

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA Y SU PRÓRROGA

CARLOS VIDAL PRADO
DAVID DELGADO RAMOS (*)

1. INTRODUCCIÓN.—2. GÉNESIS Y CIRCUNSTANCIA DE UN VIEJO CONFLICTO.—3. NORMATIVA RELEVANTE PARA NUESTRO ESTUDIO: a) *Marco constitucional y jurídico*. b) *Los Reales Decretos aprobados por el Gobierno*: b.1. *El Real Decreto 1611/2010, del 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA*. b.2. *El Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo*.—4. VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS DOS REALES DECRETOS: a) *La posible ilegalidad de la declaración del estado de alarma*. b) *La posible inconstitucionalidad de la militarización*.—5. EL PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN: DECLARACIÓN Y PRÓRROGA.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El sábado 4 de diciembre de 2010, comienzo del llamado «puente de la Constitución», el Gobierno se vio obligado a declarar el estado de alarma ante la presión a la que le estaba sometiendo el colectivo de los controladores aéreos. Este colectivo venía pugnando por una serie de mejoras laborales y retributivas, o más bien pretendía no perder sus privilegios adquiridos, recogidos en un Convenio colectivo firmado con AENA en 1999.

El viernes 3 de diciembre por la tarde —una vez conocida la aprobación por el Consejo de Ministros de un Real Decreto que modificaba sus condiciones

(*) Carlos VIDAL PRADO, Profesor Titular de Derecho Constitucional, UNED.
David DELGADO RAMOS, Doctorando en Derecho Constitucional, UCM.

laborales (1)—, incrementaron su presión sobre el Gobierno, hasta el punto de abandonar el desempeño de sus tareas, amparados en masivos cuadros clínicos de «estrés» de difícil justificación. Ante esta situación, el Gobierno se vio obligado a cerrar el espacio aéreo español, a la vista de que las torres de control aeroportuarias se encontraban colapsadas.

Tras un elevado número de cancelaciones de vuelos, y ante el temor a que la situación se repitiese en plena Navidad, el Gobierno decretó primero, como instrumento de presión para llegar a un acuerdo, la «militarización» de los aeropuertos y, ante la evidencia de que la militarización no surtía efecto, decretó al día siguiente el estado de alarma, por el cual todos los controladores sin excepción pasaban a estar «movilizados» y sometidos a las autoridades militares, concretamente del Ejército del Aire.

La situación, insólita por ser la primera vez en nuestra historia democrática (2) en la que se declaró el estado de alarma, ha suscitado dudas sobre su posible legalidad y constitucionalidad. A lo largo de este artículo pretendemos dar respuesta a la cuestión, incidiendo particularmente en la vía procedimental utilizada por el Gobierno, que parece basarse en una forzada interpretación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, Excepción y Sitio, que pondría en cuestión ciertas garantías de nuestro Estado constitucional.

El precedente que se ha creado con esta situación exige un análisis en profundidad, para valorar si en el futuro podría acudir a un instrumento similar en circunstancias en las que los poderes públicos fuesen incapaces de llegar a un acuerdo ante un conflicto laboral que afectase a sectores esenciales del país. Hasta que se produjo esta primera declaración, siempre se había pensado que este instrumento específico estaba particularmente concebido para situaciones de caos provocadas fundamentalmente por catástrofes naturales.

2. GÉNESIS Y CIRCUNSTANCIA DE UN VIEJO CONFLICTO

Como punto de partida resulta importante destacar que, como gestor, y tal como afirma la exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2010, *«la principal fuente de dificultades que afronta AENA a la hora de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de tránsito aéreo deriva de la traslación*

(1) Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

(2) Como es sabido, ni siquiera con ocasión de la tentativa de golpe de Estado del 23-F se «activaron» los estados de alarma, excepción o sitio del artículo 116 de la Constitución.

del conjunto de las facultades inherentes al poder de dirección de la empresa a sus controladores. De este modo, curiosamente, son los propios controladores al servicio de AENA, y no dicha Entidad, quienes deciden extremos esenciales para su funcionamiento que merman decisivamente su capacidad operativa y organizativa». Dicha traslación ha sido la consecuencia de una serie de derechos reconocidos al colectivo de los controladores.

Así, en marzo de 1989 se firmó el llamado Protocolo de Acuerdo con los controladores en el que se fijó, por primera vez, una jornada de trabajo de 1.200 horas anuales. En 1991 se constituye AENA (3) y en noviembre de 1992, se firma el Estatuto de los Controladores de la Circulación Aérea (ECCA), pacto colectivo por el que los controladores, funcionarios hasta ese momento, se integraron en el nuevo ente y mantuvieron las condiciones laborales anteriores.

El I Convenio Colectivo firmado por AENA y el sindicato USCA (4) en 1999, por el que se regulaba la prestación de servicios de control de tránsito aéreo, expiraba en el segundo semestre de 2004. La entonces Ministra de Fomento, Magdalena Álvarez, ante la imposibilidad de negociar un II Convenio, y durante los más de cinco años que estuvo como responsable del Ministerio, solventó la situación con la firma de acuerdos temporales que prorrogaban el mencionado Convenio.

Esta situación de debilidad de AENA frente al colectivo de controladores llevó al Ministro de Fomento a promulgar el Real Decreto-ley 1/2010, de 5 de febrero, *por el que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo.* En virtud de dicho Real Decreto, se modificaban las condiciones laborales de los controladores, fundamentalmente en lo referente a su jornada laboral y a sus horas extraordinarias, reduciéndose notablemente sus retribuciones (5).

(3) AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea) es una entidad pública empresarial participada 100 por 100 por el Estado. Fue creada en virtud del artículo 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990. Su constitución efectiva tuvo lugar el 19 de junio de 1991, una vez entrado en vigor su Estatuto, aprobado por el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio.

(4) Unión Sindical de Controladores Aéreos.

(5) El conflicto es, fundamentalmente, de índole económica. La Navegación Aérea en España es de las más caras de la Unión Europea, con un coste, según la Memoria de AENA referente al año 2009, de 809 millones de euros para la «ayuda a la navegación en ruta», la labor de los controladores. Los controladores aéreos españoles (unos 2.400) son los mejor pagados de toda la Unión Europea, con una retribución media, hasta la aprobación del Real Decreto-ley, de unos 350.000 euros. Dicho Real Decreto-ley, y la Ley posterior, redujo su retribución media hasta los 200.000 euros. Reducción que fue operada por una doble vía: disminución de horas extra (de 600

Seis días más tarde, el 11 de febrero de 2010, el Pleno del Congreso de los Diputados acordó por 332 votos a favor, 4 abstenciones y un voto en contra, tramitar el citado Real Decreto-ley como Proyecto de Ley. Posteriormente el 14 de abril es aprobado en el Senado por unanimidad, y el 15 de abril es publicado en el BOE como Ley 9/2010, *por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo*. Esta nueva Ley permitía al Gobierno, además, obtener el control de las negociaciones iniciadas a principio de año para acordar un nuevo convenio colectivo y que hasta el momento estaban resultando infructuosas.

El colectivo de controladores presentó un recurso ante la Audiencia Nacional, alegando, entre otras cosas, la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley y de la posterior Ley. La Sala de lo Social de dicho órgano jurisdiccional, en sentencia de 10 de mayo de 2010, dio la razón al Ministerio de Fomento, al considerar que la ley fue necesaria, idónea y proporcionada para resolver en el plazo más breve posible la grave situación provocada por la prórroga del convenio.

Desde la aprobación de la Ley y hasta principios de agosto, las posturas del sindicato de controladores y AENA se encontraban enfrentadas. Enfrentamiento que creció con la promulgación del Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto, *por el que se establecen normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo*, que derogaba las previsiones contenidas en el artículo 3 (6) de la Ley 9/2010, endureciendo los tiempos de actividad y descanso de los controladores.

hasta 80 voluntarias) e incremento de las horas ordinarias (desde 1.300 hasta 1.670). Su jornada laboral pasó, por tanto, de 1.200 horas (y la posibilidad de hasta 600 extraordinarias) a 1.670 horas (con sólo 80 horas extraordinarias como máximo). El problema es puramente económico puesto que, al incrementar las horas ordinarias y reducir las extraordinarias (notablemente mejor pagadas, a 2,65 veces el coste de una hora ordinaria), los ingresos de los controladores se han reducido drásticamente. Tal y como expone AENA, los controladores realizaron de manera efectiva una jornada de 1.744 horas en 2006, 1.799 en 2007, 1.802 en 2008 y 1.750 en 2009. Es decir, habida cuenta de que su jornada laboral estaba establecida en 1.200 horas, en torno al 30 por 100 de sus horas fueron extraordinarias, que son las que, por su coste y número, han encarecido el servicio.

(6) Artículo 3. *Tiempo de actividad y descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo.*

«Para garantizar la prestación segura de los servicios de tránsito aéreo y el necesario descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo se dispone lo siguiente:

1. *La jornada a turnos tendrá una duración no superior a doce horas por servicio.*
2. *El número de horas extraordinarias no será superior a ochenta al año, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.*
3. *El tiempo de descanso durante la jornada será de un veinticinco por ciento del tiempo de duración de la jornada diurna y de un treinta y tres por ciento de la duración de la jornada noc-*

A causa de ello se produjeron «huelgas de cielo» por parte de los controladores, provocadas por masivas bajas laborales que supusieron importantes retrasos en vuelos nacionales e internacionales. El Ministro de Fomento, José Blanco, anunció que de ser necesario y para mantener los servicios mínimos emplearía a controladores aéreos del Ejército. En agosto de 2010, el sindicato USCA anunció la posibilidad de una huelga que, finalmente, fue desconvocada.

La llamada «crisis de los controladores», sin embargo, comenzó a finales de noviembre, cuando controladores del aeropuerto de Lavacolla (Santiago de Compostela), anuncian que están a punto de alcanzar su número máximo de horas anual y que, cuando las alcancen, no acudirán a sus puestos de trabajo. Así ocurrió, y comenzó a extenderse esta tesis en otros aeropuertos.

Finalmente, el viernes 3 de diciembre, ante la masiva amenaza de los controladores de abandono de sus puestos, y mientras millones de españoles comenzaban o iban a comenzar las vacaciones del llamado «puente de la Constitución», el Gobierno promulga el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, *de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo*, por el que, entre otras cosas, se aclaraba o revisaba el cómputo del número de horas de los controladores.

Esa misma tarde, una vez conocido el contenido del Real Decreto-ley aprobado en el Consejo de Ministros, se suceden los hechos y comienza una escalada de ausencias o de abandono del puesto de trabajo en las torres de control de los aeropuertos.

Ante el caos y la situación de colapso, el Gobierno decidió transferir las competencias de control del tránsito aéreo del Ministerio de Fomento (a través de AENA) al de Defensa para tratar de parar el creciente caos aeroportuario de masivos retrasos y cancelaciones de vuelos, primero con la militarización y luego con la declaración del estado de alarma, que sería prorrogado hasta el día 15 de enero de 2011.

3. NORMATIVA RELEVANTE PARA NUESTRO ESTUDIO

a) *Marco constitucional y jurídico*

El estado de alarma se encuentra regulado en el artículo 116.2 de la Constitución, junto con los estados de excepción y sitio. Posteriormente, y haciéndolo

turna. No obstante, en las torres de control monoposición los controladores tendrán un descanso de una hora por servicio.»

se eco del mandato constitucional del artículo 116.1, que exigía su regulación mediante Ley Orgánica, se aprobó la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, Excepción y Sitio, dotándose los tres estados de una regulación pormenorizada.

Dicha Ley Orgánica, que regula el estado de alarma en el capítulo II, artículos 4 a 12 recoge, en su artículo 4, los supuestos (7) que justifican la declaración gubernamental del estado de alarma. Entre los cuales se encuentra, en su letra c, el que «cabría» aplicar a nuestro caso concreto: la *«Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 (8) y 37.2 (9) de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo»*.

Es decir, aparentemente, en esta ocasión, nos encontrábamos ante lo que se ha dado en denominar una «huelga salvaje», pues no estaba ni siquiera convocada y, por tanto, no se había dado lugar a la fijación de los servicios mínimos y a la necesaria toma de medidas que garantizaran el servicio público esencial del transporte aéreo (conforme a los mencionados arts. 28.2 y 37.2). En consecuencia, a tenor de lo expuesto, se podría considerar el supuesto de hecho como subsumible en la letra c del artículo 4 de la Ley 4/1981, aunque, como veremos más adelante, esto plantea algunas dudas.

Desde otro punto de vista, es importante destacar otros marcos legislativos que concurren en este concreto estado de alarma. En primer lugar, la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, concretamente su artículo 4.4.a) (10), que determina el paso de la potestad de control aéreo civil del Ministerio de Fomento al Ministerio de Defensa en circunstancias extraordinarias; y, en segundo lugar,

(7) Además del requisito señalado en el texto [el mencionado en el apartado c)] los otros tres supuestos son: 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; d) situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad»*.

(8) Artículo 28.2 CE. *«Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.»*

(9) Artículo 37.2 CE. *«Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.»*

(10) Artículo 4.4 Control de la circulación aérea. *«El Ministerio de Defensa ejercerá siempre el control de la circulación aérea operativa y, en tiempos de conflicto armado, el control de la circulación aérea general. También ejercerá el control de la circulación aérea general en los siguientes casos: a) Cuando el Presidente del Gobierno decida que esta competencia sea ejercida por el Ministerio de Defensa, por concurrir circunstancias extraordinarias que así lo aconsejen.»*

el artículo 44 (11) de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, artículo que ampara la movilización militar y que, a pesar de la insistencia en que es preconstitucional, hay que incidir en que no por ello es inconstitucional. Hay que recordar en este punto que la Ley 50/1969, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional, que establecía una clara distinción entre personal movilizado y militarizado, se encuentra derogada, por lo que no es de aplicación al caso.

Por último, desde un punto de vista penal, y por lo que respecta a su asimilación, tras su movilización, al personal militar, son aplicables al personal militarizado los artículos 8.5 (12) y 117 (13) de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, que establecen la asimilación a la condición de personal militar y la sanción por simulación de enfermedad con objeto de no cumplir con sus deberes militares, y la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la Navegación Aérea, concretamente sus artículos 20 (14) y 21.5 (15) de la Sección I del capítulo II, que regula el delito de sedición.

(11) Artículo 44. *«Sólo podrá autorizarse a Corporaciones, Entidades o particulares que tengan la nacionalidad española la instalación de aeropuertos o aeródromos privados que habrán de reunir los requisitos que previamente determine, en cada caso, el Ministerio del Aire. Todos ellos se someterán a las servidumbres que se establezcan, y a efectos de movilización dependerán de la Jefatura Militar Aérea en cuya demarcación se encuentren.»*

(12) Artículo 8.5. *«A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:*

5. *Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno.»*

(13) Artículo 117. *«El militar que se excusare de cumplir deberes militares produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño, ser castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.»*

(14) Artículo 20. *«Serán castigados con la pena de prisión menor, como reos de sedición, los tripulantes, pasajeros, empleados o personas concertadas con ellos, que en aeropuertos o aeronaves se alzaren colectivamente para cualquiera de los fines relacionados con la navegación aérea, que a continuación se expresan:*

1. *Oponerse al cumplimiento de órdenes que dicten el Comandante de aeronave o Jefe de aeropuerto, en uso de sus atribuciones.*

2. *Impedirles el libre ejercicio de sus funciones o ejecutar con otro fin coacción sobre ellos.*

3. *Realizar algún acto de odio o venganza en sus personas o bienes.*

Con la misma pena serán castigados los miembros de la tripulación de aeronaves o empleados de aeropuertos que, en número suficiente para perturbar el servicio, abandonen colectivamente

No obstante, pese a la insistencia en la sujeción a la jurisdicción militar, es importante señalar que el artículo 117.5 (16) de la Constitución sólo permite el ejercicio de la jurisdicción militar en los supuestos del estado de sitio, pero no en el caso del estado de alarma, por lo que, más que el Código Penal Militar, sería de aplicación el artículo 409 del Código Penal (17), relativo al abandono colectivo del puesto de trabajo de un servicio público.

b) *Los Reales Decretos aprobados por el Gobierno*

b.1. *El Real Decreto 1611/2010, del 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA*

Conforme al artículo 4.4 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, referido al control de circulación aérea,

«El Ministerio de Defensa ejercerá siempre el control de la circulación aérea operativa y, en tiempos de conflicto armado, el control de la circulación aérea general. También ejercerá el control de la circulación aérea general en los siguientes casos:

a) Cuando el Presidente del Gobierno decida que esta competencia sea ejercida por el Ministerio de Defensa, por concurrir circunstancias extraordinarias que así lo aconsejen.

b) Cuando se den situaciones de emergencia, declaradas por el Ministerio de Defensa.»

sus funciones en la aeronave o el aeropuerto, en actitud de protesta, desobediencia coactiva o represalia contra el Comandante o Jefe respectivo.»

(15) Artículo 21.5. *«Se impondrá la pena de prisión menor a prisión mayor [...]5. Si el hecho se comete con la intención de interrumpir la navegación o de variar la ruta.»*

(16) Artículo 117.5 CE. *«El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.»*

(17) Artículo 409. *«A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomen parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses.»

Amparándose en este artículo, se dicta el Real Decreto 1611/2010. En principio, jurídicamente es formalmente irreprochable que se dicte un Real Decreto como éste. Sin embargo, en el artículo único de dicho Real Decreto se dispone lo siguiente:

«El Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire adoptará todas las decisiones que procedan para la organización, planificación, supervisión y control de los controladores de tránsito aéreo al servicio de la entidad pública AENA. A tal efecto activará los recursos de control de tráfico aéreo del Ministerio de Defensa y exigirá la presencia en sus puestos de trabajo de los controladores civiles ausentes.»

Lo problemático radica en que lo que por parte del Gobierno se difundió como «militarización» de los controladores mediante este Real Decreto no podía ser tal, pues el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire no tenía ninguna facultad para poder «exigir» la presencia en su puesto de trabajo de los controladores, porque éstos no se encuentran bajo su mando.

Al percatarse de este problema, el Gobierno comienza a buscar otras vías que pudieran dar efectividad al objetivo pretendido, que los controladores volviesen a sus puestos de trabajo. La solución encontrada fue la de decretar el estado de alarma, que llevaría consigo la «movilización» de los controladores y, además, una movilización bajo mando militar, por lo que se producía, por tanto, la pretendida militarización de este colectivo.

b.2. *El Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.*

En la Exposición de Motivos de este Real Decreto se afirma que la actitud de los controladores y los hechos acaecidos «determinan la paralización de un servicio público esencial para la sociedad como lo es el servicio de transporte aéreo. Todo ello constituye, sin duda, una calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados». Se utiliza, por primera vez, el concepto de «calamidad pública». En el siguiente párrafo, en cambio, se vuelve a usar el de «catástrofe»: «Para recuperar la normalidad en la prestación del citado servicio público y restablecer los derechos fundamentales de los ciudadanos, hoy menoscabados, y habiendo fracasado todos los intentos para poner fin a la situación de catástrofe públi-

ca existente, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma en orden a eliminar los obstáculos que impiden su segura y continuada prestación.»

En el artículo 3 de dicho Real Decreto se dispone lo siguiente:

«Artículo 3. Ámbito subjetivo. En virtud de lo dispuesto en los artículos 9.1 y 12.2 de la Ley Orgánica 4/1981 (18) en relación con el artículo 44 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (19), todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasan a tener, durante la vigencia del estado de alarma, la consideración de personal militar a los efectos de lo previsto en el artículo 10.1 de la citada Ley Orgánica (20) y en consecuencia, quedan sometidos a las órdenes directas de las autoridades designadas en el presente real decreto, y a las leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre (21).»

En el artículo 6 del mencionado Real Decreto, sobre la Autoridad delegada del Gobierno, se dispone que *«El Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y las autoridades militares que designe adoptarán las decisiones pertinentes en cumplimiento de lo que dispone el artículo 3 del presente Real Decreto.»*

No obstante, como veremos en el siguiente apartado, es dudosa la eficacia y ámbito de la delegación de funciones en el Jefe del Estado Mayor. En efecto, la Ley Orgánica 4/1981 no parece amparar dicha delegación que, como señalamos, se estableció en el Real Decreto, puesto que la Ley sólo autoriza la intervención de la autoridad militar en el caso de proclamación del estado de sitio.

(18) Artículo 9.1 LO 4/1981. *«Por la declaración del estado de alarma 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, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad competente en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.»*

Artículo 12.2 LO 4/1981. *«En los casos previstos en los apartados C) y D) del artículo cuarto el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo.»*

(19) *Vid.* texto del artículo en nota 11.

(20) Artículo 10.1 LO 4/1981. *«El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las Leyes.»*

(21) *Vid.* texto artículo 8.5 en nota 12.

4. VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS DOS REALES DECRETOS

Son dos las cuestiones a analizar en relación a estos dos Reales Decretos y, en general, a la gestión de la crisis por parte del Gobierno: la primera, si se daban los requisitos exigidos por la Ley Orgánica para decretar el estado de alarma. La segunda, si es posible jurídicamente la militarización de los controladores y su sometimiento a la jurisdicción militar.

a) *La posible ilegalidad de la declaración del estado de alarma*

Si el Gobierno no hubiese respetado los requisitos exigidos para la declaración del estado de alarma, estaríamos ante un problema de un Decreto ilegal, pero no necesariamente inconstitucional. La Constitución no detalla qué requisitos objetivos (22) se exigen para la declaración de este estado, sino que establece otro tipo de cuestiones. Los supuestos para declarar el estado de alarma, como ya hemos visto, se determinan en el artículo 4 de la Ley Orgánica.

En el supuesto que nos ocupa se había dado, sin duda, la circunstancia prevista en el apartado *c*) de este artículo, pero no parece que se haya dado ninguna de las otras tres, lo cual es un requisito imprescindible para poder decretar el estado de alarma (23). La letra *c* del artículo 4 a la que se ha acogido el Gobierno para declarar el estado de alarma no es, a diferencia de los otros tres posibles requisitos que establece el artículo 4, un requisito *per se*, sino que requiere la concurrencia de alguno de los otros. El bloqueo, la paralización de un servicio público esencial, como es el transporte aéreo, se subsume en el supuesto de la

(22) Así lo señala Serrano Alberca, para quien «*del debate constitucional ha de deducirse que habrá de tratarse de circunstancias excepcionales, de eventos catastróficos que no pueden ser dominados con las medidas ordinarias de que dispone el Gobierno*», pero la concreción de los supuestos habrá de producirse en la Ley orgánica de desarrollo. SERRANO ALBERCA, J. M., «Comentario al artículo 116 de la Constitución», en GARRIDO FALLA, M. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 1780.

(23) Así lo entendió, en su momento, Pedro Cruz Villalón, para quien este supuesto *c*) del artículo 4 de la Ley «*deja de ser realmente el origen de un posible estado de alarma para limitarse a ser una situación agravante de cualquiera de las tres emergencias a las que el artículo 4.º de la LODES efectivamente comprende: catástrofes, epidemias y desabastecimientos*». CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, pág. 98. También Lafuente Balle, para quien este presupuesto «*no es eficaz sino cuando concurre con otro presupuesto de catástrofe o calamidad pública*». LAFUENTE BALLE, J. M., «Los estados de alarma, excepción y sitio (II)», en *Revista de Derecho Político*, núm. 31, 1990, pág. 30.

letra *c*, porque es una «grave alteración de la normalidad» como exige la Ley, pero lo exige dentro de una situación global de catástrofe natural, sanitaria o de desabastecimiento. Cruz Villalón, en su brillante estudio sobre los estados excepcionales, llega a calificar este tercer supuesto como un «no-supuesto», añadiendo que la adición de ese requisito final equivale a la supresión del propio supuesto (24). En conclusión, *per se*, una huelga de controladores no justifica la declaración del estado de alarma porque no es un supuesto más, sino un supuesto que debiera ser concurrente con alguno de los otros, por lo que cabría pensar que su declaración en este caso es, posiblemente, ilegal.

El Real Decreto del Gobierno, como hemos visto, se esfuerza en utilizar términos como «calamidad» (25) y «catástrofe» públicas, para intentar, sin duda, vincular la situación al supuesto mencionado en el apartado *a*) del artículo 4 de la Ley Orgánica. Sin embargo, parece bastante claro que no se refiere a situaciones como la que se produjo el 3 de diciembre y que motivó el cierre del espacio aéreo, por mucho que decenas o centenares de miles de ciudadanos se viesen impedidos de viajar. Son, más bien, supuestos de catástrofes naturales los que darían lugar a esta declaración.

Por lo tanto, estaríamos hablando de un Real Decreto ilegal, puesto que no cumpliría ninguno de los supuestos previstos en el artículo 4, salvo el *c*), que necesitaría de la concurrencia de otro de los supuestos mencionados en el citado artículo (26).

(24) CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 70.

(25) Sobre este punto García Cuadrado se plantea una interesante reflexión cuando sostiene que «en la mente del constituyente se encontraban aquellas situaciones ocasionadas por culpa de la actuación del hombre, cuando el abuso irracional del derecho de huelga o actuaciones ilegales generalizadas, tales como ciertas huelgas de transportes, de panaderos, de comerciantes de la alimentación, de personal sanitario, de recogida de basuras y otras similares, en las que no se respetasen los servicios mínimos decretados por el Gobierno, pudiese ocasionar graves daños a la sociedad. La conflictividad social podrá afectar sólo a sectores muy minoritarios —por lo que no sería necesaria la declaración del estado de excepción— y, sin embargo, las consecuencias podrían ser gravísimas para el conjunto de la sociedad, por lo que no sería suficiente con aplicar las normas legales sobre protección civil en caso de calamidad; sobre todo porque éstas presuponen la voluntaria colaboración social y el supuesto imaginado parte de todo lo contrario. De manera que, ante la dualidad catástrofe natural-conflictos político-sociales, es posible que el constituyente mayoritario pensase en situaciones que participaran a un tiempo de ambas cosas». GARCÍA CUADRADO, A. M. «El estado de alarma y su ambigua naturaleza», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, Valencia, 1994, pág. 85.

(26) Así lo sostienen Roberto Blanco Valdés en un artículo publicado en *La Voz de Galicia* el 6 de diciembre de 2010 («Alarma por el estado de alarma») y Alberto López Basaguren («Alarma activada», *El Correo*, 5.12.2010). Ciertamente, ha habido otros autores que sí han considerado jurídicamente correcta la declaración del estado de alarma: Francesc de Carreras en *La Vanguardia*

Se podría incluso pensar que el supuesto hubiera encajado mejor en las previsiones determinadas en la regulación del estado de excepción (27), pues en el art. 13.1 de la Ley Orgánica 4/81 se dice que «*Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los Servicios Públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el Estado de Excepción.*»

Planteamiento que se reafirma con lo contenido en el artículo 28 de la Ley, donde se establece que «*Cuando la alteración del orden público haya dado lugar a alguna de las circunstancias especificadas en el artículo cuarto o coincida con ellas, el Gobierno podrá adoptar además de las medidas propias del Estado de Excepción, las previstas para el estado de alarma en la presente Ley.*» Es decir, en el supuesto en el que nos encontramos, el de una «huelga salvaje», encontraría cabida dicho estado de excepción.

Sin embargo, y aunque jurídicamente tuviese fácil encaje, esta vía habría abierto todavía más incertidumbres, y hubiera sido muy complicada de tomar de modo urgente. Habría sido necesario convocar al Congreso de los Diputados el mismo sábado 4, lo cual habría retrasado todo el operativo de un modo que probablemente acabaría por hacer inútil la medida. Pero además, se trataría ya de una declaración que llevaría consigo una suspensión (y no solamente limitación, como el estado de alarma) de derechos, de mucha mayor gravedad. Vía, además, de difícil defensa política y social, por lo que no parecía adecuado optar por ella.

b) *La posible inconstitucionalidad de la militarización*

Con todo, el problema principal del supuesto analizado no lo suscita la legalidad o no de la declaración del estado de alarma, sino la finalidad con la

dia («Un claro supuesto de estado de alarma», 5.12.2010) y Francisco Balaguer en *Público* («El colectivo Eyjafjalla», 8.12.2010).

(27) Para García Cuadrado, «*Una huelga de servicios esenciales, sin que se respeten los servicios mínimos, puede igualmente resolverse mediante la declaración del estado de alarma o el de excepción o el de sitio o ninguno de ellos, según la gravedad de los efectos que se produzcan en la sociedad y la respuesta de ésta ante la situación creada.*» GARCÍA CUADRADO, A. M., *op. cit.*, pág. 86.

cual se declara: conseguir la vuelta de los controladores al trabajo mediante su militarización. Éste es el elemento crítico de la cuestión, pues tal objetivo es, en nuestra opinión, claramente inconstitucional.

El artículo 117.5 de la Constitución establece: *«El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.»*

Por lo tanto, ya puede apreciarse que solamente en el caso de estado de sitio podría darse el hipotético sometimiento a la jurisdicción militar de determinados colectivos civiles. No corresponde al Gobierno determinar qué colectivos ni en qué supuestos, sino al Congreso de los Diputados, que es el competente para declarar el estado de sitio. Así lo establece, además, la misma Ley Orgánica 4/1981, en su artículo 35: *«En la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar.»*

No puede decretarse la movilización castrense de un colectivo civil en el marco de una declaración de estado de alarma, tal y como tempranamente sostuvo Cruz Villalón, quien insistió en *«la inviabilidad de la pretensión de someter a la jurisdicción militar a los ciudadanos no militares en base al estado de alarma (28)»*.

El mismo Tribunal Constitucional lo ha afirmado con rotundidad: *«Como se ha advertido, la norma suprema reconoce la jurisdicción militar cuando declara en su art. 117.5, tras proclamar el principio de unidad jurisdiccional, que “la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio con arreglo a la Constitución”. El precepto remite a la regulación legal, pero es evidente que su enunciado tiene también un valor interpretativo de aquella regulación. En este sentido, y prescindiendo de la hipótesis del estado de sitio, resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, reducida al “ámbito estrictamente castrense”. Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario para interpretar la legislación correspondiente (29)»*.

No sería tampoco de aplicación la Ley de Movilización Nacional de 1969, expresamente derogada por la Ley de la Carrera Militar, y que se había aplicado en los años setenta en España (incluso en períodos democráticos) para

(28) CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 80.

(29) STC 75/1982, de 13 de diciembre.

solucionar conflictos laborales. El problema, sin embargo, es que no existe, en este momento, ninguna normativa que desarrolle el concepto de movilización a que se hace referencia en la Ley Orgánica 4/1981, cuando, al hablar del estado de alarma, se refiere a la posibilidad de movilizar a determinados colectivos. En su artículo 11 se dispone que se podrán acordar, entre otras, las siguientes medidas (30):

- 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 y de los centros de producción afectados por el apartado D del artículo cuarto.»*

En el artículo siguiente, el 12, se dispone lo siguiente:

«Dos. En los casos previstos en los apartados C) y D) del artículo cuarto el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo.»

Como hemos dicho, la Ley 50/1969, Básica de Movilización Nacional, que regula la militarización del personal civil, por necesidades de la defensa nacional o cuando situaciones excepcionales así lo exijan y que regula sus «deberes y derechos» (art. 11), así como el «fuero aplicable» (art. 18, que se refería al entonces Código de Justicia Militar, actuales leyes penal, disciplinaria y procesal militar), está derogada y no ha sido sustituida. El recurso del artículo 12.2

(30) Como expone Fernández Segado, el objetivo al que tienden estas medidas es doble: *«de una parte, con carácter positivo, a la movilización de personas y recursos materiales, para asegurar la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes o lugares afectados, y, de otra parte, con carácter negativo, a controlar o limitar, con la misma finalidad, el movimiento de personas y vehículos y el consumo de artículos o servicios de primera necesidad»*. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Ley Orgánica de los estados de alarma, Excepción y Sitio», *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981.

de la Ley sería, pues, inconstitucional, pues incorpora al ámbito militar a civiles, prohibición, como ya se ha señalado, taxativamente recogida en la Constitución (31).

La Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980, en su art. 14, disponía la necesidad de una nueva Ley de Movilización, pero nunca llegó a cumplirse tal previsión y, por tanto, siguió vigente hasta su derogación parcial por la Ley Orgánica de Defensa Nacional de 2005 (32). Previamente, la Ley de Movilización había sido rebajada a rango reglamentario por la Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

Sin proyectar, tramitar y aprobar una nueva Ley de Movilización/Militarización de los «*recursos humanos y materiales y de todas las actividades cualquiera que sea su naturaleza*» para «*satisfacer las necesidades de la defensa nacional o las planteadas por circunstancias excepcionales*» (según se estableció en 1980), la derogación total de la Ley de Movilización llegó a través de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar. De este modo, se creó un vacío legal sobre la materia de movilización y militarización de aquellos recursos, que ahora se ha puesto de manifiesto, pues no hay «ley habilitante» que permita la movilización y militarización de los controladores, así como la definición de sus deberes y derechos y el fuero que les resulta aplicable.

El Gobierno ha invocado el artículo 8.5 del Código Penal Militar, que define quiénes son «militares» a efectos de aplicación de ese Código, y que son, además de los militares profesionales, los alumnos de las academias militares y los militares de complemento, «*los que con cualquier asimilación militar presten servicios al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno*».

Pues bien, no existe en este momento ninguna normativa que detalle en qué consiste esa posible movilización. El Gobierno ha supuesto, en el Real Decreto de declaración del Estado de alarma, que esta movilización equivale a la militarización, pero no tendría por qué ser necesariamente así. La derogada Ley 56/1969, de 26 de abril, básica de Movilización Nacional establecía dos categorías intermedias entre el personal civil y el militar: el movilizado y el mi-

(31) Como señala Cruz Villalón, «*El recurso del artículo 12.2 LODES supone la incorporación ficticia de una serie de ciudadanos al ámbito estrictamente castrense y, por lo tanto, puede ser considerada una disposición inconstitucional. Nos hallamos, pues, ante un supuesto en el que se reúne la situación de derogación de una norma pre-constitucional con el carácter inconstitucional de una norma pos-constitucional.*» CRUZ VILLALÓN, Pedro, «El nuevo derecho de excepción», *op. cit.*, pág. 125.

(32) Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

litarizado (33). El personal movilizado sería el que quedaba encuadrado dentro de las Fuerzas Armadas, y el militarizado sería, entre otros, el «*correspondiente a organismos o empresas movilizadas o militarizadas total o parcialmente*».

Estas previsiones de la Ley de 1969 se emplearon fundamentalmente, en el marco de conflictos laborales, como factor de intimidación para impedir el ejercicio de algunos derechos de los trabajadores: así, por ejemplo, en julio de 1970 (metro de Madrid), en marzo de 1972 (empresa nacional Bazán); en enero de 1976 (Correos y RENFE); febrero de 1976 (Policía Municipal y bomberos de Barcelona); octubre de 1976 (transportes de Zaragoza); diciembre de 1977 (Transportes de Madrid); octubre de 1978 (Empresa Nacional de Electricidad); marzo de 1979 (Unión Eléctrica de Canarias); marzo de 1979 (metro de Barcelona), agosto de 1979 (CAMPSA). Esto ponía de relieve, como denunció la doctrina, que la Ley constituía un instrumento anacrónico, propio de un aparato represor del Estado totalitario, pero incompatible con el Estado democrático (34).

En todo caso, también en esa Ley el personal movilizado, junto con el militarizado, pasaba a estar sometido al Código de Justicia Militar, por lo que su concepto de movilización encaja perfectamente en el artículo 117.5 de nuestra Constitución, ya que se refiere a situaciones relacionadas con la defensa nacional, y el 117.5 está admitiendo la posibilidad de ese sometimiento a la jurisdicción militar en el estado de sitio. Pero lo que no puede producirse es una militarización mediante un Decreto que lo que declara es el estado de alarma, que no solamente no está habilitado para ello por la Constitución, sino que además nada tiene que ver con la Defensa Nacional (35).

(33) El artículo 9 de la ley establece, a los efectos de la movilización, la clasificación del personal en cuatro tipos: Personal Militar, Personal Movilizado, Personal Civil Militarizado y Personal Civil. El Personal Movilizado es definido como «*el que queda encuadrado en las Fuerzas Armadas como consecuencia de la movilización*», mientras que el Civil Militarizado es aquel «*correspondiente a organismos o Empresas movilizadas o militarizadas total o parcialmente, así como el personal civil que preste sus servicios en Ministerios militares o Dependencias de los mismos*».

(34) BAYLOS GRAU, A., «La militarización de los servicios públicos», en *El Cárbano*, núm. 2, septiembre-octubre de 1966; FISAS, V., *El poder militar en España*, Barcelona, Laia, 1979, pág. 134. Citados en OLARIETA ALBERDI, J. M., «Vigencia actual de la Ley de Movilización Nacional», en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, 1992, págs. 35-40, que defiende la inconstitucionalidad de la Ley.

(35) Así lo sostiene Enrique Gimbernat en *El Mundo* del 7.12.2010: «Contra la “movilización” de los controladores». Gimbernat también sostiene la inconstitucionalidad de dos preceptos de la Ley Orgánica 4/81, los que prevén la movilización de civiles en situaciones de estado de alarma y de excepción, al entender que la única movilización posible es la que se refiere a la defensa nacional: «*el sometimiento de los civiles al Código de Justicia Militar; fuera de este estado de*

Para que los controladores pudieran ser movilizados o militarizados hacía falta una Ley habilitante, que no existe, y además, para poder aplicar el Código Penal Militar habría que conceder a los militarizados la «asimilación» a un empleo militar (ya sea el de Soldado, Cabo, Sargento, Teniente, etc., según tengan o no la misma categoría o responsabilidades dentro de su organización), de manera que de acuerdo con ese grado de asimilación sepan cuáles son los superiores jerárquicos a los que tienen que obedecer, porque así lo exige al artículo 8.5 del Código Penal Militar de 1985 y la organización de las Fuerzas Armadas.

En definitiva, ni la declaración del estado de alarma permite someter a ningún civil a la jurisdicción militar, ni este sometimiento puede producirse más que en el supuesto de declaración del estado de sitio, es decir, con la intervención del Congreso. Es muy sintomático, en este sentido, que las únicas actuaciones judiciales iniciadas por la Fiscalía se hagan con base en la legislación ordinaria (Código Penal y leyes que regulan la navegación y la seguridad aérea). La pretendida militarización o el sometimiento a la jurisdicción militar de los controladores no encuentra apoyo ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica 4/1981, como se ha puesto de relieve de modo abrumador por la doctrina (36). Esto no quiere decir, sin embargo, que el Gobierno no tenga instrumentos para dar órdenes extraordinarias a los controladores: el artículo 9 de la misma Ley Orgánica 4/1981 establece que cuando se declare el estado de alarma, los trabajadores del servicio público quedarán a las órdenes directas de la autoridad «*pudiéndole imponerles servicios extraordinarios*».

5. EL PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN: DECLARACIÓN Y PRÓRROGA

La importancia de la solicitud y autorización de la prórroga del estado de alarma radica en que, salvo para el estado de excepción, «*la prórroga de los estados excepcionales, más allá del período de tiempo inicialmente previsto para los mismos, carece de limitación constitucional* (37)».

emergencia máxima, también a los supuestos de estado de alarma y de excepción, tal como prevén los arts. 12.2 y 28 LEAES, es inconstitucional, debiendo considerarse nulos ambos preceptos».

(36) RUIZ ROBLEDO, A., «Mucho ruido y pocas condenas», *El País*, 10.12.2010. Véanse también las opiniones de Roberto Blanco Valdés, Enrique Álvarez Conde y José Antonio Portero Molina en el diario *ABC* de 12.12.2010. Asimismo, las de Antonio Torres del Moral en periódico digital «El confidencial» el mismo 12.12.2010 (<http://www.elconfidencial.com/espana/expertos-constitucionalistas-consideran-chapuzas-juridicas-interpretacion-20101211-72472.html>).

(37) CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción», *op. cit.*, pág. 110.

En primer lugar, lo que la Constitución prescribe es que el plazo máximo por el que el Gobierno puede declarar el Estado de alarma es de quince días. Si se trata, como es obvio, de una situación de emergencia o anormalidad, la vigencia del Estado de alarma debería haberse limitado estrictamente al período temporal de vigencia de la situación de anormalidad de la situación que se trata de corregir, sin necesidad de agotar de modo imprescindible el plazo máximo previsto. Si la situación anormal dura uno, dos o tres días, no puede aplicarse el plazo de 15 días, porque, insistimos, es un plazo máximo que debe ser relacionado con el objetivo esencial: restablecer la normalidad. No caben interpretaciones extensivas en materias tan básicas, que suponen limitación de derechos fundamentales.

En segundo lugar, la Constitución exige que el Congreso sea reunido «inmediatamente» para ser informado (38). Esto no se hizo así, sino que, habiéndose declarado el estado de alarma un sábado, el Congreso no se reunió hasta el siguiente jueves. Es cierto que había varios días festivos por medio, pero hubiera sido mucho más lógico y ajustado a la Constitución que se hubiese reunido el martes, primer día hábil tras la declaración del estado de alarma.

En todo caso, lo que tiene mucha más gravedad es la prórroga del Estado de alarma, cuya propuesta fue decidida por el Gobierno en el Consejo de Ministros extraordinario de 14 de diciembre y establecida mediante el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, *por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre*, tras ser autorizada por el Pleno del Congreso el día 16. El artículo 2 del Real Decreto establece una prórroga de otros quince días, *«hasta las 24 horas del día 15 de enero de 2011»*.

Se supone que una declaración tan excepcional como ésta, que supone la limitación de derechos fundamentales, debe producirse ante una situación de extraordinaria gravedad. Ésta podría haberse considerado que fue la que se suscitó los días 3 y 4 de diciembre, pero ya no persistía dicha situación en el momento

(38) Es importante destacar este punto, porque el Congreso, reunido al efecto, no autoriza la declaración. Como ha expuesto Navas Castillo, *«No nos encontramos, por tanto, ante un acto de autorización parlamentaria, sino más bien ante una previsión de información de la Cámara sobre la declaración gubernamental del estado de alarma, mediante la que se pretende garantizar la constatación por parte del Parlamento, en este caso a través de la Cámara Baja, del cumplimiento de las exigencias que tanto a nivel constitucional como a nivel legal se imponen al Gobierno y, por tanto, legitiman su declaración. Idea que se ve reafirmada si tenemos en cuenta que la entrada en vigor de la declaración se producirá en el mismo instante de su publicación que, de acuerdo con el artículo 2 de la LOEAES, habrá de ser inmediata.»* NAVAS CASTILLO, A., «Los Estados excepcionales y su posible control por el Tribunal Constitucional», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 87, 1997, pág. 149.

en que el Congreso lo autorizó. Incluso podría haberse dado el caso de que el Congreso, informado por el Gobierno, hubiese instado a levantar el estado de alarma, al constatar que la situación de anormalidad ya no existía, puesto que los servicios públicos paralizados estaban ya funcionando. Pero, en cualquier caso, no es jurídicamente aceptable que acuerde una prórroga, porque ya no existe el elemento soporte: la situación de anormalidad susceptible de calificarse como calamidad pública. El estado de alarma no está para atajar posibles conflictos futuros, es decir, no puede aplicarse «preventivamente». De la propia Ley cabe deducir este criterio, al leer su artículo 15.2, referido al Estado de excepción: «*Si persistieren las circunstancias que dieron lugar al estado de excepción...*» El fundamento es el mismo para el de alarma. La prórroga por parte del Congreso podría ser considerada fraude de ley, porque se utilizaría un mecanismo excepcional para fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico.

Las motivaciones ofrecidas por el Gobierno y asumidas por el Congreso son de todo punto insuficientes. Para el Gobierno, la solicitud de prórroga encuentra su justificación «*con el fin de asegurar la normalidad en el funcionamiento del tráfico aéreo, de mantener la seguridad jurídica en la prestación de un servicio público esencial y de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente su libertad de circulación*». Insuficientes por genéricas y porque la normalidad estaba ya asegurada, al haberse resuelto la problemática que la suscitó. Por eso dicha prórroga es inadmisibile en un Estado de Derecho, como ha sido señalado con firmeza por la doctrina mayoritaria (39).

Finalmente, y por lo que respecta a la militarización, mediante el Real Decreto 28/2011, de 14 de enero, *por el que se deroga el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre*, el control del tránsito aéreo vuelve a pasar a AENA tras el cese de las «*circunstancias extraordinarias que determinaron la promulgación del Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre*», como señala la exposición de motivos del propio Real Decreto. Derogación que, a tenor de su disposición final única, entró en vigor el 16 de enero.

6. CONCLUSIONES

Lejos de hacer un análisis que pudiera contribuir a amparar la actitud del colectivo de los controladores aéreos, cuyo comportamiento es, ha sido y será

(39) PÉREZ CRUZ, A., «Dudosa Constitucionalidad», en el periódico *La Razón*, 10.12.2010. En la misma línea se manifestaron Roberto Blanco Valdés, Enrique Álvarez Conde y José Antonio Portero Molina en el diario *ABC* el 12.12.2010.

el factor causante y determinante de una situación de tensión y conflicto que se extiende en el tiempo desde hace años, y que ha tenido en «jaque» a un país y a más de 650.000 personas retenidas en los aeropuertos sin vacaciones, pero, sobre todo, sin soluciones y sin respuestas, procede un análisis jurídico que clarifique un caos institucional.

El Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma, como señalábamos al comienzo de este estudio, presenta serias dudas en lo que respecta a su legalidad. Y las presenta porque se ha producido una extraña, pero sobre todo forzada, interpretación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, Excepción y Sitio.

Lo que procedía haber aplicado en este supuesto, por lo tanto, es la legislación común u ordinaria, sin necesidad de acudir a extremos excepcionales que crean un peligroso precedente de limitación de derechos ciudadanos.

En concreto, la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea (40), y específicamente su artículo 20 en relación con el artículo 21.1 (delito de sedición). Procede hacerse así porque esa ley es especial, y se aplica preferentemente a la general que, en este caso, sería el Código Penal, por tratarse de hechos punibles cometidos específicamente con ocasión de la navegación aérea. El mencionado artículo 20 castiga a los *«empleados de aeropuertos que, en número suficiente para perturbar el servicio, abandonen colectivamente sus funciones... en el aeropuerto»*. Como se ha dicho, este precepto debe ser puesto en relación con el tipo agravado del artículo 21.1 de la misma Ley, que establece una pena de prisión de seis meses a ocho años cuando *«el hecho se comete con la intención de interrumpir la navegación»*. Aunque esta norma está vigente, podrían plantearse dudas sobre la constitucionalidad de las penas que impone, puesto que parecen desproporcionadas en relación con las penas previstas en el vigente Código Penal. Esto nos lleva a concluir, en este punto, que es necesaria la revisión de la norma y su adaptación al vigente ordenamiento constitucional.

Además del problema mencionado, evidentemente, se planteaba otro ante la posible aplicación de esta ley: puesto que la sedición es un delito permanente, que se consuma durante todo el período en el que permanece la situación sediciosa antijurídica, los controladores deberían haber sido detenidos y puestos a disposición de la autoridad judicial sobre la base del artículo 492 en relación con el artículo 491.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que *«la autoridad o agentes de la policía judicial tendrán la obligación de detener... al delincuente in fraganti»*.

(40) Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea.

Ciertamente, esto no habría solucionado el problema del cierre del espacio aéreo, porque no había controladores que pudiesen sustituir a los que se negaban a trabajar. Además, el mismo tipo de amenaza que se cernía sobre los controladores cuando se declaró el estado de alarma era el que podía suponer su posible detención y encarcelamiento, por lo que no se entiende el motivo por el cual el Gobierno no utilizó los mecanismos jurídicos ordinarios.

Quizá el problema radica en que los controladores no creían que el Gobierno fuera a tomar esta decisión (la de encarcelarlos), al considerar que el Gobierno se encontraba en una situación de debilidad. Con esta vuelta de tuerca, lo que quizá pretendió el Gobierno es crear un escenario en el cual ha teatralizado una supuesta demostración de firmeza, para lo cual ha utilizado el ordenamiento jurídico, forzándolo en su interpretación y franqueando incluso la barrera de la inconstitucionalidad. Sin embargo, cuando un Gobierno tiene que llegar a utilizar instrumentos jurídicos extremos para resolver conflictos ordinarios, como es el caso de un conflicto laboral, lo que pone de relieve no es su firmeza sino su debilidad.

En todo caso, es probable que una impugnación del Real Decreto que declara el estado de alarma amparándose en su ilegalidad no prospere ante un juez, al considerar que la situación realmente requería una intervención extraordinaria por parte del Estado. Pero lo que parece evidente es que el supuesto no es de los previstos literalmente en la Ley orgánica, lo cual debe conducir a una modificación de dicha norma si no queremos que se vuelva a producir una situación semejante (41).

Por otro lado, en lo que respecta a la «movilización» de los controladores, como ya se ha señalado, existen firmes dudas en lo referente a su constitucionalidad, por indebida aplicación de la jurisdicción militar, expresamente vetada por el artículo 117.5 de la Constitución a otros ámbitos no castrenses. En ese sentido, y toda vez que la Ley Básica de Movilización Nacional se encuentra derogada, la ausencia de regulación de la movilización debe hacer también recapacitar a nuestro legislador, que debería poner en marcha una iniciativa legislativa para colmar esta laguna legal.

En cualquier caso, quizá la lección más inquietante que se extrae de esta «crisis de los controladores» y la declaración del estado de alarma es el peligroso precedente que sienta. Antes de que en el futuro un Gobierno pueda volver a

(41) El propio Francisco Balaguer, favorable a la declaración del estado de alarma, reconoce que la Ley está pensando en catástrofes naturales y parece sugerir esta vía de reforma legislativa para intentar que el supuesto que se produjo en España encajase mejor en la norma. Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «El colectivo Eyjafjalla», diario *Público*, 8.12.2010.

plantearse la declaración de estado de alarma ante un conflicto social y laboral, es necesario incorporar a la norma las circunstancias concretas en que puede hacerse, los requisitos y garantías que deben cumplirse y, en general, las exigencias que deben satisfacerse. Estamos hablando de posibles límites al ejercicio de los derechos y libertades de sus ciudadanos, algo excepcional en un Estado de Derecho. Si no se hace así, corremos el riesgo de nuevas interpretaciones forzadas de la norma, de la perversión de la naturaleza del estado de alarma y de un posible uso fraudulento de la ley o un ejercicio de poder «abusivo» por parte de quien lo detenta.

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo consiste en valorar jurídicamente la legalidad y constitucionalidad de los Reales Decretos del 3 y 4 de diciembre de 2010, por los que se movilizaba a los controladores aéreos y se declaraba el estado de alarma en España, analizando la proporcionalidad de la vía adoptada y su adecuación al caso concreto, esto es, la crisis producida por la huelga masiva y encubierta de los controladores aéreos.

PALABRAS CLAVE: alarma; militarización; controladores; constitucionalidad; legalidad.

ABSTRACT

The aim of this article is to evaluate, from a legal point of view, whether the two Royal Decrees, approved on December 3rd and 4th, 2010, which mobilized air traffic controllers and decreed state of alarm, were legal and within the Spanish Constitution. In order to evaluate this, we have examined the proportionality of the means used, as well as its suitability to the exact case, which was the air crisis provoked by the concealed massive strike carried out by the Spanish airports' air traffic controllers.

KEY WORDS: alarm; mobilization; air traffic controllers; constitutionality; legality.

