

VIEJOS Y NUEVOS PROBLEMAS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE A LA PANDEMIA COVID-19 EN TIEMPOS GLOBALES

José Ignacio Hernández G.

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela. Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha. Investigador, Escuela Kennedy de la Universidad de Harvard

I

La pandemia del Coronavirus (COVID-19) ha planteado viejos problemas para el Derecho Administrativo. Así, la tendencia de los Gobiernos de enfrentar esta pandemia a través de regímenes de excepción (estados de excepción, estados de alarma, y otros similares), ha realzado la importancia de sujetar la actividad administrativa de policía a los principios generales de proporcionalidad, **racionalidad**, motivación y menor intervención, así como el respeto **a la libertad individual** y los derechos humanos.

La preocupación por el impacto de las medidas administrativas adoptadas en este contexto ha sido mayor, habida cuenta del auge del autoritarismo populista. En efecto, la pandemia constituye una típica situación de riesgo que bajo el discurso populista -basado en la exacerbación de la “voluntad popular” que debe protegerse frente a riesgos, especialmente, “externos”- puede emplearse para justificar medidas autoritarias, en lo que se ha denominado el “Derecho constitucional autoritario-populista”. Sin duda, el ejemplo comparado más relevante es Turquía, pues el estado de excepción se ha empleado para adoptar medidas que pretenden una especie de derogatoria *de facto* de las garantías básicas de la democracia constitucional.

Frente a ello, el Derecho Administrativo cuenta con suficientes herramientas para la defensa del ciudadano frente a las medidas de policía administrativa que puedan adoptarse en el marco de esta pandemia, partiendo del principio general de interdicción a la arbitrariedad y la vigencia de los derechos humanos -que no puede afectarse, siquiera, en estados de excepción.

II

La pandemia también ha incidido en otro problema tradicional del Derecho Administrativo: el rol de la Administración Pública en el desarrollo. La evolución de ese rol ha estado marcada por tres etapas. La primera etapa es la visión estatista de desarrollo, en la cual la Administración Pública asumió de manera predominante la promoción del desarrollo a través de su actividad de limitación y, en especial, de su actividad de prestación, con el paradigma de la empresa pública. La segunda etapa estuvo signada por la liberalización económica, y la privatización y desregulación de la Administración Pública. La tercera etapa, enmarcada en la *Agenda 2030*, parte de una visión de mayor equilibrio, en el cual se reconoce que el desarrollo debe orientarse a expandir las libertades individuales (como propusiera Amartya Sen), todo lo cual requiere que la Administración Pública despliegue su actividad de limitación y prestación.

Precisamente, la pandemia ha puesto en evidencia que la Administración Pública es necesaria para atender la crisis derivada de esta pandemia. Así, y al menos en una primera etapa, la pandemia ha ocasionado un *shock* en la oferta de bienes y servicios con un impacto negativo en el crecimiento económico. Frente a esta situación, el Estado, a través de su Administración Pública, debe implementar las medidas adecuadas para atender ese *shock*, removiendo las restricciones más vinculantes al crecimiento.

Asimismo, la Administración Pública ha resultado necesaria para que el Estado pueda implementar políticas prestacionales llamadas a atender los riesgos a la salud y a la vida. Desde la dotación de medicinas y equipos médicos, hasta la prestación de servicios de salud, la Administración Pública ha tenido un rol determinante en la pandemia.

No quiere decir ello, por supuesto, que la atención de pandemia solo pueda ser atendida por la Administración Pública. Antes por el contrario, en el marco de los principios de subsidiariedad y menor intervención, el intercambio de bienes y servicios relacionados con la pandemia debe recaer en la sociedad civil libremente organizada. Pero ante los fallos de mercado

que impiden la debida atención de las necesidades asociadas a la pandemia, la Administración Pública debe desplegar su actividad prestacional, siempre, bajo el principio de la centralidad del ciudadano.

III

La necesidad de la Administración Pública en el marco de la pandemia ha evidenciado, también, nuevos problemas. En especial, esta pandemia ha puesto en evidencia la fragilidad del Estado. Desde que Weber definiera al Estado como el poder político que ejerce el monopolio legítimo de la violencia, el concepto de Estado pasó a ser predominantemente jurídico, basado en el dogma de la soberanía estatal. Ello llevó a la ilusión de creer que la existencia del Estado es, principalmente, una realidad jurídica.

El desplome de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas demostró el error de esa percepción. Un Estado puede existir como entidad jurídica de acuerdo con su Constitución, pero no tener, en la práctica, existencia real. Ello llevó a estudiar al Estado fallido, que hoy se denomina Estado frágil, para describir al Estado que no cuenta con capacidad suficiente para atender sus cometidos públicos. Principalmente, el Estado fallido es resultado de fallas en la capacidad de la Administración Pública.

Precisamente, la pandemia ha demostrado la fragilidad del Estado y de su Administración Pública. Sin necesidad de entrar por ahora en una valoración caso por caso, la panorámica general e introductoria ha puesto en evidencia la fragilidad de los sistemas de prevención de riesgo y de salud frente a la pandemia. Ello es índice revelador de fallas en la Administración Pública, en tanto ésta no cuenta con la capacidad adecuada para cumplir los cometidos que le corresponden en el marco del desarrollo. En especial, observamos, cuando esa capacidad ha sido mermada por la corrupción y otros males administrativos. La pandemia debe llamar a la reflexión sobre la importancia de la buena Administración y de la gobernanza en la gestión de cometidos públicos.

Ahora bien, estas fallas pueden dar lugar a mecanismos informales -y usualmente ilegales- de atención de necesidades asociadas a la pandemia, por ejemplo, el mercado negro de medicamentos y equipos médicos. Pero también estas fallas han sido atendidas de manera formal por medio de acuerdos público-privados, por ejemplo, para la fabricación de equipos médicos. Esto último refleja la necesaria complementariedad entre el sector público y el sector privado, siempre en el marco de los principios de subsidiariedad y menor intervención.

IV

La falla de la Administración Pública en la atención de la pandemia también ha puesto en evidencia otro problema de reciente data: el fin de la visión autárquica del Estado soberano. Desde el Derecho Internacional tradicional, el Estado ha sido visto como un centro autárquico de poder, como resultado de la configuración del orden mundial luego de la Paz de Westfalia. La globalización ha cambiado ese panorama. La soberanía estatal ya no es el centro autárquico de poder, en tanto existe un orden jurídico que va más allá del Estado: el orden global.

La pandemia es, en esencia, un riesgo global a la salud, que ni conoce de fronteras ni repara en el concepto de soberanía. Ninguna de las medidas administrativas migratorias o de comercio internacional adoptada pudo impedir el tránsito global del virus. En tanto problema global, la pandemia no puede ser atendida -únicamente- con medidas domésticas.

Antes decíamos que la Administración Pública era necesaria para la atención de la pandemia. Ahora debemos agregar que es, sin embargo, insuficiente, en tanto la Administración Pública (doméstica) no puede resolver un problema global. Solo la Administración Pública global puede resolver este tipo de problemas.

En tiempos relativamente recientes se ha venido hablando de la necesidad de construir el Derecho Global, incluso, en el ámbito de la salud. Para el Derecho Administrativo, ello ha llevado al estudio del Derecho Administrativo Global que es, paradójicamente, un Derecho Administrativo sin Estado.

De esa manera, la correcta atención del derecho a la salud frente a riesgos globales solo es posible en el marco del Derecho Administrativo Global, todo lo cual requiere implementar importantes reformas en el ámbito de la organización administrativa de las organizaciones internacionales orientadas a la protección de ese derecho, en especial, la Organización Mundial de la Salud.

Esto hace que la atención de las fallas de la Administración Pública no sea ya una tarea exclusivamente doméstica. Reconstruir la capacidad estatal para la atención de riesgos como la pandemia, ciertamente, pasa por medidas en el orden doméstico. Pero es también necesario reconstruir, o más bien *construir* capacidades administrativas en el orden global. La pandemia ha permitido recordar que la protección de la salud, y en general, la promoción del desarrollo, es hoy día un cometido que va más allá del Estado.

Boston, abril 2020

NOTAS

1. Sobre los problemas en el Derecho Administrativo derivados de los estados de excepción acordados con ocasión a la pandemia, entre otros, vid. Ginsburg, Tom y Versteeg, Tom, “States of Emergencies: Part I”, en <https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-i/> Sobre derechos humanos y pandemia, puede verse, en especial, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/073.asp>.

Para el caso de Turquía, vid.: <https://carnegieeuropa.eu/strategieurope/81574> El Tribunal Constitucional de Alemania se ha pronunciado sobre los efectos de las medidas administrativas adoptadas en el marco de la pandemia sobre los derechos humanos: <https://elpais.com/internacional/2020-04-16/el-constitucional-aleman-defiende-el-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia.html>

Véase, en el blog de la Revista Derecho y Sociedad, “El COVID-19 y el Derecho: algunos temas para el debate”, en: <http://www.derysoc.com/especiales/el-covid-19-y-el-derecho-algunos-temas-para-el-debate/>

2. Para entender los efectos económicos de la pandemia y el rol del Estado, véase a Hausmann, Ricardo, “Flattening the COVID-19 Curve in Developing Countries”, en <https://www.project-syndicate.org/commentary/flattening-covid19-curve-in-developing-countries-by-ricardo-hausmann-2020-03>. Para una perspectiva general, vid. Arana-Muñoz, Jaime, “El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social)”, en *A&C –Revista de Derecho Administrativo y Constitucional*, año 15, N° 60, Belo Horizonte, 2015, p. 13 y ss.

3. Sobre el Estado fallido y las emergencias asociadas al derecho a la salud, entre muchos otros, vid. Rotberg, Robert, “Odious and Failed States, Humanitarian Responses”, en *Trauschweizer, Ingo and Miner, Steven (ed), Failed states and Fragile Societies. A New World Disorder?*, Ohio University Press, Ohio, 2014, pp. 119 y ss. Los efectos globales de la pandemia han demostrado que el Estado no ha sido capaz de contener adecuadamente sus consecuencias. Véase al respecto <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

4. Sobre el Derecho Global, véase Cassese, Sabino, *The global polity*, Global Law Press, Sevilla, 2012, pp. 15 y ss. Para el caso de la pandemia, vid. Bogdandy, Armin von y Villareal, Pedro, “International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-07*, tomado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650