

suscitado enorme interés académico, pues en los primeros meses desde su publicación ha sido objeto, si no me equivoco, de por lo menos cinco recensiones a cargo de prestigiosas plumas del derecho público y de la ciencia política y de varias presentaciones académicas, y tiene todas las papeletas para convertirse en uno de los referentes —si no *el* referente— sobre la jurisdicción constitucional en Italia.

Miguel Beltrán de Felipe
Universidad de Castilla la Mancha

CARLOS GARRIDO LÓPEZ: *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, Madrid, Marcial Pons, 2021, 268 págs.

Estando vigente todavía el estado de alarma decretado en octubre de 2020 para hacer frente a la emergencia sanitaria provocada por la COVID19, ha visto la luz la monografía del profesor Carlos Garrido titulada *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*. Se examina en ella una problemática de indiscutible actualidad y trascendencia, tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Coincidiendo con ella, la Fundación Giménez Abad ha publicado otra interesante obra colectiva coordinada por el profesor Garrido (*Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, 2021)⁷. La monografía del profesor Garrido es el resultado de una investigación iniciada mucho antes de la pandemia. Pone de manifiesto la existencia de una serie de problemas existentes en el plano teórico desde hace tiempo, y cuyas consecuencias prácticas se han notado al activarse el pasado año el derecho de crisis.

En el marco de una Constitución racional-normativa (García Pelayo) como la española de 1978, el establecimiento de un derecho de crisis o de excepción se traduce en una serie de decisiones que no pueden ser inmunes al control. Constitución y control son inescindibles. La garantía jurisdiccional de la Constitución exige que esas decisiones (decretos de declaración y prórroga) sean controlables por los tribunales. Desde esta óptica, el profesor

⁷ Esta obra se suma a otras dos publicadas por la misma Fundación que son pioneras —y ya referencia obligada en la materia— en el estudio de los desafíos que se han planteado al Estado de derecho a la hora de hacer frente a la epidemia de la COVID-19: *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional español: estudios sobre la primera oleada*, dirigida por Paloma Biglino y Fernando Durán; y *Estado autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general*, coordinada por José Tudela.

Garrido examina en la monografía que comentamos los límites y los controles jurídicos del poder de excepción.

Partiendo de los escasos y meritorios estudios sobre nuestro derecho de crisis (Cruz Villalón) en la obra se analizan los debates doctrinales, la praxis (declaración del estado de alarma en 2010 y 2020) y las resoluciones de los tribunales sobre el particular. El análisis se realiza con rigor y profundidad; podríamos decir que, con precisión quirúrgica, dada la complejidad de las categorías a examinar.

Por otro lado, la obra —que se inicia con una cita de Kelsen— está inspirada en la idea de Constitución normativa defendida por el insigne fundador de la Escuela de Viena. El profesor Garrido considera necesario e imprescindible que el derecho constitucional regule (y por lo tanto limite) el derecho de crisis. De no hacerlo, ante una emergencia o situación excepcional, los poderes públicos se verían abocados a actuar al margen del Derecho al amparo únicamente del principio de necesidad.

La obra se estructura en seis capítulos. En el primero —de carácter introductorio— se plantea el problema. Ningún Estado se encuentra libre del riesgo de que acontecimientos extraordinarios e imprevisibles provoquen una crisis que ponga en peligro su normal funcionamiento o incluso su misma existencia y continuidad. «La irrupción de la excepción requiere medidas extraordinarias y el Estado ha de actuar como garante en la crisis» (p. 23). «El poder de excepción debe tener la doble misión de garantizar la pervivencia de la comunidad y de la propia normatividad, creando las condiciones para su restablecimiento». He aquí las premisas del autor: no se puede ni se debe normalizar la excepción, pero sí es preciso normativizarla. Esa regulación de la excepción con sus límites y controles es el único expediente que garantiza la supremacía normativa de la Constitución incluso en situaciones de crisis. Cuando concurre la excepción se activa un marco jurídico temporal y extraordinario que reemplaza al ordinario.

El profesor Garrido advierte como algunos Estados recurren a técnicas extraconstitucionales, así sobre todo los países anglosajones. Como no es el caso no merece detenernos en su problemática. Los que sí constitucionalizan el poder de excepción utilizan dos fórmulas o modelos que se diferencian por la mayor o menor precisión de sus supuestos, facultades y límites. El primer modelo utiliza cláusulas generales: se describe genéricamente la emergencia y se atribuyen a una magistratura las facultades para apreciar su concurrencia y adoptar las medidas necesarias. El segundo modelo, el de los «estados excepcionales» tipifica los supuestos y las respuestas.

Desde el punto de vista de los principios y valores del Estado constitucional de derecho, el segundo es claramente preferible al primero. De hecho, el autor advierte acertadamente que el primero cuya traducción política es la

dictadura comisoría tiene difícil encaje en el Estado constitucional. Se trata de una institución que se remonta a la constitución de la República romana y que fue teorizada en el periodo de entreguerras por Carl Schmitt para interpretar el célebre artículo 48 de la Constitución de Weimar que atribuía al presidente del Reich poderes de excepción. Actualmente, está recogida en el artículo 16 de la Constitución de la V República francesa. Garrido advierte que se trata de una cláusula y una categoría que «habilita, pero no limita», y si la idea de límite es consustancial al constitucionalismo no resulta, en puridad, constitucional.

El segundo modelo, por el contrario, el estado excepcional, «habilita a la par que limita». (p. 34). En él, el constituyente directamente o el legislador por delegación tipifica los supuestos y las medidas a adoptar. Se suelen prever varios dada la variedad de crisis y hacerlo con arreglo a una lógica cuantitativa o gradualista (en atención a la gravedad o intensidad de una misma emergencia) o cualitativa o pluralista (en atención a las distintas situaciones. Lo importante es que el derecho sigue cumpliendo su función de limitar y controlar al poder. El autor examina las dificultades que entraña este noble empeño racionalizador: la dificultad para tipificar los supuestos; la necesidad de operar con conceptos jurídicos indeterminados en los que se combinan elementos fácticos y teleológicos; el gran dilema que implica la asignación de los poderes extraordinarios al Gobierno o al Parlamento; la determinación de las medidas a adoptar. Y finalmente, la necesidad de establecer controles, lo que constituye la cuestión central de la obra.

Garrido, tras subrayar la importancia del control político (parlamentario) advierte la necesidad del control jurídico. Este es el *leit motiv* del libro: a diferencia del político, «el control jurídico es de carácter objetivado, su ejercicio es necesario de ser requerido y puede conllevar la correspondiente sanción, basada en razones jurídicas sometidas a reglas de verificación. La independencia, imparcialidad y especial capacitación técnico-jurídica de los integrantes de los órganos jurisdiccionales permite a estos resistir mejor a la lógica de la excepción, en ocasiones vinculada a criterios de oportunidad o a la insidiosa razón de Estado. El control jurídico es, por ello, el más regular y, a la postre, el pilar en el que descansa el Estado Constitucional de Derecho» (p. 45). El poder de excepción debe configurarse como un poder limitado y controlado: «Instrumentar el control jurisdiccional de la declaración y su contenido resulta imprescindible para garantizar la supremacía de la Constitución» (p. 47).

Expuesto así el problema en su dimensión teórica, se analizan las deficiencias del derecho de crisis vigente en la mayor parte de los estados europeos hasta el establecimiento de la constitución normativa. En este contexto, el capítulo segundo contiene un análisis de derecho comparado centrado en

Italia, Francia, Portugal y Alemania. El autor conoce bien el sistema francés y se subraya su singularidad y sus peligros. En última instancia, los plenos poderes del presidente de la República (art. 16 Constitución de la V República) siguen el modelo del artículo 48 de la Constitución de Weimar.

En el tercer capítulo se examina con detalle la regulación del derecho de crisis en España. Derecho que sigue el modelo de los estados excepcionales (art. 116 CE) consistente en: tipificar las emergencias; determinar el titular de la competencia para apreciar la concurrencia de la crisis; enumerar las medidas a adoptar; fijar un núcleo intangible o resistente, y establecer garantías frente a posibles extralimitaciones. No hay cláusulas generales como el mencionado artículo 16 de la Constitución francesa. Ahora bien, el constituyente «no pretendió agotar la regulación del derecho de excepción» (p. 91). El artículo 116 no es directamente aplicable y requiere su desarrollo normativo. La «Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio» (LOEAS) se decantó por una lectura pluralista y por la titularidad básicamente parlamentaria: «El protagonismo del Parlamento resulta coherente con nuestro sistema parlamentario de gobierno. Y al distinguir entre el beneficiario gubernamental y el titular parlamentario de la decisión excepcional, refuerza las garantías que rodean la limitación o suspensión de derechos y la concentración de poderes, incluso, como ha sostenido alguna doctrina (Alzaga o Santaolalla), en detrimento de la eficacia y la inmediatez de la respuesta del estado, lo que puede constituir el mayor defecto de nuestro modelo excepcional» (p. 93). Se trata de una cuestión muy relevante que se apunta, pero no se desarrolla puesto que desborda los objetivos que se ha marcado el autor.

Para la cabal comprensión del derecho de crisis es muy importante analizar los debates parlamentarios de la LOEAS. El autor los examina y recuerda cuestiones interesantes que explican la confusa redacción del estado de alarma. «El legislador asumió la pretensión de la izquierda parlamentaria de depurar el estado de alarma de cualquier connotación política o social, pero el resultado de tantas restricciones en sus presupuestos habilitantes fue la configuración de un estado híbrido de ambigua naturaleza» (p. 95). El gran absurdo o error fue que el legislador «anuló en la letra c de la LOEAS la paralización de servicios esenciales como supuesto autónomo del estado de alarma, pero no excluyó que pudiera ser declarado cuando las situaciones de desabastecimiento de productos de la letra d tuvieran origen en un conflicto social» (p. 104). El autor concluye prudentemente que «se incurrió así en una distinción bastante arbitraria entre “productos” y “servicios” en la medida en que la literalidad de la LOEAS permite responder con el estado de alarma si faltan los primeros por causa de un conflicto laboral, pero no si fallan los segundos» (p. 104). Realmente se trata de una distinción completamente arbitraria y carente de justificación racional.

El autor analiza la declaración de alarma de 2010 provocada por la actuación de los controladores aéreos. Garrido advierte el absurdo que supone que, ante el cierre del espacio aéreo y parálisis de los servicios correspondientes, cabría recurrir a la alarma si la causa fuera una erupción volcánica (nube de ceniza) pero no si se tratase de un boicot. Rechaza por ello esa interpretación literal de la norma.

Se examina, a continuación, la regulación de los estados de excepción y de sitio. En relación a este último, el autor formula un recordatorio de interés: este estado conlleva la intervención de las Fuerzas Armadas, «pero que dicha intervención deba producirse en todo estado de sitio no implica, como sostuvo alguna doctrina, que cualquier actuación de las FAS en el interior de España quede condicionada a la declaración de este estado» (p. 126).

Tras este examen diferenciado de cada uno de los tres estados excepcionales y sus problemas se hace hincapié en los principios y garantías comunes: principio de necesidad, principio de temporalidad, la prohibición de la disolución del Congreso, el principio de responsabilidad del Gobierno. El capítulo concluye con el examen de los controles jurisdiccionales de la excepción. En ese contexto se examinan las dudas acerca del control de las decisiones de declaración y prórroga de los estados excepcionales. Y ello porque la Constitución guarda silencio sobre el tema.

En los capítulos cuarto y quinto se exponen las distintas posiciones doctrinales ante el problema de la naturaleza jurídica de las decisiones excepcionales y su control jurisdiccional. Así, en el cuarto se examina la consideración diferenciada que la mayoría de la doctrina ha defendido de estas decisiones según sean parlamentarias o gubernamentales. Y, en el quinto, las tesis que han incluido todas las decisiones en una misma categoría, independientemente de su procedencia y formalización. Con esa premisa examina las decisiones de declaración y prórroga del estado de alarma, excepción y sitio como actos del estado con fuerza de ley. Analiza el fundamento y la delimitación de esa categoría. Garrido explica la categoría de actos constitucionales como actos de aplicación inmediata de la Constitución, con capacidad para innovar o modificar siquiera temporalmente el ordenamiento jurídico con base en una habilitación constitucional expresa. Estos actos quedan exentos del control de legalidad que ejerce la jurisdicción ordinaria. Garrido advierte que no es la intervención o no del Parlamento la que determina que se incluya o no una decisión gubernamental o parlamentaria en esta categoría sino «la intermediación entre la Constitución y el acto —o dicho de otro modo— la ausencia de intermediación de ley entre una y otra» (Aguado). «Los actos constitucionales realizan la Constitución sin intermediación normativa alguna y tienen fuerza de ley» (p. 194). En el caso de actos constitucionales del Gobierno «realizados en ejercicio de funciones que no derivan de leyes sino de la Constitución, tienen, en su mayoría, fuerza de ley y

son infiscalizables por la jurisdicción contenciosa» (p. 197). «Su control debe recaer en la jurisdicción constitucional» (p. 199). El parámetro de referencia será la Constitución y también la LOEAS.

Con esas premisas, el sexto y último capítulo aborda el control jurisdiccional de las decisiones de excepción y la doctrina de los Tribunales Supremo y Constitucional al respecto.

Garrido defiende la necesidad del control de constitucionalidad de las decisiones de excepción, aunque es consciente de sus dificultades: «La garantía jurisdiccional de la Constitución es la cláusula regia del Estado de Derecho, su culminación y cierre, pero la violación de la Constitución por el poder de excepción no tiene [...] una sanción fácil. Ahora bien, una cosa es ser consciente de las limitaciones de la justicia constitucional cuando concurre la excepción, y otra distinta rechazar el control jurisdiccional de los actos de declaración y prórroga de los estados excepcionales, como históricamente se ha postulado» (p. 251).

En el momento de escribir esta reseña, obligado resulta denunciar otra de las debilidades del control jurisdiccional: la excesiva demora en la respuesta. El Tribunal Constitucional tiene la última palabra sobre los numerosos aspectos problemáticos y controvertidos de la aplicación del derecho de crisis aquí expuestos. El hecho de que, pasado un año desde la aprobación del primer decreto de alarma, el Tribunal no haya dictado sentencia sobre los recursos planteados contra él, pone de manifiesto una grave carencia de nuestro sistema de garantías. Desde esta óptica y como ha reclamado el profesor Manuel Aragón habría que establecer una vía sumaria y urgente de recurso frente a los actos de declaración y prórroga de los estados excepcionales que obligara al Tribunal a dictar sentencia en un plazo breve.

En definitiva, y esta es una de las mayores virtudes de la obra, el profesor Garrido no se limita a subrayar la importancia «del máximo logro en el proceso de racionalización y despersonalización del poder: el control de constitucionalidad», sino que lo proyecta sobre la última frontera de la Constitución racional normativa: el derecho de crisis. Derecho que solo será constitucional en la medida en que se conciba como limitado y por tanto controlable por la jurisdicción constitucional. El Estado constitucional de derecho, como estructura institucional garantista al servicio de la libertad, debe garantizar la vigencia de sus principios y valores también en las situaciones críticas.

Por todo lo expuesto podemos concluir que la obra del profesor Garrido es una contribución fundamental a la doctrina sobre el derecho de crisis en nuestro país y, a partir de ahora, referencia obligada en cualquier estudio sobre la materia.

Javier Tajadura

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea