

ESTADOS DE EMERGENCIA Y CRISIS PANDÉMICA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Francesco Biagi*

*Profesor de Derecho Público Comparado
 Universidad de Bolonia
 Departamento de Estudios Jurídicos
francesco.biagi4@unibo.it*

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ESTADOS DE EMERGENCIA EN LAS CONSTITUCIONES MODERNAS: TENDENCIAS COMPARADAS. 2.1. ¿Quién tiene el poder de declarar y prorrogar el estado de emergencia?. 2.2. ¿Cuáles son las garantías contra los posibles abusos cometidos durante un estado de emergencia?. III. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES RELATIVO A LA REVISIÓN DE LA DECLARACIÓN Y PRÓRROGA DEL ESTADO DE EMERGENCIA. 3.1. Constituciones que no otorgan ningún papel al Tribunal Constitucional. 3.2. Constituciones que solo otorgan al Tribunal Constitucional un papel débil. 3.3. Constituciones que otorgan al Tribunal Constitucional un papel fuerte y activo. 3.4. Argumentos en contra y a favor de atribuir al Tribunal Constitucional la facultad de revisar la declaración y/o prórroga del estado de emergencia. IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES ESTATALES: UN ENFOQUE SOBRE LA CRISIS DE COVID-19. 4.1. El control formal/procedimental sobre las medidas de emergencia. 4.2. El control sustancial de las medidas de emergencia: sopesar los derechos fundamentales con los intereses del Estado (en particular, la salud pública). 4.3. El control sustancial de las medidas de emergencia (continuación): la necesidad de respetar el derecho internacional y supranacional de los derechos humanos. V. CONCLUSIONES FINALES.

 57

* Nuestro agradecimiento a Giovanni Boggero, Giacomo Delledonne, Josu de Miguel Bárcena, Javier Tajadura Tejada y a los dos evaluadores anónimos por sus valiosas aportaciones al borrador de este estudio.

RESUMEN

En este artículo se analiza el papel de los tribunales constitucionales durante los estados de emergencia desde una perspectiva comparada. El objetivo es comprender si, cómo y hasta qué punto estos órganos pueden ejercer un control efectivo sobre el poder ejecutivo, contribuyendo así a la protección contra el abuso de los poderes de emergencia. El ensayo estudia, en particular, la revisión por parte de los tribunales constitucionales de la declaración y prórroga del estado de emergencia, así como de las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales durante los periodos de crisis, centrándose en la pandemia COVID-19. El artículo sugiere que los tribunales constitucionales pueden representar un baluarte importante para la defensa de los principios del constitucionalismo en tiempos de emergencia.

Palabras clave:

Tribunales constitucionales, estados de emergencia, pandemia COVID-19, abuso de poderes, protección de los derechos fundamentales.

ABSTRACT

STATES OF EMERGENCY AND THE PANDEMIC CRISIS: SOME REMARKS ON THE ROLE PLAYED BY CONSTITUTIONAL COURTS

This article examines the role of constitutional courts in times of emergency from a comparative perspective. In particular, it aims at understanding if, how and to what extent these bodies can place effective checks on the executive branch, thus contributing to protecting against the abuse of emergency powers. The article discusses the constitutional courts' review of the declaration and extension of the state of emergency, as well as the review of the emergency measures adopted by state authorities during periods of crisis, with a focus on the COVID-19 pandemic. The article suggests that constitutional courts can represent an important bulwark for the defence of the principles of constitutionalism in times of emergency.

58

Key Words:

Constitutional courts, states of emergency, COVID-19 pandemic, abuse of powers, protection of fundamental rights.

I. INTRODUCCIÓN.

En este artículo analizamos el papel de los tribunales constitucionales durante los estados de emergencia desde una perspectiva comparada. El objetivo es comprender si, cómo y hasta qué punto estos órganos pueden ejercer un control efectivo sobre el poder ejecutivo, contribuyendo así a la protección contra el abuso de los poderes de emergencia. Primero ofreceremos una visión general de cómo las constituciones modernas regulan los estados de emergencia. Más concretamente, nos centramos en las instituciones encargadas de declarar y prorrogar el estado de emergencia, así como en el análisis de las garantías procedimentales, temporales y sustanciales contra los posibles abusos cometidos durante estos tiempos de crisis. En la segunda parte del artículo, examinamos el papel que desempeñan los tribunales constitucionales en la revisión de la *declaración y prórroga* del estado de emergencia, evidenciando que en la mayoría de los casos estos órganos no ejercen ningún papel, en algunos casos ejercen un papel débil, y en otros casos ejercen un papel fuerte y activo. En este apartado también trataremos los argumentos a favor y en contra de conferir a los tribunales constitucionales la facultad de revisar la declaración y/o prórroga de dicho estado. En la tercera parte del artículo, analizamos el papel de los tribunales constitucionales relativo al control de las *medidas de emergencia* adoptadas por las autoridades estatales en tiempos de crisis, argumentando que estos órganos tienen el potencial de ser eficaces defensores de los principios del constitucionalismo. En particular, nos centramos en la pandemia COVID-19, evidenciando que en algunos casos los tribunales constitucionales han mostrado un grado excesivo de deferencia hacia el poder ejecutivo, pero en muchas otras circunstancias, al llevar a cabo un control tanto formal/procedimental como sustancial de las medidas de emergencia, han ejercido una función de vigilancia sobre la acción del ejecutivo, asegurando la proporcionalidad de las restricciones de los derechos. Por último, expondremos algunas observaciones finales.

II. LOS ESTADOS DE EMERGENCIA EN LAS CONSTITUCIONES MODERNAS: TENDENCIAS COMPARADAS.

El estado de emergencia puede describirse como “una categoría paraguas que abarca acontecimientos extraordinarios que pueden ejercer una presión anómala sobre el funcionamiento ordinario de una constitución”.¹ Estas situaciones varían enormemente, e incluyen acontecimientos como guerras, invasiones, secesiones, agitación interna, terrorismo, catástrofes naturales (terremotos, inundaciones o pandemias), así como crisis económicas y financieras.

Las constituciones suelen contener disposiciones relativas al estado de emergencia. Por un lado, algunos textos constitucionales solo incluyen algunas referencias a esta situación. La Constitución de los Estados Unidos de 1787, por ejemplo, solo contiene una prescripción clara para las emergencias, a saber, la sección 9 del artículo 1: “El privilegio del habeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión”. En cambio, otras constituciones son más contundentes a la hora de regular estas circunstancias extraordinarias.² El conocido artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919, por ejemplo, regulaba con más detalle cómo debía actuar el Estado cuando “la seguridad y el orden público” estuvieran “gravemente amenazados o perturbados”.³ En la actualidad, muchas constituciones (como las de Alemania, España y Colombia, por citar algunas) contienen un conjunto detallado de prescripciones para la

1 G. DELLEDONNE, «History and Concepts of Emergency», en R. Grote, F. Lachenmann, y R. Wolfrum (coords.), *The Max Planck Encyclopaedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 2.

2 Para un análisis comparado acerca de cómo se regulan los estados de emergencia, véase J. FERREJOHN, y P. PASQUINO, «The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 2, 2004, pp. 210 ss.; A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 301 ss.; D. DYZENHAUS, «States of Emergency», en M. Rosenfeld, y A. Sajó, (coords.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 442 ss.

3 Sobre el artículo 48 y el papel del presidente del Reich, véase J. DE MIGUEL BÁRCENA, y J. TAJADURA TEJADA, *Kelsen versus Schmitt: Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar Editor, Madrid, 2018, pp. 245 ss.

respuesta de las autoridades estatales ante una emergencia. Está claro que hoy en día la *constitucionalización* del estado de emergencia se ha convertido en la norma, mientras que las constituciones que no contienen ninguna disposición relativa a dicho estado (como por ejemplo la Constitución de Italia de 1948, que solo regula la declaración de guerra)⁴ representan la excepción. De hecho, según un reciente estudio cuantitativo, nueve de cada diez constituciones actualmente en vigor contienen disposiciones centradas en el estado de emergencia.⁵

No obstante, hay que señalar que, además de los estados de emergencia regulados por la constitución, algunos países prevén incluso regímenes de emergencia específicos regulados a nivel legislativo. El caso de Francia es emblemático. De hecho, la Constitución de 1958 prevé el estado de excepción (art. 16) y el estado de sitio (art. 36), mientras que el estado de emergencia (*état d'urgence*) – en el que las autoridades francesas, hasta el momento, más han confiado en tiempos de crisis – está regulado por la Ley 55-385 de 3 de abril de 1955. Además, tras el estallido de la pandemia COVID-19, el Gobierno francés, en lugar de recurrir a uno de estos regímenes de emergencia, ha preferido adoptar una ley *ad hoc*, a saber, la Ley 2020-290, de 23 de marzo de 2020, sobre el estado de emergencia sanitaria (*état d'urgence sanitaire*).⁶

2.1. ¿Quién tiene el poder de declarar y prorrogar el estado de emergencia?

Un análisis comparado de las constituciones modernas muestra que, en lo que respecta a la facultad de declarar y prorrogar el estado de emergencia, se pueden identificar tres modelos: el modelo “unilateral”, el modelo “bilateral” y el modelo “participativo”.

En el modelo “unilateral”, únicamente una persona/institución – normalmente el ejecutivo (el presidente de la República, el Rey, el Gobierno...) – tiene la facultad de declarar y prorrogar el estado de emergencia, mientras que el papel que desempeñan otras instituciones es inexistente o muy limitado. Así ocurría en el norte de África y en Oriente Medio antes de la “Primavera Árabe”, donde la declaración unilateral del estado de emergencia por parte del jefe del Estado (Rey o presidente) era muy frecuente. El papel desempeñado por el Parlamento era extremadamente limitado, y el poder judicial estaba completamente excluido. Basta con considerar la Constitución siria de 1973, que establecía que “el presidente de la República puede declarar y poner fin al estado de emergencia en la forma prevista en la ley” (art. 101), y que “en caso de peligro grave o de situación que amenace la unidad nacional o la seguridad e independencia de la patria o que impida a las instituciones del Estado cumplir con sus responsabilidades constitucionales, el presidente de la República puede tomar las medidas inmediatas que exijan estas circunstancias” (art. 113). Tras las revueltas árabes, algunos países (por ejemplo, Túnez, como se verá más adelante) han implicado, además de al jefe del Estado, a otros poderes del Estado en el proceso que conduce a la declaración y/o prórroga del estado de emergencia (el Parlamento y/o el poder judicial), introduciendo así un modelo “bilateral” o “participativo”. Sin embargo, otros países – como Siria y Jordania – han mantenido el modelo “unilateral”.⁷

En el modelo “bilateral”, la decisión de declarar y/o prorrogar el estado de emergencia implica a dos poderes del Estado, el ejecutivo y el legislativo. Normalmente, el primero es el que declara el estado de emergencia, mientras que el segundo tiene que aprobar dicha declaración y/o su prórroga. La Constitución española de 1978, por ejemplo, regula tres situaciones de emergencia: el estado de alarma, el estado de

4 Sin embargo, debe subrayarse que la Constitución italiana estipula que “en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia” el Gobierno puede adoptar decretos con fuerza de ley (*decreti legge*) (Art. 77). Sobre el régimen de emergencia en Italia, véase P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna, 2006; G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016.

5 Véase C. BJØRNSKOV, y S. VOIGT, «The Architecture of Emergency Constitutions», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, n° 1, 2018, pp. 101 ss.

6 Sobre el hecho de que para hacer frente a la crisis de la pandemia algunos países han preferido adoptar leyes de emergencia *ad hoc*, o modificar las existentes, véase A. VEDASCHI, «Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato», *DPCE online*, n° 2, 2020, pp. 1463 ss. y 1485 ss.

7 Véase F. BIAGI, «The Separation of Powers and Forms of Government in the MENA Region Following the “Arab Spring”: A Break with the Past?», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° 2, 2018, pp. 397-400.

excepción y el estado de sitio. Para declarar y/o prorrogar cada uno de estos estados, tanto el Gobierno como el Congreso desempeñan un papel fundamental (art. 116).⁸ El estado de alarma, por ejemplo, es declarado “por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo” (Art. 116(2)).⁹ Incluso en Egipto, el ejecutivo y el legislativo participan en el proceso de declaración y prórroga del estado de emergencia. De hecho, según la Constitución de 2014, la proclamación del estado de emergencia por parte del presidente debe ser confirmada por el Parlamento, y este también es responsable de aprobar su prórroga (art. 154).

Por último, en el modelo “participativo”, además de los poderes ejecutivo y legislativo, también los tribunales – a menudo incluso los tribunales constitucionales – participan en el proceso de declaración y/o prórroga del estado de emergencia, ya que se les confiere la tarea de revisar la declaración y/o prórroga de este estado. Este modelo (que se analizará con más detalle en el apartado 3.3.) es el más reciente, y se puede encontrar en países como Colombia, Sudáfrica, Francia y Túnez. Como se verá más adelante, el modelo “participativo” parece ofrecer las garantías más eficaces contra el abuso de los poderes de emergencia.

2.2. ¿Cuáles son las garantías contra los posibles abusos cometidos durante un estado de emergencia?

Las constituciones modernas suelen prever diferentes garantías contra los posibles abusos cometidos por el ejecutivo durante un estado de emergencia, a saber, garantías procedimentales, temporales y sustanciales.

En cuanto a las *garantías procedimentales*, algunas constituciones estipulan que el Parlamento no puede ser disuelto durante un estado de emergencia (por ejemplo, en Francia, Túnez, Alemania y Marruecos). Esta garantía es muy importante por, al menos, dos razones. En primer lugar, el Parlamento es tradicionalmente la institución representativa por excelencia, que debe ser protegida especialmente en tiempos de emergencia. En segundo lugar, el Parlamento no solo es el órgano más importante encargado de adoptar los actos legislativos, sino que también representa – junto con el poder judicial – un “centro de resistencia potencial”¹⁰ al poder ejecutivo. En otras palabras, el Parlamento debe mantener siempre bajo control las acciones del poder gobernante, incluso durante una emergencia. Es significativo, por ejemplo, que en algunos países (como Francia y Túnez) el Parlamento juega un papel clave en la destitución del presidente de la República.

Otra importante garantía procedimental se refiere al funcionamiento de los tribunales constitucionales. El artículo 115G de la Ley Fundamental alemana, por ejemplo, establece que durante un estado de defensa “no podrá ser menoscabada la posición constitucional y el cumplimiento de las tareas constitucionales del Tribunal Constitucional Federal ni de sus jueces”.

Otro ejemplo de garantía procedimental consiste en exigir un consenso más amplio del Parlamento cuando se renueva el estado de emergencia. En Sudáfrica, por ejemplo, la Constitución de 1996 estipula que “[...] La primera prórroga del estado de emergencia deberá realizarse mediante una resolución adoptada con el voto favorable de la mayoría de los miembros de la Asamblea. Toda prórroga posterior deberá realizarse mediante una resolución adoptada con el voto favorable de al menos el 60% de los miembros de la Asamblea [...]” (Art. 37(2)(b)). Un requisito similar se encuentra también, por ejemplo, en la Constitución egipcia

8 Véase F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, n° 11, 1981, pp. 83 ss.; J. M. LAFUENTE BALLE, «Los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, n° 31, 1990, pp. 27 ss.

9 Véase C. VIDAL PRADO, y D. DELGADO RAMOS, «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», *Revista española de derecho constitucional*, n° 92, 2011, pp. 243 ss.; V. PIERGIGLI, «L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell' *estado de alarma*. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti», *DPCE online*, n° 2, 2020, pp. 1533 ss.

10 G. BOGNETTI, *Dividing Powers. A Theory of the Separation of Powers*, edición en inglés de A. Baraggia y L. P. Vanoni, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2017, pp. 62.

(Art. 154 Const.). Este mecanismo recuerda la teoría de la “*supermajoritarian escalator*” de Bruce Ackerman,¹¹ según la cual se requiere un consenso más amplio del Parlamento para cada prórroga de un estado de emergencia, lo que aumenta progresivamente el poder de la oposición para poner fin a la emergencia si fuera necesario.¹²

En cuanto a las *garantías temporales*, hay que destacar que varias constituciones estipulan claramente los plazos de duración y prórroga de un estado de emergencia. En algunos casos, sin embargo, esta limitación temporal ha demostrado no ser efectiva y, por tanto, no ha impedido que los estados de emergencia duren indefinidamente. En Egipto, por ejemplo, la Constitución de 2014 dispone que la declaración presidencial del estado de emergencia se establece por un periodo determinado que no excede de tres meses, que solo puede ser prorrogado por otro periodo similar previa aprobación del Parlamento (art. 154). Sin embargo, el presidente Abdel Fattah al-Sisi ha superado este obstáculo fácilmente al volver a declarar el estado de emergencia unos días después de que expirara el periodo de emergencia.¹³ Declarado por primera vez en abril de 2017, el estado de emergencia en Egipto se ha renovado continuamente hasta octubre de 2021.

En cuanto a las *garantías sustanciales*, algunas constituciones prohíben la adopción de reformas constitucionales durante un estado de emergencia (por ejemplo, Francia, España y Brasil). Modificar la constitución durante un periodo en el que el poder está más concentrado en manos de una sola persona/institución aumenta considerablemente las posibilidades de que se produzcan modificaciones unilaterales. Además, estas circunstancias extraordinarias suelen impedir o reducir drásticamente la implicación y la participación activa de la sociedad civil en el proceso de reforma constitucional.¹⁴

Otra garantía sustancial muy importante se refiere a la protección de los derechos y libertades fundamentales. Algunas constituciones estipulan que durante un estado de emergencia solo se pueden suspender o limitar *determinados derechos*. Por ejemplo, la Constitución de Ecuador de 2008 establece que “durante el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información [...]” (Art. 165). Algunas constituciones indican el *tipo de restricciones* que pueden imponerse a los derechos fundamentales durante un estado de emergencia. Por ejemplo, el artículo 111 de la Ley Fundamental palestina de 2003 establece que “no se permite imponer restricciones a los derechos y libertades fundamentales al declarar el estado de emergencia, salvo en la medida necesaria para cumplir el objetivo indicado en el decreto por el que se declara el estado de emergencia”. Además, algunas constituciones estipulan que el *núcleo*, el *contenido esencial* de los derechos fundamentales debe preservarse siempre, incluso en circunstancias extraordinarias. Probablemente el ejemplo más famoso es el de la Constitución alemana de 1949, que estipula que “*en ningún caso* un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial” (art. 19(2)) (énfasis añadido).

62

III. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES RELATIVO A LA REVISIÓN DE LA DECLARACIÓN Y PRÓRROGA DEL ESTADO DE EMERGENCIA.

Al analizar el papel que desempeñan los tribunales constitucionales en tiempos de emergencia, es importante establecer una distinción entre la revisión de la *declaración y prórroga* del estado de emergencia, por un lado, y la revisión de las *medidas de emergencia* adoptadas por las autoridades estatales durante este

11 B. ACKERMAN, «The Emergency Constitution», *The Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1047 ss.

12 Véase también E. BULMER, *Emergency Powers*, International IDEA, 2018, p. 19, <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/emergency-powers-primer.pdf>

13 Véase Y. AUF, «The State of Emergency in Egypt: An Exception or Rule?», *Atlantic Council*, 2 febrero 2018, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/the-state-of-emergency-in-egypt-an-exception-or-rule/>

14 De forma más general, sobre la compleja relación entre los estados de emergencia y las reformas constitucionales, véase G. DELLEDONNE, «Crises, Emergencies and Constitutional Change», en X. Contiades, y A. Fotiadou (coords.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, Routledge, London, 2020, pp. 245 ss.

período, por otro. Mientras que esta última es extremadamente común y parece representar la norma desde una perspectiva comparada, la primera, por el contrario, solo se reconoce expresamente en unas pocas constituciones. De hecho, cuando se trata de la revisión por parte de los tribunales constitucionales de la declaración y prórroga del estado de emergencia, se puede observar que en la gran mayoría de los casos las constituciones modernas no otorgan ningún papel a estos órganos (apartado 3.1.); en unos casos solo les conceden un papel débil (apartado 3.2.); y en otros casos les confieren un papel fuerte y activo (apartado 3.3.).

3.1. Constituciones que no otorgan ningún papel al Tribunal Constitucional

La mayoría de las constituciones modernas no otorgan (al menos explícitamente) ningún papel ni a los tribunales ordinarios, ni a los tribunales constitucionales en el proceso que lleva a la declaración y/o extensión del estado de emergencia. Este silencio ha sido interpretado normalmente por los tribunales como una prohibición de llevar a cabo un control judicial. En algunos casos, la declaración del estado de emergencia ha sido considerada como un acto *político* y, por lo tanto, fuera del ámbito de la revisión judicial. Por ejemplo, en una sentencia dictada el 3 de abril de 1976, el Tribunal Supremo de Egipto argumentó que no podía controlar la declaración de un estado de emergencia ya que este era un “acto de soberanía” (en árabe, *a'mal al-siyada*), es decir, un acto del poder ejecutivo que queda fuera de la jurisdicción del poder judicial. No es una coincidencia que la “doctrina de los actos de soberanía”,¹⁵ bastante común en el mundo árabe, recuerde claramente a la *political question doctrine* típica de Estados Unidos.

También conviene recordar el caso de Malasia, donde la Constitución de 1957 prohíbe *expresamente* la revisión judicial. De hecho, el apartado 8 del artículo 150 de la Constitución de 1957 estipula que “ningún tribunal será competente para conocer o resolver ninguna solicitud, cuestión o procedimiento, cualquiera que sea su forma, sobre la validez de una Proclamación [de Emergencia]” (énfasis añadido).

En algunos países, sin embargo, el silencio de la Constitución no ha impedido que el tribunal constitucional se declare competente para revisar la constitucionalidad de la declaración y prórroga del estado de emergencia. En una importante sentencia, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha establecido que “todos los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de cada uno de los tres estados de excepción ex art. 116 CE quedan sometidos, en razón de su condición de actos y disposiciones con fuerza o rango de ley, a un mismo régimen de control jurisdiccional ante este Tribunal”.¹⁶ El problema, sin embargo, es la lentitud en la respuesta que erosiona la efectividad del control. Por ejemplo, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox contra el Real Decreto n° 463/2020, de 14 de marzo, por el que fue declarado el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional solamente más de un año después a través de la sentencia 148/2021 de 14 de julio de 2021.¹⁷ Como bien ha explicado Manuel Aragón Reyes, para que este control jurisdiccional sea eficaz, “una fórmula útil sería la de atribuir al Tribunal Constitucional el conocimiento de un nuevo proceso para añadirlo a los que ahora tiene (los del recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, cuya larga sustanciación e ineludible tardía resolución pueden restar eficacia al control). Se trataría de establecer una vía sumaria y urgente de recurso frente los decretos de declaración y prórroga que permitiese, en muy pocos días desde la impugnación, que el Tribunal Constitucional pudiera dictar sentencia”.¹⁸

15 Véase M. M. ABOUELENEN, «Judges and Acts of Sovereignty», en N. Bernard-Maugiron (coord.), *Judges and Political Reform in Egypt*, The American University in Cairo Press, Cairo – New York, 2008, pp. 181 ss.

16 Sentencia 83/2016, fundamento jurídico n° 11.

17 Sobre esta sentencia véase más en detalle el apartado 4.2.

18 M. ARAGÓN REYES, «Epílogo», en P. Biglino Campos, y J. F. Durán Alba (coords.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional. Estudios sobre la primera oleada*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, pp. 16-17.

3.2. Constituciones que solo otorgan al Tribunal Constitucional un papel débil

Algunas constituciones solo otorgan un papel débil al tribunal constitucional en el proceso que conduce a la declaración y/o prórroga del estado de emergencia. Esto sucede cuando la constitución establece que antes de declarar el estado de excepción, el jefe de Estado tiene que *consultar* al tribunal constitucional. Este era el caso, por ejemplo, de Francia antes de la reforma constitucional de 2008 (véase con más detalle el apartado 3.3). Otro ejemplo es el de Marruecos, donde la Constitución de 2011 establece que “[...] el Rey, *previa consulta* al jefe de Gobierno, al presidente de la Cámara de Representantes, al presidente de la Cámara de Consejeros, así como al *presidente del Tribunal Constitucional*, [...] puede proclamar por Dahir el estado de excepción [...]” (art. 59) (énfasis añadido). Asimismo, la Constitución de Argelia de 1996 (modificada en 2020) establece que “el presidente de la República proclamará el estado de excepción [...]. Dicha medida se adoptará *previa consulta* al presidente del Consejo de la Nación, al presidente de la Asamblea Nacional Popular y al *presidente del Tribunal Constitucional* [...]” (Art. 98) (énfasis añadido).

Estos ejemplos muestran una débil implicación del tribunal constitucional, ya que los dictámenes emitidos por este órgano (o por el presidente del mismo) *no son vinculantes* y, por lo tanto, el jefe del Estado es libre de ignorarlos.

3.3. Constituciones que otorgan al Tribunal Constitucional un papel fuerte y activo

En el marco del modelo “participativo” descrito anteriormente (apartado 2.1.), además de los poderes ejecutivo y legislativo, también los tribunales – a menudo incluso los tribunales constitucionales – participan en el proceso que lleva a la declaración y/o prórroga del estado de emergencia, ya que están investidos de la tarea de *revisar la constitucionalidad* de la declaración y/o prórroga de dicho estado. Esto significa que el tribunal constitucional está facultado para *invalidar* un decreto de proclamación del estado de emergencia. Esto es precisamente lo que ocurre, por ejemplo, en Colombia, donde la Constitución de 1991 establece que el Gobierno debe presentar a la Corte Constitucional los decretos de proclamación del estado de emergencia al día siguiente de su promulgación, para que la Corte decida sobre su constitucionalidad. En caso de que el Gobierno no lo haga, la Corte está facultada para revisarlos automáticamente (arts. 214(6) y 215). Los jueces constitucionales se han tomado muy en serio esta responsabilidad: entre 1991 y 2011 el ejecutivo ha emitido veinticinco decretos sobre el estado de emergencia, siete de los cuales han sido anulados por la Corte por motivos tanto formales como de fondo.¹⁹ La Corte ha afirmado en repetidas ocasiones que el presidente únicamente puede declarar un estado de excepción cuando se han cumplido objetivamente los requisitos fácticos precisos señalados por la Constitución.²⁰ En la sentencia C-466 de 1995, por ejemplo, la Corte invalidó un decreto que declaraba el estado de conmoción interior. La Corte afirmó que como los hechos de violencia ocurridos en Colombia a mediados de los años 90 no tenían “el carácter de coyunturales, transitorios ni excepcionales” sino que reflejaban “patologías arraigadas”, no había razón para darles un tratamiento especial. En la sentencia C-122 de 1997, la Corte anuló un decreto que declaraba el estado de emergencia económica. En este caso, la Corte observó que la crisis económica en la que se encontraba la nación era totalmente previsible, y que la adopción de medidas ordinarias habría sido suficiente para hacer frente a la crisis. Este control *material* sobre la declaración del estado de emergencia ejercido por la Corte Constitucional ha sido muy importante para reducir el estado de emergencia permanente en el que se encontraba el país: de hecho, “el tiempo que los colombianos vivieron bajo un régimen de emergencia pasó del 80% en los años 80 a menos del 20% en los años 90”.²¹ En otras palabras, la Corte Constitucional

19 Véase A. KATZ, *Taming the Prince: The Colombian Constitutional Court and Rights Review of Executive Emergency Power*, p. 15, artículo presentado en la mesa redonda de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional sobre «*Constitutional Adjudication: Traditions and Horizons*», Roma, 5-6 mayo 2017.

20 Véase M. J. CEPEDA-ESPINOSA, «Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court», *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, 2004, p. 632.

21 R. UPRIMNY, *The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia*, 2005, p. 21, <https://www.>

colombiana contribuyó a resolver el problema – magistralmente analizado por Giorgio Agamben – de la “normalización de la excepción”.²²

Durante la década de 1990, incluso la Sudáfrica posterior al *apartheid* decidió otorgar un papel clave a los tribunales – incluido el Tribunal Constitucional – en tiempos de emergencia. De hecho, el apartado 3 del artículo 37 de la Constitución de 1996 establece que “cualquier tribunal competente puede decidir sobre la validez de: a) una declaración de estado de emergencia; b) cualquier prórroga de una declaración de estado de emergencia; c) cualquier ley u otra medida adoptada como consecuencia de una declaración de estado de emergencia”. Cabe señalar que el sistema de garantías muy detallado que establece la Constitución sudafricana en materia de estados de emergencia está claramente destinado a evitar que se repitan los abusos de los poderes de emergencia cometidos durante la época del *apartheid*.

El caso de Francia es especialmente interesante. Este país se ha caracterizado durante mucho tiempo por el modelo “unilateral” que se ha descrito anteriormente (apartado 2.1.), ya que el artículo 16 de la Constitución de 1958 otorgaba al presidente de la República la facultad exclusiva de declarar el estado de excepción “cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave e inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido”. El presidente solo estaba obligado a *consultar* a determinados actores institucionales, como el Primer Ministro, los presidentes de las dos Cámaras del Parlamento y el Consejo Constitucional, pero sus opiniones *no eran vinculantes*. La autoridad exclusiva del presidente para declarar el estado de excepción se confirmó en el famoso *arrêt “Rubin de Servens”* del 2 de marzo de 1962, en el que el Consejo de Estado argumentó que esta decisión del presidente era un “*acte de gouvernement*” que no podía ser objeto de recurso.²³

Este sistema “unilateral” ha cambiado radicalmente tras la aprobación de la reforma constitucional de 2008. De hecho, para contrarrestar el predominio del ejecutivo en la declaración del estado de excepción, se ha añadido un nuevo apartado al artículo 16, que establece que treinta días después del ejercicio de los poderes excepcionales, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Senado, sesenta miembros de la Asamblea Nacional o sesenta senadores pueden dirigirse al Consejo Constitucional con el fin de verificar si las circunstancias siguen siendo excepcionales. El Consejo debe pronunciarse lo antes posible. Además, sesenta días después del ejercicio de los poderes excepcionales o en cualquier momento posterior, el Consejo procede de pleno derecho a revisar las circunstancias y toma una decisión. Así pues, la reforma constitucional de 2008 ha transformado radicalmente el proceso de declaración del estado de excepción, convirtiendo al Consejo Constitucional en uno de los actores clave.

No obstante, cabe señalar que el artículo 16 de la Constitución francesa solo se ha aplicado hasta ahora en una circunstancia, a saber, tras el intento de golpe de Estado en Argel (del 23 de abril al 29 de septiembre de 1961). En todos los demás casos, las autoridades francesas han preferido recurrir a los regímenes de emergencia regulados a nivel legislativo, a saber, la Ley 55-385 de 3 de abril de 1955 sobre el *état d’urgence* (que puede ser declarado por el Consejo de Ministros en caso de peligro inminente que pueda obstaculizar gravemente el orden público, o en caso de catástrofe pública), y la Ley 2020-290, de 23 de marzo de 2020, sobre el *état d’urgence sanitaire* (que puede ser declarado por el Consejo de Ministros, previo informe del Ministro de Sanidad, en caso de un desastre sanitario que ponga en peligro la salud de la población por su naturaleza y gravedad). A diferencia del “nuevo” artículo 16 de la Constitución, estas leyes no prevén ninguna forma de control por parte del Consejo Constitucional sobre la declaración y prórroga del régimen de emergencia.

En Túnez, la Asamblea Constituyente se ha basado ampliamente en el modelo francés posterior a 2008 y, de hecho, el artículo 80 de la Constitución de 2014 es muy similar al “nuevo” artículo 16 de la Constitución francesa. El artículo 80 identifica las condiciones en las que se puede declarar el estado de excepción y establece que el presidente de la República solo puede declarar dicho estado tras consultar al

dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_26.pdf

22 G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer. Vol. II.1*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 9 ss.

23 Véase S. PLATON, «Vider l’article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l’état de droit contemporain?», *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/5 (HS n° 2), p. 101.

jefe de Gobierno y al presidente del Parlamento, y tras informar al presidente del Tribunal Constitucional. Además, treinta días después de la entrada en vigor de las medidas excepcionales, y en cualquier momento posterior, el presidente del Parlamento o treinta de sus miembros pueden dirigirse al Tribunal Constitucional con el fin de verificar si las circunstancias siguen siendo excepcionales.

Sin embargo, casi ocho años después de la promulgación de la Constitución de 2014, el Tribunal Constitucional todavía no ha sido establecido. Las implicaciones prácticas de la falta de establecimiento de este órgano son evidentes. En julio de 2021, el Presidente de la República Kaïs Saïed ha declarado el estado de excepción, destituyendo al jefe de Gobierno y suspendiendo las actividades del Parlamento. Además, en septiembre del mismo año ha adoptado un decreto presidencial con el que ha instaurado un régimen hiperpresidencial caracterizado por una excesiva concentración de poderes en las manos del presidente. Como el Parlamento ha sido “congelado” y el Tribunal Constitucional todavía no ha sido establecido, la duración de este estado de excepción depende enteramente de la discreción de Saïed.²⁴

3.4. Argumentos en contra y a favor de atribuir al Tribunal Constitucional la facultad de revisar la declaración y/o prórroga del estado de emergencia

Como ha señalado la Comisión de Venecia, “no existe un acuerdo general sobre la idoneidad de la revisión judicial de la declaración de emergencia. Debido a su naturaleza política, la justiciabilidad de una declaración de emergencia presenta cuestiones y problemas especiales y complicados. Hay quienes dicen que no debería haber ningún control por parte del poder judicial y otros que afirman que un cierto control sería conveniente”.²⁵

Uno de los argumentos en contra de conceder al tribunal constitucional la facultad de revisar la declaración y prórroga del estado de emergencia está estrictamente relacionado con la teoría del estado de excepción de Carl Schmitt. Como se sabe, de acuerdo con el teórico del derecho alemán “el soberano es quien decide sobre el estado de excepción”. Esto significa que la decisión de asumir los poderes de emergencia, la naturaleza y el alcance de dichos poderes y su duración es una *decisión política* que depende exclusivamente del presidente (jefe de Estado). De hecho, el soberano decide si existe una emergencia extrema, así como lo que debe hacerse para eliminarla. Además, según Schmitt durante una emergencia el derecho está suspendido, incluidos todos los mecanismos de frenos y contrapesos, para garantizar la supervivencia de la nación. Su punto central es que todas las decisiones relativas a los poderes de emergencia son de naturaleza política y, por tanto, en estas circunstancias el derecho cede ante la política.²⁶ Es evidente que, si se adopta el punto de vista de Schmitt, el tribunal constitucional no puede desempeñar ningún papel cuando se trata de la declaración y prórroga del estado de emergencia.

Sin embargo, en realidad este argumento puede cuestionarse haciendo hincapié en el hecho de que a los tribunales constitucionales se les pide muy a menudo que intervengan en cuestiones “políticas”. Por ejemplo, en varios países tienen que resolver disputas electorales, decidir sobre la destitución del presidente de la República, resolver conflictos entre los poderes del Estado (por ejemplo, entre el presidente y el primer ministro),²⁷ así como revisar la constitucionalidad de leyes altamente “políticas”, como las leyes electorales. Por lo tanto, revisar la declaración y prórroga de un estado de emergencia sería sin duda una tarea delicada, pero no lo sería más que una de las *muchas* decisiones con “carga política” que tendrían que tomar los tribunales constitucionales. Además, hay que tener en cuenta que la composición y la justificación

24 Véase F. BIAGI, «Tunisia: stato di eccezione, concentrazione dei poteri e rischio di deriva illiberale», *Quaderni costituzionali*, n° 4, 2021 (en prensa).

25 COMISIÓN DE VENECIA, *Emergency Powers*, 1995, p. 26, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1995\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1995)012-e)

26 Véase C. SCHMITT, «Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía» (obra original de 1922), en C. Schmitt, *Teología política*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 13 ss.

27 Sobre estas funciones auxiliares de los tribunales constitucionales véase T. GINSBURG, y Z. ELKINS, «Ancillary Powers of Constitutional Courts», *Texas Law Review*, vol. 87, 2008, pp. 1431 ss.; A. VEDASCHI, «La giustizia costituzionale», en P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (coords.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 1120 ss.

de la designación de los miembros de los tribunales constitucionales suele ser no solo técnica, sino también política. Gracias a esta combinación de “conocimientos jurídicos y pericia política”²⁸ estos órganos no parecen adolecer de ninguna carencia para pronunciarse sobre estas cuestiones “políticas”.

Otro argumento en contra de atribuir al tribunal constitucional la facultad de revisar la declaración y prórroga del estado de emergencia es que, al obligar a esta institución a tomar una decisión que tiene un carácter altamente político, su imagen de órgano técnico, neutral e independiente podría verse socavada. Este hecho también podría tener un impacto negativo en la legitimidad del tribunal. Aunque se trata de un riesgo grave y concreto, no parece que sea una consecuencia inevitable. En Colombia, por ejemplo, las decisiones de la Corte Constitucional que invalidaban los decretos que proclamaban el estado de excepción fueron muy controvertidas (incluso entre los magistrados de la Corte): “algunos afirmaron que era una decisión embarazosa para la Corte, otros temían que el gobierno careciera de medios para hacer cumplir esas sentencias y luchar contra la violencia, mientras que otros sostenían que la Corte había invadido las competencias del presidente. *A pesar de las críticas, las decisiones fueron aceptadas y respetadas por el gobierno, lo que sin duda fue una de las razones por las que la Corte tuvo tanto éxito en los años posteriores.*”²⁹ (énfasis añadido).”

En otras palabras, el control sustancial (y no solo formal) ejercido por la Corte Constitucional colombiana sobre las declaraciones de estado de emergencia no solo contribuyó a reducir los riesgos relacionados con el abuso de los poderes de excepción por parte del poder ejecutivo, sino que también ayudó a fortalecer la reputación, el prestigio y la legitimidad de la propia Corte.

IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES ESTATALES: UN ENFOQUE SOBRE LA CRISIS DE COVID-19.

Como se ha mencionado anteriormente, mientras que el control de la *declaración y prórroga* del estado de emergencia no es muy común desde una perspectiva comparada, a menudo se solicita a los tribunales – incluidos los constitucionales – que revisen las *medidas de emergencia* adoptadas por las autoridades estatales en tiempos de crisis. Sin embargo, en los últimos años, algunos destacados académicos han cuestionado duramente el papel que estos órganos pueden desempeñar en esas situaciones. Por ejemplo, George J. Alexander, Oren Gross y Mark Tushnet han argumentado que el único control real y efectivo contra los posibles abusos en tiempos de emergencia es de naturaleza política. En su opinión, las constituciones y, por extensión, los tribunales no deberían desempeñar ningún papel en la revisión de los poderes de emergencia del gobierno. Alexander, por ejemplo, ha subrayado que, dado que los tribunales tienden a funcionar mal en las situaciones de emergencia, no deberían involucrarse en absoluto, y que “el remedio debe lograrse políticamente si se quiere que sea efectivo”.³⁰ En una línea similar, Gross ha señalado que el pueblo (y no los tribunales) debe controlar, directa o indirectamente (por ejemplo, a través de sus representantes elegidos en Parlamento), las acciones adoptadas por el poder ejecutivo durante la emergencia.³¹ Como explica Tushnet, este enfoque “político” se fundamenta de la siguiente manera: “es mejor que los poderes de emergencia se ejerzan de forma extraconstitucional, para que todo el mundo entienda que las acciones son extraordinarias, a que las acciones se racionalicen como coherentes con la Constitución y, por tanto, se normalicen”. Según Tushnet, esto ayudaría a “evitar la normalización de la excepción”.³²

28 G. DELLEDONNE, «Appointing and Electing Constitutional Judges. An Evolving Comparative Landscape», en M. Belov (coord.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, Eleven International Publishing, The Hague, 2019, p. 163.

29 K. MERHOF, «Building a Bridge Between Reality and the Constitution: The Establishment and Development of the Colombian Constitutional Court», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, 2015, p. 719.

30 G. J. ALEXANDER, «The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During Periods of Emergency», *Human Rights Law Journal*, vol. 5, 1984, p. 65.

31 O. GROSS, «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?», *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, pp. 1023 ss.

32 M. TUSHNET, «Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime», *Wisconsin Law Review*, vol. 2003, 2003,

Eric A. Posner y Adrian Vermeule parecen haber dado un paso más allá. De hecho, han argumentado que “las condiciones y limitaciones políticas, incluidas las demandas de acción rápida por parte de un público alterado, la incertidumbre masiva y la conciencia de su propia ignorancia, no dejan a los legisladores y jueces [...] otra opción real que entregar las riendas al ejecutivo y esperar lo mejor”.³³ En su opinión, un “*Unbound Executive*”³⁴ sería la mejor opción de garantizar una respuesta rápida y decisiva ante una emergencia.

En el contexto estadounidense, esta postura crítica hacia el papel de los tribunales en tiempos de guerra y emergencia puede explicarse también a la luz de algunas sentencias muy controvertidas dictadas por el Tribunal Supremo, como *Schenck contra Estados Unidos*,³⁵ *Korematsu contra United States*,³⁶ o *Dennis contra United States*,³⁷ por citar solo algunas de las decisiones más conocidas. Esto ha contribuido a reforzar la “sabiduría convencional” según la cual “los tribunales funcionan mal como guardianes de la libertad en tiempos de crisis”.³⁸

Sin embargo, las críticas mencionadas parecen ser demasiado duras. Si bien es cierto que el control jurisdiccional sobre medidas de emergencia no siempre ha demostrado estar a la altura de la tarea, muchos otros ejemplos comparados demuestran que los tribunales pueden ser eficaces defensores de los principios del constitucionalismo durante los períodos de crisis. En la India, por ejemplo, el Tribunal Supremo “ha controlado repetidamente la declaración de emergencia y ha establecido su poder de revisar las decisiones de emergencia del presidente”.³⁹ En particular, hay que recordar la sentencia histórica en *S.R. Bommai contra Union of India*,⁴⁰ en la que el Tribunal Supremo dictaminó que el poder del presidente de declarar un estado de emergencia, de acuerdo con el artículo 356 de la Constitución, es un poder *condicionado* que no puede ser ejercido a discreción del presidente.⁴¹ Otro ejemplo interesante procede de Francia. En los primeros meses que siguieron a los atentados terroristas de 2015 en París, el Consejo Constitucional adoptó una postura bastante prudente con respecto a las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno. Sin embargo, con el paso del tiempo, el Consejo optó por un enfoque más estricto.⁴² En la sentencia del 16 de marzo de 2017,⁴³ por ejemplo, argumentó que la decisión de prolongar el arresto domiciliario más allá de doce meses (aunque esta decisión estaba sujeta a un control del Consejo de Estado), entraba en conflicto con la Constitución, ya que violaba el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo (*recours juridictionnel effectif*).

Durante la actual crisis de COVID-19, se les ha pedido con frecuencia a los tribunales – incluidos los tribunales constitucionales – que se pronunciaran sobre la constitucionalidad de las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales. Lo que se desprende de este análisis es que en algunos casos los

pp. 306-7.

33 E. A. POSNER, y A. VERMEULE, «Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008», *The University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2009, p. 1614.

34 E. A. POSNER, y A. VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

35 *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). El Tribunal sostuvo que las críticas del acusado al servicio militar obligatorio no estaban protegidas por la Primera Enmienda, ya que tenían la intención de provocar un delito y creaban un peligro claro y presente para el alistamiento y el servicio de reclutamiento de las fuerzas armadas de Estados Unidos durante un estado de guerra.

36 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). El Tribunal declaró que la orden de exclusión del presidente que condujo al internamiento de los japoneses-estadounidenses durante la Segunda Guerra Mundial no estaba en conflicto con la Constitución.

37 *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). El Tribunal sostuvo que las condenas de los acusados por conspirar para derrocar al gobierno de Estados Unidos por la fuerza mediante su participación en el Partido Comunista no violaban la Primera Enmienda.

38 D. COLE, «Judging the Next Emergency: Judicial Review and Individual Rights in Times of Crisis», *Michigan Law Review*, vol. 101, 2004, p. 2565.

39 N. DORSEN, M. ROSENFELD, A. SAJÓ, S. BAER, S. MANCINI, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, West, St. Paul, 2016, p. 1603.

40 *S.R. Bommai v. Union of India* – 1994 AIR 1918, 1994 SCC (3) 1.

41 Véase D. KUMAR SINGH, «An Analysis of Pre and Post S.R. Bommai Scenario with Reference to President’s Rule in States», *International Journal of Humanities and Social Science Invention*, vol. 6, n° 6, 2017, pp. 5 ss.

42 DELLEDONNE, «Crises, Emergencies and Constitutional Change», *op. cit.*, p. 256.

43 Sentencia 2017–624 QPC del 16 de marzo de 2017.

tribunales constitucionales han mostrado una deferencia excesiva al poder ejecutivo, pero en muchas otras circunstancias estas instituciones, al llevar a cabo un control tanto formal/procedimental como sustancial de las medidas de emergencia, han ejercido una función de vigilancia sobre la acción del ejecutivo, asegurando que las restricciones a los derechos y libertades fundamentales eran necesarias, razonables y proporcionadas. Esto confirma el hecho de que los tribunales pueden desempeñar un papel clave en la limitación del poder ejecutivo en tiempos de crisis.⁴⁴

4.1. El control formal/procedimental sobre las medidas de emergencia

Los tribunales han ejercido a menudo un control de tipo formal/procedimental sobre las medidas de emergencia, estableciendo, en particular, que las decisiones tomadas por el poder ejecutivo que limitan o restringen los derechos fundamentales que no tienen ningún fundamento jurídico son inválidas. Más concretamente, los derechos fundamentales deben estar siempre restringidos por la ley. Una situación de emergencia no representa una excusa válida para derogar esta norma.

El caso de Nueva Zelanda es un ejemplo interesante. Entre el 26 de marzo y el 3 de abril de 2020, se exigió a la población que se quedara en casa para contener la propagación del Coronavirus. La *High Court* declaró que esta decisión del Gobierno era razonable pero ilegal porque no estaba prescrita por la ley. Las autoridades se habían limitado a hacer *anuncios públicos* que recomendaban a la población que permaneciera en casa. Concretamente, la Corte argumentó que estos anuncios “habían limitado ciertos derechos y libertades expresados en el *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, incluso, en particular, los derechos a la libertad de circulación, de reunión pacífica y de asociación. Aunque no cabe duda de que la medida era una respuesta necesaria, razonable y proporcionada a la crisis de COVID-19 en aquel momento, la medida no estaba prescrita por la ley y, por tanto, era contraria al artículo 5 del *New Zealand Bill of Rights Act*.”⁴⁵

Este problema se corrigió el 3 de abril, cuando se dictó una nueva Orden en virtud de la Ley de Sanidad.

El caso de Kosovo fue bastante similar. El Gobierno adoptó la Decisión 01/15, de 23 de marzo de 2020, por la que se limitaban algunos derechos fundamentales (incluida la libertad de reunión) para contener la propagación del Coronavirus. En el caso KO 54/20, el Tribunal Constitucional declaró que esta Decisión violaba, en particular, el artículo 55 de la Constitución de 2008, que en su primer apartado establece que los derechos y libertades fundamentales garantizados por la Constitución solo pueden limitarse por ley. El Tribunal especificó que “el Gobierno no puede restringir ningún derecho y libertad fundamentales mediante Decisiones, a menos que la ley de la Asamblea establezca una restricción del derecho correspondiente. El Gobierno puede hacer cumplir una ley de la Asamblea que restrinja un derecho y una libertad fundamentales solo en la medida específica autorizada por la Asamblea a través de la ley correspondiente”. Sin embargo, según el Tribunal Constitucional, la “Ley de Prevención y Lucha contra las Enfermedades Infecciosas” y la “Ley de Sanidad” no autorizaban al Gobierno a limitar los derechos y libertades constitucionales. La cuestión clave subrayada por el Tribunal es que *solo una ley del Parlamento* – y no una decisión del ejecutivo – puede limitar los derechos fundamentales.

En otros casos, sin embargo, el control formal/procedimental ha dado lugar a decisiones controvertidas. Por ejemplo, el Consejo Constitucional francés argumentó que el proyecto de ley orgánica que ampliaba los plazos de decisión para la *question prioritaire de constitutionnalité* era conforme a la Constitución, a pesar de que se había adoptado infringiendo las normas de procedimiento previstas en el artículo 46 de la Constitución. Según el Consejo, esta infracción estaba justificada por las “*circonstances particulières de l'espèce*”.⁴⁶

44 Para una valoración positiva del papel desempeñado por los tribunales (y los Parlamentos) durante la crisis de COVID-19 véase también T. GINSBURG, y M. VERSTEEG, «The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic», *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52 – University of Chicago, Public Law Working Paper No. 747*, 2020, pp. 27 ss., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974

45 Sentencia del 19 de agosto de 2020.

46 Sentencia 2020-799 DC del 26 de marzo de 2020.

4.2. El control sustancial de las medidas de emergencia: sopesar los derechos fundamentales con los intereses del Estado (en particular, la salud pública)

Los tribunales constitucionales también han tenido que llevar a cabo controles de tipo sustancial sobre las restricciones de los derechos fundamentales, sopesando estos derechos con los intereses del Estado (en particular, la salud pública). En términos generales, estos órganos han concedido a las autoridades estatales un margen de discrecionalidad bastante amplio. Esto no resulta sorprendente, especialmente si se tienen en cuenta los nuevos, graves y difícilmente predecibles retos que ha planteado la pandemia. Además, también se ha solicitado a los tribunales constitucionales que, a menudo, tomaran decisiones extremadamente rápidas, algo que ha contribuido probablemente a explicar este enfoque prudente. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español resolvió en un solo día (rechazándolo) el recurso de amparo interpuesto por el sindicato “*Central Unitaria de Trabajadores/as*” (CUT), para que tuviera efecto útil para el 1 de mayo, día en el que el sindicato pretendía celebrar una manifestación en Vigo.⁴⁷

El *Bundesverfassungsgericht* alemán ha sido uno de los tribunales constitucionales que más sentencias ha dictado en respuesta a la crisis de COVID-19. En muchos casos, el Tribunal ha confirmado las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales, pero en otras sentencias los jueces constitucionales han decidido anular dichas medidas o instar a las autoridades a reconsiderar el caso por sí mismas sobre la base de los principios señalados por el Tribunal.⁴⁸ Una de estas sentencias se refiere a la decisión de la ciudad de Gießen de prohibir una manifestación, ya que habría infringido las medidas impuestas por el Gobierno del Estado de Hesse para contener la propagación del Coronavirus. Las autoridades habían decidido prohibir la manifestación a pesar de que los organizadores habían dejado claro que habrían seguido las normas de distanciamiento social. El Tribunal Constitucional argumentó que las autoridades habían asumido incorrectamente que las medidas adoptadas por el Gobierno del Estado de Hesse incluían una prohibición *general* de las reuniones públicas. Al asumir tal prohibición general, las autoridades no habían reconocido que tenían un cierto margen de discrecionalidad para decidir si permitían la reunión o no. Por ello, el Tribunal instó a las autoridades a reconsiderar el caso.⁴⁹ Poco después de la sentencia del Tribunal, el alcalde de Gießen decidió permitir la manifestación.

Un caso similar alude a la decisión de la ciudad de Stuttgart de no tramitar las solicitudes de celebración de reuniones masivas, ya que estas estaban prohibidas por el Estado de Baden-Württemberg para contener la propagación de COVID-19. El Tribunal Constitucional sostuvo que la decisión de las autoridades locales violaba la libertad de reunión, porque las medidas impuestas por el Estado de Baden-Württemberg sí contenían normas de limitación de contactos, pero concedían a las autoridades locales la posibilidad de adoptar un margen de discrecionalidad para decidir si permitían o no la manifestación pública. Las autoridades debían tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, así como las medidas alternativas disponibles para encontrar un justo equilibrio entre la libertad de reunión y la protección contra las enfermedades infecciosas.⁵⁰

Otro caso interesante hace referencia a la protección de la libertad religiosa. Tras la decisión del Estado de Baja Sajonia de prohibir los servicios religiosos como medio para luchar contra la epidemia de COVID-19, una asociación musulmana interpuso un recurso al Tribunal Constitucional con el fin de celebrar las oraciones del viernes en la mezquita durante el Ramadán. La asociación subrayó que habría limitado a 24 el número de participantes en una mezquita en la que cabían 300 fieles y habría impuesto normas estrictas

47 Auto del 30 de abril de 2020. Sobre esta sentencia, véase L. COTINO HUESO, «La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo el COVID-19 y del decreto de alarma para el Tribunal Constitucional», en Asociación de constitucionalistas de España, 1 mayo 2020, <https://www.acoes.es/blog/2020/05/01/la-posible-constitucionalidad-de-las-manifestaciones-bajo-el-covid-19-y-del-decreto-de-alarma-para-el-tribunal-constitucional/>

48 Véase J. WOELK, «La gestione della pandemia da parte della Germania: “Wir schaffen das!”», *DPCE online*, n° 2, 2020, pp. 1732 ss.

49 Sentencia 1 BvR 828/20, del 15 de abril de 2020.

50 Sentencia 1 BvQ 37/20, del 17 de abril de 2020.

de distanciamiento social. La asociación sostuvo que se le debería haber permitido abrir la mezquita en condiciones similares a las de los comercios. Por un lado, el Tribunal Constitucional se basó en la sentencia del Tribunal Administrativo Superior al rechazar la apertura de todas las mezquitas durante el Ramadán. Sin embargo, por otra parte, el Tribunal Constitucional observó que una prohibición general de los servicios religiosos habría representado una grave limitación de la libertad religiosa. Además, el Tribunal subrayó que el riesgo de contagio dependía de una serie de factores, como por ejemplo el tamaño y la estructura de la mezquita. Por ello, los magistrados del Constitucional establecieron que no podía justificarse una prohibición general de los servicios religiosos, y que podían concederse excepciones en caso de haberse tomado suficientes precauciones.⁵¹

Estas tres sentencias dictadas por el *Bundesverfassungsgericht* nos dejan algunas lecciones importantes. En primer lugar, a pesar de la amplia discrecionalidad concedida al poder ejecutivo para evitar la propagación del Coronavirus, debe evitarse una suspensión general de los derechos fundamentales (incluidas la libertad de reunión y la libertad de religión). Por lo tanto, el núcleo, el contenido esencial de los derechos fundamentales debe preservarse siempre. En segundo lugar, las autoridades deben realizar evaluaciones contextualizadas al limitar los derechos fundamentales. En otras palabras, estas decisiones deben tomarse siempre teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. En tercer lugar, las medidas de emergencia deben ser siempre proporcionales a la crisis, es decir, deben ser lo menos restrictivas posible, con lo que solo se perjudica el derecho en la medida en que sea absolutamente necesario (principio de proporcionalidad).⁵²

La necesidad de realizar evaluaciones contextualizadas es uno de los principios fundamentales en los que se basa la sentencia 148/2021 del Tribunal Constitucional español, de 14 de julio de 2021, a través de la cual ha sido resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que fue declarado el estado de alarma. Según el Tribunal, la pandemia alcanzó dimensiones “desconocidas” e “imprevisibles” que provocaron una alteración del orden público constitucional. Esta situación “hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción *atendiendo a las circunstancias realmente existentes*, más que a la causa primera de las mismas” (énfasis añadido), legitimando, con ello, la adopción de medidas materialmente suspensivas de derechos, por lo que habría sido posible declarar el estado de excepción (que permite suspender derechos fundamentales), en lugar del estado de alarma (que no admite dicha suspensión).⁵³ A la luz de esta concepción material de suspensión de derechos, el Tribunal Constitucional determinó que se había violado la libertad de circulación (y de residencia), ya que este derecho estaba condicionado a restricciones generales de altísima intensidad, hasta el punto de que la posibilidad de circular ya no podría considerarse como una regla, sino como una excepción. Dichas restricciones, según el Tribunal, no estaban permitidas bajo el estado de alarma. Hay que subrayar el hecho de que los jueces constitucionales no cuestionaron “ni la existencia del supuesto de hecho que justificaba la declaración del estado de alarma ni la utilidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones impuestas, sino únicamente el instrumento jurídico utilizado para establecerlas”⁵⁴, es decir, el estado de alarma. Solo el estado de excepción habría justificado restricciones de este tipo.⁵⁵

51 Sentencia 1 BvQ 44/20, del 29 de abril de 2020. Sobre estas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional alemán, véase H. HESTERMEYER, «Coronavirus Lockdown-Measures Before the German Constitutional Court», *ConstitutionNet*, 30 abril 2020, <https://constitutionnet.org/news/coronavirus-lockdown-measures-german-constitutional-court>

52 HESTERMEYER, «Coronavirus Lockdown-Measures Before the German Constitutional Court», *op. cit.*

53 Véase artículo 55 de la Constitución.

54 G. DOMENÉCH, «La conversión del estado de alarma en un estado de excepción», *Almacén de Derecho*, 22 julio 2021, <https://almacenederecho.org/la-conversion-del-estado-de-alarma-en-un-estado-de-excepcion>

55 Sobre luces y sombras de esta sentencia véase P. GARCÍA MAJADO, y M-Á. PRESNO LINERA, «La sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre el primer estado de alarma», *IberICONnect*, 26 julio 2021, <https://www.ibericonnect.blog/2021/07/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-espana-sobre-el-primer-estado-de-alarma/>; G. M. TERUEL, «Derecho de excepción: el incompleto y confuso manual de instrucciones ofrecido por el Constitucional», *Hay Derecho*, 20 julio 2021, <https://www.hayderecho.com/2021/07/20/derecho-de-excepcion-el-incompleto-y-confuso-manual-de-instrucciones-ofrecido-por-el-constitucional/>; DOMENÉCH, «La conversión del estado de alarma en un estado de

Otro órgano de justicia constitucional que ha emitido unas importantes sentencias durante la pandemia COVID-19 es el Consejo Constitucional francés. En algunos casos este órgano ha mostrado una deferencia excesiva hacia el poder ejecutivo. El ejemplo más representativo de esta actitud lo tenemos en la Sentencia 2020-800, de 11 de mayo de 2020, sobre la ley de ampliación del *état d'urgence sanitaire*. A pesar de recoger un contenido bastante controvertido (especialmente en la parte relativa a las medidas de cuarentena y aislamiento, y en la parte relativa a la recogida y puesta en común de datos médicos sin el consentimiento de los afectados), el *Conseil Constitutionnel* declaró la Ley constitucional casi en su totalidad, limitándose a una censura mínima y a unas “reservas de interpretación”. Esta sentencia fue duramente criticada por la literatura también a la luz de su débil motivación. De hecho, las motivaciones de la sentencia fueron calificadas de “elípticas o incluso inexistentes”, y el uso del control de proporcionalidad fue considerado “cuestionable”.⁵⁶

Más recientemente, en la Decisión 2021-824 DC de 5 de agosto de 2021, el Consejo constitucional francés se ha ocupado de la legitimidad constitucional del “pase sanitario” (*pass sanitaire*) (introducido por la Ley n° 2021-689 de 31 de mayo de 2021, así como modificada por la Ley del 25 de julio de 2021), que representa la última frontera por lo que se refiere a la necesidad de encontrar un equilibrio entre la protección de la salud pública, por un lado, y la protección de los derechos y libertades, por otro lado. Como es sabido, el pase sanitario consiste en un certificado que prueba o una pauta de vacunación completa, o un test negativo de Coronavirus, o acreditar la recuperación de la enfermedad. En Francia este “pasaporte sanitario” es necesario para acceder a numerosas actividades culturales y sociales, así como para entrar en restaurantes, centros comerciales, hospitales y en los viajes en avión, tren y autobús de larga distancia. En esta Decisión, el Consejo declaró la legitimidad constitucional de casi todas las disposiciones relativas al pase sanitario, subrayando el hecho de que la ley establecía una “conciliación equilibrada” entre libertades individuales y protección de la salud pública. Sin embargo, fue declarada inconstitucional por violación del principio de igualdad, aquella disposición de la ley que discriminaba a los trabajadores con contratos temporales, ya que podían ser despedidos si no presentaban el pase sanitario. El legislador, al obligar a una serie de trabajadores a presentar el *pass sanitaire*, tenía como propósito limitar la propagación del virus y el riesgo de contaminación o transmisión, riesgo al que están potencialmente expuestos todos los trabajadores, independientemente de la naturaleza del contrato de trabajo, temporal o fijo. Por tanto, según el Consejo esta disciplina establecía “una diferencia de tratamiento entre empleados en función de la naturaleza de su contrato de trabajo que no guarda relación con el objetivo perseguido.” La decisión del *Conseil Constitutionnel* de validar el uso del pase sanitario (excepto por la disposición relativa a los trabajadores con contratos temporales) es correcta, aunque sus argumentaciones no parecen muy convincentes. En particular, el Consejo se ha limitado, *de facto*, a comprobar que la norma no era manifiestamente irrazonable, dejando, en línea con su doctrina, un amplio “*pouvoir général d'appréciation et de décision*” al Parlamento.⁵⁷

72

4.3. El control sustancial de las medidas de emergencia (continuación): la necesidad de respetar el derecho internacional y supranacional de los derechos humanos

Los tribunales constitucionales han subrayado, a menudo, la necesidad de respetar el derecho internacional y supranacional de los derechos humanos, incluso en tiempos de emergencia. Este ha sido el

excepción», *op. cit.*

56 D. FALLON, «Prolongation de l'état d'urgence sanitaire: le Conseil Constitutionnel reste confiné dans sa zone de confort», *Jus Politicum Blog*, 20 mayo 2020, <http://blog.juspoliticum.com/2020/05/20/prolongation-de-letat-durgence-sanitaire-le-conseil-constitutionnel-reste-confine-dans-sa-zone-de-confort-par-damien-fallon/>

57 Véase G. GRASSO, «Il *pass sanitaire* e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del *Conseil constitutionnel*», *DPCE online*, n° 3, 2021, pp. 2831-2832. S. BENZINA, «La “petite décision” du Conseil constitutionnel relative au “pass sanitaire”», *Le club de juristes*, 1 septiembre 2021, https://blog.leclubdesjuristes.com/la-petite-decision-du-conseil-constitutionnel-relative-au-pass-sanitaire-par-samy-benzina/?fbclid=IwAR25AD1NDWaHAAt16I9HMGtNtH5wkUtlrcHb_gItmgZAJMy6AiBHx6E6MqW0, en particular, ha subrayado el hecho de que el Consejo no ha ejercido un verdadero “control de necesidad” para verificar si el objetivo del legislador, es decir, la reducción de la circulación del virus, no se podía perseguir a través de la introducción de otras medidas menos lesivas de derechos y libertades fundamentales e igualmente efectivas.

caso, por ejemplo, de Colombia, donde la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los numerosos decretos expedidos por el Gobierno para combatir los efectos de la pandemia de Coronavirus en el país, a menudo ha hecho referencia al derecho internacional de los derechos humanos. En la sentencia C-193 de 2020, por ejemplo, la Corte declaró la inconstitucionalidad del Decreto n° 567 de 2020, por el cual se adoptaban medidas para proteger los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes y se asignaban a los procuradores judiciales de familia funciones para adelantar los procesos de adopción, como autoridades jurisdiccionales transitorias, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivado de la pandemia por COVID-19. Según el Tribunal, la investidura de funciones jurisdiccionales transitorias para adelantar estos procesos a los procuradores como medida de excepción constituía un desconocimiento de los principios definitorios del estado social de derecho, una alteración de las funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación y una violación de cláusulas de derechos fundamentales. La Corte se basó, *inter alia*, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y en el principio del interés superior del menor, proclamado explícitamente por esta Convención. Estas referencias frecuentes al derecho internacional de los derechos humanos – que habían caracterizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana también durante los anteriores estados de excepción⁵⁸ – pueden explicarse también por el hecho de que la Constitución de 1991 establece que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” (Art. 93(1)), y que durante un estado de excepción “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso, se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario” (Art. 214(2)).

Otro caso interesante procede de Bosnia-Herzegovina, donde durante la primera ola de la crisis de COVID-19 las autoridades exigieron a los menores y a las personas mayores de 65 años que se quedaran en casa, ya que se consideraba que estos grupos de personas tenían un mayor riesgo que otras de contraer o transmitir el Coronavirus. En el caso AP-1217/20 del 22 de abril de 2020, el Tribunal Constitucional sostuvo que esta medida violaba la libertad de circulación reconocida en la Constitución de 1995 (art. 2(3)(m)) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (art. 2, Protocolo n° 4). La referencia a este parámetro supranacional era inevitable, sobre todo si se tiene en cuenta que el apartado 2 del artículo 2 de la Constitución bosnia estipula que “los derechos y libertades establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos se aplicarán directamente en Bosnia y Herzegovina. Estos tendrán prioridad sobre cualquier otra ley”. El Tribunal consideró que no existía proporcionalidad entre las medidas impuestas por la Orden impugnada y el interés público (protección de la salud pública), ya que no se había considerado previamente la posibilidad de adoptar medidas más blandas y porque las medidas impuestas no estaban estrictamente limitadas en el tiempo. Además, la Orden no obligaba a las autoridades a revisar periódicamente estas medidas y a prorrogarlas solo si eran “necesarias en una sociedad democrática”, como exige el artículo 2 del Protocolo 4 del CEDH. El Tribunal no revocó inmediatamente estas medidas, sino que dio a las autoridades bosnias un margen de tiempo para “armonizarlas” con la Constitución y el CEDH.

La necesidad de respetar el derecho supranacional de los derechos humanos fue subrayada también por la Corte Constitucional de Ecuador. Durante el estado de emergencia proclamado en respuesta a la crisis de COVID-19, el Consejo de la Judicatura había cerrado varias de sus oficinas y había restringido el acceso de los ciudadanos a la justicia. En particular, el 15 de abril de 2020, la dirección provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, que abarca la capital de Ecuador, Quito, emitió un memorando en el que se establecía que en caso de violaciones de derechos fundamentales los únicos recursos que podían interponer las personas eran los de habeas corpus. En respuesta a estas drásticas decisiones, la Corte Constitucional ordenó al Consejo de la Judicatura que adoptara “directrices claras y oportunas” para garantizar el acceso de las personas a la justicia. En particular, la Corte señaló que, incluso durante un estado de emergencia, no se puede restringir el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva a través de las garantías jurisdiccionales, tal como lo establecen el artículo 165 de la Constitución de 2008 y el artículo 29(c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁹

58 Véase CEPEDA-ESPINOSA, «Judicial Activism in a Violent Context...», *op. cit.*, pp. 634-635.

59 Auto n° 1-20-EE/20, del 28 de abril de 2020.

V. CONCLUSIONES FINALES.

Como bien ha señalado David Cole “los tribunales son sin duda altamente imperfectos” en tiempos de emergencia, “pero las alternativas son peores”.⁶⁰ De hecho, conceder un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades estatales (y en particular al poder ejecutivo) durante los períodos de crisis es perfectamente legítimo y comprensible, pero dicha discrecionalidad no puede estar privada de ninguna forma de control. Excluir al poder legislativo y a los tribunales del proceso de toma de decisiones en tiempos de emergencia (como sugieren algunos estudiosos)⁶¹ parece muy peligroso, y se corre el riesgo de permitir abusos de poder. Los tribunales constitucionales se encuentran entre las instituciones que pueden contribuir a establecer controles efectivos sobre el poder ejecutivo. Por un lado, obviamente hay que ser consciente de los límites que tienen estos órganos. De hecho, la revisión judicial “es a menudo un proceso lento y complejo, que puede tardar en ponerse al día con las presuntas violaciones de derechos. Los jueces, además, son funcionarios del Estado y suelen pertenecer a la misma élite que los miembros del ejecutivo y del legislativo. Pueden, por costumbre o por inducción, ceder ante el ejecutivo, especialmente en tiempos de emergencia”.⁶²

Sin embargo, por otro lado, los tribunales constitucionales tienen el potencial de ser actores clave en estas circunstancias extraordinarias, contribuyendo a la preservación de los principios constitucionales en los que se basan las sociedades democráticas. Algunas constituciones recientes, por ejemplo, han conferido a los tribunales constitucionales la facultad de revisar la constitucionalidad de la declaración y/o prórroga del estado de emergencia. Particularmente el caso de Colombia ha demostrado que esta tarea puede ser muy eficaz para impedir un abuso del poder de emergencia. La otra forma de imponer controles al poder ejecutivo en tiempos de crisis es revisar la constitucionalidad de las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales. Incluso durante la pandemia de COVID-19, se les ha pedido a menudo a los tribunales constitucionales que revisaran estas medidas. Aunque en algunos casos han mostrado un grado excesivo de deferencia hacia el poder ejecutivo, en muchas otras circunstancias estos órganos han ejercido un control efectivo a la acción del Gobierno y han garantizado la proporcionalidad de las restricciones de derechos. Se trata de una tarea muy importante también a la luz de la naturaleza y de la duración de la emergencia en cuestión. De hecho, la pandemia COVID-19 es un “híbrido” – en el sentido de que es una emergencia técnica y política al mismo tiempo⁶³ – y como tal requiere un control de la misma naturaleza. Como ya se ha explicado anteriormente,⁶⁴ gracias a la combinación de conocimientos técnicos-jurídicos y políticos, los miembros de los tribunales constitucionales parecen los sujetos adecuados para ejercer este tipo de control. Además, una emergencia – como la de COVID-19 – cuya duración no es solamente de días o semanas, sino de meses y años, requiere aún más la participación constante de todos los principales actores institucionales, incluso los tribunales constitucionales. Estos órganos, por lo tanto, aunque no sean la panacea para todos los males, pueden representar un baluarte importante para la defensa de los principios del constitucionalismo en tiempos de crisis tan complicados como estos.

74

60 COLE, «Judging the Next Emergency...», *op. cit.*, pp. 2590.

61 Véase apartado IV.

62 BULMER, *Emergency Powers*, *op. cit.*, p. 31.

63 Véase A. VEDASCHI, «COVID-19 and the Notion of “Emergency”: Towards New Patterns?», *IACL-AIDC Blog*, 7 septiembre 2021, <https://blog-iacl-aidc.org/covid19-future-constitutionalism/2021/9/7/covid-19-and-the-notion-of-emergency-towards-new-patterns>

64 Véase apartado 3.4.