

## PREFACE

The present book is not only a sophisticated doctrinal analysis of Spanish constitutional law, but also a theoretical and methodological enquiry into the very nature of the state of exception. It proves yet again that difficult legal questions eventually always lead to foundational dilemmas. Even though the author was clearly inspired by the Vienna School of Legal Theory (Hans Kelsen, Adolf Merkl, Leonidas Pitamic, Heinz Mayer, Robert Walter and Friedrich Koja) and by some contemporary German scholars (such as Anna-Bettina Kaiser and Tristan Barczak), his approach is refreshingly novel in the international academic literature on this topic.

He considers the law of the state of exception to stem from a presupposition (or assumption) about the necessity to ensure the effectivity of the Constitution. Based on this idea, he re-interprets *inter alia* the monarch's actions during the 1981 Spanish coup. These actions were clearly illegal and they could only have been made legal retrospectively via a constitutional amendment or an act of indemnity (i.e. via *a posteriori* convalidation). So far he agrees with the dominant opinion of the Spanish doctrine. These actions should, however, still be considered as actions belonging to the legal system (and this is his radical novelty). If you apply Merkl's *Fehlerkalkül*, then you can consider an act to exist from a legal perspective, even though it is illegal (*fehlerhafter Rechtsakt*). This *Fehlerkalkül* (which is itself an unwritten legal norm about the various validity conditions of legal acts and the different consequences of their deficient fulfilment) concerning the state of exception is based on the above-mentioned presupposition: the Constitution's effectivity has to be ensured. Therefore, if an act is illegal, but it serves this purpose then this act still exists from a legal perspective (i.e. it is not null and void) even if its illegality cannot be denied. This also applies to the 1981 actions of the monarch: they were legally deficient, but they had legal existence and legal consequences; deficiency does not equal nullity. The author's theory thus goes beyond merely restating *Marbury v. Madison* and it is also different from the usual 'implied powers' doctrines, as he does not claim the legality of these acts (further it is embedded into the epistemological approach of the Vienna School). The

elegant and convincing presentation of this line of reasoning is a truly unique intellectual achievement.

The present book is the most significant analysis of the state of exception in Spanish language since the 1984 monograph “Estados excepcionales y suspensión de garantías” by Pedro Cruz Villalón, and the most seminal critical discussion of the Kelsenian ideas in Spanish constitutional doctrine since Ignacio de Otto y Pardo’s “Derecho Constitucional. Sistema de fuentes” (1987). I feel privileged that I have had the opportunity to talk through many of these questions with the author personally over the last fifteen years, first in Madrid and Oviedo, later in Heidelberg and most recently in Salzburg. This book is the result of many years’ worth of thorough research and deep thinking by an excellent legal mind, and it also reflects the impressive doctrinal quality of the Spanish constitutional discourse from which I have always been happy to learn.

Strasbourg, 4 December 2024.

Univ.-Prof. Dr. ANDRÁS JAKAB, LL.M., D.Sc.  
*Judge at the European Court of Human Rights* (in respect of Austria)  
Professor of Constitutional and Administrative Law,  
University of Salzburg (on leave)

## PRÓLOGO

Esta investigación, llevada a cabo en el ámbito del grupo académico que creó en Oviedo, durante el decenio 1978-1988, Ignacio de Otto, cuya obra y metodología ha inspirado a quienes hemos sido sus discípulos, es el fruto de años de intenso trabajo del profesor Leonardo Álvarez, tanto en España como en Austria. Con toda humildad, pero también con plena resolución, el autor dialoga con los lectores desde la primera página hasta la última. No pretende establecer dogmas inapelables, sino hacer patente el nexo inescindible entre Estado y Derecho en el tratamiento científico del derecho de excepción como proceso de sustitución de normas en supuestos determinados. Como es natural, un empeño de este calibre no merece el usual prólogo turiferario, paternalista y tribal de un catedrático jubilado, sino una lectura crítica que honre, siquiera brevemente, la complejidad doctrinal de la obra y, desde la más absoluta modestia, formule algunas objeciones.

La primera y principal cuestión que se nos plantea en este libro es la funcionalidad y utilidad de la idea de «milagro jurídico», empleada por Hans Kelsen y otros autores en su impugnación del dualismo Estado-derecho característico del positivismo clásico. Así como Dios se sometió a las leyes del mundo para hacerse hombre, y del mismo modo se desvinculó de tales leyes para seguir siendo Dios, mediante el milagro jurídico del derecho de excepción, escribe Kelsen, el Estado, que se somete al Derecho para ser el Estado, se desvincula de sus normas en situaciones excepcionales para seguir siéndolo.

Resulta curiosa esta importación de la teología en orden a dar cuenta de la relación existente entre el Estado y el derecho de excepción. En *Temor y temblor*, el teólogo y poeta Søren Kierkegaard se plantea la difícil convivencia entre la fe y la razón a partir del episodio bíblico del sacrificio de Isaac ordenado a Abraham por Yahvé. A Kierkegaard le escandalizaba que Dios se dispensara a sí mismo de su mandato de «no matarás». «Qué enorme paradoja es la fe, una paradoja que consigue convertir un asesinato en una acción sagrada y placentera a Dios», observa el paseante socrático de Copenhague. Los lectores del relato, señala también, «casi se estremecerán por el temible *pathos* que hay en

el libro»<sup>1</sup>. A pesar de ello, y sin negar su potencia ejemplarizante, el problema que plantea el tremendo episodio del silencioso y angustiado Abraham no es, de ningún modo, el de un Dios que, *legibus solutus*, ordena contravenir sus propias leyes. Es algo tan simple, a mi juicio, como darse cuenta de que el escritor bíblico recurre a esa narración, obviamente mítica, para ilustrarnos acerca del deber de obediencia a Dios en cualquier circunstancia, incluso en la más extrema: aquella en la que la propia ley natural es supuestamente ignorada por el mismo Dios. No otra cosa que la obediencia pretenderían los maestros alemanes del positivismo clásico (Gerber, Laband y, sobre todo, G. Jellinek) ante los actos de necesidad del Estado, ajenos al Derecho.

Ahora bien, el «milagro jurídico» resulta ser una expresión irónica y descalificadora de quienes dentro del positivismo clásico (y de sus herederos actuales, por cierto) sostienen, a partir de la dualidad Estado-derecho, la permanente capacidad originaria de aquél para desvincularse de éste en supuestos que, pretendidamente, ponen en peligro su propia existencia. Al obrar así se introduce un elemento de máxima arbitrariedad e inseguridad en el sistema jurídico, sujeto entonces a la pura contingencia ideológica de la razón de Estado. La consecuencia de semejante planteamiento es la incompatibilidad lógica entre el tipo estatal en el que nace dicha dualidad —la monarquía constitucional— y la supremacía de la Constitución, cuyo carácter vinculante puede ser excepcionado por la autoridad del Ejecutivo invocando el principio de necesidad o de *salus populi*. Como en la célebre paradoja de Schrödinger, el Estado está y no está sometido al derecho en los supuestos de excepción, al modo de una *reserva de poder* que permite a los gobernantes afrontar cualquier desafío al orden estatal aunque no existan reglas jurídicas predeterminadas.

Kelsen explica muy bien semejante «milagro» en su ensayo *Dios y Estado*<sup>2</sup>. Observa el maestro austriaco en este estudio que solo es posible una teoría del Estado distinta de la teoría del derecho cuando se abriga la creencia en un Estado metajurídico, situado por encima del derecho, lo cual acaba por conducir a un abuso político-jurídico. Ello permite, en efecto, bajo el ropaje de una argumentación teórica (la teoría del derecho y del Estado), que se impongan en contra del derecho positivo ciertos postulados meramente políticos. El dua-

<sup>1</sup> Cfr. GARFF, Joakim, *Kierkegaard. El filósofo de la angustia y de la seducción*. Tusquets, Barcelona, pp. 305 y ss. Véase sobre todo el soberbio ensayo de KIERKEGAARD, *Temor y temblor*, contenido en la selección de obras del autor publicada por Gredos/RBA, 2015, pp. 223 y ss. Esta obra, titulada «Lírica dialéctica», la juzgo esencial para acercarse a los dilemas del milagro jurídico y de la ética normativa.

<sup>2</sup> He utilizado la traducción de *Gott und Staat* efectuada por Jean Hannequin y publicada en *Logos*, tomo II, 1922-23, pp. 261-284.

lismo Estado-derecho conduce a dos sistemas normativos diferentes, primando el primero cada vez que el derecho «positivo» acarrea una consecuencia indeseable para los gobernantes, los cuales son en realidad idénticos a ese Estado.

Al igual que ocurre en el método teológico, el método de la teoría del Estado pretende hacer jurídicamente comprensible lo jurídicamente incomprensible, es decir, pretende hacernos creer en el milagro jurídico, así como la teología pretende hacernos creer en el milagro natural. De esta guisa la persona unitaria del Estado puede querer simultáneamente el derecho y su negación, una contradicción inadmisibile. Una contradicción así es, por cierto, la que atormentaba a Kierkegaard ante el pasaje bíblico del sacrificio de Isaac.

Como resulta bien conocido, Kelsen ofrece esta otra solución: si la absorción del concepto sobrenatural de Dios por el concepto de naturaleza ha sido la condición para una auténtica ciencia natural, libre de toda metafísica, «de igual modo la reducción del concepto suprajurídico de Estado al concepto de derecho es el prerequisite imprescindible para el desarrollo de una auténtica ciencia jurídica como ciencia del derecho positivo, depurada de todo derecho natural. Tal es —concluye— el objetivo de la teoría pura del derecho que es simultáneamente la teoría pura del Estado, y viceversa: todo derecho es derecho del Estado, porque todo Estado es Estado de derecho».

Y conviene anotar igualmente que la consideración —no menos teológica en su raíz— del Estado como *sujeto de imputación de actos* ha de ser de índole estrictamente jurídica, de manera que ningún órgano estatal posee poderes propios que no le haya otorgado el derecho. Pretender otra cosa implicaría, según Kelsen, realizar una «operación mágica» que, en virtud de una cierta hermenéutica, hace surgir derecho a partir del *no derecho*, y un acto jurídico a partir de un simple acto de fuerza. Lo que, en mi opinión, conlleva la conclusión de que si no existe una previsión constitucional específica para responder a una situación excepcional, debe tenerse en cuenta en todo caso la supremacía de la Ley Fundamental (art. 9.1 CE) y obrar consecuentemente dentro de las competencias de cada uno de los poderes del Estado y de los principios estructurales que inspiran la forma estatal.

Esto es lo que sucedió con la actuación restaurativa del orden constitucional por parte del Rey los días 23 y 24 de febrero de 1981. Contrariamente a lo sostenido por el autor de esta obra, Juan Carlos I no «se vio obligado a cometer un acto inconstitucional». El monarca, en efecto, simboliza la «permanencia» del Estado (art. 56.1 CE), lo que es tanto como afirmar que encarna la continuidad de su existencia constitucional y le compromete en su defensa mediante el ejercicio de la función arbitral y moderadora de la Corona en orden al «funcionamiento *regular* (o sea, de acuerdo con la Ley Fundamental, regla suprema)

de las instituciones». Y lo peculiar aquí del uso del *poder de reserva* regio es que, como observó Ignacio de Otto, no se trataba de «coadyuvar al funcionamiento de las instituciones del Estado en el proceso de formación de su voluntad, sino de suplirlas por entero por imposibilidad física de su funcionamiento, con la exclusiva finalidad de hacer posible éste y, por tanto, poner fin al ejercicio del propio poder de reserva. Difícilmente cabe imaginar un supuesto más claro para que entre en juego esa función típica del Jefe del Estado». En su breve mensaje televisado al país, el Rey era bien consciente del papel que la Constitución le había otorgado en defensa de la misma, aludiendo a las medidas necesarias para «mantener el orden constitucional» y declarando que «La Corona, símbolo de la permanencia y unidad de la Patria, no puede tolerar en forma alguna acciones o actitudes de personas que pretendan interrumpir por la fuerza el proceso democrático que la Constitución votada por el pueblo español determinó en su día a través de referéndum». Así, en suma, el Rey de España no realizó en esa ocasión actividad anticonstitucional alguna, precisada de alguna forma de convalidación o sanación a posteriori, sino, muy al contrario, una actividad restablecedora de la plenitud de la vigencia del texto constitucional, en cuya defensa activa y proactiva se halla comprometido por mandato de la Constitución misma. El monarca, al igual que los demás titulares de los poderes públicos, es parte de la *comunidad de guardianes* de la Constitución que legitima sus funciones, especialmente su poder de reserva.

Sostiene, por otra parte, Leonardo Álvarez que «después de la situación de excepción, la Constitución no vuelve a ser la misma». Quizá esto sea, sin embargo, una manera de considerar *sub specie* antropomórfica a la Norma Suprema. En los supuestos excepcionales el Estado no se desliga del derecho (salvo que se comparta el dualismo del positivismo clásico que previamente se ha rechazado), sino que aplica el derecho preexistente que regula su actuación en tales supuestos. Por definición, en una Constitución normativa no cabe el milagro jurídico y la mismidad constitucional se halla garantizada por su supremacía, sometida a la nomofilaxis de todos los guardianes de la Ley Fundamental.

En coherencia con lo anterior, no puede afirmarse, como hace el profesor Álvarez, que el derecho de excepción implica la *derogación* temporal o «provisional» de normas constitucionales. Los derechos fundamentales cuya eficacia (no cuya vigencia) se suspende de acuerdo con el artículo 55.1 CE, o bien se restringe en virtud exclusivamente de la declaración del estado de alarma<sup>3</sup>, en

<sup>3</sup> En efecto, según la rectificación de la doctrina jurisprudencial efectuada por la STC 136/2024, esta restricción puede tener lugar también a través de la declaración del

ningún momento dejan de ser normas constitucionales, ni, en consecuencia, el retorno a la «normalidad» (*id est*, la recuperación de dicha eficacia) requiere milagro jurídico alguno. Por descontado, no existe ninguna *Constitución alternativa* para supuestos de emergencia prevista en el propio texto constitucional, lo que colisionaría con la unicidad de la Constitución inherente a su supremacía. Del mismo modo, no hay normas solo formalmente constitucionales, pues en la Ley Fundamental todos los preceptos son, por igual, materialmente constitucionales, o sea, supremos. Lo cual entraña, a su vez, que tampoco existan normas solo materialmente constitucionales, sin serlo formalmente y careciendo, pues, de dicha supremacía. Acierta, en consecuencia, el autor del presente libro cuando sostiene que el derecho de excepción en una forma estatal democrática únicamente puede ser un derecho [formalmente, cabe añadir] *constitucional* de excepción.

También resulta forzoso compartir la tesis de Álvarez cuando sostiene que si la Constitución, al regular procesos extraordinarios que reorganicen las funciones de creación y de aplicación de normas, no contempla la capacidad de desplazar ciertos preceptos constitucionales en dichos procesos, no cabe entender producido el reconocimiento jurídico del derecho de excepción<sup>4</sup>. Tal desplazamiento, sin embargo, para nada significa una operación de reforma constitucional, dijera Karl Loewenstein lo que dijese. Tampoco, creo yo, una «desconstitucionalización», aun temporal, de la norma iusfundamental suspendida o de cualquier otro precepto constitucional. Calificar, como hace Leonardo Álvarez, de «poder de reforma constitucional negativo» la limitación cronológica del artículo 169 CE (que además solo afecta a la iniciativa reformadora y no a su tramitación ulterior) me parece una torsión

---

estado de alarma (art. 116.2 CE). «En definitiva, concluye ahora el Tribunal, de acuerdo con la evolución de nuestra propia jurisprudencia, hemos de considerar superada la doctrina fijada en al STC 148/2021, en el sentido siguiente: la intensidad de la injerencia en el ámbito del derecho fundamental no es un criterio determinante de la diferenciación constitucional entre la suspensión y la restricción de derechos fundamentales, por lo que una ley de restricción, incluido (cuando así sea procedente) el propio decreto de estado de alarma, puede establecer limitaciones de alta intensidad en los derechos fundamentales siempre y cuando se ajuste a los requisitos constitucionales necesarios y, en particular, siempre que respete el principio de proporcionalidad» (FJ 4).

<sup>4</sup> Ese desplazamiento también tiene lugar, no obstante, con la declaración del estado de alarma. Como ha advertido el Tribunal Constitucional, tal declaración autoriza a «restringir los derechos fundamentales dispensando, por la particular urgencia de la situación de crisis afrontada, del cumplimiento de ciertos requisitos formales, que son imperativos en situación de normalidad, como la reserva de ley parlamentaria (arts. 81.1 y 53.1 CE) o la sujeción al orden constitucional de distribución territorial de competencias» (STC 136/2024, FJ 4).

hermenéutica sumamente forzada. Claro está, el «desplazamiento» de normas constitucionales no significa, a mi juicio, su «derogación», nombre técnico que solo cuadraría a las operaciones de reforma constitucional.

Señala más adelante el profesor Álvarez que el derecho de excepción «tiene como función garantizar de manera alternativa la eficacia de la Constitución misma», en suma, el orden constitucional. Nuevamente de acuerdo, pero un matiz inmediatamente posterior genera perplejidad: según Álvarez, lo que trata de garantizar el derecho de excepción es, específicamente, «la eficacia de la forma de Estado democrática». Yo entiendo que esa garantía se refiere a todas las vertientes de la forma estatal, como resulta fácil comprender, verbigracia, a la vista de las previsiones contenidas en el artículo 155 CE<sup>5</sup>, que autorizan una suspensión, restricción o modulación de la autonomía territorial constitucional y estatutariamente reconocida y su correspondiente régimen de autogobierno. O la limitación o suspensión de derechos esenciales en todo Estado de Derecho y aun de todo Estado social, conforme a lo dispuesto en el artículo 55.1 CE y los correspondientes preceptos de la Ley Orgánica 4/1981. Es la forma estatal en su integridad, cuyo epítome se contiene en los artículos 1 y 2 CE, la que puede resultar susceptible de protección mediante el derecho de excepción.

La relación entre las previsiones constitucionales sobre las situaciones excepcionales y la legislación complementaria o de desarrollo efectuada por el legislador ordinario no es un asunto fácil, y en esta obra no se contiene un pronunciamiento inequívoco al respecto. Si mal no recuerdo, el profesor Álvarez en ningún momento incluye a la ley orgánica a que se remite el artículo 116.1 CE dentro del bloque de la constitucionalidad, cosa que para el Tribunal Constitucional resulta indudable<sup>6</sup>. En lugar de esto, se ciñe a constatar, en los apartados

<sup>5</sup> Según declaró el Tribunal Constitucional, «el art. 155 CE no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar la validez y eficacia de la Constitución en aquellos supuestos en los que sea manifiesto que solo a través de esta vía es posible restaurar el orden constitucional. El fin de la intervención o injerencia que este precepto consiente no puede ser otro que restablecer el orden constitucional y, con él, el normal funcionamiento institucional de la comunidad autónoma en el seno de dicho orden» (STC 89/2019, FJ 4). El precepto habilita para limitar la autonomía constitucionalmente garantizada y el autogobierno autonómico en las circunstancias extraordinarias y con las garantías que el citado artículo establece (ibídem). Y más adelante precisa el TC que «el art. 155 CE permite constreñir o limitar la autonomía que la Constitución garantiza a las comunidades autónomas, por medio de los respectivos Estatutos. Consecuentemente, la apreciación acerca de la validez o invalidez de las reglas así adoptadas y aquí recurridas, ha de hacerse, no por referencia a las normas que en el bloque de constitucionalidad delimitan la autonomía, sino atendiendo a la norma constitucional que permite excepcionar o desplazar aquellas normas» (FJ 11).

<sup>6</sup> Cfr. la STC 183/2021, *in toto*, incluidos sus importantes votos particulares.

3 y 4 de dicho precepto, «la incorporación de una laguna total» a los supuestos de hecho de la declaración, respectivamente, de los estados de excepción y de sitio. Por el contrario, en el artículo 155.1 CE la excepcionalidad aparece configurada técnicamente como una «laguna parcial» en lo tocante a la definición de las infracciones constitucionales que motivan la puesta en marcha de la coerción estatal. A mi entender, empero, nos hallamos ante un uso impropio del término «laguna» (cuyo empleo exige la existencia de una normación inconscientemente omitida por el legislador) y su confusión con las observaciones *de Constitutione ferenda* que juzga oportuno efectuar el autor de esta obra. En efecto, en el artículo 116 CE, norma de estricto carácter orgánico-procedimental, no se advierte laguna de ninguna clase, sino una reserva material de ley orgánica seguida de otras cautelas constitucionales. A su vez, también el Reglamento del Senado integra el bloque de la constitucionalidad, a criterio igualmente del Tribunal Constitucional<sup>7</sup>, como objeto de la reserva reglamentaria constitucionalmente establecida al propósito y sin perjuicio de la justiciabilidad ante el TC tanto de las disposiciones de dicho Reglamento como de las medidas compulsivas aprobadas por la Alta Cámara a instancias del Gobierno.

Comparto, en suma, la concepción formal del derecho de excepción que Leonardo Álvarez ha construido en este excelente libro, aunque difiera en algunos matices puntuales. El libro en todo caso plantea una duda tras otra y el autor nunca está seguro de haber despejado completamente el camino para que la construcción resulte finalmente sólida y no, como teme finalmente, un «edificio de fantasía». De ahí su extraordinario valor científico. Ya el teólogo protestante del siglo XVI Sebastian Castellio sostenía, en *Del arte de dudar y de creer, de ignorar y de saber*, que la duda forma parte de la sabiduría. Esta del profesor Álvarez es una obra que no pretende ser sabia pero que, a fuerza de dudar y cuestionar, de principio a fin, la herencia doctrinal recibida, nos enseña el camino de aprender a mejorarla. Estamos, pues, ante un libro de referencia en la materia.

Oviedo, 5 de febrero de 2025.

RAMÓN PUNSET

*Catedrático emérito de Derecho Constitucional*

---

<sup>7</sup> Se afirma así en la STC 89/2019 que en el caso examinado (aplicación de la coerción estatal a la Generalidad de Cataluña) se trata de «analizar si se ha infringido el Reglamento del Senado ya que, si con ello se hubiera afectado de forma sustancial al proceso de formación de la voluntad de la cámara, incidiendo en el ejercicio de la función representativa [...], no se habría adoptado válidamente el acuerdo, con la consiguiente vulneración del art. 155 CE» (FJ 9).



## INTRODUCCIÓN

### ¿EL DERECHO DE EXCEPCIÓN COMO EDIFICIO DE FANTASÍA?

«Quien se haya encontrado a sí mismo alguna vez,  
no puede perder ya nada en este mundo».

STEFAN ZWEIG (*Phantastische Nacht*, 1922)

#### 1. La inicial pretensión de este trabajo y el paulatino surgimiento de una hipótesis

El trabajo que el lector tiene entre sus manos no era el que hubiera querido escribir el autor. En 2024 se cumplieron 40 años de la publicación de la extraordinaria monografía del Profesor Pedro Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, en la editorial Tecnos. Una obra cuyas tesis, tanto tiempo después, pocos han podido refutar seriamente. Tomando como punto de partida sus postulados, y con el apoyo de la ahora ya existente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, sobre todo, de la ingente literatura producida sobre el derecho de excepción con ocasión de las relativamente recientes situaciones extraordinarias a las que ha tenido que hacer frente nuestro Estado constitucional democrático, este trabajo se había propuesto una labor algo más modesta.

Siempre desde la perspectiva de la ciencia básica —a la que mayoritariamente no se habían circunscrito los estudios de nuestro debate académico—, este trabajo había querido inicialmente delimitar el concepto y la función del derecho de excepción en nuestra Constitución Española de 1978 y su potencial irradiación a los distintos sectores que forman parte del tradicional objeto de nuestra disciplina. Al concepto mismo de Constitución, a los órganos constitucionales, a las fuentes del derecho y a los derechos fundamentales.

Al fin y al cabo, siempre me había suscitado algún reparo la tesis defendida por el Tribunal Constitucional en la STC 83/2016, con el mayoritario respaldo de la doctrina, de que los actos que declaraban la situación de excepción por los órganos jurídicamente habilitados para ello, para poder hacer lo que hacen

—desplazar «las leyes y normas asimilables»—, tuvieran que asumir su mismo rango. No estaba convencido de que la introducción del derecho de excepción en la estructura del ordenamiento jurídico español se ensamblara de tal modo en las relaciones entre los órganos constitucionales y, consecuentemente, entre las fuentes del derecho.

También me había generado alguna duda la interpretación ofrecida al concepto «suspensión» de derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional en las SSTC 148/2021 y 183/2021 y por nuestra literatura. Particularmente, me parecía que algunas expresiones utilizadas para definir la suspensión constitucional que podría producir la declaración de los estados de excepción y de sitio previstos en los arts. 116.3 y 4 de la Constitución, a través de actos dotados supuestamente de rango o de valor de ley, no eran capaces de explicar con la claridad debida qué le sucedía técnicamente a la Constitución.

Explicar ese efecto suspensivo con expresiones harto genéricas como que la Constitución se «alteraba», «dormía», «desaparecía», «se suprimía», «se transformaba» o «se desplazaba» mientras se encontraban declarados aquellos estados, no se compadecían del todo, así lo creía, con el aparato categorial que imponía a nuestra ciencia el concepto de Constitución asumido por nuestro texto constitucional de 1978.

Pero, por los mismos motivos —es probable que no debiera revelarlo ya aquí—, me suscitaba cierta extrañeza que, finalizada la situación de excepcionalidad declarada por los estados de excepción y de sitio de los arts. 116, 3 y 4, la Constitución suspendida pudiera reinstaurar automáticamente su vigencia, reviviendo, dígame así, en los mismos términos que antes de la declaración de la excepcionalidad. Lo cierto es que estos problemas habían generado el suficiente debate en nuestra disciplina como para convertirlos en objeto de este trabajo.

Sin embargo, a medida que profundizaba en ese inicial objeto investigador, comenzó a cobrar fuerza la hipótesis de que el Tribunal Constitucional y nuestra producción científica quizás no habían conseguido delimitar adecuadamente el concepto *derecho de excepción* en nuestra Constitución. Me parecía dudoso que el derecho de excepción debiera de verse en los estados de alarma, de excepción y de sitio regulados en el art. 116 CE, como había defendido la STC 83/2016. En una concepción, quiero reconocerlo, que ha sido prácticamente unánime entre nosotros.

En efecto, si el criterio para definir el derecho de excepción fuera la existencia de una situación *excepcional*, materialmente opuesta a la *normalidad*, me resultaba difícil poder entender por qué el derecho de excepción no podría identificarse también en el art. 155.1 CE, en el que se regulaba el que ha

sido denominado entre nosotros poder de coerción estatal. Máxime cuando el propio Tribunal Constitucional en su STC 89/2019 y la doctrina habían reconocido de manera expresa que tal poder respondía frente a una situación *excepcional*.

Incluso el art. 155.1 CE, al igual que el art. 116 CE, articulaba una relación entre excepcionalidad y principio de concentración de poder, a juicio de muchos, consustancial al derecho de excepción, para garantizar una acción decisoria eficaz, tratando de suplir la incapacidad de los procesos ordinarios de creación y de aplicación de normas para hacer frente a la situación excepcional planteada. Ante estos evidentes problemas, parte de nuestra disciplina había intentado realizar un esfuerzo delimitador adicional de la categoría derecho de excepción, entendiendo que, además de *a)* la existencia de una situación materialmente excepcional, y *b)* el principio de concentración de poder, el derecho de excepción implicaba, por su propia esencia, *c)* la suspensión de ciertas normas constitucionales.

Pero lo cierto es que tampoco manejando estos tres elementos se justificaba que el razonamiento jurídico pudiera identificar el derecho de excepción en el art. 116 CE. Era difícil poder explicar por qué el estado de alarma previsto del art. 116.2 CE, que no permite la suspensión de derechos fundamentales, como acreditó la STC 148/2021 con el parecer unánime de nuestra disciplina, debía de ser considerado como la plasmación del derecho de excepción en la Constitución. Me parecía que algunas piezas no encajaban adecuadamente en la argumentación.

Pero, en realidad, las deficiencias descritas no hacían más que reflejar un problema característico del derecho de excepción en el derecho comparado, donde éste se había llegado a identificar en distintas normas de la Constitución. Incluso, unas mismas normas eran incluidas en unos casos y excluidas en otros de la categoría derecho de excepción. La teoría del derecho de excepción había acabado manejando, en realidad, una pluralidad de conceptos de derecho de excepción.

Y así, en ella se había llegado a distinguir entre un *derecho de excepción en sentido amplio* —que habría de identificarse en las normas que regulaban determinadas circunstancias consideradas materialmente excepcionales como la guerra, las epidemias, las catástrofes naturales o las crisis económicas— y un *derecho de excepción en sentido estricto* —que se vería en las normas que llevaban a cabo una reorganización de las funciones de producción y de aplicación del orden jurídico para garantizar una acción decisoria eficaz—.

También era posible apreciar la distinción entre un *derecho de excepción constitucional* y un *derecho de excepción legislativo*, para aludir a la norma que

creaba el derecho de excepción —o incluso para hacer referencia, más bien, a los distintos estratos normativos sobre los que aquél estaba llamado a desplegar su consustancial efecto desplazante—. Incluso también se había hablado de un *modelo de plenos poderes* de derecho de excepción, identificado en las normas que autorizarían a todo lo necesario para afrontar la situación excepcional y, por oposición al mismo, de un *modelo de estado excepcional*, en el que el propio derecho se encargaría de definir taxativamente las competencias y límites para hacer frente a la excepcionalidad.

Fue ante toda esta fenomenología que fue cobrando fuerza la hipótesis de que quizás aún no había sido posible delimitar un concepto unitario de derecho de excepción en la ciencia jurídica. Por honestidad científica ante el lector he de reconocer que en el planteamiento de tal hipótesis tuvieron gran influencia dos destacados estudios publicados en 2020 durante la pandemia del Coronavirus. Me refiero a las monografías de Tristan Barczak, *Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft* y de Anna-Bettina Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*. Ambas publicadas en la editorial JCB Mohr, de Tübingen.

En ellas ya se defendía la tesis de que, a pesar de toda la literatura producida en Europa durante el siglo xx, aún no había sido posible definir un concepto de derecho de excepción. Inspirado por sus afirmaciones, me propuse analizar en este trabajo qué era lo que se encontraba en el trasfondo de tales carencias. En realidad, lo que sucedía lo había intuido hacía tiempo de alguna forma. Sin embargo, una conclusión de tales características —que, como tal, no había sido expuesta en la teoría del derecho de excepción ni tampoco entre nosotros— requería, desde luego, una convincente demostración.

## 2. El derecho de excepción como presupuesto lógico.

La metodología utilizada para la demostración de la hipótesis

Este trabajo ha querido demostrar, en la primera de sus dos principales tesis, que las dificultades evidenciadas a la hora de identificar las normas en las que debería de identificarse el derecho de excepción encontraban, en realidad, su explicación en el intento de construirlo a partir del derecho positivo, cuando aquél tenía que encontrar coherentemente su causa fuera de él. Sí, en presupuestos metapositivos. Creo que el derecho de excepción tiene que ser entendido de una manera coherente en el seno de la ciencia jurídica como un *acto de pensamiento*. Para ser más exactos, como un *presupuesto* lógico. Cuando se reconoce este postulado, será posible construir un concepto unitario de

derecho de excepción y ver dónde podría verse plasmado en el derecho. De su demostración se ocupará la primera parte de esta investigación.

En este punto, quisiera hacer una advertencia al lector. Cualquiera que se adentre en su lectura podrá constatar que este trabajo se edifica sobre unos presupuestos metodológicos muy concretos. En particular, sobre los del *positivismo aplicado a la ciencia jurídica* que, con o sin razón, siempre consideré eran los que mejor permitían diferenciar la ciencia del derecho de otras disciplinas. En definitiva, construir una ciencia jurídica autónoma. Aunque en la primera parte de la investigación se analiza la construcción del derecho de excepción en los distintos modelos de positivismo —jurídico, moderado y normativista—, sería quizás deshonesto no reconocer que este trabajo descansa principalmente en el aparato categorial de la denominada *Escuela Jurídica de Viena*, cuyas teorías sobre el derecho de excepción que querido debatir y reinterpretar. No creo, desde luego, que con los resultados que me imputa el autor del prefacio a este libro. Tengo que reconocer que los prolíficos diálogos que mantuve con los profesores de la Universidad de Salzburgo durante la escritura este trabajo han dejado una inevitable impronta austriaca en el mismo. Quiero aprovechar para dar las gracias ya aquí a Thomas Olechowski, Director del Instituto Hans Kelsen de Viena, por invertir su tiempo en la lectura de este trabajo.

En el marco de estos expuestos presupuestos metodológicos, no fue, desde luego, una casualidad que el manuscrito que envié a evaluación fuera dedicado a *Leonid Pitamic*. Fue, junto con Frantisek Weyr y Walter Jellinek, muchas veces ignorados, quienes contribuyeron de manera determinante a la construcción de lo que se denominaría por los considerados de manera reduccionista como los fundadores de la Escuela Jurídica de Viena (Hans Kelsen, Adolf Merkl y Alfred Verdross), *la norma hipotética fundamental* o *norma originaria*. Con ella no definieron otra cosa que aquel *presupuesto* o *acto de pensamiento* sobre el que descansa seguramente toda teoría del conocimiento jurídico a la hora de definir lo que es derecho y lo que no lo es. Ese presupuesto, magistralmente explicado Leonid Pitamic, fue determinante para que pudiera defender en este trabajo que el derecho de excepción no podía más que considerarse como el *alter ego* de aquel presupuesto.

En el marco de esta concreta teoría del conocimiento jurídico deben de interpretarse la totalidad de las afirmaciones que se emiten en este libro. Incluso aquellas en las que parecieran defenderse premisas y tesis con validez científica universal. No implican, desde luego, una minusvaloración de otras perspectivas para el estudio del derecho de excepción, que quizás pudieran ofrecer a esta categoría dimensiones multidisciplinares y posiblemente más

ricas que las que ofrece este trabajo. Fue en el marco de las posiciones de Pitamic y de los fundadores de la Escuela Jurídica de Viena, que he llegado a defender en la primera parte de esta investigación que el derecho de excepción, aunque dotado de un particular contenido y función, no sería más que uno de esos constructos —como lo fueron el principio monárquico o la teoría del poder constituyente en diferentes etapas del desarrollo del Estado constitucional— de los que ha de servirse la ciencia jurídica para poder identificar y preservar su objeto de conocimiento.

Seguramente afirmará el lector que una tesis de estas características, tan original como radical, que no ha sido presentada hasta el momento en la teoría del derecho de excepción, habría de requerir, desde luego, una convincente demostración. A pesar de que quizás hubiera podido explicar directamente por qué el derecho de excepción tiene que ser un *presupuesto* que ha de manejar la teoría del conocimiento jurídico para poder acometer el adecuado análisis de su objeto, por honestidad científica he decidido demostrarlo a través de un diálogo crítico con las distintas teorías ligadas del positivismo que habían tratado de construir el concepto de derecho de excepción. Unas teorías que he manejado en este estudio solo con un carácter instrumental.

En este punto, he estimado necesario recurrir a lo que quizás pueda considerarse una excesiva literalidad. Sin embargo, si lo que pretendía en este trabajo era defender una tesis que, hasta el momento, no había sido presentada en esos justos términos, era imprescindible no sustraerle información alguna al lector y que fuera Él mismo quien verificara si el razonamiento seguido hacia la demostración de mi posición era o no correcta. En el marco de estas exigencias, he tenido que recurrir no solo a la literatura primaria, sino también a la literatura secundaria, para tratar de no malinterpretar sus resultados y poder demostrar adecuadamente mi tesis de que todas las teorías sobre el derecho de excepción vinculadas al positivismo, aun sustentadas sobre presupuestos metodológicos e incluso ideológicos incompatibles, partían, en el fondo, de considerar al derecho de excepción como un mero presupuesto lógico.

Es altamente probable que el afán por demostrar y avalar mis posiciones, y por qué no reconocerlo, por la inseguridad de transitar por el complejo aparato categorial utilizado por las teorías que decidí manejar para este estudio, haya conducido a un abuso del aparato de citación al pie de página. De él me serví para avalar mis afirmaciones, aclarar las categorías del texto, despiezar los postulados que utilicé, para debatir con los autores de referencia y también para dialogar con quienes me acompañaron en la tarea de escribir este libro criticando mis posiciones, dejando también patentes mis contradicciones.

### 3. La construcción del milagro jurídico del derecho de excepción

Transitando ya hacia la demostración de mis tesis, pude descubrir que, contrariamente a lo que se piensa, fue la teoría del positivismo jurídico de finales del siglo xix y principios del siglo xx, desarrollada por Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband y, sobre todo, por Georg Jellinek, quien aproximó por primera vez la categoría del derecho de excepción a los estándares de un verdadero análisis científico. En realidad, Carl Schmitt, considerado por muchos la referencia en la construcción de la teoría del derecho de excepción, no acabaría más que aplicando muchos de los presupuestos teóricos del positivismo jurídico, como se tratará de demostrar.

Tampoco sea seguramente cierto—como han podido demostrar de manera convincente destacadas posiciones en la literatura—lo que, de ordinario, ha sido posible ver en no escasos trabajos académicos, que han afirmado que la mayor contribución del positivismo jurídico al debate sobre el derecho de excepción fue haberlo identificado con «la fuerza normativa de lo fáctico». Este trabajo, entre otros, ha querido refutar este postulado que circula de ordinario en el debate sobre el derecho de excepción.

El positivismo jurídico, sobre la base de la distinción conceptual entre Estado y derecho —que, en realidad, todavía hoy preside, revestida de diferentes formas, el tratamiento teórico mayoritario del derecho de excepción—, defendió la doctrina del autosometimiento del Estado al derecho creado por él mismo a fin de lograr la mejor consecución de sus fines de garantizar la libertad y la seguridad de los individuos. Esta transformación del Estado de sujeto de poder en sujeto de derecho se calificó por aquel modelo de positivismo como un «sentimiento psicológico-social» que tiene lugar «exclusivamente en el interior de las mentes de los hombres».

Algo que no es sino, como advirtió con acierto el *positivismo crítico* de la Escuela Jurídica de Viena, un *acto de pensamiento*, un «presupuesto», que había servido a aquella teoría del conocimiento para identificar su objeto de estudio: el derecho positivo, esto es, el Estado sometido al derecho creado por él mismo. En realidad, es sobre este presupuesto que se construye a finales del siglo xix y principios del siglo xx, la ciencia jurídica del Estado orientada específicamente al estudio del derecho, diferenciada ya de otras disciplinas destinadas al análisis de la vertiente sociológica del Estado.

En realidad, el derecho de excepción aparece en el positivismo jurídico como el *alter ego* de aquel acto de pensamiento, de aquel presupuesto que sirvió para identificar el objeto de conocimiento de la teoría jurídica del Estado. Y así, se afirmará que cuando el Estado no resulte capaz de preservar su propia

existencia con sujeción al derecho —una incapacidad que hay que *presuponer* en la situación de excepción—, desaparece de la mente del jurista el anterior *presupuesto* que afirmaba el autosometimiento al mismo, y se autorizará alternativamente, en su lugar, la imposición de la pura fuerza del Estado —sin carácter normativo— para hacer lo necesario para su preservación.

El derecho de excepción aparece, por lo tanto, como un *presupuesto* que hace desaparecer otro preexistente y que autoriza el Estado a desligarse del derecho y recuperar su poder originario para garantizar su propia existencia. Visto críticamente, como ha querido demostrar este trabajo, el derecho de excepción no servirá para otra cosa que para reconocer como objeto de estudio de la ciencia jurídica— no del derecho— aquellas actividades antijurídicas que permiten garantizar alternativamente la existencia del Estado.

Esta doctrina del positivismo jurídico—criticable, como se verá, en muchos aspectos—, fue, en realidad, la que más se acercó a explicar lo que ha intentado defender este trabajo: que el derecho de excepción en la ciencia jurídica no podía ser más que un *presupuesto* lógico que pervive en la mente del jurista para acometer su objeto de estudio. El positivismo normativista de la Escuela Jurídica de Viena, negando la distinción entre Estado y derecho de aquel denominado positivismo de viejo cuño de Gerber, Laband y de Jellinek, propuso la identificación entre uno y otro. Es así que Hans Kelsen, Adolf Merkel y Alfred Verdross se apresuraron en calificar a la construcción del derecho de excepción del positivismo jurídico como una suerte de «derecho natural».

Hans Kelsen calificó ese *presupuesto* que el positivismo jurídico denominó *derecho de excepción* (*Staatsnotrecht*), que autorizaba al Estado a desligarse de su propio derecho en situaciones excepcionales y, que le permitía, en definitiva, identificar como objeto de su conocimiento las actividades antijurídicas que tenían como finalidad salvaguardar la existencia del Estado, como la expresión de un «milagro jurídico». Como afirmó en su trabajo *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, publicado en 1922, al igual que Dios se somete a las leyes del mundo para hacerse hombre y se desvincula de ellas a través de la idea de milagro para poder seguir siendo Dios; también a través del derecho de excepción se obraba el «milagro jurídico» de que un Estado, que ha de someterse al derecho para poder expresar su voluntad y ser Estado, ha de desvincularse del derecho en situaciones excepcionales para poder seguir siendo Estado.

Como afirmara el citado autor en su obra *Gott und Staat* publicada en 1923: «Ese es el método de la teoría del Estado que con su orden metajurídico —distinto al derecho—, de un Estado metajurídico o suprajurídico, pretende hacer —jurídicamente— comprensible lo jurídicamente incomprensible.

Pretende hacernos creer en el milagro jurídico, al igual que la teología en el milagro natural. De la misma manera que el Estado distinto del derecho-Estado cuya voluntad es el derecho positivo y que puede, sin embargo, actuar por encima de ese derecho y al margen del ordenamiento jurídico, es decir, que puede operar milagros en materia jurídica... ha sido reconocido como simple expresión de ciertos postulados políticos que trascienden al orden jurídico positivo».

Sin embargo, los fundadores de la Escuela Jurídica de Viena no realizaron, en realidad, una construcción teórica acabada del derecho de excepción. Se limitaron a afirmar que el derecho de excepción tendría que identificarse en el interior del derecho positivo. Afirmará, entonces, el lector, que el positivismo normativista refutaba la tesis que he querido defender en esta obra de que el derecho de excepción en la ciencia jurídica no puede ser más que un acto de pensamiento, un mero presupuesto lógico. Este trabajo ha querido demostrar que el milagro jurídico del derecho de excepción lo tiene que acabar obrando cualquier teoría del conocimiento que pretenda abordar adecuadamente su objeto de estudio.

También el propio positivismo normativista, cuyas teorías que querido reinterpretar, a pesar de su radical negación del dualismo entre Estado y derecho sobre el que se construye originariamente el milagro jurídico del derecho de excepción. En realidad, cuando, sobre todo, Hans Kelsen y Adolf Merkl, identificaron en qué concretas normas positivas habría de ser visto el derecho de excepción, ello solo resulta posible si se *presupone* la existencia misma de un concepto de derecho de excepción. Es cierto. Es ese aquí calificado como acto de pensamiento existente en la mente del jurista que presupone lo que es derecho de excepción y lo que no, el que le llevó a identificar qué concretas normas constituyen su plasmación normativa.

La literatura secundaria ha podido demostrar fehacientemente que el positivismo normativista de los fundadores de la Escuela de Viena no pretendió realizar una nueva construcción del concepto de derecho. Sino *reconstruir* un concepto tradicionalmente considerado como positivo con arreglo a los presupuestos metodológicos kantianos de división de trabajo. Como intenta demostrar este trabajo, lo que hizo la doctrina del positivismo normativista fue tomar como punto de partida el preexistente concepto de derecho de excepción del positivismo jurídico de los siglos XIX y XX, y su consustancial milagro jurídico, y reconstruirlo en el interior del derecho positivo.

Desde luego, no puede considerarse una casualidad que Kelsen y Merkl identificaran el derecho de excepción en aquellas normas constitucionales que autorizaban la suspensión de alguna de sus normas. Lo que sería tan-

to como decir, podrá constatarlo el lector, en aquellas que legitimaban ese milagro jurídico del positivismo jurídico, ese presupuesto, que permitía que el Estado pueda desvincularse al derecho para poder seguir siendo Estado. Que el positivismo normativista no pudo llegar a desvincularse nunca del milagro jurídico del derecho de excepción de aquel positivismo de viejo estilo de Gerber, Laband y Jellinek, han podido acreditarlo los continuadores de la Escuela de Viena, a quienes se les debe, en realidad, la construcción de una auténtica teoría formalizada del derecho de excepción. Este trabajo ha querido demostrarlo.

Si no han podido hacerlo es porque el derecho de excepción, más que un simple concepto, expresa, en realidad, *un particular modo de observar el fenómeno del derecho por parte del jurista*. Por ello, el derecho de excepción ha de formar parte necesariamente de ese aparato categorial que integra la dogmática jurídica, del que se sirve el científico para el estudio del derecho. Ya sea desde los presupuestos de los diferentes modelos de positivismo (el jurídico, el moderado o el normativista), del realismo jurídico; o incluso de algunas doctrinas vinculadas al derecho natural. Y lo es porque el particular modo de observar el fenómeno del derecho que expresa el derecho de excepción hunde sus raíces en una *premisa* que todas aquellas construcciones comparten. Identificar esta premisa que lleva directamente a reconocer al derecho de excepción como categoría de la dogmática jurídica es uno de los propósitos de esta investigación.

Además de las anteriormente aludidas posiciones de Leonid Pitamic, quiero reconocer que la contribución que me permitió identificar cuál era la verdadera naturaleza del derecho de excepción, y que contribuyó definitivamente a mi labor de identificar que tal presupuesto, tal acto de pensamiento, existía en toda teoría del conocimiento que se propusiera el estudio del derecho fue el relativamente desconocido trabajo de Friedrich August Freiherr von der Heydte titulado *Staatsnotstand und Gesetzgebungsnotstand* publicado en 1952. Utilizando una teoría aplicada por Erick Kaufmann al derecho internacional en un trabajo de 1911, von der Heydte afirmaría que el derecho de excepción no era más que una *cláusula rebus sic stantibus* que el científico debía de presuponer para poder interpretar la Constitución. Un presupuesto lógico dotado del *contenido* propio de la *cláusula rebus sic stantibus*: si la Constitución no puede preservar su eficacia en el marco de las condiciones que inspiraron su creación, hay que presuponer *lógicamente* también su capacidad para poder garantizarla al amparo de circunstancias (extraordinarias) que suponen su propia negación. La *función* del derecho de excepción, como pretende demostrar este trabajo, es introducir por parte del científico, una condición alternativa

de eficacia en la Constitución, y permitir reconocer como objeto de su conocimiento actividades antijurídicas que sirven, sin embargo, para preservar la existencia del Estado o de la Constitución.

#### 4. La plasmación del milagro jurídico del derecho de excepción y la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico

Es probable que el *iter* discursivo seguido hasta aquí exceda de los cánones ordinarios de lo que debiera de ser una simple introducción a un trabajo académico. Sin embargo, tener que avanzar de manera somera la naturaleza, el contenido y la función del derecho de excepción en la ciencia jurídica me pareció necesaria si quería solicitar alguna atención por parte de quien quisiera aventurarse a la lectura de estas páginas. Es posible que no podría conseguirlo si me hubiera limitado a avanzar en este momento preliminar de la investigación que este trabajo pretendía demostrar que el derecho de excepción era solo un acto de pensamiento.

Como trata de defender este libro, precisamente cuando se conoce la naturaleza, el contenido y la función del derecho de excepción resultará posible ya identificar con un criterio claro y definido en qué clase de normas constitucionales debería de verse su plasmación jurídico-positiva, evitando los problemas que he tenido ya la oportunidad de explicar en la descripción de la hipótesis de este trabajo. De ello se ocuparán las partes II y III, en las que se analizará en qué normas de la Constitución Española se podría ver juridificado el derecho de excepción como presupuesto metapositivo. En realidad, este trabajo, sin perjuicio de las consecuencias teóricas generales, siempre quiso construir una teoría válida para la interpretación de nuestra Constitución.

Como se verá, si los presupuestos seguidos a lo largo de este trabajo fueran correctos, el derecho de excepción, en primer lugar, no podría identificarse en aquellas normas constitucionales que ha entendido el Tribunal Constitucional y nuestro debate académico. En segundo lugar, tampoco podrá compartirse la teoría del rango o valor de ley que aquellos actores jurídicos han atribuido a los actos que declaran la situación de excepción para poder explicar el consustancial efecto desplazante sobre las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución y que definen la *normalidad*. En tercer lugar, será cuestionable la interpretación mayoritariamente atribuida a la suspensión de normas constitucionales que pueden producir los actos que declaran la situación de excepción.

Este trabajo pretende demostrar, en la segunda de sus tesis, qué le sucede técnicamente al orden jurídico y, más en concreto, a una Constitución, cuando

procede a juridificar el derecho de excepción como presupuesto lógico. En qué medida y cómo incide en los sectores que forman parte del tradicional objeto de nuestra disciplina, que era lo que se propuso inicialmente esta investigación: en el concepto de Constitución, en los órganos constitucionales, en las fuentes del derecho y en los derechos fundamentales. Para poder verlo con mayor claridad, quiero desvelarlo, decidí recurrir a una teoría construida por Adolf Julius Merkl, uno de los fundadores de la Escuela Jurídica de Viena, y que acabaría definiendo uno de los elementos nucleares de dicha escuela de pensamiento: la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico (*die Stufenbau der Rechtsordnung*). Desde luego, el art. 9.1 de la Constitución Española me habilitaba para la aplicación de esta construcción a la interpretación del derecho de excepción en el derecho constitucional español.

Y lo hice, en realidad, prácticamente al final de la redacción de este trabajo por honestidad con el lector. Al fin y al cabo, muchos de los argumentos que se iban desgranando con el devenir de las páginas asumían implícitamente ciertos elementos de la citada teoría. Si quería convencer a quien se aventurara al seguimiento de estas páginas de la veracidad de la hipótesis que quería demostrar, era, desde luego, más honesto mostrarle todos los presupuestos en los que me apoyaba para presentar el resultado final de estas páginas. Incluso para permitirle criticar mis argumentos.

Se preguntará seguramente el lector qué es lo que me inclinó a utilizar esta teoría para el estudio del derecho de excepción en nuestra Constitución. Una construcción, quiero reconocerlo, que no ha formado parte del aparato categorial de nuestra dogmática para el estudio del derecho constitucional. En primer lugar, la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico era la que, a mi juicio, mejor permitía explicar por qué en un ordenamiento jurídico ciertas voluntades normativas tenían la capacidad para poder imponerse sobre otras. Aplicado a nuestra Constitución, podía explicar, así, de dónde traía su verdadera causa el efecto consustancialmente desplazante de los actos que declaraban la situación de excepción sobre las normas preexistentes y que definían la normalidad. Algo que habían reconocido las SSTC 83/2016, 148/2021 y 183/2021, con el consenso de nuestra doctrina. Tanto en el escalón jerárquico de la legislación como en el escalón jerárquico de la Constitución.

En segundo lugar, el empleo de la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico me permitió ver qué era lo que le sucedía técnicamente a la Constitución cuando procedía a la juridificación del derecho de excepción. Esto es, en qué concretos términos debía de resolverse su consustancial efecto desplazante. La teoría de la construcción escalonada del orden jurídico se construía a partir del presupuesto de que el derecho era un sistema que regu-

laba las *condiciones de su creación* —relación de condicionamiento— y *de su derogación* —fuerza derogatoria—. Y que, por lo tanto, el derecho no permitía incluir contenidos nuevos en su sistema de normas sin previamente derogar otros preexistentes.

En realidad, fue un muy concreto postulado de la citada teoría lo que me fue especialmente útil para estudiar el derecho de excepción en nuestra Constitución. Dicha construcción partía de que cuando el derecho positivo no definiera la particular *fuerza derogatoria* existente entre dos normas que potencialmente pudieran contradecirse, aquélla debía de deducirse de la *relación de condicionamiento*. Dicho en términos más sencillos, del modo en el que las normas se creaban. Creo que podría ser compatible que la plasmación del derecho de excepción en una Constitución implica, por su propia esencia, la introducción de un régimen jurídico contradictorio con el régimen jurídico preexistente de la normalidad, por el simple hecho de haber mostrado éste su incapacidad para afrontar la situación excepcional.

Pues bien, a poco que se preste cierta atención, las normas de la Constitución Española sí definen la concreta fuerza derogatoria de la Constitución frente a las leyes y las formas inmediatamente infraordenadas a ella. Pero nada dice de manera expresa sobre la relación existente entre los actos que declaran la situación de excepción y el resto de «leyes y normas asimilables». Si plantea un problema de derogación, de vigencia o de mera aplicabilidad. Pero no solo eso, la Constitución Española, en realidad, tampoco dejaba clara la relación existente entre los actos que declaraban la situación de excepción y ella misma. Que tales actos generaban una potencial *contradicción* con la Constitución lo dejaba claro el art. 55.1, al aludir a que cuando se declararan los estados de excepción y de sitio de los arts. 116.3 y 4, ciertas normas que regulaban derechos fundamentales podían ser suspendidas. Sin embargo, el genérico término suspensión nada aclaraba, en realidad, cuál era la relación existente entre los actos que declaraban la situación de excepción y ella misma. La importante controversia doctrinal suscitada al respecto ha sido buena prueba de ello.

Lo que hice en el este trabajo fue, como proponía la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico, tratar de definir la *posible* fuerza derogatoria de los actos que declaraban la situación de excepción con las leyes y normas asimilables y con la Constitución a partir del modo en que aquellos actos se creaban. Esto es, con arreglo a lo que la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico denominaba la relación de condicionamiento.

Pero, probablemente la mayor contribución de dicha teoría al estudio del derecho de excepción fue otra. Ahora ya no podía esconderme tras el velo de aquellas expresiones que trataban de explicar lo que le sucedía a la Constitu-

ción Española cuando quedaba suspendida, que «dormía», que «permanecía latente», que «se transformaba» o que «desaparecía temporalmente», que siempre pensé no eran más que un rodeo para tratar de evitar el problema. La teoría de la construcción escalonada del orden jurídico exigía ahora del científico tener que pronunciarse de manera expresa —ya sin rodeos— sobre si la declaración de la situación de excepción generaba o no, por medio de la suspensión prevista en el art. 55.1 CE, algún tipo de derogación sobre la Constitución. Fue, al centrarme en el concepto técnico de derogación y en los modos de llevarla a cabo, cuando fui capaz de ver finalmente el verdadero problema que planteaba al razonamiento jurídico el derecho de excepción, y que no había sido abordado, como tal, por la teoría del derecho de excepción, ni por nuestro debate académico.

## 5. El inesperado final de este libro. La puerta al final de la escalera

Pude obtener financiación pública para realizar una larga estancia de investigación en la Universidad de Salzburgo, en la que había ejercido como Profesor Friedrich Koja, autor de aquel tan breve como desconocido trabajo (*Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff*, 1979), pero que había supuesto, a mi juicio, la más importante construcción formalizada del derecho de excepción. Aquí quise dar forma a las ideas y reflexiones que acabaron conformando las dos tesis que he querido desarrollar y demostrar en este trabajo y que he querido avanzar solo parcialmente en esta introducción. En lo que hoy considero, sin lugar a duda, una ilusionante y apasionante aventura.

Quise debatir y buscar respuestas con sus discípulos y seguidores —eso es lo que debería ser la labor universitaria— al significado de la enigmática pregunta que el autor de aquel extraordinario trabajo había formulado en su página 63 en apenas en un par de líneas y a la que no había ofrecido solución alguna. Supe enseguida, al leerla, que ese era el verdadero problema que planteaba el derecho de excepción a la teoría del conocimiento jurídico. Durante meses de reflexiones y de debates en los que creí poder responder coherentemente a aquella pregunta, y realizar una construcción que aclarara cómo podía juridificarse el derecho de excepción como presupuesto lógico siempre llegaba a un callejón sin salida. Había un obstáculo que no podía franquear.

Fue en los meses finales de mi estancia cuando decidí aplicar al estudio del derecho de excepción la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico, que antes he podido explicar. Aupado por esa construcción pude encon-

trar finalmente la puerta ubicada al final de la escalera situada muy cerca del lugar por donde reflexioné durante tantos meses sobre este trabajo. Pude ver, entonces, el verdadero problema que planteaba a la teoría del conocimiento la juridificación del derecho de excepción. Y el que Koja venía a sugerir en su enigmática pregunta formulada en la página 63 de su trabajo.

Lo que vi tras abrir aquella puerta, que he querido omitir deliberadamente en esta introducción, a pesar de que no fue lo que mis esfuerzos esperaban encontrar, he decidido contarle en este trabajo. Quisiera invitar al lector a recorrer sus páginas y a enjuiciar críticamente si mis conclusiones son, en realidad, correctas o toda la teoría que aquí he querido construir no es más que «un edificio de fantasía», como calificaba Gerhard Anschütz a la categoría del derecho de excepción.

## 6. Agradecimientos a quienes me acompañaron en esta apasionante aventura

Era imposible pensar, cuando inicié mi carrera académica, y durante el transcurso de ésta, con los ocasionales sinsabores propios de la Universidad, que pasaría uno de los mejores momentos de mi vida escribiendo este libro en la mágica y maravillosa ciudad de Salzburgo. Es, por ello, que he estimado necesario extenderme, probablemente más de lo aconsejable, en mostrar mi agradecimiento a quienes me han acompañado en esta apasionante aventura, con total seguridad irrepetible. Y ello para poder volver algún día a leer estas páginas cuando el inexorable paso del tiempo ya no me permita recordarla con la nitidez con la que hoy lo hago.

Considero el máximo responsable de lo que he podido vivir al Profesor Xabier Arzoz Santisteban, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Sin conocerme, me invitó a formar parte, junto a prestigiosos juristas a los que admiro, del Proyecto de Investigación *La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y del sistema político* (PID2020-117503GB-I00), en cuyo marco se ha escrito este trabajo.

Fue algo aparentemente tan sencillo como trasladarle la idea del libro que llevaba tiempo queriendo escribir para que me ofreciera todo el apoyo del proyecto que lideraba para poder materializarlo. Ignoro todavía si fue la tesis que ya por entonces planeaba en mi cabeza —quizás de forma aún embrionaria— o, más bien, la ilusión que vio en mí, para otorgarme su plena confianza. Lo cierto es que también, sin conocerme, me brindó la oportunidad de realizar una estancia de investigación para poder plasmar por escrito varios años de

intensas lecturas en los que fui perfilando paulatinamente quizás las controvertidas tesis que he querido defender en este trabajo.

Tan pronto me ofreció esa posibilidad, no dudé ni un instante en que quería desarrollar mi trabajo a través de un intercambio académico con András Jakab, Catedrático de la Universidad Paris-Lodron de Salzburgo. Un brillante jurista húngaro a quien conocí en Madrid en 2008, cuando él disfrutaba de una de las prestigiosas becas del programa García-Pelayo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y yo ejercía mi labor como tutor en dicha Institución.

Comenzamos ya desde entonces un prolífico intercambio académico que perduró sólidamente durante los años posteriores, mientras Jakab ejercería como profesor e investigador en Budapest y en Heidelberg, hasta finalmente obtener su Cátedra en la Universidad de Salzburgo en 2017. Siempre me sentí atraído por su extraordinaria capacidad para abordar complejos problemas jurídicos capitales de la teoría del derecho, del Estado y de la Constitución con una sencillez, con un rigor y con un pensamiento analítico a la altura de muy pocos iuspublicistas. Ello le permitió intervenir en los debates académicos suscitados en distintas ciencias nacionales donde publicó sus artículos y monografías. Fundamentalmente en Alemania y en Austria, donde vieron la luz prestigiosos trabajos de referencia. Pero también en Hungría, Francia, Reino Unido, Italia o España.

Me suscitaron particular interés sus teorías sobre el razonamiento y el conocimiento jurídico que desarrolló durante los últimos años en el marco del proyecto CONREASON, junto con Giulio Itzcovich y Arthur Deyevre. Uno de los mayor prestigio y relevancia en Europa. Es inevitable percibir la influencia de tales esquemas de pensamiento en las tesis desarrolladas en este trabajo, fruto de las intensas y enriquecedoras discusiones que mantuve con una mente brillante como la de Jakab en la Universidad Salzburgo y en Viena. Creo que pude convencerle de algunas posiciones, pero no de otras.

Me temo que en el empleo de la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico (*Stufenbaulehre*) de Adolf Julius Merkl que he aplicado al derecho de excepción en este trabajo, Jakab ha tenido parte de responsabilidad. No sé si fue él quien me sugirió la instrumentalización de esta teoría cuando al inicio de mi estancia de investigación me envió su trabajo «Probleme der Stufenbaulehre. Das Scheitern des Ableitungsgedankens und die Aussichten der Reinen Rechtslehre», de referencia en la ciencia jurídica austriaca. También su extraordinario manual *Methoden und theoretische Grundfragen des österreichischen Verfassungsrechts. Eine Einführung für Fortgeschrittene*, que todo iuspublicista debiera consultar.

Lo cierto es que Andrés Jakab me ayudó a no malinterpretar los presupuestos y las categorías de la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico, construcción nuclear de la Escuela Jurídica de Viena. No estoy seguro de haberlo conseguido. Para mí, ha sido todo un honor que Thomas Olechowski, Director del Instituto Hans Kelsen de Viena, llegara a leer este trabajo.

Fruto de la admiración y del agradecimiento que le profeso a Jakab por las discusiones y por todos los medios que puso a mi alcance para poder escribir este libro, he querido dejar constancia de nuestras discusiones en el aparato de citación al pie de este trabajo. El destino quiso que pudiera vivir junto a él en la Universidad de Salzburgo, y durante la escritura de este libro, uno de sus mayores hitos de su carrera como jurista: su nombramiento como Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por Austria.

Jamás podré llegar a saber si, de haber permanecido Jakab en Salzburgo, pudiera haber podido materializar algún día mi ilusión de poder trasladarme allí definitivamente, junto con Luisa, para trabajar con él y seguir aprendiendo de una mente privilegiada como la suya. Todavía puedo ver en su rostro una mezcla de asombro y de alegría cuando le transmití esta intención en el Café Tomaselli. Si esta opción algún día resultara posible, solo el destino habrá de decidirlo.

Mi aventura austriaca no hubiera sido la misma sin la inolvidable experiencia que viví en el Kolleg St. Benedikt, residencia universitaria de la Universidad Paris-Lodron de Salzburgo. Quiero mencionar aquí con gran emoción a Otto Grillmeier, a Emmanuel Bauer y a Herbert Fraungruber. Pero también a Jobbins, a Konrad, a Theodor, a Victor, a Paul y a Dionisio. También quiero manifestar mi eterno agradecimiento a Christina Dückelmann, en cuya casa Am Rainberg, pude reflexionar sobre los aspectos más complejos de este trabajo, ante las incomparables vistas que me ofrecieron los amaneceres del Untersberg. Tampoco mi experiencia habría sido la misma sin la siempre reconfortante y fiel compañía de mi gran amigo Ralf Junkerjürgen, con el que pude reencontrarme tras largo tiempo, y de Leonard Messmer.

También quiero dar las gracias a prestigiosos colegas de nuestra disciplina por algo ya no tan frecuente entre nosotros, tomarse la molestia de leer y criticar los trabajos de sus compañeros. Quiero mostrar mi agradecimiento a Juan Luis Requejo Pagés y a Enrique Guillén López por sus acertadas consideraciones y por sus críticas a aquel artículo que publiqué hace algunos años, cuyas tesis, quizás aún embrionarias, me sirvieron como punto de partida para elaborar este trabajo. Quiero ser honesto y reconocer que fue Requejo Pagés quien me puso tras la pista e intuyó que el derecho de excepción podría servir para reconocer como parte de nuestro estudio actividades antijurídicas que

servían para garantizar la Constitución. En este trabajo he intentado demostrar cómo y por qué. Quiero dar las gracias también a Ramón Punset Blanco y a Francisco Caamaño Domínguez, con los que tuve la oportunidad de discutir el complejo problema de si el derecho de excepción podía plantear o no un problema de derogación de la Constitución.

Ha sido un honor que Ramón Punset aceptara hacer el prólogo de este trabajo, manifestando no pocas críticas a sus planteamientos y evidenciando en sus líneas la mayor cualidad que puede tener cualquier jurista: ser un gran ser humano. Él ha sido el Maestro que me permitió transitar por la vida universitaria, al que no le faltaron nunca buenas dosis de paciencia y que me suministró siempre sabios consejos que todavía, por fortuna, me sigue dando. Uno de los más importantes, la relatividad de prácticamente todo y, desde luego, de cualquier trabajo académico. Cuando me percaté, efectivamente, de que lo importante era disfrutar del camino, fui capaz de hacer este trabajo.

Mi agradecimiento tiene que extenderse necesariamente también a no pocos compañeros que invirtieron su valioso tiempo en la detenida lectura de este libro antes de someterlo a evaluación, formulando críticas y proponiéndome interesantes consideraciones que han ayudado a enriquecer este trabajo. Es de justicia dar las gracias a Óscar Alzaga Villaamil, a Tomás de la Quadra Salcedo-Janini, a Javier Matilla Portilla, a Fernando Rey Martínez, a Jorge Alguacil González-Aurioles, a Fernando Reviriego Picón, a Carlos Vidal Prado, a Marc Carrillo López, a Eloy García López y a Víctor Vázquez Alonso. Y, muy especialmente a Luis Ignacio Gordillo Pérez, que contribuyó a que esta experiencia austriaca fuera perfecta y al que el tiempo nunca me permitirá agradecerle lo suficiente su contribución a ella.

El lector podrá constatar que tuve a mi servicio juristas de tal prestigio, que cabía esperar que el resultado final de este trabajo hubiese sido notablemente mejor. Me temo que mis carencias han impedido que ello fuera posible. Y ello, aunque a lo largo de su escritura tratara de seguir siempre los sabios consejos que me dio Alberto López Basaguren en aquella conferencia que impartí en la Universidad del País Vasco exponiendo las tesis que quería desarrollar en este trabajo, antes de partir hacia Salzburgo y embarcarme en este proyecto.

Entre mis compañeros de la Universidad de Oviedo, quiero dar las gracias a Miguel Ángel Presno Linera, a Patricia García Majado y a Daniel Jove Villares por la detenida lectura de mi trabajo y por haber asumido parte de mis obligaciones académicas en la Universidad de Oviedo, que me permitieron centrarme casi en exclusiva en escribir este trabajo en los últimos años.

No podría tener jamás palabras suficientes de agradecimiento para mi familia. Para mi Padre, siempre de permanente recuerdo tanto tiempo des-

pués, para mi Madre, que afortunadamente ha podido asistir a la conclusión de este trabajo, y para mi Hermano Jorge. Pero, mi mayor muestra de gratitud tiene que ser para Luisa y para Nacho. A ella he querido dedicarle este libro. No solo porque le debo las mejores cosas que me han pasado en la vida, sino porque a lo largo de la redacción de este trabajo ha tenido que padecer grandes ausencias, apoyándose incondicionalmente cuando creo llegó a percatarse de que escribir esta obra trascendía con creces a lo simplemente académico. Redactando estas líneas he podido darme cuenta de que, ajena profesionalmente al mundo del derecho, tuvo que asistir perpleja y con resignación a las apasionadas defensas de las tesis que he plasmado en este libro, mientras me encontraba totalmente enfrascado en la distancia en su redacción.

Finalmente quiero darle las gracias al lector de este libro, con el que he querido dialogar permanentemente, por depositar su confianza en sus páginas, y creer que pueda llegar a encontrar en ellas algo de utilidad sobre el derecho de excepción. Al final, este libro no cuenta más que una historia, la que viví en Salzburgo entre 2023 y 2024. Lo cierto es que cuando me adentré en la última lectura de este trabajo antes de enviarlo a publicar hacia la búsqueda de errores y de contradicciones que siempre intuí que existían, en cada rincón de este libro ya solo pude ver experiencias, lugares, momentos, pensamientos, aquella luz que me acompañó durante todo el recorrido, pero, sobre todo, los rostros de las personas que me acompañaron en esta apasionante aventura.

Viena, a 15 de julio de 2024.

