

JOSÉ TUDELA
MARIO KÖLLING
(Eds.)

**COVID-19,
CALIDAD DEMOCRÁTICA
Y PARLAMENTOS.
UNA VISIÓN COMPARADA**

Fundación Manuel Giménez Abad
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN Y PRESENTACIÓN , <i>por José Tudela y Mario Kölling</i>	7
ESTADOS DEMOCRÁTICOS Y MODELOS COMPARADOS DE EXCEPCIÓN. UN BALANCE TRAS EL <i>STRESS TEST</i> DE LA COVID-19 , <i>por Carlos Garrido López</i>	11
1. EXCEPCIONALIDAD Y MODELOS DE EXCEPCIÓN EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS	11
2. ELUSIÓN DE MODELOS Y RESPUESTA <i>AD HOC</i> EN REINO UNIDO Y ESTADOS UNIDOS ANTE LA EMERGENCIA DE LA COVID-19	12
3. EL ESTADO DE NECESIDAD Y OTRAS FORMAS EXTRA-CONSTITUCIONALES EN EL CONTINENTE EUROPEO, O CÓMO ENFRENTAR LA EXCEPCIÓN SIN REGLAS	16
4. LA DESUETUDO DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE APODERAMIENTO CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS EUROPEOS	19
5. LOS ESTADOS EXCEPCIONALES Y LAS PARADOJAS DE SU USO Y DESUSO FRENTE A LA EMERGENCIA DE LA COVID-19 EN LAS DEMOCRACIAS EUROPEAS	21
6. GARANTÍAS DEMOCRÁTICAS Y REDUCCIÓN DE LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL MODELO DE ESTADOS EXCEPCIONALES: LA COVID-19 Y EL ESTADO DE DERECHO	30
7. UN BALANCE SOBRE CALIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHO DE EXCEPCIÓN A RESULTAS DEL <i>STRESS TEST</i> DE LA PANDEMIA	36

	Pág.
COVID-19 Y LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN ALEMANIA, por Mario Kölling.....	41
1. INTRODUCCIÓN.....	41
2. DEBATE SOBRE CALIDAD DEMOCRÁTICA EN ALEMANIA.....	43
3. LOS PARLAMENTOS DE LA RFA EN LA PANDEMIA	45
3.1. El Bundestag.....	45
3.1.1. El Bundestag en tiempos de COVID-19, marzo-abril de 2020	46
3.1.2. El Bundestag en tiempos de COVID-19 desde junio de 2020	48
3.2. El Bundesrat	51
3.3. Los parlamentos de los Länder.....	52
4. CONCLUSIONES.....	54
COVID-19 AND THE CRISIS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY IN ITALY, por Sara Parolari	57
1. INTRODUCTION: THE WORSENING OF THE REPRESENTATIVE DEMOCRACY CRISIS IN ITALY DURING THE HEALTH EMERGENCY	57
2. THE (WEAK) ROLE OF THE ITALIAN PARLIAMENT IN THE MANAGEMENT OF THE HEALTH CRISIS	59
3. THE (WEAK) ROLE OF REGIONAL AND MUNICIPAL ASSEMBLIES IN THE MANAGEMENT OF THE HEALTH CRISIS	64
4. CONCLUDING THOUGHTS.....	67
LOS PODERES LEGISLATIVOS LATINOAMERICANOS BAJO LA PANDEMIA, por Manuel Alcántara, Mercedes García Montero, Mélanie Barragán Manjón	69
1. INTRODUCCIÓN.....	69
2. PANDEMIA, POLÍTICA Y PARLAMENTOS EN AMÉRICA LATINA	70
2.1. La reacción de la política latinoamericana frente a la COVID-19	72
2.2. Los Parlamentos latinoamericanos frente a la pandemia	75
2.3. Los desafíos del Poder Legislativo durante la pandemia	78
3. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS PARLAMENTOS DURANTE LA PANDEMIA.....	79
3.1. La organización de la actividad legislativa.....	79
3.2. La producción legislativa.....	83
4. RELACIONES EJECUTIVO-LEGISLATIVO	86
5. CONCLUSIONES.....	93

	Pág.
NUEVOS RETOS PARA LA CALIDAD DEMOCRÁTICA EN MÉXICO, por Juan Carlos Cervantes	95
1. INTRODUCCIÓN.....	95
2. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	98
3. PARLAMENTO, DEMOCRACIA Y REPRESENTACIÓN.....	101
4. FORTALECIMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN A TRAVÉS DE LA PARTICIPACIÓN INFORMADA Y EFECTIVA, COMO PRESUPUESTO PARA DECIDIR CON CALIDAD DEMOCRÁTICA	102
5. DEMOCRACIA DELIBERATIVA.....	107
6. EVALUACIÓN DEL TRABAJO DE LOS PARLAMENTARIOS	90
7. CONSIDERACIONES FINALES	114
EL IMPACTO DEL COVID-19 EN LA CALIDAD DEMOCRÁTICA DE LA ARGENTINA, por Jorge O. Bercholz	117
1. INTRODUCCIÓN. EL CONCEPTO DE CALIDAD DEMOCRÁTICA Y SU RELACIÓN CON EL DE CALIDAD INSTITUCIONAL. DELIMITACIONES METODOLÓGICAS NECESARIAS	117
2. EL PARLAMENTO ANTE LA COVID. PERSPECTIVAS POST-PANDEMIA	121
3. SISTEMA FEDERAL Y ROLES DE LA CORTE SUPREMA Y DEL PARLAMENTO EN LA ARGENTINA ANTE CONFLICTOS COMPETENCIALES EN EL CONTEXTO DE CRISIS SANITARIA DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19	127
LA CALIDAD DEMOCRÁTICA EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS «POST» PANDEMIA DESDE LAS AFECTACIONES A LA AUTONOMÍA TERRITORIAL, por Paula Robledo Silva.....	131
1. INTRODUCCIÓN.....	131
2. EL CONCEPTO DE CALIDAD DEMOCRÁTICA DE CARA AL CONTEXTO LATINOAMERICANO	132
3. LAS MEDICIONES DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA DE COLOMBIA ANTES DE LA PANDEMIA	136
4. EL ESCENARIO «POST» PANDÉMICO EN COLOMBIA	144
5. CONCLUSIONES.....	151
PANDEMIA Y LEYES ELECTORALES: EL IMPACTO DE LA COVID-19 EN LA NORMATIVA ELECTORAL PERUANA DURANTE EL PERIODO 2021-2022, por Daniel Ernesto Rodríguez Sánchez.	155
1. INTRODUCCIÓN.....	155
2. NOTAS GENERALES SOBRE LA NORMATIVA ELECTORAL PERUANA.....	156
3. NOTAS SOBRE LAS ELECCIONES GENERALES 2021 (EG 2021)	158

	Pág.
4. COVID-19 Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS ELECCIONES GENERALES.....	159
5. EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES (JNE) Y LA RESOLUCIÓN NÚM. 0458-2021-JNE.....	162
5.1. Adecuación a reformas legales en contexto de pandemia....	162
5.2. El JNE y el ilegal ejercicio de funciones legislativas	165
6. PANDEMIA Y MARCO NORMATIVO PARA LAS ELECCIONES REGIONALES Y MUNICIPALES 2022 (ERM 2022).....	166
6.1. Ley 31354: Prórroga del plazo de modificabilidad	167
6.2. Ley 31357: Marco normativo especial para las ERM 2022.	168
7. LEY 31437: LEY INTERPRETATIVA	176
7.1. El JNE y la Resolución núm. 0907-2021-JNE.....	176
7.2. Cumplimiento de un mínimo de participación.....	180
8. CONCLUSIONES.....	182
 LOS RETOS DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA, por Asbel Bohigues, Manuel Alcántara y Mario Kölling.....	 183
1. LA PERSPECTIVA TEÓRICA.....	183
2. ÍNDICES DE DEMOCRACIA.....	188
3. UN ESTUDIO COMPARADO DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA.....	192
4. EL PROYECTO VARIEDADES DE LA DEMOCRACIA.....	196
5. A MODO DE CONCLUSIONES.....	201
 AUTORES	 203

INTRODUCCIÓN Y PRESENTACIÓN

José TUDELA

Mario KÖLLING

La pandemia de la COVID-19 ha supuesto un auténtico *stress test* para los Estados democráticos de derecho sobre la capacidad de ofrecer respuestas rápidas, oportunas y flexibles a retos sociales y económicos sin precedentes, sin poner en peligro el equilibrio de la separación de poderes. En este contexto prácticamente ningún ámbito de lo público o de lo privado queda al margen.

La necesidad de adoptar medidas que frenaran la expansión del virus se extendió también al ámbito parlamentario. La aprobación de normas restrictivas de derechos fundamentales, la adopción de leyes para paliar los efectos de la crisis y la urgencia en adecuar el trabajo legislativo a la nueva coyuntura se convirtieron en prioridades para los parlamentos.

En general, los parlamentos reaccionan ante choques externos con dos medidas: pueden acelerar el proceso legislativo o pueden delegar las competencias legislativas a los ejecutivos para que pueda actuar con rapidez. Sin embargo, la aceleración del proceso legislativo podría conducir a la pérdida de calidad de los textos legislativos y los ejecutivos podrían agotar sistemáticamente sus posibilidades de acción y forzar así un desplazamiento de poder en el sistema de separación de poderes a su favor.

Dos años después del comienzo de la pandemia, en esta publicación se plantea en primer lugar la siguiente pregunta: ¿cómo han reaccionado los parlamentos ante la crisis de la COVID-19?, y en concreto, ¿cómo han utilizado sus funciones legislativas y de control?

El alcance global y simultáneo de la pandemia permite un análisis comparado sobre las medidas adoptadas para la gestión de la crisis y sus efectos en el corto y largo plazo en los sistemas democráticos. Esto es un ejercicio muy relevante en la actual «era de las situaciones de emergencias» donde la capacidad de reaccionar y la preservación de los estándares democráticos representan un reto fundamental. Pero el objetivo de esta obra colectiva va más allá del análisis del impacto de la pandemia en el trabajo parlamentario y se pretende analizar también tendencias más generales que tienen una relevancia para los sistemas democráticos. No cabe duda de que, dejando a un lado la incidencia de la pandemia durante estos años, existe un consenso generalizado sobre el hecho de que nuestro tiempo es un tiempo de transformaciones globales, que, junto a novedosos y muy relevantes retos como el cambio climático, la digitalización de la economía o el cambio demográfico, provocan una transformación radical de las relaciones entre los ciudadanos y el poder y entre los poderes democráticos. Ello, lógicamente, implica múltiples desafíos para los sistemas e instituciones democráticas que hoy en día no solo se reflejan en reflexiones académicas, sino que en los últimos años varios ejemplos evidencian una situación de crisis en la que viven las democracias representativas en términos globales.

Desde la «tercera ola» de democratización a principios de los noventa del siglo pasado, son escasos los estudios que han ido confirmando la existencia de una crisis de las democracias liberales. A partir del año 2000, el número de estudios sobre la crisis de la democracia en los Estados nacionales ha ido en aumento; y ya a principios de la crisis económica y financiera de 2008, Diamond, constató el «Democratic Rollback»¹. Aunque Diamond amplía sus conclusiones más allá de los ejemplos de Rusia, Tailandia, Nigeria o Venezuela, las democracias establecidas maduras parecían no estar afectadas. Desde entonces la atención de los académicos se ha centrado cada vez más en el estudio de las tendencias de descomposición, retroceso y erosión de sistemas democráticos, incluyendo también democracias maduras y consolidadas como los Estados Unidos. Los resultados son coincidentes: después de la «tercera ola» de democratización, todo indica que hoy en día nos encontramos en una contra-tendencia, o en una «tercera ola» autoritaria. Efectivamente desde la perspectiva empírica, el grupo británico «Economist» en su «Índice de Democracia» del año 2022 concluyó que solo el 45,7 por 100 de la población mundial vivía en sistemas democráticos en 2021. Esta cifra es menor que el 49,4 por 100 en el año 2020. Solo el 6,4 por 100 de la población mundial vivía en una «democracia completa», lo que supone también un descenso respecto al año anterior (6,8 por 100).

La calidad democrática es un tema transversal que afecta a las instituciones en los diferentes niveles de los sistemas democráticos.

¹ L. DIAMOND, «The Democratic Rollback», en *Foreign Affairs* 87(2), 2008, pp. 36-48.

Aunque la abundante literatura sobre el concepto de calidad democrática ha favorecido la conceptualización del término calidad democrática y su operacionalización, todavía existe una cierta heterogeneidad en la definición del concepto. En términos generales, existe un consenso de que la calidad democrática es el grado en que un sistema político consigue cumplir, entre otras, con el principio básico de la separación de poderes. La separación de poderes tiene por objetivo garantizar un equilibrio de poderes y evitar la acumulación excesiva de poder por parte de una élite particular y de canalizar los conflictos entre los poderes hacia un proceso institucionalizado.

Durante los últimos años se han examinado diferentes elementos de la calidad democrática: sistema electoral, participación política, responsabilidad de los gobernantes, ya que los retrocesos democráticos no solo se miden por el auge del populismo a través de resultados electorales, sino que la calidad democrática mide la salud interior de los sistemas democráticos. Las rupturas o intentos tradicionales de procesos de democratización han sido relativamente fáciles de identificar. Hoy en día los expertos coinciden en que las democracias contemporáneas tienden a erosionarse gradualmente y dentro del marco constitucional existente. Los mecanismos democráticos, como la competición partidista, pierden lentamente su sentido en la práctica política y por el contrario, aumentan los acosos a la oposición, difuminación de la responsabilidad y separación de poderes. Las reformas legislativas y constitucionales o las decisiones políticas tomadas por mayorías democráticamente elegidas, pueden tener como consecuencia el vaciamiento de las instituciones que garantizan la rendición de cuentas, que controlan al gobierno o protegen el pluralismo político.

En este sentido, las críticas sobre el funcionamiento de los distintos instrumentos de control están justificadas y han provocado el inicio de un debate sobre el mejor funcionamiento de las instituciones. La recuperación de la fortaleza de los instrumentos de control es esencial para una mejora efectiva de la calidad democrática del sistema en su conjunto y condición imprescindible para que los ciudadanos recuperen la confianza en las instituciones.

En esta obra colectiva numerosos autores pretenden analizar con diferentes perspectivas el impacto de la COVID-19 desde una perspectiva comparada en diferentes parlamentos y establecer una conexión con el debate sobre la calidad democrática. La obra es resultado del proyecto de investigación coordinado: Diseño constitucional y calidad democrática (DICOCODE), cuyo subproyecto: El Control y responsabilidad política en el estado constitucional con especial referencia al Parlamento en el contexto multinivel (CORE) PID2019-104414GB-C31 DER - fue coordinado por José Tudela.

ESTADOS DEMOCRÁTICOS Y MODELOS COMPARADOS DE EXCEPCIÓN. UN BALANCE TRAS EL *STRESS TEST* DE LA COVID-19

Carlos GARRIDO LÓPEZ

1. EXCEPCIONALIDAD Y MODELOS DE EXCEPCIÓN EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS

El triunfo del *rule of law* y del constitucionalismo refundó el Estado sobre nuevas bases, racionales y normativas, entre las que no figuró la regulación de las facultades de excepción. Debido a ello, el poder de excepción se activó durante décadas al margen del derecho, al amparo del deber del Estado de defenderse en caso de grave peligro. En los países anglosajones, este modo de enfrentar la excepción trascendió la coyuntura, consolidándose; y, desde entonces, dicho poder se ha ejercido allí fundamentalmente *ad hoc* mediante exoneraciones parlamentarias y leyes de poderes extraordinarios. En el continente europeo, varios países siguieron su estela y han usado y normalizado las mismas técnicas. Y algunos también han recurrido a la doctrina del estado de necesidad (*Staatsnotrecht*), según la cual la excepción carece de ley deviniendo por sí misma fuente de derecho y liberando al Estado de sus límites. Otros países europeos optaron, en cambio, por regular la excepción incorporando a sus ordenamientos jurídicos un marco habilitador de las medidas a adoptar, bien mediante el modelo de comisión para la acción o, en un esfuerzo adicional por someter el poder de excepción a derecho, mediante el modelo de estados excepcionales, en el que se tipifican las emergencias y se autoriza la acción, pero con mayores frenos y contrapesos.

En estas páginas analizaré el rendimiento de estos modelos ante la excepción de la COVID-19 y los problemas que ha suscitado su compatibilidad con las garantías de los Estados democráticos de derecho, para los que la pandemia ha sido un auténtico *stress test*. El alcance global y simultáneo de esta emergencia posibilita el análisis comparado de dichos modelos y permite evidenciar sus fortalezas y deficiencias respectivas. Ese es el objetivo de este trabajo, en el que realizaré un balance comparado de las diversas técnicas extraconstitucionales de excepción, del estado de necesidad y de las cláusulas de apoderamiento en los principales Estados democráticos. Y en el que subrayaré las paradojas que han suscitado el uso y el desuso ante la COVID-19 del modelo de estados excepcionales en varias democracias europeas. Y las limitaciones de este modelo, que derivan de la naturaleza de la excepción, pero que no anulan el avance que sus garantías suponen en el proceso de reducción de las inmunidades del poder que caracteriza al Estado de derecho.

2. ELUSIÓN DE MODELOS Y RESPUESTA *AD HOC* EN REINO UNIDO Y ESTADOS UNIDOS ANTE LA EMERGENCIA DE LA COVID-19

En Reino Unido y Estados Unidos se recurre a los *bills of indemnity* cuando el Gobierno trasgrede sus límites ante circunstancias extraordinarias. Estas exoneraciones de responsabilidad no suscitan problemas de legitimidad en el Reino Unido porque, careciendo de Constitución escrita, el Parlamento puede *de iure* adoptar por sí mismo cualquier medida, delegar esa facultad en el Gobierno o exonerarle de responsabilidad por las actuaciones ilegales no autorizadas previamente. En Estados Unidos, el Congreso solo puede delegar o ratificar los poderes que la Constitución le atribuye, lo que limita el ámbito de la exención. Cuando la acción presidencial invade las competencias del Congreso, las leyes de indemnidad han sido admitidas y equivalen a una delegación retroactiva justificada sobre la base del mandato. Pero cuando la acción excede de esas competencias, la exoneración no tiene efectos jurídicos, como ha declarado en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo al enjuiciar este tipo de *bills* (*v. gr.*, *Prize Cases*, en 1863, *Ex parte Milligan*, en 1866, y *Hirabayashi vs. United States*, en 1943)¹.

Las leyes de poderes extraordinarios son también frecuentes en ambos países para habilitar la adopción de medidas de excepción. Se aprueban condicionando su activación a la concurrencia de la emergencia, pero también se han dictado *ad hoc* una vez surgida la crisis.

¹ Un análisis de esta jurisprudencia en B. SCHWARTZ, *Los Poderes del Gobierno II. Poderes del presidente*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1966, pp. 260-291.

La *Emergency Powers Act*, aprobada por el Parlamento británico el 29 de octubre de 1920 a fin de asegurar las necesidades vitales ante una posible emergencia interna, constituyó un ejemplo de delegación previa de poderes. Las medidas de policía atribuidas al Gobierno de su Majestad eran muy amplias porque autorizaban «*such powers and duties as His Majesty may deem necessary for the preservation of the peace*», incluida la creación de «*courts of summary jurisdiction*» para los trasgresores, aunque dichos poderes quedaban limitados en el tiempo y bajo estrecho control parlamentario. Con idéntico objeto y similar contenido se aprobó la *Civil Defence Act* de 1948, que fue usada durante décadas pero cuya ineficacia ante las nuevas emergencias dio paso a la *Civil Contingencies Act* de 2004, actualmente en vigor, en la que, ante situaciones que amenacen con causar daño grave al bienestar humano, al medio ambiente o a la seguridad del Reino Unido, se autoriza al Gobierno a aprobar, mediante *Order in Council*, regulaciones extraordinarias que pueden sucederse en el tiempo en ámbitos normalmente regulados por la ley y con un limitado control parlamentario².

Totalmente *ad hoc* han sido, en cambio, los poderes especiales concedidos al Gobierno de su Majestad y a los ejecutivos territoriales por la *Coronavirus Act 2020*, aprobada en marzo de ese año por ambas cámaras del Parlamento y el consentimiento de las asambleas legislativas de Escocia, Gales e Irlanda del Norte, pese a disponer ya en la *Civil Contingencies Act* de un marco legislativo específico para crisis sanitarias. Paradójicamente, dicho apoderamiento *ad hoc* también fue parcialmente eludido, porque la mayoría de las medidas restrictivas de derechos implementadas para frenar la pandemia se han adoptado mediante simples *regulations* del Ejecutivo sustentadas en la *Public Health (Control of Disease) Act* de 1984 y el Anexo 19 de la *Coronavirus Act* de 2020 (para Inglaterra, Escocia y Gales) y la *Public Health (Northern Ireland) Act* de 1967 (para Irlanda del Norte). La mayoría de la doctrina ha criticado esta doble «fuga» o elusión del marco previsto en la *Civil Contingencies Act* y la *Coronavirus Act* y la consiguiente reducción de los controles parlamentarios³, pero ello no ha suscitado ningún reproche judicial significativo debido a

² Sobre el poder normativo otorgado al Gobierno por la *Civil Contingencies Act*, C. WALKER y J. BRODERICH, *The Civil Contingencies Act 2004. Risk, Resilience and the Law the United Kingdom*, Oxford University Press, 2006, pp. 153-180.

³ Por todos, C. WALKER y A. BLICK, «Coronavirus Legislative Responses in the UK: Regression to Panic and Disdain of Constitutionalism», en *Just Security*, 12 May, 2020, disponible en www.justsecurity.org/70106/coronaviruslegislative-responses-in-the-uk-regression-to-panic-and-disdain-of-constitutionalism/. Más ampliamente, J. KING y A. CHAUHAN, «The COVID-19 response in England: the intensification of executive supremacy», en *Revista catalana de dret public*, número extraordinario 3, 2020, pp. 237-245; S. SÁNCHEZ FERRO, «La respuesta británica frente a la crisis desatada por la COVID-19», en P. BIGLINO CAMPOS y J. F. DURÁN ALBA (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2020, pp. 488-514.

la tradicional deferencia de los tribunales británicos hacia el poder de excepción. Las «*lockdown regulations*» fueron recurridas alegando que el confinamiento era innecesario, excesivo y desproporcionado y que la *Public Health (Control of Disease) Act* no autorizaba las amplias limitaciones de movilidad impuestas por el Ejecutivo. Pero la Alta Corte rechazó la solicitud de los demandantes, sosteniendo que la Ley de 1984 se refería claramente a la autorización de la promulgación de medidas generales a nivel nacional, que era posible su aplicación a la pandemia y que los juicios sobre la urgencia y la proporcionalidad de las medidas correspondían al ministro de su Majestad y no a los tribunales⁴.

En Estados Unidos, solo el art. 1, sección 9, cl. 2 de la Constitución federal alude a la excepción, al prever la suspensión del *habeas corpus* en caso de peligro grave. Leído este precepto conjuntamente con la llamada *Commander in Chief Clause* contenida en el art. 2, párrafo 2, se estima que el presidente de los Estados Unidos puede emitir órdenes de emergencia y actuar con plenos poderes en caso de agresiones armadas. Con todo, también en Estados Unidos se ha recurrido a la aprobación *ad hoc* de leyes de plenos poderes a favor del presidente en situaciones críticas, como fue el caso de la *First War Powers Act* de 1941 y la *Second War Power Act* de 1942. Y, desde entonces, se han aprobado más de un centenar de leyes de poderes extraordinarios (*Statutory War Powers*), especialmente a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001. La intensidad de estos poderes y su prolongación en el tiempo ha llevado a una suerte de normalización de la excepción, frente a lo que ha reaccionado alguna doctrina proponiendo la creación de una «constitución de emergencia» que evite la degradación del *rule of law*⁵; una propuesta que otra doctrina, partidaria del modelo de medidas extralegales (*Extra-Legal Measures Model*), ha tildado de rígida, dogmática e ingenua⁶.

La irrupción de la pandemia de la COVID-19 ha reactivado este debate, aunque, debido a la subestimación de su gravedad por el presidente Donald Trump, la Administración federal no solicitó poderes especiales, sino que se limitó a la aprobación de determinadas leyes

⁴ *Dolan & Ors v Secretary of State for Health and Social Care & Anor* [2020] EWHC 1786 (Admin), disponible en <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2020/1786.html>. En apelación, véase *R vs. Secretary of State for Health and Social Care and Secretary of State for Education ex parte Dolan and O thers.* [2020] EWCA Civ 1605, disponible en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/12/Dolan-v-SSHSC-judgment-011220-.pdf>.

⁵ Por todos, B. ACKERMAN, «The Emergency Constitution», en *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1029-1030.

⁶ En este sentido, O. GROSS, «Chaos and Rules: Should responses to violent crises always be constitutional?», en *The Yale Law Journal*, núm. 112, 2003, pp. 1011-1134. También M. TUSHNET, «Emergencies and the Idea of Constitutionalism», en M. TUSHNET (ed.), *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, 2005, pp. 39-53.

de ayuda, socorro y seguridad económica⁷, a la movilización del *Federal Emergency Management Agency* (FEMA) para que los Estados dispusieran de recursos financieros y a la «*Proclamation 9994*» declarando una emergencia nacional al amparo de la *National Emergencies Act* de 1976, que permite ejercer ciertas prerrogativas mediante *executive orders, proclamations* y *presidential memoranda*. El presidente no hizo uso, sin embargo, de las potencialidades de esta declaración, y tampoco del poder de *lock out* generalizado o de la intervención directa de la Federación sobre competencias estatales que la *Stafford Disaster Relief and Emergency Act* de 1988 autoriza cuando la gravedad de la emergencia supera la capacidad de los Estados⁸. El presidente suspendió la libre entrada al territorio nacional, suscribió acuerdos con compañías farmacéuticas y requirió —ni siquiera impuso, como podía hacer en aplicación de la *Defense Production Act* de 1950— la colaboración del sector privado para la producción de equipos y materiales necesarios para combatir la pandemia, pero dejó la adopción de las medidas restrictivas de la actividad económica y de los derechos de reunión, circulación y libertad de cultos a las autoridades de los Estados. Y han sido, en efecto, dichas autoridades quienes han asumido la responsabilidad de contener la expansión de los contagios mediante el ejercicio de su *police power* y los poderes delegados por sus legislaturas. Y también quienes han arrostrado, por ello, el riesgo de ser desautorizadas judicialmente, como ocurrió en Wisconsin en relación con el confinamiento domiciliario por ser adoptado por el secretario de Salud y no por el gobernador (*Wisconsin Legislatura vs. Palm*, de 13 de mayo de 2020 WI 42) o con la obligatoriedad del uso de mascarillas (*Fabrick vs. Evers*, de 31 de marzo de 2021 WI 13) o como les ha sucedido a las autoridades de California, a raíz de una solicitud de *injunctive relief* ante la Corte Suprema de Estados Unidos, por violar la Primera Enmienda al restringir las reuniones de culto y estudio de la Biblia (*Tandon vs. Newton*, de 9 de abril de 2021 (núm. 20A151 US)).

⁷ *Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act, Families First Coronavirus Response Act (FFCRA)* y *Coronavirus Aid, Relief and Economic Security (CARES) Act*.

⁸ Sobre la limitada respuesta federal frente a la COVID-19, M. ARAFA, «What really determined America's COVID-19 pandemic response? Who is overseeing the reaction to the Coronavirus?», en *Revista Catalana de Dret Public*, número extraordinario 3, 2020, pp. 162-174, y J. M. FARINACCI FERNÓS, «El sistema constitucional estadounidense en tiempos de COVID-19», en E. ARNALDO ALCUBILLA y R. CANOSA USERA (coords.), *El Derecho constitucional ante el COVID-19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Cardenal Cisneros y Wolters Kluwer, 2020, pp. 163-177.