

DERECHO CONSTITUCIONAL DE EXCEPCIÓN: TEOLOGÍA POLÍTICA EN LA CRISIS DEL CORONAVIRUS

Manuel JARAMILLO FERNÁNDEZ

Secretario de Administración Local de Categoría Superior

El objetivo de este ensayo es analizar el Derecho constitucional de excepción activado con motivo de la crisis sanitaria causada por el COVID 19 a la luz de la teología política de Carl SCHMITT y de otros pensadores. Esta perspectiva, además de sorprender al lector, puede ayudar a la comprensión de los cimientos soterrados de nuestro orden constitucional, puesto que desde la atalaya de la excepción se divisa con mayor nitidez la regla general

SUMARIO:

1. Teología política de Carl Schmitt
2. Teología política y derecho de excepción
3. Conclusiones
4. Bibliografía destacada

1. TEOLOGÍA POLÍTICA DE CARL SCHMITT

Años ha que acometí la lectura de la *Teología Política* de Carl SCHMITT en vísperas de Semana Santa y hoy, en aproximadamente las mismas fechas, las desgraciadas circunstancias en que nos encontramos, derivadas de la crisis sanitaria del COVID-19, me hacen volver a reflexionar sobre la teología política. Lo que entonces era una reflexión teórica no vinculada a la realidad, en estos tiempos aciagos ha devenido en cuestión de actualidad.

Hemos de advertir que en realidad SCHMITT escribió dos teologías políticas, la primera en 1922 (*Teología Política I*) y la segunda en 1969 (*Teología Política II*). Nosotros nos centraremos en la obra de 1922, *Teología Política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*. En ella SCHMITT se acerca, como indica el subtítulo de la obra, al concepto de la soberanía a través de las analogías que existen entre la Ciencia Jurídica o Jurisprudencia y la Teología. Es una obra de carácter plenamente jurídico, por lo que el lector que estuviese esperando un libro recargado de citas de las Sagradas Escrituras se verá decepcionado (o satisfecho en otros casos). Es decir, la *Teología Política I*, frente a lo que su título pudiera dar a entender, se trata de una obra de carácter secular que precisamente analiza el proceso de secularización de conceptos teológicos que realizan los juristas y, en particular, por los teóricos del Estado. En este sentido SCHMITT cita a LEIBNIZ, quien en su *Nova Methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae*, afirma: «Con justo título hemos transferido el modelo de nuestra clasificación desde la teología a la jurisprudencia, porque la similitud de una disciplina

con la otra es admirable». Precisa SCHMITT las similitudes esenciales de ambas disciplinas, su *duplex principium*: «la *ratio* (de ahí la teología natural y la jurisprudencia natural) y la *scriptura*, es decir, un libro con revelaciones y reglas positivas»¹.

Se podría afirmar así, que la Ciencia Jurídica es una forma secularizada de la Teología. En nuestra sociedad radicalmente secularizada esto puede parecer sorprendente, pero esta vinculación del Derecho y la teología era lo habitual en todas las sociedades hasta hace muy poco tiempo. Realmente existe un enfrentamiento corporativista entre teólogos y juristas, que de tan antiguo, ya ni siquiera es pensado o sentido; dicha rivalidad opera en tal profundidad del subconsciente que se suele desconocer su origen. Los juristas somos la encarnación de la secularización de la modernidad, del predominio del Estado sobre la Iglesia. De esta forma, si en la Edad Media el tipo de intelectual que prevalecía en la sociedad era el clérigo, el religioso; el tipo de intelectual que representa a la modernidad es el jurista. Más aún que el filósofo, el intelectual de la modernidad es el jurista, pues es él quien defiende la potestad del poder secular frente a la autoridad de la Iglesia. Y lo que termina de demostrar el peso de los juristas en el pensamiento moderno es que la versión secularizada de la dignidad humana del cristianismo es la teoría de los Derechos Humanos. No son ideas exóticas de SCHMITT, precisamente en parte esta obra es una respuesta a una obra previa de KELSEN en la que el jurista austriaco también reseñaba la relación entre el derecho y la teología, e incluso un autor posterior como BOBBIO también destaca cómo la filosofía del Derecho siempre había sido deudora de la teología y de las teorías filosóficas generales². Como bien declara SCHMITT en su *Teología política* de 1922: «Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados». Éste es el rasgo diferencial de la modernidad frente al mundo medieval: la secularización del pensamiento. En ese sentido, también desde una perspectiva jurídica, SCHMITT establece la cesura entre el pensamiento moderno y el medieval en la radical afirmación de Alberico GENTILI: «Silete, theologi in munere alieno». Desde el s. XIV los juristas van desplazando progresivamente a los altos dignatarios eclesiásticos y a los teólogos como consejeros de príncipes y monarcas. De hecho, en *Catolicismo romano y forma política*, SCHMITT califica a los juristas como «los teólogos del orden establecido» Y no es casualidad que GENTILI fuese un abogado italiano convertido al protestantismo y el primer profesor *Regius* no inglés de Oxford. Para terminar de ilustrar esta idea merece la pena citar *in extenso* el primer párrafo del capítulo tercero:

«Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados. Lo cual es cierto no sólo por razón de su evolución histórica, en cuanto fueron transferidos de la teología a la teoría del Estado, convirtiéndose, por ejemplo, el Dios omnipotente en el legislador todopoderoso, sino también por razón de su estructura sistemática, cuyo conocimiento es imprescindible para la consideración sociológica de estos conceptos. El Estado de excepción tiene en la jurisprudencia análoga significación que el milagro en la teología. Sólo teniendo conciencia de esa analogía se

¹ SCHMITT Carl: *Teología Política*, Trotta, Madrid, 2009, pág. 38.

² Quien lo ha expresado con mayor belleza ha sido Donoso Cortés en el primer párrafo de su *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*: «La teología, por lo mismo que es la ciencia de Dios, es el océano que contiene y abarca todas las ciencias, así como Dios es el océano que contiene y abarca todas las cosas.»

llega a conocer la evolución de las ideas filosófico-políticas en los últimos siglos. Porque la idea del moderno Estado de derecho se afirmó a la par que el deísmo, con una teología y una metafísica que destierran del mundo el milagro y no admiten la violación con carácter excepcional de las leyes naturales implícita en el concepto del milagro y producido por intervención directa, como tampoco admiten la violación con carácter excepcional de las leyes naturales implícita en el concepto del milagro y producido por intervención directa, como tampoco admiten la intervención directa del soberano en el orden jurídico vigente. El racionalismo de la época de la Ilustración no admite el caso excepcional en ninguna de sus formas. Por eso la convicción teísta de los escritores conservadores de la contrarrevolución pudo hacer el ensayo de fortalecer ideológicamente la soberanía personal del monarca con analogías sacadas de la teología teísta³».

Es obvio que SCHMITT se inspiró en el siguiente párrafo del famoso *Discurso sobre la dictadura* de nuestro DONOSO CORTÉS, que vamos transcribir por su incomparable maestría retórica:

«Si, con respecto al mundo físico, Dios es el legislador, como respecto a las sociedades humanas lo son los legisladores, si bien de diferente manera, ¿gobierna Dios siempre con esas mismas leyes que Él a sí mismo se impuso en su eterna sabiduría y a las que nos sujetó a todos? No, señores; pues algunas veces, directa, clara y explícitamente manifiesta su voluntad soberana quebrantando esas leyes que Él mismo se impuso y torciendo el curso natural de las cosas. Y bien, señores: cuando obra así, ¿no podría decirse, si el lenguaje humano pudiera aplicarse a las cosas divinas, que obra dictatorialmente?⁴».

Estos razonamientos podemos complementarlos con una de las obras filosóficas más profundas del s. XX, me refiero a *Atenas y Jerusalén*, la obra maestra DE LEÓN SHESTOV. Siguiendo a SHESTOV, si los ilustrados niegan la posibilidad del milagro es porque niegan la posibilidad de intervención de Dios en la realidad física, ya sea a través del deísmo o del ateísmo. Para el deísmo Dios sólo sería un demiurgo creador del mundo, pero no dueño todopoderoso del mismo. Dios habría sido el relojero que habría puesto en funcionamiento la máquina del mundo⁵, que luego funcionaría conforme a las leyes físicas implacables y deterministas de la mecánica clásica de la que Newton fue el principal exponente. Magistralmente sintetiza SHESTOV el deísmo apoyándose en la célebre cita de Séneca en *Sobre la providencia*:

«"Ipse omnium conditor et rector [...] semper paret, semmel jussit" ("El mismo Creador y Rector de todas las cosas [...] obedece siempre, ordenó una sola vez"). Así pensaba Séneca, así pensaban los antiguos, así pensamos nosotros. Dios ordenó una sola vez, después él mismo, y todos los hombres tras él, ya no ordenan, sino que obedecen. Ordenó hace mucho, hace infinitamente mucho, hace infinitamente mucho, de modo que hasta él mismo olvidó cuándo y en qué circunstancias ocurrió ese acontecimiento absurdo y, por tanto, antinatural; es posible incluso que, tras esa existencia pasiva y sumisa infinitamente prolongada, Dios haya perdido por completo la costumbre de ordenar y sólo pueda, al igual que nosotros, simples mortales, obedecer. O dicho de otro, modo: la voluntad de acción que manifestó una vez agotó para siempre su energía creadora, y ahora está condenado, al igual que el mundo y todo lo que éste contiene, a cumplir sus propias

³ SCHMITT, Carl: Op.cit., pág. 37.

⁴ DONOSO CORTÉS, Juan: *Contra el liberalismo*, Áltera, Madrid, 2014, pág. 97.

⁵ En el caso del ateísmo se afirma que la máquina funciona por sí misma.

prescripciones, que él mismo puede infringir. O dicho aún de otro modo: el propio Creador del mundo se vio sometido a esa *Ανάγκη* (necesidad) que Él mismo ha creado y que, sin buscarlo ni desearlo, se convirtió en soberana del universo⁶».

La necesidad como soberana del universo es la idea aterradora contra la que combate SHESTOV a lo largo de su obra, pues la necesidad anula la libertad del hombre, y el hombre sin libertad, sin libre albedrío, pierde su dignidad⁷. Sólo un Dios personal y omnipotente puede liberarnos de las cadenas de la necesidad, sólo existiendo tal Dios puede ser el hombre libre y tener dignidad. Por eso SHESTOV trae a colación a Lutero, defensor como Calvino de la predestinación. SHESTOV es consciente de la importancia que tiene para la dignidad humana el debate suscitado por el protestantismo sobre el libre albedrío. Frente a los tópicos de la leyenda negra, no fueron los protestantes los que defendieron la libertad y la dignidad del hombre, sino que la defensa del libre albedrío y la dignidad humana fue una de las banderas de la Iglesia católica de la Contrarreforma, esa Contrarreforma que inspiraron sobre todo teólogos españoles como San Ignacio de Loyola o Diego Laínez⁸. La necesidad es la soberana ante la que todos los filósofos se doblegan y a la que todos rinden reverencia. Desde Aristóteles hasta Spinoza, todos los filósofos se inclinan ante la necesidad. Hasta el rabioso rebelde de NIETZSCHE termina sometiéndose a esa diosa con la idea del *amor fati*. La historia de la filosofía es según SHESTOV la historia de la genuflexión de los filósofos ante esa fuerza impersonal que constriñe y no se deja persuadir, la necesidad⁹. Razón y necesidad se identifican. Recordémoslo más adelante, porque el derecho de excepción se legitima en la necesidad.

La guerra sin transacción posible entre la teología y la filosofía que ya determinó Tertuliano -al que SHESTOV rinde homenaje en el título de su obra- es la guerra entre la libertad creadora de la omnipotencia divina y la dictadura inflexible de la necesidad. Y lo curioso es que los filósofos temen más la libertad que la dictadura, prefieren el orden de la necesidad a la arbitrariedad divina. Y esta es la gran analogía de la teología que no aborda con total claridad SCHMITT. SCHMITT sólo deja apuntada la gran cuestión que resuelve de forma magistral Duns Scoto, si el bien es bien porque existe un concepto objetivo del bien al que Dios ha atendido en su sabiduría o si lo bueno es bueno porque así lo ha determinado Dios. El teólogo más agudo, Duns Scoto, resolvió a favor de la omnipotencia divina como creadora del bien. Dios habría sido el Supremo Creador de la tabla de valores morales que son horizonte de perfección moral de los hombres. En palabras de SHESTOV:

«Dios no hace algo bueno porque sabe que es bueno, sino que algo es bueno porque ha sido creado por Dios. [...] Por extraño que nos parezca, el Dios de las Sagradas

⁶ SHESTOV, Lev: *Atenas y Jerusalén*. Hermida Editores, Madrid, 2018, págs. 89-90.

⁷ Hasta para Kant la libertad es el presupuesto de toda ética y dignidad, pues sin libertad no hay responsabilidad, y sin responsabilidad no hay dignidad.

⁸ En esta defensa del libre albedrío también fue fundamental la refutación de Erasmo de Rotterdam de las tesis de Lutero.

⁹ Unamuno con su habitual fuerza expresiva realiza la siguiente admonición –en la que se mezcla con la crítica al mito moderno de la idea de progreso- en su ensayo *La vida es sueño*: «Así inclinamos la cabeza al *fatum*, al Progreso, tomándole de fin e ídolo, y nos hacemos sus siervos en vez de sus dueños. Y el Progreso nos tritura como el carro de Yagernaut a sus fantásticos adoradores».

Escrituras no está atado por ninguna regla, por ninguna ley: Él es fuente de toda todas las reglas y de todas las leyes, Él es el amo de todas las reglas y todas las leyes¹⁰».

Ahora es cuando puede el lector comprender plenamente algunas afirmaciones de SCHMITT: «La voluntad del pueblo siempre es buena». «Pero la necesidad por la que el pueblo quiere siempre lo recto es cosa distinta de la rectitud que caracteriza los mandatos del soberano personal». «En América toma la figura de creencia racional pragmática en que la voz del pueblo es la voz de Dios». La infalibilidad democrática se nos descubre entonces como otro concepto teológico secularizado, como una mera simetría con la omnipotencia moral de Dios y con infalibilidad dogmática del Papa y de la Iglesia. Y frente a la potencia divina absoluta, la cita de los Anales de Ciencias Políticas de Boutmy plantea la tesis de la potencia divina ordenada: «Rousseau aplica al soberano la idea que los filósofos se hacen de Dios: puede lo que quiere; pero no puede querer el mal».

En esta línea, todo pensador siervo de la razón, por muy cristiano que se declare, siempre ha querido ponerle límites a la omnipotencia divina¹¹. Los filósofos han preferido la seguridad de una naturaleza regida por leyes inflexibles, pero seguras en cuanto constantes. «No hay duda tampoco –nos afirma SHESTOV- de que lo que más teme el hombre en el mundo es la angustia y que hace todo lo posible por sofocarla su alma. Aceptar cualquier cosa –aun la materia, la inercia, las leyes indiferentes a todo- como algo definitivo y para siempre insuperable con tal de no angustiarse y de no luchar más, *non lugere neque detestari*: la filosofía griega jamás se decidió sobrepasar los límites de este ideal. De ahí proviene el *Credo ut intelligam* (“creo para comprender”) de San Agustín, de San Anselmo de Canterbury y de todos los que los siguieron. De ahí proviene el *non ridere, non lugere, neque detestari, sed intelligere* (“No ridiculizar, ni lamentar, ni maldecir, sino entender”) de Spinoza». Los filósofos temen un poder personal, con voluntad, mientras que se aferran a la tiranía de reglas previsibles de la necesidad, de la razón. Esa astucia hegeliana de la razón para imponer sus ineluctables designios también es advertida por SHESTOV en el siguiente pasaje:

«Cuando nos dicen “*gratia non tollat naturam*” (“la gracia no suprime la naturaleza”), estas palabras no contienen, como puede parecer, un amoroso tributo al Creador. Al contrario, existen todos los fundamentos para ver en ellas una astucia de la razón, que quiere preservar su soberanía a cualquier precio. Para la razón, la *potentia ordinata* de Dios es mucho más comprensible y mucho amable que su *potentia absoluta*, que en última instancia es lo que más teme del mundo¹²».

Soy consciente de que estás parrafadas parecen no tener interés alguno para los juristas, pero una sencilla reflexión nos hará comprender que esta es la semilla de toda la teoría del Estado de Derecho. Todo el afán de los primeros teóricos del Estado de Derecho como Locke y Montesquieu es limitar el poder del Estado¹³ y para ello se diseña un

¹⁰ SHESTOV, Lev: Op. cit., pág. 413.

¹¹ Muy interesante es la disputatio entre Descartes y Leibniz sobre la sujeción de Dios al principio de no contradicción, sobre todo por la bella imagen de la paradoja que plantea Descartes del valle sin montaña o de la montaña sin valle.

¹² SHESTOV, Lev: Op. cit., pág. 423.

¹³ No obstante, también dentro de los pioneros del pensamiento liberal encontramos la postura contraria, es decir, a favor del poder absoluto del Estado. Nos referimos fundamentalmente a Hobbes. Y respecto a este autor debemos destacar el agudo comentario de Giorgio Agamben en *Homo sacer*; obra en la que nos recuerda

sistema institucional de contrapesos para evitar todo poder omnipotente y arbitrario, que es la finalidad principal de la doctrina de la separación de poderes. No es que antes del Estado de Derecho los poderes seculares carecieran de controles, ese es un mito de la historiografía liberal. La imagen que se nos ha transmitido del mundo medieval y del Antiguo Régimen es el de una sociedad carente de leyes y en el que reinaba la más atroz arbitrariedad. Nada más lejos de la realidad, el Derecho no estuvo suspendido desde Roma hasta llegar a la Modernidad; por el contrario SCHMITT llega a afirmar de forma polémica que en la organización política medieval predominaba el poder judicial. Evidentemente existían procedimientos y garantías jurídicas, la gran diferencia residía en que entonces el ordenamiento era mucho más complejo por su carácter estatutario, en el sentido de que no primaba el principio de igualdad ante la ley, sino que existían estatutos jurídicos diferenciados que determinaban una sociedad estamental y no de clases. En resumen, en la Edad Media también existían contrapesos, ya que la Monarquía y la nobleza terrateniente se contrapesaban mutuamente, además de la existencia de unas Cortes¹⁴; y lo que es más importante, la legitimidad de cualquier poder secular dependía de su sometimiento a las reglas de la moral cristiana cuyo custodio era la Iglesia. Porque la alianza entre el trono y el altar no era un pacto de dos facciones que se repartían el poder, tal y como se ha venido presentando de forma tergiversada, sino que era una situación de equilibrio por la que el poder temporal se subordinaba en sus fines al poder espiritual para así obtener legitimidad para dirigir y proteger a la comunidad política. Sin embargo, la aparición del Estado moderno como consecuencia de la ruptura religiosa de la Reforma y de la tendencia absolutista de la Monarquía francesa obligó a arbitrar nuevos mecanismos de control del poder que ya no podían tener carácter religioso, sino secular. Por tanto, el Estado de Derecho no es más que la fórmula que las sociedades secularizadas han adoptado en sustitución de los sistemas de control que anteriormente existían¹⁵. Para

que el Leviatán no tiene un poder sin límites porque se lo haya entregado el pueblo mediante el contrato social a cambio de protección, sino que el Leviatán tiene su poder absoluto porque es el único al que se le permite conservar la libertad del estado de naturaleza tras el contrato social, de modo que la limitación de la libertad de los hombres es la que realmente los protege de sí mismos. Es un matiz fundamental, puesto que el poder estatal no sería una creación ex novo obra del hombre, sino que sería una reminiscencia de la libertad que disfrutaban todos los hombres en el estado de naturaleza. No por casualidad, sino por causalidad, esta filiación del poder con la libertad coincide con la filosofía religiosa de SHESTOV.

¹⁴ De hecho, los primeros liberales como Martínez Marina reivindicaban que las Cortes de Cádiz son una reanudación de la tradición española cercenada tras la derrota de los Comuneros en Villalar, tesis que ya convertida en mito recoge Azaña en su refutación del *Idearium español* de Ganivet. En contra de un entendimiento interesadamente mitificado de esta tesis, sin podernos extender todo lo que nos gustaría, debemos limitarnos a indicar cómo -a su pesar- Sánchez Albornoz reconoce en un artículo periodístico de su exilio argentino que Felipe II fue el monarca español que más reunió a las Cortes, pues como también admite Marañón, Felipe II fue un gran “papelista”, cumplidor escrupuloso de los procedimientos establecidos y de los Fueros de sus distintos reinos. Su carácter bien le valió el sobrenombre -desconocido en nuestros tiempos del imperio de la Leyenda Negra- de «el Rey Prudente». Asimismo, esta conducta extremadamente legalista y respetuosa de las Cortes de sus reinos considera don Claudio que se debió a la recomendación de su padre, quien había aprendido la lección de la Guerra de los Comuneros de Castilla y las Germanías de Valencia.

¹⁵ En consecuencia, la tenacidad de los juristas en someter a control cualquier actuación del Estado, el nuevo Dios secular, debe considerarse como una reminiscencia teológica que todavía influye en una parte importante del gremio. Este es el sentido y finalidad de los arts. 103.1 y 106.1, y sobre todo del art. 9.3 que establece el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (que es la forma secularizada de la interdicción de la arbitrariedad de un Dios que no puede actuar contra el bien ni superar el principio de no

cumplir esta finalidad el Estado de Derecho necesitó dotarse de nuevas doctrinas y técnicas jurídicas para embridar al poder. El objetivo de todos nuestros grandes juristas es que toda la actuación del poder público esté sujeta a reglas o al menos a principios o conceptos jurídicos indeterminados que permitan el control judicial de toda actuación de todos los poderes públicos. SCHMITT describe este proceso de progresivo control de los poderes públicos en otras obras, por ejemplo, cuando expone la lucha por someter a responsabilidad a los ministros del Rey, pero es precisamente el estado de excepción el caso límite en el que los controles jurídicos al poder público quedan más difuminados como estudiaremos en el siguiente epígrafe. Por el momento debemos aprehender la idea nada baladí de que en el estado de excepción (entendido como «un concepto general de la doctrina del Estado, no un decreto de necesidad cualquiera o un estado de sitio»), se revela el problema de la soberanía y el concepto general de la teoría del Estado y del Derecho.

Precisamente es el caso extremo de la excepción el pilar en el que sustenta SCHMITT su concepto de soberanía. La trascendencia que otorga SCHMITT a la excepción queda patente en este fragmento al final del capítulo primero:

«Racionalismo consecuente sería decir que la excepción nada prueba y que sólo lo normal puede ser objeto de interés científico. La excepción perturba la unidad y el orden del esquema racionalista. No es raro encontrar argumentos de este tipo en la teoría del Estado positivista. (...) Pero una filosofía de la vida concreta no puede batirse en retirada ante lo excepcional y ante el caso extremo, sino que ha de poner en ambos todo su estudio y su mayor empeño. Más importante puede ser a los ojos de esa filosofía la excepción que la regla, no por la honda ironía romántica de la paradoja, sino con la seriedad que implica mirar las cosas calando más hondo que lo que acontece en esas claras generalizaciones de lo que ordinariamente se repite. La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba; la excepción, todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquélla. En la excepción, la fuerza de la vida efectiva hace saltar la costra de una mecánica anquilosada en repetición¹⁶».

Esta mentalidad de SCHMITT, que pudiera aparecer irracionalista a primera vista es por el contrario extremadamente racionalista, procede de la voluntad no dejar nada fuera de la órbita del conocimiento, no rendirse frente a un muro por alto y sólido que sea. Es la misma fe en el conocimiento que tienen los físicos que aspiran a comprender lo que sucede en el núcleo de los agujeros negros masivos, a lo que denominan *singularidad*, porque realmente desconocen si las leyes de la física que operan con

contradicción) de la Constitución de 1978. Es decir, la actitud en cierto modo quijotesca de adalides del Estado de Derecho como García de Enterría no puede entenderse más que como una mimesis inconsciente de los juristas -en maravillosa simetría- respecto a los filósofos y teólogos que sujetaban a Dios a límites. La postmodernidad no habrá alcanzado al ámbito jurídico mientras que el pensamiento jurídico siga replicando -aunque sea de forma inconsciente- el pensamiento teológico. A la luz de estos comentarios recomendamos la lectura de un breve texto como botón de muestra y perfecto paradigma de la doctrina del pleno sometimiento de la actividad estatal a control jurídico: la semblanza a Manuel Ballbé realizada por el ex Presidente del Tribunal Supremo don Javier delgado Barrio publicada en el número 44 de la revista Cuadernos de Derecho Local en la que caben destacar las referencias a la denominada por Walter Jellinek cláusula regia del Estado de Derecho en virtud de la cual toda actuación de un poder público debe ser judicialmente impugnabile sin excepción y al control de la discrecionalidad administrativa a través sobre todo de la necesidad de motivación y del control de los principios generales del Derecho.

¹⁶ SCHMITT, Carl: Op. cit., págs. 19-20

carácter general son aplicables en la singularidad o si, debido a la distorsión que produce la fuerza de la gravedad en el espacio-tiempo, se rige por reglas distintas y desconocidas para la ciencia actual. Si en la *singularidad* se encuentra el conocimiento supremo de las leyes de la naturaleza, en la excepción reside el núcleo de la teoría del Estado y la doctrina de la soberanía.

En consecuencia, frente al concepto tradicional de soberanía procedente de Bodino como poder absoluto y permanente para mandar que desplaza finalmente el debate teórico en el sujeto que ejerce la soberanía, SCHMITT propone una definición propia de su genio intelectual: «Soberano es quien decide sobre el estado de excepción». Y es que en realidad el orden político-jurídico no es inmanente, sino que tiene un origen: la decisión de un poder o de determinadas fuerzas sociales. Según SCHMITT «todo orden descansa sobre una decisión, y también el concepto del orden jurídico, que irreflexivamente suele emplearse como cosa evidente, cobija en su seno el antagonismo de los dos elementos dispares de lo jurídico. También el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma». Este concepto schmittiano del orden jurídico constitucional es el que adopta nuestra Carta Magna. En efecto, comienza la Constitución Española de 1978 su articulado con la solemne proclamación del art. 1.1: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Esto es, el orden constitucional no existe como consecuencia de un orden natural, ni tampoco en virtud de una norma abstracta que determina la validez del orden jurídico, sino que se proclama como una decisión política, lo que subraya su historicidad. Como afirma SCHMITT posteriormente en su *Teoría de la Constitución* una Constitución «es una Constitución porque contiene las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta del pueblo». Es, por ello, la cumbre de la influencia del existencialismo heideggeriano en la obra schmittiana. Y es justo esta obra la que completa su teoría sobre la soberanía al identificar claramente la soberanía que decide en los momentos excepcionales con concepto de poder constituyente que tiene su origen en la Revolución Francesa y como principal teórico a SIEYÈS. Cuando se produce una situación excepcional el poder constituyente, es decir, el soberano, decide crear un nuevo orden político-jurídico que tendrá como reflejo normativo la Constitución. La decisión del poder constituyente siempre será legítima en cuanto que el poder constituyente y soberano es legítimo por sí mismo y no necesita buscar legitimidad externa, sino que es el soberano la fuente de toda legitimidad. Como advierte SHESTOV, Dios no necesita justificarse, Dios ordena. Por tanto, hasta en la cima del existencialismo jurídico schmittiano encontramos una nítida resonancia de la teología política.

Enlazamos de este modo con el segundo capítulo que se ocupa del «problema de la soberanía como problema de la forma jurídica y de la decisión». Este capítulo es sumamente interesante para un jurista al consistir en una reflexión sobre los modos de entender el Derecho, pero quizá resulte excesivamente denso para un profano en filosofía del Derecho, por lo que trataremos de simplificar al máximo sus ideas nucleares. Esencialmente se contraponen dos modos de concebir el Derecho: el positivismo jurídico normativista predominante desde el s. XIX y el positivismo jurídico decisionista que predica Carl SCHMITT. En ambas concepciones se descarta un orden jurídico inmanente

procedente del Derecho Natural, ya sea teológico o racionalista. Son concepciones positivistas porque parten del derecho existente en una realidad histórica determinada, pero discrepan en el personalismo o impersonalismo que se atribuya al orden jurídico. El positivismo jurídico normativista de KELSEN, al aspirar a un rigor científico excluyente de toda subjetividad, pretende eliminar todo elemento personalista. Su teoría pura del Derecho es la teoría del Estado de Derecho en el que «gobiernan las leyes, no los hombres». Esta concepción del Estado de Derecho conduce a la aniquilación del concepto de soberanía, pues si gobiernan las leyes, ya no hay un sujeto soberano. Frente a esa soberanía apócrifa de la Constitución propuesta por KELSEN, SCHMITT considera que es imposible eliminar de la realidad jurídica el elemento de la decisión, no se puede eliminar a la persona de los procesos jurídicos, pues dentro del problema de la forma se encuentra el de la competencia y ese siempre apunta finalmente a la toma de decisiones por una persona. Existiendo elemento personal, ya no desaparece el sujeto de la soberanía difuminado en la abstracción normativa. No obstante, hemos de tener en cuenta los comentarios del propio autor de la obra en la «Advertencia previa a la segunda edición» de 1934, en la que manifiesta su deseo de completar sus observaciones sobre los dos tipos de pensamiento jurídico en la conclusión del capítulo II. Aprovecha SCHMITT esta ocasión para dar a conocer a los lectores la última evolución de su pensamiento jurídico, su paso del decisionismo al pensamiento en órdenes concretos, al que llega el jurista alemán tras desarrollar el concepto de las garantías institucionales y después de un minucioso estudio de la obra del eximio administrativista francés Maurice HAURIOU. El pensamiento jurídico de los órdenes concretos deriva del institucionalismo de HAURIOU y Santi ROMANO y viene a atenuar el carácter personalista del decisionismo schmittiano. En la obra *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, del mismo año 1934 en que se publicó la *Teoría pura del Derecho*, SCHMITT expone su transición al pensamiento jurídico de los órdenes concretos, atendiendo al cuál la interpretación jurídica debería realizarse teniendo en cuenta la naturaleza de la institución a la que se refieren las normas aplicables en cada caso, pensamiento institucionalista que permanece en grandes juristas de nuestro tiempo como García de Enterría.

Por lo que se refiere al capítulo tercero, ya hemos visto anteriormente cómo en él se expone la tesis de la semejanza entre teología y jurisprudencia y la fuerte influencia de los conceptos y metodología de la teología en el Derecho y en la teoría del Estado. Especialmente interesante es la reflexión que contrapone la interpretación materialista y la espiritualista de la historia. Como por desgracia no podemos extendernos en este apasionante tema, nos limitaremos a transcribir las líneas en las que SCHMITT sintetiza magistralmente el dilema teórico que se plantea:

«Los escritores contrarrevolucionarios explicaban las mudanzas políticas por los cambios en la manera de concebir el mundo y atribuían la Revolución francesa a la filosofía de la Ilustración. Frente a ellos, en antítesis evidente, los revolucionarios radicales atribuían las mudanzas del pensamiento a los cambios de las condiciones políticas y sociales¹⁷».

Estamos, pues, ante el típico interrogante de qué fue antes, si el huevo o la gallina, o en nuestro caso, los cambios ideológicos y culturales o los cambios políticos,

¹⁷ SCHMITT, Carl: Op. cit., pág. 42.

económicos y sociales Sin resolver directamente la cuestión sólo observaremos que los teóricos marxistas del s. XX desde GRAMSCI con su teoría de la hegemonía cultural a la escuela de Frankfurt con su desarrollo teórico de la industria cultural de masas, invirtieron las doctrinas marxistas ortodoxas que preconizaban la primacía de la estructura económica sobre la superestructura cultural, destacando la posibilidad de modificar la estructura económica mediante el dominio de la superestructura cultural. Saque el lector sus propias conclusiones.

La referencia que acabamos de realizar a los escritores contrarrevolucionarios nos conduce al capítulo cuarto, en el que se hace una breve referencia a la contribución a la filosofía política desde el sector de la contrarrevolución, destacando a tres autores: DE MAISTRE, BONALD y DONOSO CORTÉS. Se trata de tres pensadores de categoría, pero que, debido a la derrota de sus posicionamientos en la realidad política y social, son ignotos en la actualidad, estudiados sólo por especialistas e intelectuales conservadores. Especialmente debemos destacar la vergüenza que supone que el filósofo político español más brillante del s. XIX sea absolutamente desconocido y hasta vejado en su patria, tiendo que ser descubierto en muchos casos a través de un autor extranjero como Carl SCHMITT. No se han detenido a sopesar nuestras universidades y de nuestra industria cultural el inmenso daño que causan a la formación de nuestros jóvenes determinando autores y libros prohibidos, triste ironía de hasta dónde alcanza la simetría entre pensamiento secular y teológico. Pero retornando a la exposición, los teóricos de la contrarrevolución reivindican la tradición y la legitimidad monárquica contra la nueva tendencia de la legitimidad democrática. En oposición a los anarquistas, consideran bueno todo gobierno por el mero hecho de serlo, pues la autoridad, cualquiera que sea, conlleva orden. Si bien, para los tradicionalistas cualquier orden no es aceptable, premisa que parecen deducir las críticas de SCHMITT también de su pensamiento. Pero no tiene sentido esta interpretación absolutamente nihilista de SCHMITT si se considera adecuadamente su idea misional como *katejón*: si cualquier nuevo poder es capaz de fundar un nuevo orden, ¿para qué tanto esfuerzo en frenar la caída del orden existente si no se considera ni mejor ni peor que cualquier otro que pueda fundarse?

Volviendo a la contraposición entre teóricos de la revolución y de la reacción, sus diferencias se explican en gran parte por las distintas tesis axiomáticas sobre la naturaleza del hombre: mientras que para los anarquistas el hombre es bueno por naturaleza y el gobierno es corrupto también por naturaleza, para los filósofos contrarrevolucionarios el hombre es malvado por naturaleza por lo cual el gobierno se constituye para protegerlo de sí mismo. La tesis de un hombre malvado por naturaleza tiene su origen en la concepción cristiana del hombre como pecador que debe ser redimido, pero realmente aparece en toda su radicalidad en la Edad Moderna con la teología luterana y calvinista, pues debe darse a conocer que la doctrina tradicional de la Iglesia no hace una plena condenación de la naturaleza humana, sino que la describe como una naturaleza debilitada o caída tras el pecado original que le dificulta la distinción entre el bien y el mal¹⁸. Por

¹⁸ Resume perfectamente Schmitt en *Catolicismo romano y forma política* la concepción antropológica de la Iglesia católica y su diferenciación con la protestante: «La tesis fundamental a la cual pueden remitirse todas las doctrinas de una filosofía del Estado y de la sociedad consecuentemente anarquista, esto es, el antagonismo

ello no es casualidad que sea la teoría política protestante, fundada especialmente en el Leviatán de Hobbes la que más incida en la naturaleza maligna del hombre para justificar el poder absoluto del Estado.

Pero lo que más va a sorprender al lector -que se encuentre dominado por los mitos de la Ilustración en su inmensa mayoría-, no es que la teoría política absolutista y autoritaria tenga una raíz protestante y que su concepción del hombre fuera más negativa, sino la siguiente revelación de SCHMITT: con carácter general, en la Ilustración también se concebía al hombre malvado por naturaleza. Después de advertir que la tesis del hombre bueno en el estado de naturaleza (el buen salvaje) es una idea que aparece en las últimas obras de Rousseau y que, en consecuencia, no está presente en su principal obra de filosofía política, *El contrato social*; explica SCHMITT que: «El racionalismo de la Ilustración consideraba al hombre necio y rudo por naturaleza, pero susceptible de educación. Y justificaba su ideal del “despotismo legal” con razones pedagógicas: la humanidad inculta es educada por un *législateur* (capaz, según el *Contrato social*, de Rousseau, de “changer la nature de l’homme”, o según Fichte, la naturaleza es doblegada por un déspota; el Estado se convierte, como reza una expresión ingenuamente brutal de Fichte, en una “fábrica de educación”». Sobre esta idea de la *dictadura racionalista de la educación* vuelve a insistir SCHMITT en obras posteriores como *Fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en la situación actual* o *El concepto de lo político*. Evidentemente, este tipo de afirmaciones son las que explican que una parte importante del mundo intelectual no muestre su afecto por el iusfilósofo de Plettenberg; aquélla misma parte que sí perdona el anti-intelectualismo de otros pensadores como BAKUNIN, SOREL o el mismísimo NIETZSCHE.

Me parece interesante reseñar que, de los tres principales pensadores contrarrevolucionarios del s. XIX, es al marqués de VALDEGAMAS al que SCHMITT dedica mayor atención. La razón es que el pensador extremeño es el teórico contrarrevolucionario que más claramente se posiciona contra la, denominada por él mismo, «clase discutidora» de la burguesía. Su desdén por la tendencia a la *discusión eterna* del parlamentarismo de su época, junto a la evidente pérdida de vigor de la legitimidad de la monarquía, en el sentido de que había perdido la convicción en su misma autoridad –el principio de legitimidad monárquica¹⁹- y, con ello, la vitalidad decisionista que a su parecer le daba su razón de ser, le conduce a solicitar como única salida la dictadura. Para SCHMITT, llevada al extremo, la decisión pura o absoluta, «creada de la

entre el hombre “malo por naturaleza” y el “bueno por naturaleza”, esta cuestión decisiva para la teoría política no es contestada, en absoluto, en el dogma tridentino, con un simple sí o no; más bien, el dogma sólo habla, a diferencia de la doctrina protestante de una total corrupción del hombre natural, de una herida, una debilitación o un enturbiamiento de la naturaleza humana, permitiendo, con ello, en la práctica, algunas gradaciones y adaptaciones». Debemos reseñar también cómo los filósofos contrarrevolucionarios en ocasiones cayeron en excesos teológicos que fueron debidamente corregidos por las instituciones eclesiales. Hasta Donoso, cuyos trabajos sirvieron para la redacción del famoso Syllabus fue objeto de un proceso. Por tanto, no se puede identificar la concepción antropológica negativa donosiana con la más ambigua y moderada propia de la doctrina tradicional de la Iglesia católica.

¹⁹ Recomendamos al lector curioso una obra muy interesante del año 1972 de uno de los padres de la Constitución de 1978, Miguel Herrero de Miñón, *El principio monárquico*, la cual nace en el contexto de las leyes orgánicas del franquismo vigentes entonces, pero que no se alimenta apenas de la tradición española, sino que busca su sustento esencialmente en la doctrina germana del s. XIX.

nada, que no razona, discute ni se justifica», «es esencialmente dictadura, no legitimidad». Debemos recordar que en *La tiranía de los valores* –la obra de SCHMITT más demoledora del pensamiento contemporáneo y de la metodología del constitucionalismo axiológico en contradicción con su propia *Teoría de la constitución*– se recuerda que los valores no valen por sí mismos, sino que se hacen valer. Es decir, revelando la naturaleza nihilista de la filosofía de los valores –que es tanto como decir principios–, aprendemos que un valor sólo es socialmente eficaz si se tiene la suficiente convicción como para afirmarlo. Por eso, la filosofía de los valores desemboca inexorablemente en el superhombre nietzscheano, que es aquel que impone su propia tabla de valores. Una Constitución no sería más que la forma jurídica en virtud de la que la tabla de valores de un grupo de (super)hombres ha conseguido imponerse a una sociedad²⁰.

²⁰ En el mundo secularizado la tabla de valores establecidos por Dios es ahora establecida por el hombre Pero atención: esta nueva tabla de valores sigue siendo nihilista, porque no es una tabla de valores eterna, sólo se mantendrá en pie mientras se siga creyendo en ella, desapareciendo como el Reino de Fantasía en el relato de Ende en el momento en el que desaparezca la fe en tales valores. El «eco de Nietzsche resuena» en la teoría de la constitución de Schmitt según expresión Baño León. Le reprocha –olvidando interesadamente obras como *Catolicismo romano y forma política* en las que Schmitt afirma la necesidad de legitimidad moral del poder– en consecuencia que «nos permite vislumbrar su trasfondo: la nada, es decir, el Leviatán desnudo». Con razón crítica que la teoría constitucional de Schmitt es la perfección de la nihilista fórmula hobbesiana: *auctoritas, non veritas facit legem*. Lo que no nos dice Baño León es que el constitucionalismo axiológico hegemónico en la metodología de nuestro Tribunal Constitucional como forma de superar una democracia formal o procedimental de corte kelseniano y que impregna nuestra Constitución desde su primer precepto es el constitucionalismo schmittiano al que combate sin piedad. Es el profesor Baño León un San Manuel unamuniano, no sabemos si mártir o simple hipócrita. Desde un punto de vista jurídico la tabla de valores de una Constitución sólo existe mientras esté en vigor dicha Constitución, desapareciendo en cuanto deje de estar vigente. Sin embargo, como con agudeza descubre SHESTOV en Nietzsche, detrás del aparente nihilismo y ateísmo de este constitucionalismo decisionista y axiológico, subyace el anhelo de libertad de la teología –del mismo modo los constitucionalistas actuales están animados por el deseo de dotar de un contenido material a la democracia. Una clave esencial para interpretar el pensamiento de Nietzsche es el hecho de que su padre fuera un pastor protestante. Por ello, el aforismo 199 de *Más allá del bien y del mal* de Nietzsche no debe interpretarse de forma superficial como una mera apología de la tiranía en cuanto golpea como martillo de Dios –hermoso paralelismo en el uso de esta brutal imagen que alumbra SHESTOV en las obras de Lutero y Nietzsche– al imperio de la ley y al Estado de Derecho, y como una manifestación de su alma radicalmente aristocrática; cabe también una segunda lectura inspirada en el espíritu de rebeldía que pretende insuflar nueva vida a la libertad humana, libertad que es una búsqueda de dignidad basada en la facultad para tomar decisiones y para asumir la responsabilidad de sus actos, un hombre libre no sometido a ningún poder sea del tipo que sea, considerando más indigno ser sometido por un poder impersonal invisible como puede ser el Estado de Derecho que por hombres dignos para dirigir y liderar la comunidad política, porque, en definitiva, ¿no desvela una concepción antropológica negativa en grado superlativo la utopía del imperio de la ley en el que no gobiernan hombres sino leyes? Transcribamos ya el siguiente fragmento del aforismo 199: «Supongamos que ese instinto (gregario) llega hasta sus últimas aberraciones: al final, o no habrá nadie que mande y que sea independiente, o quien lo haga se sentirá culpable y necesitará, para poder seguir mandando, engañarse a sí mismo a base de llegar al convencimiento de que también él se limita a obedecer. Esta es la situación real en la que hoy se encuentra Europa, y lo que yo llamo la hipocresía moral de los que mandan. Estos no saben defenderse de su mala conciencia como no sea haciéndose pasar por meros ejecutores de mandamientos ancestrales y supremos, emanados de los antepasados, de la constitución, del derecho, de las leyes o incluso de Dios; o recogiendo fórmulas características del pensamiento gregario y presentándose como “los primeros servidores de su pueblo” o como “instrumentos del bien común”». Este texto nietzscheano no sólo es una crítica al pensamiento jurídico subyacente al Estado de Derecho, sino que también es susceptible de una interpretación en clave weberiana como ataque a las formas de legitimación del poder tradicional y legal-

2. TEOLOGÍA POLÍTICA Y ESTADO DE EXCEPCIÓN

2.1. Introducción

El objeto del presente epígrafe es analizar diversos aspectos del Estado de alarma aprobado por el Gobierno de la Nación mediante el Real Decreto 463/2020, 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que puedan entenderse mejor a la luz de la teología política. Abordaremos aspectos tales como la declaración de la situación de excepción, los poderes extraordinarios en los estados de excepción, los controles jurídicos del Derecho de excepción o la responsabilidad patrimonial de la excepcionalidad. Pero no es nuestra pretensión realizar un estudio exhaustivo del Real Decreto citado ni de todas las normas y medidas que lo han modificado y que lo complementan. Para ello nos remitimos a los centenares de artículos doctrinales, informes, circulares y notas informativas con que se ha bombardeado a los operadores jurídicos²¹. Por el contrario, este trabajo se plantea como una incitación a la reflexión desde el exótico punto de vista de la teología política, no como obra de consulta.

2.2. Declaración de la situación de excepción

Como ya señalamos en el primer epígrafe, cuando hablamos de Derecho (constitucional) de excepción no nos referimos exclusivamente al estado de excepción, sino a todos los estados de emergencia previstos en el art. 116 de la Constitución entendidos en su conjunto sistemático, incluyendo obviamente al estado de alarma.

Realizada esta advertencia preliminar nos adentraremos en la primera de las cuestiones que anteriormente planteábamos, la declaración del estado de excepción, la cual se puede descomponer en varias cuestiones como la elección del estado de excepcionalidad más idóneo para cada situación, los supuestos habilitantes, el órgano competente para declararla y las potestades extraordinarias que se confieren en cada tipo de situación de excepcionalidad, si bien todas ellas son interdependientes y no pueden analizarse como compartimentos estancos.

Siguiendo una larga tradición, el art. 116 de la Constitución de 1978 distingue tres estados de excepcionalidad: alarma, excepción y sitio. Cada uno de ellos es concebido como una herramienta especializada para responder a situaciones de necesidad diferenciadas. Esta especialidad de los estados de excepcionalidad se ratifica por la Ley

racional, haciendo una clara apuesta por la legitimidad carismática que tanto desarrolló teóricamente el autor de la *Ética protestante y el espíritu del capitalismo* y que llegó a influir a su amigo Hugo Preuss, redactor de la Constitución de Weimar, en el sentido de fortalecer las potestades del Presidente del Reich en el art. 48. En este marco, Nietzsche acusa al pensamiento igualitario (gregario en su terminología) del Estado de Derecho de ahogar la capacidad de liderazgo.

²¹ En este mar de información aconsejamos la lectura del especialmente interesante número especial dedicado casi monográficamente a la crisis del coronavirus por la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (Núm. 86-87 Marzo-Abril 2020).

Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma excepción y sitio, norma que desarrolla las previsiones constitucionales del art. 116, si bien es necesaria una interpretación sistemática junto con otros preceptos de la Constitución, especialmente el art. 55.1 sobre las denominadas suspensiones generales de derechos fundamentales. Es esta espinosa cuestión de la suspensión y la limitación de derechos fundamentales la que ha suscitado mayor polémica doctrinal, puesto que el estado de alarma podría no ser el adecuado para las restricciones que efectivamente se han impuesto a dos derechos fundamentales como son los de circulación y reunión y manifestación. Trataremos de exponer el problema de la forma más sintética posible.

El artículo cuarto de la LO 4/1981 dispone lo siguiente:

«El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concorra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.»

Del presente precepto obtenemos la respuesta a dos cuestiones clave: el órgano competente para la declaración del estado de alarma es el Gobierno de la Nación²² y los supuestos fácticos en los que se habilita el estado de alarma están relacionados con situaciones de emergencia o catástrofes naturales, sanitarias o de servicios básicos. Si comparamos los supuestos habilitantes del artículo cuarto con los supuestos habilitantes de los estados de excepción y de sitio que se recogen en los artículos trece y treinta y dos, parece que la declaración del estado de alarma es la más adecuada a los distintos supuestos fácticos habilitantes. El estado de alarma recoge supuestos de catástrofes o calamidades públicas como las crisis sanitarias a las que se refiere la letra b) de forma expresa y en la que se ha fundado el RD 463/2020; supuestos que nada tienen que ver con la politicidad de los previstos para los estados de excepción y sitio. Por ello, a pesar de que a posteriori la declaración del estado de alarma suscite otros problemas constitucionales como los

²² De nuevo sigue nuestro texto constitucional la teoría schmittiana en el sentido de que los poderes de excepción no se incluyen en la relación de competencias exclusivas del Estado ex art. 149.1 de la CE, sino que se configura como un poder diferenciado atribuido directamente por el art. 116 de la misma. En este sentido debemos entender la siguiente afirmación realizada por Schmitt en *Teología Política I*: «No se trata, por consiguiente, de una competencia en el sentido que el término tiene dentro del sistema del Estado de derecho. La Constitución puede, a lo sumo, señalar quién está autorizado a actuar en tal caso.» Por ello es técnicamente errónea la inclusión de las potestades del alcalde en situaciones de emergencia en el art. 21.1 de la Ley 7/1985, ya que la intelección de estas facultades excepcionales quedan desfiguradas por la comprensión habitual de competencia en el Derecho administrativo y, en parte, esta desafortunada ubicación es responsable del inadecuado entendimiento del precepto.

posibles excesos de las medidas o normas²³ en el marco de las garantías constitucionales, considero que la elección ha sido la correcta. Peor habría sido la elección de un estado de excepcionalidad que previese un mayor margen de actuación, pero que se encontrase viciado *ab initio* por la incorrección del supuesto de hecho que lo habilita²⁴. Porque la politicidad de los estados de excepción y de sitio es un elemento esencial de los mismos, constituyendo su ausencia un auténtico ataque frontal al sistema constitucional, pues poderes tan excepcionales sólo pueden ser invocados cuando realmente concurren auténticos riesgos para la subsistencia del orden constitucional. La crisis del coronavirus carece de politicidad porque carece de enemigo político. Desde el concepto de lo político schmittiano hay necesidad de elegir entre amigos y enemigos, todos estamos unidos en la lucha contra el enemigo, por ello en la crisis del coronavirus al ser el enemigo impersonal no hay elemento político. Sin enemigo político -interior o exterior- no hay justificación posible de los estados de excepción y sitio. Debe hacerse notar que la menor politicidad del estado de alarma respecto a los estados de excepción y sitio tiene reflejos normativos perfectamente coherentes con nuestra tesis: en el estado de alarma no es posible la suspensión de derechos fundamentales y su declaración puede realizarla el Gobierno sin control parlamentario –la mera comunicación no es control efectivo²⁵–, pues la autorización del Congreso sólo se precisa para la prórroga como en breve comprobaremos.

2.3. Poderes extraordinarios en los estados de excepción.

En virtud de la especialización de los diferentes estados de excepcionalidad a cada uno de ellos se les posibilitan poderes extraordinarios de forma gradual, siendo el estado de alarma, por su menor trascendencia para la defensa del orden constitucional el que menos potestades extraordinarias otorga al Gobierno de la Nación. No obstante, lo importante es que estos poderes extraordinarios ante todo suponen una suspensión del orden jurídico ordinario, de modo que las normas y medidas adoptadas por el Gobierno de la Nación y las autoridades en las que delegue pueden contradecir no sólo el contenido, sino también las normas sobre procedimiento y competencia. En este sentido, podemos darle la razón a KELSEN cuando reseñaba con agudeza que toda ilegalidad material

²³ No incidiremos en la diferenciación conceptual que realiza Schmitt de medida y norma, ya que ello queda fuera de la órbita de la teología política en un sentido estricto.

²⁴ Por ello, coincidimos con carácter general con la réplica de Velasco Caballero al artículo que el exmagistrado del TC Manuel Aragón había publicado en el diario El País.

²⁵ En este sentido debe entenderse el siguiente fragmento del FJ 8 de la STC 83/2016: «Esta dación de cuentas no altera el carácter exclusivo de la competencia gubernamental para declarar inicialmente el estado de alarma por un plazo máximo de quince días, configurándose como un mecanismo de información que puede activar e impulsar, en el marco de la relación fiduciaria que ha de existir entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados, un control político o de oportunidad sobre la declaración del estado de alarma y las medidas adoptadas al respecto, así como, subsiguientemente, la puesta en marcha, en su caso, de los pertinentes instrumentos de exigencia de responsabilidad política. [...] Se trata, en todo caso, de una intervención de la Cámara a posteriori, una vez que ha tenido lugar la declaración gubernamental del estado de alarma, y de naturaleza estrictamente política, esto es, que su resultado, si la intervención parlamentaria se llegase a concretar o formalizar en algo, no vincula jurídicamente al Gobierno, ni condiciona ni altera, por lo tanto, el contenido del decreto por el que se ha llevado a cabo la declaración del estado de alarma.»

supone una ilegalidad formal por incumplimiento de los procedimientos establecidos para la su reforma.

Volviendo a los poderes extraordinarios previstos para el estado de alarma son los determinados en los arts. 9 a 12, destacando las medidas que se relacionan en el artículo once de la LO 4/1981, que dispone lo siguiente:

«Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes:

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.

b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.

c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.

d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.»

Una exposición sistemática y sintética de los poderes extraordinarios del estado de alarma la encontramos en la STC 83/2016 (FJ 8), en el fragmento que pasamos a transcribir:

«Los efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan en la modificación del ejercicio de competencias por parte de la Administración y las autoridades públicas y en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones. Por lo que al primer plano se refiere, la autoridad competente es el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte de su territorio. Quedan bajo las órdenes directas de la autoridad competente todas las autoridades civiles de la Administración pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, así como los demás trabajadores y funcionarios de las mismas, pudiendo imponérseles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. Asimismo, los funcionarios y las autoridades en caso de incumplimiento o resistencia a las órdenes de la autoridad competente pueden ser suspendidos de inmediato en el ejercicio de sus cargos, pudiendo asumir también la autoridad competente las facultades de las autoridades que hubiesen incurrido en aquellas conductas cuando fuera necesario para el cumplimiento de las medidas acordadas en ejecución de la declaración del estado de alarma (arts. 7, 9 y 10 de la Ley Orgánica 4/1981).

A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones

a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.»

Es la cuestión de la suspensión de derechos fundamentales la cuestión clave en el estado de alarma y la que ha suscitado críticas por algunos estudiosos del Derecho constitucional, pues si bien en la STC 83/2016 se ha admitido que las medidas adoptadas durante un estado de excepción puedan limitar derechos fundamentales la configuración que ha adoptado el RD 463/2020 parece haber rebasado los límites admisibles a una limitación de derechos fundamentales, ya que se ha establecido una regla general la prohibición de circulación que tiene múltiples excepciones, pero que en cuanto excepciones se han de interpretar restrictivamente, lo que vulnera además de forma notoria la letra a) del artículo once de la LO 4/1981, que establece que la limitación de circulación debe acotarse en horarios y lugares determinados.

A pesar de que desde un razonamiento jurídico estricto es evidente la extralimitación de la medida acordada por el Gobierno de la Nación la apoliticidad de este estado de necesidad ha hecho que ninguno de los partidos con representación en las Cortes Generales haya cuestionado la necesidad de esta medida inconstitucional. Como bien nos enseñaba SHESTOV, la necesidad es la soberana del universo y contra ella los hombres -que como Spinoza se someten a la razón- sólo pueden resignarse al adagio *non ridere, non lugere, neque detestari, sed intelligere*. Adagio al que podemos añadir el famoso ciceroniano, *salus populi suprema lex esto*. Por ello, opinábamos en el apartado anterior que lo más importante a efectos de respeto del orden constitucional es que el supuesto habilitante no sea forzado o directamente inventado, porque un exceso puede justificarse en la necesidad, pero lo que sí puede poner en peligro el orden constitucional es la utilización tendenciosa de los poderes de excepción.

También es muy interesante la posición de las Comunidades Autónomas durante los estados de necesidad. En primer lugar, el Gobierno de la Nación puede alterar temporalmente la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades, puesto que debemos recordar que el ordenamiento jurídico ordinario ha quedado suspendido y ello permite al Gobierno asumir poderes excepcionales cuando sean necesarios para la gestión de la emergencia. Sin embargo, el Gobierno también puede delegar en los presidentes de las Comunidades Autónomas poderes de gestión extraordinarios si lo estima oportuno, una especie de dictadura comisaria en términos schmittianos. En segundo, lugar, es importante dejar claro que las Comunidades Autónomas carecen de la facultad de declarar estados de alarma, lo que es una clara manifestación de que carecen de toda soberanía. Las Comunidades Autónomas disponen de legislación ordinaria para emergencias en el marco de la normativa básica estatal sobre protección civil y sanitaria, pero en ningún caso pueden poner en marcha un mecanismo análogo al previsto en el art. 116 de la Constitución. De hecho, el art. 6 del RD 463/2020, aunque mantiene las competencias ordinarias de las Comunidades Autónomas, las condiciona «en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5.» Muy ilustrativo es SCHMITT de nuevo en su *Teología Política I* al analizar la misma cuestión respecto a los Länder alemanes:

«Si los Estados miembros, según la interpretación usual del artículo 48, no poseen ya la facultad de declarar por sí el estado de excepción, no son Estados. El artículo 48 es la clave para resolver el problema de si los Länder alemanes son o no Estados²⁶.»

Por lo que se refiere a la Administración Local las mismas reflexiones que las realizadas para las Comunidades Autónomas son plenamente extensibles, pero a ello debemos añadir una cuestión interesante: el alcance de la competencia del Alcalde para «adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno», prevista en el art. 21.1.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Muchos consideraban que de forma análoga a las potestades extraordinarias a disposición del Gobierno de la Nación en los estados de necesidad, la competencia del Alcalde en las situaciones de emergencia le habilitaba para adoptar medidas prescindiendo el procedimiento ordinario y para invadir las competencias del Pleno de la Corporación (e incluso de la Comunidad Autónoma). Hasta la aprobación del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, la interpretación de tan ambiguo precepto se encontraba en tinieblas jurídicas al no disponer de una jurisprudencia ni de una doctrina consistente sobre esta cuestión, pero tras lo dispuesto en el art. 20.2 del citado Real Decreto-Ley²⁷ ya no cabe duda de que una interpretación maximalista de esta competencia es inaceptable. Si en dicho precepto se habilita al Alcalde para que de forma excepcional pueda tramitar determinadas modificaciones presupuestarias que ordinariamente son de competencia plenaria –aunque con una disparatada convalidación carente de efectos jurídicos, ya que se determina como inocua la ausencia de convalidación- y prescindir de determinados trámites, ello significa a sensu contrario que la regla general sigue siendo la competencia plenaria y la plena obligatoriedad de los trámites procedimentales ordinarios. Como nos enseñaba SCHMITT, la excepción no sólo se afirma a sí misma, sino que también confirma la regla general. Por tanto, la aplicación de esta competencia del Alcalde debe realizarse atendiendo al principio de proporcionalidad, pero no una proporcionalidad entendida como esa idea de concepto jurídico indeterminado que es un chicle que se estira y estira hasta el infinito (lo que causaba la justa indignación de García de Enterría), sino como principio del Derecho susceptible de control, y me refiero al método ideado por Robert ALEXY del triple juicio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ante sentencias con una argumentación tan pobre como la STS 4750/1990, de 23 de septiembre, Sala Segunda de lo Contencioso-administrativo, CENDOJ: 28079130011991102582, autores como García Amado se retorcerían en el asiento. Y desde luego, la inmensa mayoría de las actuaciones que están proponiendo los alcaldes al cobijo de esta disposición, tampoco resistirían un juicio riguroso de proporcionalidad.

²⁶ SCHMITT, Carl: Op. cit., pág. 17.

²⁷ Dicho precepto reza lo siguiente: «

2.4. Controles jurídicos de los estados de excepción

Quizás sea el problema de los controles el más interesante desde la perspectiva de la teología política. En el primer epígrafe hemos expuesto con amplitud cómo el problema de los límites de la omnipotencia divina era el mayor problema de la teodicea -incluso de mayor importancia que el problema de la existencia del mal en el mundo- y como el mismo problema se plantea miméticamente en el pensamiento jurídico respecto a los límites del poder del Estado, cuyo caso límite se produce en los estados de excepción, también llamados de necesidad.

En primer lugar, debemos diferenciar los controles jurídicos de los controles políticos, si bien, en el caso de la prórroga del estado de alarma el control político se convierte en control jurídico. Efectivamente el art. 6.2 establece que:

«En el decreto se determinará el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma, que no podrá exceder de quince días. Sólo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga.»

Se trata de una regulación similar a la ya prevista en el art. 48 de la Constitución de Weimar que comenta SCHMITT en *Teología Política I*²⁸:

«El artículo 48 de la Constitución alemana de 1919 confiere al Presidente del Reich la facultad de declarar el estado de excepción, pero bajo control del Reichstag, que siempre puede exigir su levantamiento. Esta reglamentación responde a la práctica del Estado de derecho y a su desenvolvimiento, donde, mediante la división de las competencias y su control recíproco, se procura aplazar lo más posible el problema de la soberanía²⁹.»

Pero los controles jurídicos por excelencia son los judiciales; y en este sentido el art. 3.1 de la LO 4/1981 dispone lo siguiente:

«Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes.»

A ello debemos agregar que el artículo 6.1 reza lo siguiente:

«La declaración del estado de alarma se llevará a cabo mediante decreto acordado en Consejo de Ministros.»

Sin embargo, dada la relevancia de los poderes que se van a poner en juego el Tribunal Constitucional (TC) ha considerado que tal Real Decreto tiene rango de Ley y por tanto sólo puede ser fiscalizado por el mismo TC. Esta es la doctrina fijada por la STC 83/2016, de 28 de abril, al resolver el recurso de amparo interpuesto contra la inadmisión por los órganos judiciales del recurso contra declaración de estado de alarma con motivo de la huelga de controladores aéreos del año 2010 -sin apartarse de lo que ya

²⁸ Schmitt realizó posteriormente un detallado estudio del art. 48 en su ensayo *La dictadura del Presidente del Reich según el art. 48 de la Constitución de Weimar*.

²⁹SCHMITT, Carl: Op. cit., pág. 17.

había afirmado el Alto Tribunal en el ATC 7/2012- y que se sintetiza en los siguientes párrafos del FJ 10:

«Esta doctrina constitucional es perfectamente trasladable y aplicable al supuesto que ahora nos ocupa, sin que constituya al respecto obstáculo la circunstancia de que haya sido elaborada con ocasión de la impugnación de un acto o decisión parlamentaria. Y ello porque las locuciones “valor de ley”, “rango de ley” o “fuerza de ley” no quedan exclusivamente circunscritas en nuestro ordenamiento a actos o decisiones de origen parlamentario, pudiendo predicarse también la cualidad de la que son manifestación aquellas locuciones, sin necesidad de entrar ahora en consideraciones más detalladas, de actos, decisiones o disposiciones de procedencia gubernamental.

La decisión de declarar el estado de alarma por un plazo no superior a quince días es expresión del ejercicio de una competencia constitucional atribuida con carácter exclusivo al Gobierno por el art. 116.2 CE, en tanto órgano constitucional al que le corresponde ex art. 97 CE la dirección política del Estado. Se trata, por lo tanto, como el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal señalan en sus alegaciones, de una competencia atribuida al Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración, como ya señalábamos en nuestras SSTC 45/1990, de 15 de marzo, FJ 2, y 196/1990, de 29 de noviembre, FJ 5.

La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado, esto es, la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o “alteraciones graves de la normalidad” previstas en la Ley Orgánica 4/1981 (art. 4) que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni se limita tampoco a la mera la declaración de éste. La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar. Esta incidencia sobre la legislación vigente antes de la declaración del estado de alarma, incluidas las normas con rango de ley que pudieran verse afectadas, encuentra cobertura en el propio texto constitucional (art. 116.2 CE) y en la Ley Orgánica 4/1981 (art. 6), que imponen como contenido necesario del decreto en el que se formaliza la decisión gubernamental de la declaración la determinación de “los efectos del estado de alarma”, efectos que pueden implicar, como se dijo en el ATC 7/2012, “excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria” (FJ 4). Esto es, la propia Constitución y la ley reclamada por el art. 116.1 CE para desarrollar sus previsiones habilitan los efectos jurídicos que sobre la legislación en vigor antes de la declaración, incluidas las normas con rango de ley, tiene o puede tener la decisión gubernamental que, revistiendo la forma de decreto del Consejo de Ministros, proclama

el estado de alarma. Así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma.»

No obstante, el TC se ve obligado a matizar a continuación en el FJ 11 los efectos que tal elevación de rango tiene por lo que se refiere al control jurisdiccional de los actos del Gobierno dictados en situaciones de emergencia o necesidad para no escandalizar a los quijotescos creyentes en el imperio de la ley:

«Ello no supone, como vienen a sostener los demandantes de amparo, que los citados Reales Decretos resulten inmunes a todo control jurisdiccional, sino que, al poseer rango y valor de ley, pese a revestir la forma de decreto, sólo cabe impugnarlos, de acuerdo con el modelo de jurisdicción de nuestro ordenamiento jurídico, ante este Tribunal Constitucional a través de los procesos constitucionales previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley [arts. 161 y 163 CE, 27.2 b) LOTC]. Sin perjuicio, como es evidente, de que los actos y disposiciones que puedan dictarse en su aplicación puedan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente (art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981) y los órganos judiciales puedan, al enjuiciarlos, promover cuestión de inconstitucionalidad contra los actos, decisiones o resoluciones con valor de ley de los que son aplicación, cuando consideren que puedan ser contrarios a la Constitución (ATC 7/2012, FJ 3). Por consiguiente, la fiscalización por la jurisdicción constitucional de los Reales Decretos por los que se declara y se prorroga el estado de alarma no excluye, como no podría ser de otro modo, el control jurisdiccional por los Tribunales ordinarios de los actos y disposiciones que se dicten en su aplicación durante la vigencia del estado de alarma.»

Es admirable cómo los quijotes suelen ser fáciles de contentar; su necesidad metafísica se agarra sin más a la primera explicación que se les ofrece o que ellos inventan³⁰ para no quebrar su fe o evitar el escándalo. La transacción se consagra en la doctrina que distingue en el Gobierno una doble naturaleza humana y divina, como la de Jesucristo: cuando actúa su naturaleza humana (Administración) está sujeto a control judicial ex art. 106 de la Constitución, cuando actúa su naturaleza divina (política) escapa al control judicial ordinario, puede obrar milagros jurídicos como contradecir con normas reglamentarias normas con rango de Ley o suspender el tiempo (administrativo) –porque entonces su voluntad es Ley-, sometido únicamente el control de esa persona de la Trinidad que es el TC. Ciertamente, en estos momentos el TC le reconoce la naturaleza de órgano constitucional, que viene a suponer una especie de elevación respecto a una naturaleza terrena de la Administración a la que a sensu contrario se niega ser órgano constitucional. En esta separación de las dos naturalezas del Gobierno apreciamos ahora

³⁰ Es memorable el episodio apócrifo de Dostoievski en *Diario de un escritor* en el que don Quijote inventa una justificación fantástica para mantener la verosimilitud de las hazañas caballerescas. También es muy hermosa – e inquietante- la siguiente reflexión de Unamuno en su famoso ensayo *El Caballero de la Triste Figura*: «Tenía razón en esto Don Quijote, y los que motejándole de loco de remate le apedrean al verle enjaulado, pecan de quijotismo más de siete veces al día; porque, ¿quién de esos censores no aplica a cada paso la máxima oculta del quijotismo: es hermoso, luego es verdad?»

el fabuloso misterio de la Encarnación de Cristo, pero en con el seco y nada poético lenguaje jurídico del FJ 12 de la STC 83/2016:

«Este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar que “no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución” (STC 45/1990, de 15 de marzo, FJ 2). En tales casos, “el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como ‘administrativa’ cuyo control corresponda ex art. 106.1 de la Constitución y 8 LOPJ a los Tribunales de justicia” (STC 196/1990, de 29 de noviembre, FJ 5)³¹.»

De esta doctrina se desprende que los órganos constitucionales son órganos cualificadamente superiores al resto de órganos del poder estatal, esto es, de una naturaleza superior que justifica su no sujeción a control de la jurisdicción ordinaria. Lo que no se explica es el porqué de esa naturaleza cualificada que ha de asumirse como dogma de fe. Porque realmente la justificación de la división de poderes es muy pobre por dos razones: en primer lugar, porque la Administración también forma parte del poder ejecutivo –pues si no estaríamos ante un nuevo poder que deberíamos llamar administrativo al que ningún teórico se ha referido nunca-, de modo que el argumento podría servir para eximir toda actuación administrativa de control judicial; y en segundo lugar, porque nuestra Constitución de 1978 no establece un sistema de separación de poderes estricto, sino que a semejanza de Alemania e Italia se establece un sistema de parlamentarismo racionalizado.

La debilidad teórica de la solución se ve agravada porque en la práctica supone una exención de control jurisdiccional, porque bien analizada la STC 83/2010, ¿qué fiscaliza el TC? Como no podía ser de otra forma al tratarse de un proceso de recurso de amparo, si el derecho fundamental invocado –en este caso el derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24- ha sido o no conculcado. No hay una auténtica fiscalización de la corrección de la actuación del Gobierno en sus elementos clave: no se cuestiona la concurrencia de los supuestos habilitantes, ni la adecuación de las medidas adoptadas, tanto desde el punto de vista de la proporcionalidad como el de su previsión en la Ley Orgánica 4/1981. Nos argüirán que al tener rango de ley, estas decisiones son susceptibles de enjuiciamiento a través del recurso de inconstitucionalidad. Pero podemos replicar que la admisión a trámite del recurso puede ser un mecanismo de control efectivo, por lo efímero de estos estados y teniendo en cuenta el art. 40.1 de la LOTC, ¿realmente la LOTC prevé un procedimiento que articule una respuesta a tiempo ante los posibles abusos de la declaración de un estado de necesidad? Y otra pregunta, ¿cuál es entonces el

³¹ En los antecedentes de la misma STC 83/2016 las alegaciones de la Fiscalía desarrollan con más brillantez la misma idea.

verdadero alcance y significado del art. 3.1 de la LO 4/1981?³² Si alguien considera suficiente este mecanismo de control del TC sólo se le puede responder que no hay peor ciego que el que no quiere ver.

En resumen, razones prácticas por la incidencia material en el sistema de fuentes obligan al TC a afirmar la naturaleza legislativa de la declaración de los estados. La solución no se puede negar que sea práctica y realista, pero el sentido común que la recorre no es la pureza dogmática que predica un García de Enterría (¿cómo la habría glosado el maestro si no hubiera abandonado poco antes este mundo?). El realismo al servicio de la casta y en detrimento de lo casto. Al final, aunque casi ningún constitucionalista se digne a reconocerlo, las tesis del viejo SCHMITT terminan imponiéndose, existe un ámbito de acción del poder público nada desdeñable que prácticamente no está sujeto a control. En este sentido, no han perdido vigencia las siguientes afirmaciones de la *Teología Política I*:

«La Constitución puede, a lo sumo, señalar quién está autorizado a actuar en tal caso. Si la actuación no está sometida a control alguno ni dividida entre diferentes poderes que se limitan y equilibran recíprocamente, como ocurre en la práctica del Estado de derecho, al punto se ve quién es el soberano. Él decide si el caso propuesto es o no de necesidad y qué debe suceder para dominar la situación. Cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida *in toto*. Dentro del moderno Estado de derecho se tiende a eliminar al soberano en este sentido. De ahí la trabazón lógica de las ideas de KRABBE y de KELSEN, que estudiaremos en el capítulo siguiente. Ahora bien, decidir si se puede o no eliminar el caso excepcional extremo no es un problema jurídico. Abrigar la esperanza de que algún día se llegará a suprimirlo es cosa que depende de las propias convicciones filosóficas, filosófico-históricas o metafísicas³³.»

³² Suponemos que podrá invocarse este precepto –complementado por los preceptos correspondientes de la Ley 29/1998- a efectos de control de actuaciones abusivas singulares como el desalojo de la Catedral de Granada, en cuanto que la celebración de ceremonias religiosas es una actividad permitida expresamente en el art. 11 del RD 463/2020, como no podía ser de otra forma, puesto que ya hemos señalado que conforme al art. 55.1 de la Constitución en el estado de alarma no cabe la suspensión de un derecho fundamental como es el de libertad religiosa y de culto ex art. 16.1 de la Constitución. Siendo evidente que se cumplía la condición de la «adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro», entendemos este control contra actuaciones o medidas concretas que no gozan de fuerza o rango de ley, por lo que creemos que no se puede confundir con la demanda de la congregación berlinesa de San Felipe Neri tuvo carácter general y ha sido respondida por un juez contencioso-administrativo. Salvando las distancias de ordenamientos jurídicos ligeramente distintos, este caso demuestra la ineficacia de los controles judiciales contra las declaraciones de situaciones de emergencia, ya que los organismos jurisdiccionales –ordinarios o constitucionales- se pliegan a la hora de la verdad al dictado del poder político, puesto que de nuevo es de destacar la pobreza de la argumentación del juez germano que salva la constitucionalidad de la declaración con argumentos peregrinos como la sustitución de las ceremonias presenciales por televisivas o telemática y, atención: ¡el carácter transitorio de la medida! Si el carácter transitorio de la medida fuese un argumento a favor de su constitucionalidad, cualquier medida adoptada sería constitucionalmente aceptable en los estados de excepcionalidad, pues por definición son temporales. Esta argumentación destruye todo límite a la actuación del Gobierno durante estos estados, abocando a una excepcionalidad configurada como dictadura comisaria con plenitud de poderes al modo de la República romana.

³³ SCHMITT, Carl: Op. cit., pág. 14.

En suma, sólo la tesis schmittiana sobre el estado de excepción como acto de soberanía puede explicar su especial régimen de control; lo que también nos lleva a aceptar como inevitable que junto a un defensor de la Constitución ordinario de naturaleza jurídica o jurisdiccional, debe existir un defensor político de la Constitución para situaciones extraordinarias. La controversia sobre el defensor de la Constitución debe resolverse mediante la complementariedad de las tesis de SCHMITT y KELSEN.

Nos permitiremos un breve excurso en esta materia para abordar el problema de los controles en la Administración local durante los estados de emergencia, sobre todo, respecto a la subsistencia de controles políticos. Consideramos que se trata de un excurso en cuanto que es una materia de legalidad ordinaria y no propiamente del Derecho constitucional de excepción, aunque no carece de relevancia constitucional en cuanto que afecta al derecho fundamental a la participación política a través de representantes electos ex art. 23.2 de la Constitución.

En primer lugar, afirmamos que como regla general se mantienen íntegramente los controles internos y externos, especialmente los jurisdiccionales. Sin embargo, en los casos en los que excepcionalmente proceda la actuación del alcalde en situaciones de emergencia conforme al art. 21.1.m) de la Ley 7/1985, sí puede admitirse que los controles internos puedan desaparecer o minorarse al poder prescindirse del procedimiento administrativo establecido. Esta grave consecuencia nos obliga, como ya señalamos anteriormente, a interpretar muy restrictivamente cuándo puede hacer uso el alcalde de estas atribuciones exorbitantes. Por otro lado, el art. 16 del Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, establece que los contratos directa o indirectamente relacionados con las medidas para hacer frente al COVID 19 se tramitarán por el procedimiento de emergencia. No debe considerarse que los contratos de emergencia son contratos que carecen de control administrativo, lo que articula la legislación contractual es la sustitución de los controles previos por controles a posteriori.

En segundo lugar, nos referiremos a los controles de naturaleza política. En primer término debemos recordar que el propio art. 21.1.m) de la Ley 7/1985 prescribía que el alcalde está obligado a dar cuenta al pleno inmediatamente de las medidas adoptadas en ejercicio de estas competencias extraordinarias. Y esto nos conduce al problema que ha suscitado mayores debates y tensiones en el ámbito de los profesionales de la Administración local. Una vez resuelta por vía legislativa -mediante la inclusión de un nuevo apartado tercero en el art. 46 de la Ley 7/1985- la polémica cuestión de la legalidad de las sesiones plenarias de forma telemática, el problema se encuentra en la suspensión de plazos administrativas decretado por la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, que parece imposibilitar toda convocatoria de pleno ordinario o extraordinario por no poder correr los dos días hábiles que deben mediar entre la convocatoria y la celebración. En esta tesis de suspensión fuerte sólo cabrían plenos extraordinarios y urgentes en los que la naturaleza de los asuntos a tratar es tal que se permite que entre la convocatoria y la celebración no medie ningún plazo administrativo. Existen también tesis de suspensión débil que consideran posible la celebración de sesiones extraordinarias para aquellos asuntos de interés general de forma que sería posible usar el levantamiento de la suspensión en los procedimientos que «sean indispensables para

la protección del interés general», excepción a la suspensión permitida por el apartado 4 de la Disposición adicional tercera. Sin embargo, en estas dos tesis se niegan la posibilidad de celebrar sesiones ordinarias, suprimiendo los principales mecanismos de control político de la gestión de los órganos de gobierno que la Ley 7/1985 que reconoce al pleno de la Corporación y que no por casualidad es la primera de la relación de competencias plenarias del art. 22.2. Y es que, aunque hay más mecanismos de control, el más importante es el que se realiza mediante la parte de control de las sesiones plenarias, en especial los ruegos y preguntas. Y es que todos los mecanismos alternativos de control político también se ven afectados por la suspensión de plazos, como puede ser la solicitud de acceso a expedientes (art. 77 Ley 7/1985) o la solicitud de convocatoria de sesiones extraordinarias por la cuarta parte de concejales (art. 46.2 Ley 7/1985).

Aunque no es la solución más difundida en el gremio, desde mi punto de vista, la mejor opción, por ser la más respetuosa con el derecho fundamental de participación política del art. 23.2 de la Constitución –que como tal no puede ser suspendido mediante el estado de alarma como se señaló en su momento-, es la admisión de la celebración de plenos ordinarios. El derecho de participación política, aunque es de configuración legal, debe servir como guía interpretativa de las normas a favor de la aquella interpretación más favorable a su efectividad. En consecuencia, una interpretación sistemática y teleológica nos lleva a entender que la posibilidad de levantamiento de la suspensión de plazos por razones de interés general no debe interpretarse como una posibilidad graciosa para que el alcalde decida a su libre arbitrio convocar o no sesiones ordinarias del pleno, sino que atendiendo a la posición de García de Enterría sobre el control de las potestades discrecionales, sólo cabe considerar como obligatoria la convocatoria de sesiones plenarias haciendo uso de la potestad de levantar la suspensión de plazos. Causa perplejidad que se considere que existen razones de interés general para levantar la suspensión de plazos para continuar la tramitación de licencias urbanísticas cuya concesión sólo beneficia a sus solicitantes y, sin embargo, se rechace la concurrencia de protección del interés general para que no resulte conculcado el derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos.

2.5 . Responsabilidad patrimonial

No quería desaprovechar la ocasión para dedicar una brevísima pincelada a la responsabilidad patrimonial, porque realmente la doctrina sobre la responsabilidad objetiva de la Administración que se ha llevado al extremo me parece una aberración a la que nos ha conducido ese puritanismo jurídico que lleva tiempo causando estragos en nuestra doctrina y jurisprudencia. Ese garantismo radicalizado que hace responsable al Estado de todos los males del mundo, es la traslación jurídica del otro gran problema de la teodicea: la existencia del mal en el mundo creado por Dios. Como los teólogos puritanos, los juristas puritanos responsabilizan a su Dios (Estado) de todos los males del mundo. La eliminación del libre albedrío, y por tanto, de la responsabilidad del hombre convierte a Dios en responsable de la existencia del mal. En consecuencia, el Leviatán en su versión cualificada de Estado social responsabilizado del bienestar de la sociedad debe ser responsable de todos los males que sucedan en dicha sociedad. La LO 4/1981 parece

admitir la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación desarrollada durante los estados de emergencia en regulación del art. 3.2:

«Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.»

Pero por el contrario, en la práctica, en los estados de emergencia la responsabilidad patrimonial de la Administración puede quedar suprimida por la exención de responsabilidad patrimonial en caso de concurrencia de fuerza mayor. En esta línea DOMÉNECH PASCUAL afirma lo siguiente:

«Este es el primero de los muchos y formidables obstáculos que los perjudicados por la crisis del COVID-19 van a tener que superar si pretenden que los Tribunales condenen al Estado a resarcir los daños sufridos. El artículo 32.1 de la LRJSP excluye la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos en los casos de fuerza mayor.

A los efectos de este artículo, por fuerza mayor podemos entender, con arreglo a una consolidada jurisprudencia, un suceso imprevisible o irresistible, provocado por una causa que escapa de la esfera de actuación del agente en cuestión (*vid.*, con abundantes citas, Sánchez Sáez (2009) y Conde Antequera (2015)]. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995 (rec. 303/1993), este concepto «*se define por dos notas fundamentales cuales son el ser una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus propios riesgos, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista*». En sentido similar, el artículo 34.1 *in fine* de la LRJSP dispone que «*no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*».

Esta exclusión de responsabilidad se justificaría por la razón de que, en tales escenarios, puede considerarse que los daños no han sido causados realmente por el funcionamiento de los servicios públicos, sino por el evento constitutivo de fuerza mayor. Carece de sentido hacer responder a las Administraciones públicas por daños que no podían haber evitado adoptando las debidas precauciones.

A nuestro juicio, la aparición del COVID-19 encaja en esa definición de fuerza mayor, en la medida en que esta enfermedad ha surgido por una causa extraña al funcionamiento de los servicios públicos españoles y, además, ha generado daños que ni siquiera adoptando las medidas de prevención exigibles se hubieran podido evitar. Así lo indica también el precedente sentado por la Audiencia Nacional en relación con los daños causados por la huelga de controladores aéreos y la reacción posterior del Gobierno, que decretó el estado de alarma y cerró el espacio aéreo en diciembre de 2010 (*vid.* las Sentencias 15 de abril de 2013, rec. 108/2012; 10 de julio de 2013, rec. 35/2013; 18 de septiembre de 2013, rec. 55/2013, y 7 de marzo de 2014, rec. 17/2013). La Audiencia

consideró que los hechos constituirían un supuesto de fuerza mayor y, por consiguiente, los daños no eran imputables a la Administración³⁴.»

No podemos compartir sin reservas la opinión de DOMÉNECH –que él mismo matiza en su propio trabajo-, principalmente por la razón de que es cuestionable que los diferentes poderes públicos hubiesen adoptado las medidas preventivas adecuadas y que el riesgo de pandemia hubiese sido conocido antes de que se hubieran adoptado medidas. De hecho, la admisión a trámite mediante Auto del Juzgado de Instrucción nº 51 de Madrid, de fecha 23 de marzo de 2020, de una denuncia contra diversas autoridades (pero de la que sólo tiene competencia el juzgado respecto al Subdelegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid) por la supuesta existencia de informes que advertían de los riesgos existentes en caso de celebración de las manifestaciones del 8 de marzo por lo menos deja abierta la posibilidad de que una actuación más diligente de las autoridades podría haber mitigado los efectos de la pandemia, con lo que la alegación de fuerza mayor como eximente de responsabilidad patrimonial no sería admisible en el marco de esa doctrina de responsabilidad objetiva a ultranza. Es muy probable que no tarden en formalizarse en España reclamaciones de responsabilidad como la reclamación colectiva que ya se ha formulado contra el estado federado del Tirolo en Austria. Sin embargo, siendo los caminos de nuestra jurisprudencia inescrutables, tendremos que esperar y glosar las sentencias que recaigan.

3. CONCLUSIONES

Damos fin a este breve ensayo; esta provocación al lector (secularizado) para que cuestione todos sus presupuestos mentales. Esperamos que el lector pueda apreciar ahora la profunda verdad con la que DONOSO CORTÉS da comienzo a su *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*: «cómo en toda gran cuestión política va envuelta siempre una gran cuestión teológica». En su defecto nos daríamos por satisfechos si al menos hemos conseguido desvelar algunos de los arcanos de la teoría constitucional a cuya tradición jurídica responde nuestra vigente Carta Magna.

4. BIBLIOGRAFÍA DESTACADA:

DONOSO CORTÉS, Juan:

- *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.
- *Contra el liberalismo*, Áltera, Madrid, 2014.

KELSEN, Hans:

- *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002.
- *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 2008.
- *Teoría pura del derecho*, Trotta, Madrid, 2011.

³⁴ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: *Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID 19*, El Cronista del Estado social y democrático de Derecho, nº 86-87, marzo-abril de 2020 pág.105.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm: *Más allá del bien y el mal*, Busma, Madrid, 1984.

SCHMITT, Carl:

- *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, Tecnos, Madrid, 2008.
- *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009.
- *Teología Política*, Trotta, Madrid, 2009.
- *La tiranía de los valores*, Comares, Granada, 2010.
- *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.
- *Posiciones ante el derecho*, Tecnos, Madrid, 2012.
- *Ensayos sobre la dictadura*, Tecnos, Madrid, 2013.

SHESTOV, Lev: *Atenas y Jerusalén*, Hermida Editores, Madrid, 2018.

UNAMUNO, Miguel de: *El Caballero de la Triste Figura*, Espasa-Calpe, Madrid, 1970.

WEBER, Max:

- *La ciencia como profesión/La política como profesión*, Austral, Madrid, 2007.
- *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Akal, Madrid, 2013.
- *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2014.