencia de problemas prácticos que en términos políticos, pero sin concluir que de ello se derive un efecto de inconstitucionalidad¹⁶ y aquellos otros que sostienen precisamente tal consecuencia¹⁷.

El margen de maniobra operativa con que cuentan los Presidentes Autonómicos como autoridades competentes delegadas es muy amplio, vinculándose a “la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad” de su respectivo territorio. El ejercicio de esta facultad, por lo demás, requiere la “previa comunicación al Ministerio de Sanidad” y en aras de garantizar la coordinación en su aplicación, atender a lo dispuesto por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que queda investido de la facultad para adoptar “cuantos acuerdos procedan, incluidos, en su caso, el establecimiento de indicadores de referencia y criterios de valoración del riesgo” (artículo 13). Adicionalmente, las autoridades competentes delegadas también disponen de la capacidad para modular, flexibilizar y suspender las restricciones establecidas por el decreto de alarma, quedando habilitadas para adoptar las siguientes decisiones: (1) adelantar a las 22 horas el inicio del toque de queda y también para determinar su finalización en la horquilla horaria comprendida entre las 5 y las 7 horas (artículo 5.2); (2) establecer cierres perimetrales en el interior de la Comunidad Autónoma, con un ámbito geográfico inferior a la misma (artículo 6.2); (3) rebajar el número máximo (6) de personas permitido en las reuniones privadas (artículo 7.2)¹⁸.

Es evidente que en este modelo de gestión descentralizada de la alarma la responsabilidad política se desplaza desde el poder central al ámbito autonómico¹⁹, de tal manera que, respetando las exigencias de coordinación establecidas,

autonómico y la lucha contra la pandemia, cit., 83, abogando por una interpretación flexible del artículo 7 LOEAES y defendiendo que la delegación a favor de los Presidentes Autonómicos es aceptable.

¹⁶ P. GUERRERO VÁZQUEZ, *El impacto territorial de la crisis sanitaria*, en *Estado autonómico y Covid-19*, cit., 143-144.

¹⁷ M. ARAGÓN REYES, *Covid y Estado autonómico*, cit., 85.

¹⁸ J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *La crisis del coronavirus tras el primer estado de alarma*, cit., 66, manifiesta importantes dudas – que compartimos – con respecto a la “escasa densidad normativa” que presenta la normativa aprobada. En su opinión, “la ‘vaguedad’ en el establecimiento de los supuestos en que procede la actuación limitadora de las Comunidades Autónomas es bien patente y la habilitación que se hace al Consejo para que establezca los supuestos de la actuación de coordinación es prácticamente en blanco, sin la asunción de cautela o condicionamiento alguno”.

¹⁹ M. ARAGÓN REYES, *Covid y Estado autonómico*, cit., 86, valora en términos abiertamente críticos este planteamiento, afirmando que no estamos ante una “declaración efectiva y de inmediata vigencia del estado de alarma”. Muy al contrario, sigue razonando el autor, “se ha acudido a una especie de estado de alarma como norma de habilitación para que sean, en realidad, las Comunidades Autónomas, aunque dentro de unos determinados parámetros (...) las que efectúen esa declaración”.

la rendición de cuentas se activará a escala territorial²⁰. Consecuentemente, los Ejecutivos de las CCAA están llamados a responder ante sus respectivos Parlamentos. Es precisamente aquí que, a nuestro parecer, reside la principal debilidad de la prórroga acordada: el déficit de fiscalización gubernamental por parte de la representación popular en sede territorial, que se hace depender, lógicamente, de lo que se establece en cada Comunidad Autónoma. La ausencia de mecanismos de control específicos vinculados al contexto de excepcionalidad concurrente a escala territorial, puesto que nada se dispone en este sentido por los reglamentos de los parlamentos autonómicos, abre un importante flanco de debilidad democrática sobre el modelo de *cogobernanza* diseñado²¹. Una situación insatisfactoria que no logra neutralizarse mediante la incorporación de la siguiente previsión (artículo 14 del Real Decreto 956/2020): “El Presidente del Gobierno solicitará su comparecencia ante el Pleno del Congreso de los Diputados, cada dos meses, para dar cuenta de los datos y gestiones del Gobierno de España en relación a la aplicación del Estado de Alarma. El Ministro de Sanidad solicitará su comparecencia ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados, con periodicidad mensual, para dar cuenta de los datos y gestiones correspondientes a su departamento en relación a la aplicación del Estado de Alarma”.

El elemento más insatisfactorio es que estamos ante una norma que, desde una perspectiva cualitativa, denota una profunda incompreensión del sentido del control parlamentario al que está sometido, por imperativo constitucional el Ejecutivo, ya que su puesta en práctica se conecta a las exigencias de la representación de la ciudadanía, sin que dependa de que así se solicite por el órgano gubernamental, que es lo que aquí se prevé. Adicionalmente, se constata una insuficiencia de índole cuantitativa, puesto que las solicitudes de comparecencia parlamentaria se prevén en el caso del Presidente del Gobierno con una cadencia temporal de dos meses y en el del Ministro de Justicia, de uno. En un escenario pandémico marcado por la fluidez y continuidad de los cambios producidos, los tiempos marcados no responden a las exigencias concurrentes.

²⁰ E.J. MATIA PORTILLA, *Ensayo de aproximación a las cuestiones planteadas por la crisis sanitaria en relación con el Estado autonómico*, cit., 161, manifiesta una posición contraria a este diseño operativo. En opinión del autor, lo pertinente hubiera sido que “el centro de decisión fuera – siguiera siendo – único y atendiera al interés general contando con las administraciones territoriales para conocer la situación y, en su caso, para ejecutar o implementar las medidas”.

²¹ Nos sumamos a la propuesta formulada por P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Crisis sanitaria y modelo autonómico*, cit., 118, quien reclama la necesidad de llevar a cabo un estudio sobre el control desarrollado por parte de los Parlamentos autonómicos que, más allá de las apariencias estadísticas o formales, tome en consideración elementos cualitativos, valorando tanto su calidad como su intensidad.

5. *Reflexiones conclusivas*

A la luz del recorrido analítico realizado en las páginas precedentes corresponde ahora llevar a cabo una valoración sobre cuál ha sido el impacto que la pandemia ha proyectado sobre el Estado autonómico. En tal sentido, resulta imprescindible distinguir entre las distintas modalidades de gestión que se han sucedido en el tiempo, desde el 14 de marzo de 2020, cuando se decretó el primer estado de alarma a escala nacional hasta el 9 de mayo de 2021, fecha en la que decae el declarado el 25 de octubre tras extinguirse el período de seis meses de prórroga concedido por el Congreso de los Diputados.

Por lo que respecta al primer estado de alarma, se ha constatado la existencia de una actitud marcadamente centralizadora en sus inicios, que va a ir dando paso a una aproximación progresivamente receptiva a favor de la reincorporación de las Autonomías a la gestión de la crisis sanitaria. En función de tal enfoque se desprende que tras una primera etapa en la que, ante la gravedad de la situación epidemiológica, todo el poder quedaba concentrado en la figura del Ministro de Sanidad, se transitará, de la mano de la contención del virus (el aplanamiento de la curva), hacia un escenario diverso en el que, sin abandonar la centralidad de aquel, se abre la puerta a una mayor implicación de las CCAA. De este modo, el concepto de *cogobernanza*, despojado de virtualidad efectiva en el momento de su formulación, puesto que limitaba su operatividad a las reuniones informativas de la Conferencia de Presidentes celebradas cada domingo, irá ganando un cierto peso específico en términos prácticos, abriendo ciertos espacios para la gestión autonómica, aunque siempre bajo la autoridad del Ministro de Sanidad, en su condición de autoridad competente delegada.

Por su parte, en relación con la etapa de nueva normalidad resulta pertinente recordar que el levantamiento del estado de alarma acaecido el 21 de junio de 2020, si bien goza de justificación política, puesto que es consecuencia directa de la mengua progresiva de apoyos parlamentarios obtenidos por el Gobierno en las sucesivas prórrogas de la alarma, no se muestra en consonancia con la situación epidemiológica de nuestro país, que en tal momento y salvo contadas excepciones, se hallaba en la fase II de la desescalada. En tales circunstancias, la restitución de las competencias sanitarias a las CCAA, aun mereciendo una valoración inicialmente positiva, puesto que devuelve el centro de gestión decisional a su ámbito natural desde una perspectiva constitucional y estatutaria, no se llevó a cabo en términos idóneos. La ausencia de un marco claro de indicadores rectores de las fases de desescalada se muestra como uno de los déficits más relevantes, puesto que el panel de indicadores epidemiológicos, de movilidad y atendiendo a parámetros sociales y económicos diseñado por el Gobierno de España en su Plan de Transición hacia la Nueva Normalidad no incorporaba ningún criterio de ponderación explícita en el proceso de toma de decisiones. Con ello se abría

un significativo espacio para la discrecionalidad de los responsables políticos autonómicos al margen de criterios técnicos preestablecidos.

Otra cuestión relevante a considerar en la etapa de nueva normalidad es la relativa a la previsión de mecanismos de coordinación a cargo del Estado. Como se vio en su momento, el RDL 21/2020, que traza las líneas maestras de la *cogobernanza* en esta fase vino a establecer diversas previsiones al respecto, llevando a cabo una decidida apuesta a favor del Consejo Interterritorial de Salud, que se erige en instancia que asume el protagonismo principal en la dinámica relacional entre el gobierno central y sus homónimos autonómicos. Sin embargo, esa centralidad no viene acompañada en la en la práctica por la previsión de concretas disposiciones mediante las que el Estado pueda verificar efectivamente que las CCAA están cumpliendo las obligaciones previstas en el Real Decreto-ley de nueva normalidad: rastreo, detección, recursos humanos y sanitarios, planes de contingencia, etc.

Precisamente sobre la base de las debilidades expuestas compartimos la valoración crítica del proceso de desescalada seguido tras el final del estado de alarma puesta de manifiesto por la revista *The Lancet*²², que en su editorial del 20 de octubre de 2020 señala por un lado que “algunas autoridades regionales fueron probablemente demasiado rápidas en la reapertura y demasiado lentas en la implementación de un sistema eficiencia de detección y rastreo de casos”. Por otro, que “la infraestructura de control epidemiológico a escala local fue insuficiente para controlar futuros rebrotes y limitar la transmisión comunitaria”. En este sentido, “la polarización política y la gobernanza descentralizada” son consideradas como las principales causas que “pudieron obstaculizar la rapidez y la eficiencia de la respuesta de la sanidad pública” en el proceso de desescalada, lastrando la puesta en marcha de las medidas pertinentes para frenar la segunda ola de la pandemia que, a diferencia de la primera, no resultaba impredecible. Unas medidas restrictivas de la libertad de circulación de la ciudadanía (cierres perimetrales y confinamientos de zonas especialmente afectadas por la expansión del virus) adoptadas por las autoridades autonómicas sobre la base de la legislación sectorial (señaladamente, el artículo 3 LOMEMSP) que, como se ha indicado ocasión, generaron dudas y no cosecharon el respaldo unánime de los nuevos sujetos legalmente habilitados (a partir de septiembre de 2020) para su ratificación o autorización: las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con una nueva ola de la pandemia en plena expansión y para superar la grave situación de inseguridad jurídica derivada de la división de opiniones judicial ante las restricciones de derechos fundamentales adoptadas en sede autonómica, llegó una nueva declaración del estado de alarma a nivel nacional, el 25 de octubre de

²² COVID-19 in Spain: a predictable storm?, en www.thelancet.com/public-health, publicado on line el 16 de octubre de 2020, [https://doi.org/10.1016/52468-2667\(20\)30239-5](https://doi.org/10.1016/52468-2667(20)30239-5).

2020. En esta ocasión, sin embargo, se detecta una aproximación reguladora en las antípodas de su predecesora. En efecto, con la lección aprendida del potente efecto de erosión política que se dedujo de la cita quincenal ante el Congreso de los diputados para obtener la correspondiente prórroga, ahora se opta por una solución claramente desproporcionada. Se extiende durante seis meses, lo que supone una quiebra obvia de los postulados genéricos que inspiran la configuración constitucional y legal de los estados excepcionales: duración mínima y estrictamente circunscrita en el tiempo. Junto a ello, desde la perspectiva del *modus operandi* diseñado, se produce una clara cesura con respecto a la figura del mando único y la configuración de una *cogobernanza* eminentemente testimonial y desprovista de efectivo contenido sustancial de la primera alarma, apostando por un planteamiento decididamente descentralizado.

En este nuevo escenario, el Gobierno central procede a definir una genérica hoja de ruta fijando cuáles son las restricciones de derechos fundamentales operativas durante la vigencia de la alarma. Pero a partir de ahí y dentro de los límites trazados por el decreto regulador, van a ser los Presidentes autonómicos, en su condición de autoridades competentes delegadas, quienes resulten investidos de potestad no sólo para determinar su activación sino, asimismo, para proceder a su modulación, flexibilización o suspensión a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad y siguiendo los acuerdos adoptados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, entre los que adquieren especial relevancia los dedicados al establecimiento de indicadores de referencia y criterios de valoración del riesgo.

A la luz de lo expuesto, es posible concluir que en la segunda alarma se produjo un notable avance con respecto a la fase de nueva normalidad, puesto que el amplio margen decisional con el que cuentan las autoridades autonómicas se ve compensado por el establecimiento de márgenes de contención que aseguran unos niveles mínimos de coordinación. No obstante, como contrapunto negativo a este esquema operativo emerge la esencial cuestión del control parlamentario de la actuación gubernamental autonómica, que queda exclusivamente al albur de los mecanismos de fiscalización ordinaria existentes en las asambleas territoriales, al mostrarse huérfano de vías específicas diseñadas para la rendición de cuentas de la gestión de la excepcionalidad sanitaria concurrente.

Abstract

El presente artículo analiza el impacto que la gestión de la crisis sanitaria causada por la pandemia de coronavirus SARS-CoV-2 ha proyectado sobre el Estado autonómico. La declaración del primer estado de alarma, la etapa inmediatamente posterior de nueva normalidad, así como la segunda alarma activada para contener los avances de la segunda ola de contagios ponen de manifiesto rasgos configuradores muy diversos desde la perspectiva de la gestión de la crisis sanitaria a escala territorial. Tomando en consideración la existencia de una distinta aproximación al fenómeno se constata una dinámica de intensidad variable relativa a la efectividad del principio de descentralización territorial en materia de salud pública.

The State of Autonomic Regions and the Legal Management of the Pandemic

This essay analyzes the impact that the management of the health crisis caused by the SARS-CoV-2 coronavirus pandemic has projected on the Autonomous State. The declaration of the first state of alarm, the immediately subsequent stage of a new normal, as well as the second alarm activated to contain the advances of the second wave of infections, reveal very different configurative features from the perspective of the management of the health crisis to territorial scale. Taking into consideration the existence of a different approach to the phenomenon, a dynamic of variable intensity is observed regarding the effectiveness of the principle of territorial decentralization in matters of public health.