

# EL ESTADO DE ALARMA EN ESPAÑA

ANA ABA CATOIRA

*Profesora Titular de Derecho Constitucional*

*Universidad de La Coruña*

## SUMARIO.

- I. Una cuestión previa: contexto actual en el que se realiza este trabajo
- II. La defensa de la constitución como garantía de nuestra sociedad
- III. El derecho de excepción. la regulación de los estados excepcionales
- IV. El modelo español
- V. Análisis del estado de alarma
- VI. Cuestiones sobre la constitucionalidad y legalidad del decreto 1673/2010 de declaración del estado de alarma
- VII. A modo de reflexión personal y final

## I. UNA CUESTIÓN PREVIA: CONTEXTO ACTUAL EN EL QUE SE REALIZA ESTE TRABAJO

El pasado cuatro de diciembre, en vísperas del Puente de la Constitución, el Gobierno español alegando «una situación insostenible» creada por «el caos aeroportuario» declaró el primer estado de alarma de nuestra historia democrática. El Decreto que se publicó en el Boletín Oficial del Estado a las 21:30 horas acordaba tres medidas de urgencia: la presencia de la fuerza militar en los cuatro centros de control para asegurar su buen funcionamiento, el reforzamiento del personal de los nueve aeropuertos de uso mixto y el traslado de los coroneles del ejército del aire a las torres de control de los aeropuertos civiles para asumir el mando de la situación. El sábado quince de enero a las doce de la noche se declaró el fin del estado de alarma, al considerar el Gobierno que se habían alcanzado los objetivos que motivaron su declaración «garantizar el derecho de los españoles a viajar sin problemas y asegurar la normalidad en los aeropuertos en épocas complicadas» y «lograr encauzar el diálogo con los controladores». Así pues, España vivió durante cuarenta y tres días bajo la declaración del primer estado de alarma de nuestra democracia que finalizó cuando el Gobierno consideró que se había recuperado la normalidad.

La situación que desencadenó la declaración del estado excepcional venía de atrás, pues la tensión entre los controladores y la administración había ido en aumento a lo largo del año motivada por la regulación del convenio profesional. Así, ya a principios de año el Gobierno aprobaba el Decreto-Ley de 5 de febrero de 2010<sup>1</sup> por el que se devolvía el control a AENA (desde 1999 eran los controladores quienes se autorregulaban en cuestiones de gestión y control) y poco después una Ley<sup>2</sup> a través de la que se fijaban las nuevas condiciones laborales, así como una rebaja del salario. Las asociaciones de controladores reaccionaron impugnando estas normas ante la Audiencia Nacional sin que sus pretensiones fueran acogidas por el órgano judicial. El Gobierno dio un paso más, aprobando un nuevo Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto, por el que se establecían normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo. Tras el descanso vacacional se retomó la negociación del nuevo convenio colectivo.

Lejos de conseguir que se rebajase la tensión entre el colectivo de profesionales y el Gobierno, el descontento fue en aumento, vislumbrándose una situación de crisis tras el anuncio por parte de los controladores de que estaban llegando al tope de las horas a las que estaban obligados a trabajar. La primera respuesta no se hizo esperar y el 28 de noviembre se realizaron cierres parciales del espacio aéreo gallego debido a que 10 de sus 28 controladores no asistieron a sus puestos de trabajo alegando que habían cumplido con todas las horas de trabajo establecidas en su jornada anual. La misma situación se reprodujo días después cuando el Gobierno anunció que ratificaría su jornada laboral, a lo que se sumó la noticia de que controladores del resto de España no acudirían a sus puestos de trabajo por la misma razón, es decir, que habían cumplido con sus horas de trabajo. El 3 de diciembre de 2010 se presentó por el Ministro de Fomento, en Consejo de Ministros, el Decreto que ratificaba la jornada laboral aprobada el 5 de agosto, lo que obtuvo por respuesta el abandono masivo de los puestos de control por los controladores alegando encontrarse en el supuesto previsto en la Ley de Navegación Aérea, esto es, no estar en condiciones psicofísicas para trabajar<sup>3</sup>.

Ante tal conflicto se produjo una reunión entre el Ministro de Fomento, la Ministra de Defensa, el Vicepresidente primero y Ministro de Interior, el Secretario de Estado de Defensa, el Jefe del Estado Mayor y el Abogado del Estado, acordándose la militarización del espacio aéreo que no de los controladores, para gestionar el control del tráfico y seguridad aérea, al tiempo que se procedía a la identificación de los controladores que se habían ausentado de sus puestos de trabajo.

Lo siguiente fue el Consejo de Ministros extraordinario en el que se habría de declarar el primer estado de alarma desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 ante el colapso de los aeropuertos españoles tras el abandono masivo y sin previo

1 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.

2 Ley 9/2010, de 14 de abril, 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 del tránsito aéreo.

3 Se trata del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomento de inversión y la creación de empleo, donde se incluyen medida que permitan a los militares tomar el control de las torres que quedan bajo sus órdenes.

aviso por parte de los controladores de sus puestos en las torres de control haciendo imposible el derecho de los viajeros a circular y generando grandes pérdidas económicas. El Gobierno apreció que estas circunstancias generaban una situación de calamidad pública de enorme magnitud y ante la necesidad de gestionar tal crisis para volver a la normalidad en los aeropuertos declaró el estado excepcional.

Así las cosas, la pretensión de este trabajo es analizar desde el Derecho de Excepción vigente la declaración del estado de alarma ante el colapso de los aeropuertos españoles provocado por la huelga abusiva e ilegal de los controladores que no es fruto del ejercicio de un derecho fundamental sino que en si misma es una flagrante vulneración de derechos fundamentales de terceros por el incumplimiento intencionado de deberes y funciones. Se intentará estudiar las diferentes medidas que se adoptaron desde el ejecutivo en cuanto a si nuestro ordenamiento ampara estas decisiones o, por el contrario, el Gobierno se extralimitó. Así mismo, se intentarán expresar los defectos de la regulación vigente, así como algunas propuestas de mejora, con el objeto de que nuestro Derecho esté preparado para responder ante situaciones que como la del pasado diciembre pueden poner en jaque el normal funcionamiento del Estado.

## II. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN COMO GARANTÍA DE NUESTRA SOCIEDAD

Las sociedades civiles que deciden dotarse de una Constitución como expresión política de su ordenación tienen intención de proteger esta voluntad expresada normativamente en la norma constitucional como conjunto de principios ordenadores del Estado y de los derechos y libertades de las personas, así como de sus garantías. La Constitución es, atendiendo a su naturaleza jurídica y política, norma jurídica primaria a la que están subordinadas todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, y es también documento político que fundamenta el orden político y establece el marco de convivencia de la sociedad<sup>4</sup>.

Su naturaleza de Norma Superior del ordenamiento o Norma Fundamental obliga a que indefectiblemente haya de quedar protegida jurídicamente, a través de las garantías jurídico-constitucionales<sup>5</sup>, pero, tal como se deja dicho, su naturaleza política, obliga a

<sup>4</sup> El término «Constitución» utilizado coincide con el concepto racional-normativo de Constitución entendida como documento que contiene las reglas fundamentales para la organización del Estado y para las relaciones entre el poder y la ciudadanía. Sobre el concepto racional-normativo Cfr. DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1988, 1ª ed., págs. 15-24; «Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español», en *Revista Política Comparada*, nº 10-11, 1984, págs. 396-406.

<sup>5</sup> Las garantías jurídicas de la Constitución son la Justicia Constitucional y el procedimiento específico de Reforma Constitucional. La regulación constitucional de un procedimiento de reforma actúa como garantía jurídica en orden a defender la Constitución permanentemente frente al legislador y al mismo tiempo la dota de eficacia a lo largo del tiempo para que no se convierta en una norma obsoleta no aplicable a la realidad social. Sobre la reforma constitucional Cfr., DE VEGA, P.: «Comentario al título X. De la reforma constitucional», en la obra colectiva *Constitución Española. Edición comentada*, Madrid, 1979, págs. 359-360; PÉREZ ROYO, J.: *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987; RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: «Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional», *REP*, Nueva Época, nº 75, 1992. Véase también ROURA GÓMEZ, S.: *La defensa de la Constitución en la Historia Constitucional española*, CEPC, Madrid, 1998.

que se prevean en Derecho los mecanismos necesarios para poder hacer frente a situaciones de anormalidad democrática con el único fin de restablecer el orden público democrático. Esas normas previstas para ejercer la defensa política de la Constitución integran lo que se denomina «Derecho excepcional» o «Derecho de excepción» llamado así porque nace para resolver situaciones excepcionales para las que el Derecho común u ordinario no tiene una respuesta adecuada. En línea con el Profesor Cruz Villalón, la Constitución regula una determinada concepción de la realidad social que se considera normal y cuando esa situación cambia, la Constitución ha de ser capaz de responder para garantizar igualmente su eficacia, pudiendo distinguir entre situaciones de normalidad y situaciones de excepcionalidad<sup>6</sup>.

Nace así el Derecho de excepción o Derecho excepcional que legitima la respuesta del Estado para protegerse, ya sea previendo ya sea sancionando, pero que ofrece los medios jurídicos necesarios para su protección y permanencia. Quiero con esto decir que es absolutamente necesaria la existencia de estas normas para evitar que el Estado democrático, intentando defenderse frente a amenazas o ataques que persiguen su desestabilización o fractura, se autodestruya haciendo tambalear los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho, esto es, el imperio de la Ley, la separación de poderes y el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades de la ciudadanía.

Es evidente que así puede ocurrir si se adoptan medidas de protección no previstas en el ordenamiento, si se altera el equilibrio de poderes o se restringen o se violan derechos, aunque sean de personas pertenecientes a grupos armados o elementos terroristas. Cualquiera de estas situaciones generaría consecuencias nada favorables para la democracia que tiene que protegerse pero respetando sus valores y principios. Podemos introducir aquí el respeto al principio de juridicidad estatal que maneja el prof. Torres del Moral, para quien comporta a su vez varios principios: la primacía de la libertad sobre los valores instrumentales como el orden y la seguridad que se traduce en la temporalidad de las medidas acordadas durante la vigencia de un estado excepcional, la vigencia y permanente defensa de la seguridad jurídica que requiere corrección procedimental en la adopción de medidas en su aplicación y en su finalización y la intervención judicial para adoptar medidas (suspensión de derechos) y su posterior control. El mantenimiento del normal funcionamiento de las instituciones, lo que resulta consecuente con la adopción de las medidas estrictamente indispensables para solucionar la crisis declarada. Esta garantía introduce el principio de presunción de legitimidad de la actuación del Estado y el principio de responsabilidad del poder que está sometido a limitaciones en su ejercicio y a un posterior control<sup>7</sup>.

### III. EL DERECHO DE EXCEPCION. LA REGULACIÓN DE LOS ESTADOS EXCEPCIONALES

Frente a épocas pretéritas, en las que el o los gobernantes concentraban todo el poder que no se ejercitaba con limitaciones establecidas jurídicamente en la Norma Jurídica

6 CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, pág.17.

7 TORRES DEL MORAL, A.: «Terrorismo y principio democrático», *RDP*, nº 78, Madrid, 2010, págs. 157-158.

Superior, en el marco del Constitucionalismo democrático la excepción no es la norma, pero, sí que puede producirse en cuanto tal. Así, estas situaciones excepcionales surgen como una alteración de la convivencia democrática que se viene desarrollando bajo circunstancias de pacífica normalidad.

Es entonces, bajo estos supuestos, cuando aparece la necesidad de aplicar un conjunto de normas que contiene la propia Constitución, en garantía de sí misma, aunque sea de forma general, para que se recupere la alterada normalidad constitucional lo más rápido posible. Son situaciones en las que, por necesidad constitucional, se suspenden determinadas garantías constitucionales, lo que no significa su eliminación, sólo durante el tiempo estrictamente necesario para solventar esa crisis surgida y que, tras encauzar la situación anómala y volver a la normalidad, decaen con la aplicación del derecho general<sup>8</sup>. Estas situaciones que resultan excepcionales en los Estados democráticos al suponer una concentración de poder en manos del ejecutivo no se prevén en aquellos Estados con es-caso nivel democrático por ser ésta una realidad normalizada<sup>9</sup>.

### III.1. CONCEPTO DE ESTADOS EXCEPCIONALES

La generación de una situación de crisis, conocida como excepcionalidad constitucional, obliga a reaccionar políticamente al Estado para protegerse en ejercicio de su «legítima defensa», que constituye un principio jurídico sólidamente reconocido. Así pues, la primera cuestión que se plantea gira sobre el modo en que se va a articular el ejercicio de ese poder de defensa, pues esto supone un fortalecimiento del poder de dirección que ostenta el ejecutivo y la consiguiente alteración de la organización de poderes amén de la posible suspensión de derechos individuales. Evidentemente, las crisis «indeseables» hay que preverlas en el Derecho que, como conjunto de normas que rigen las relaciones en el Estado, tiene que contener previsiones que regulen estas situaciones. Por tanto, el Derecho de excepción se nos presenta como necesario, aunque las situaciones llamado a regular sean indeseables, una característica consustancial a su propia existencia. En palabras del prof. Alvarez Conde si las relaciones de normalidad están reguladas en el Derecho habrá que suponer que «el caso excepcional, el supuesto anormal, debe encontrarse también sometido a la correspondiente normatividad»<sup>10</sup>.

8 Para MIRKINE-GUETZEVITCH: *La théorie générale d l'État soviétique*, París, 1928, pág.101 (citado por Porres Azkona, J.: «La defensa extraordinaria del Estado», *REP*, nº 216, nov-dic, 1977, pág. 143 nota a pie núm. 7, «el estado de necesidad presenta el mayor interés para la comprensión del sentido de todo régimen político, por referirse a la extensión de derechos y poderes de la Administración, militar y civil, encargada de limitar las libertades individuales y al mismo tiempo por definir el procedimiento de declaración del estado de necesidad, es decir, precisar la competencia de la institución que establece esta restricción temporal».

9 En este sentido, ver ALZAGA VILLAMIL, O. y otros: *Derecho Político Español según la Constitución española de 1978*, Vol. II, Madrid, CERA, 1998, pág.250 o GOIG MARTINEZ, J. M.: «La Defensa Política de la Constitución y Estados Excepcionales» en *Revista de Derecho UNED*, núm. 4, 2009, págs.263-296, en concreto pág.267.

10 ALVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 496. En este sentido se expresa la doctrina mayoritaria española, Cfr, por todos CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984, págs. 13-23.

Así, clásicos como Hariou, ponían de manifiesto que, ante la producción de circunstancias anómalas, hay que tener una normativa excepcional «que prime las fuentes del Derecho inferior que dicte el Poder Ejecutivo antes que arriesgar la subsistencia del Estado constitucional por defender la competencia del Poder legislativo para elaborar las fuentes del Derecho superior»<sup>11</sup>.

Por su parte, Loewenstein, escribía que «El gobierno de crisis significa la sustitución temporal de la técnica que distribuye el poder entre varios detentadores dotados de mutuos controles por la concentración consiente del poder en manos del detentador gubernamental, así como la suspensión de los normales controles interorgánicos de la asamblea frente al ejecutivo durante la duración del período de excepción [...]». Asimismo, continuaba, «[...] cualquiera que sea la causa, las situaciones de crisis colocan al Estado democrático constitucional frente al más difícil de los problemas: ¿será posible enfrentarse contra sus peligros por medios constitucionales, creados para la situación política normal?. Y si la respuesta es negativa ¿Cómo se podrá establecer un gobierno de crisis y cómo se le dejará funcionar de manera que posea suficiente libertad para superar la situación en cuestión, pero no demasiada con el fin de no caer en un autoritarismo sin límite?»<sup>12</sup>.

Nos adentramos, pues, en el estudio del Derecho de excepción que puede ser explicado, siguiendo al Profesor Cruz Villalón, como «garantía diacrónica del orden público configurado por la Constitución para supuestos de crisis constitucional que superan la capacidad normativa de la Constitución. Esta incapacidad, sin embargo, y es aquí donde comienza el problema, no resulta exclusivamente de lo excepcional de una situación todavía no precisada en cuanto a su contenido, sino de la combinación de esta última con el contenido específico de la Constitución. Porque la Constitución [...] es un proyecto de organización de un poder político que se quiere a si mismo limitado [...]»<sup>13</sup>. Como «garantía frente a las situaciones de crisis constitucional imprevistas, por lo que se suspende la vigencia del orden constitucional de ciertos derechos y libertades»<sup>14</sup> o como «el conjunto de circunstancias, previstas al menos genéricamente, en las normas constitucionales, que perturban el normal funcionamiento de los poderes públicos y amenazan a las instituciones y principios básicos del Estado y cuyo efecto inmediato es la concentración en manos del Gobierno de poderes o funciones que, en tiempo normal deben estar divididas, o limitadas»<sup>15</sup>. Así pues, los estados constitucionales incorporan en sus textos constitucionales el Derecho de excepción ante la necesidad de su aplicación en determinadas situaciones en las que está en peligro la seguridad y estabilidad constitucional, un Derecho con naturaleza preventiva que tendrá la

11 La obra de este autor *Précis de Droit Constitutionnel* citada por LAFUENTE BALLE, J. M<sup>a</sup>: «Los estados de alarma, excepción y sitio» en *RDP*, n<sup>o</sup> 30, 1989, págs. 23-54, pág. 26. Escribía HAURIUO que «Para el Estado, vale más vivir utilizando un órgano de acción, que es una fuente de derecho inferior, que sucumbir por haber sido fiel a una fuente de derecho superior, pero que es un órgano de acción», véase su obra, pág. 473.

12 LOEWENSEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Ariel Derecho, Barcelona, 1986, págs.285 y 286.

13 CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, *op cit.*, págs.13 a 23. En contraposición a estas garantías están aquellas otras que denomina «diatópicas» en el sentido de que la Constitución contiene un sistema inmanente de garantía, como por ejemplo la estructuración del poder político, que tiene una eficacia permanente.

14 Ver LAFUENTE BALLE, J.M<sup>a</sup>: «Los estados de alarma,...», *op cit.*, en concreto pág.25.

15 FERNÁNDEZ SEGADO, E.: «El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1977, págs.14-24.

vigencia estrictamente necesaria para solucionar esa situación y volver a la normalidad. Es un Derecho que contempla garantías de la separación de poderes constitucionales y de la protección de los derechos de las personas, pues aún cuando es incuestionable que el poder ejecutivo se ve fortalecido ante la necesidad de intervención para defender el Estado hay que garantizar que no se produzca abuso de poder y la consiguiente desestabilización del sistema de poderes y vulneración de derechos y libertades<sup>16</sup>.

Si el Estado de Derecho se construye sobre el pilar fundamental de la separación de poderes, cada uno de ellos, tendrá su participación en el tratamiento de estas situaciones de anomalía constitucional, lo que se pone de manifiesto en el tratamiento jurídico del procedimiento de su declaración, en la extensión de sus efectos y en el control. El Derecho positivo tiene que tratar cada uno de estos elementos, no dejando nada al arbitrio del gobierno de turno, que tendrá que decidir qué hacer, pero dentro de lo establecido en la Constitución y en las demás normas del ordenamiento, según lo que establezcan para la producción de las crisis y para garantizar la defensa del orden constitucional. Hablamos de la defensa política de la Constitución. Esto es así, pues no podría ser de otro modo, ya que la decisión política (acto político del Gobierno) de declarar un estado excepcional supone una evidente concentración de poder. Por tanto, si existe una situación de crisis constitucional la declaración de la misma es una decisión política, un acto del gobierno, por lo que será un órgano de naturaleza política quien haya de determinar si se da o no tal supuesto excepcional.

Ahora bien, la existencia de un Derecho de excepción supondrá que hay un conjunto de normas que regulan el ejercicio del Poder durante la vigencia de esas circunstancias que condicionan su aplicación, por lo que esto supone que el Gobierno no podrá actuar con arbitrariedad, pues cuando hace uso de los poderes discrecionales seguirá lo establecido en Derecho, en unos casos, dependiendo de la gravedad de la crisis constatada, las Cortes tendrán que autorizar previamente y, en otros, no, pues decide el Consejo de Ministros sin necesidad de que las Cortes constaten que se produce dicha situación que apreciará el Gobierno en ejercicio de sus facultades discrecionales.

En conclusión, la definición de los estados de excepción que cabe extraer de la doctrina científica, es la de una institución constitucional o legal que adquiere vigencia ante el surgimiento de situaciones de excepcionalidad, siendo de aplicación un conjunto de normas con vigencia limitada en el tiempo, lo que dure la situación excepcional, que van a desplazar a las normas ordinarias de Derecho común, cuya justificación reside en la necesidad de proteger el sistema constitucional. Son situaciones previstas y reguladas en la Constitución, por lo que forman parte del Derecho Constitucional como la defensa política de la Constitución, en el sentido señalado por el prof. Cruz Villalón, esto es, son normas de aplicación preferente frente a la legalidad ordinaria que bajo estas circunstancias extraordinarias no resulta de aplicación<sup>17</sup>.

16 Resulta imposible no recordar el archifamoso artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 «toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución», así como su homónima Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, redactada en 1789 por Olympe de Gouges para ser decretada por la Asamblea Nacional.

17 CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, *op cit.*

### III.2. MODELOS DE ESTADOS EXCEPCIONALES

Las situaciones de crisis no han merecido demasiada atención por parte de la doctrina constitucionalista, como si así se pudieran obviar este tipo de situaciones no deseadas por lo que suponen de «anormalidad constitucional»<sup>18</sup>. No obstante, tal como se ha comprobado a finales del año pasado, es una posibilidad que se produzcan acontecimientos extraordinarios que vienen a alterar la normalidad constitucional, y el Estado ha de estar preparado para poder adoptar las medidas oportunas para afrontarlas y resolverlas, y esto es lo que se conoce como Derecho de excepción previsto como mecanismo de defensa jurídica del Estado de Derecho que puede seguir distintos modelos.

Hay un primer modelo en el que el ordenamiento no prevé expresamente la defensa extraordinaria del Estado, pues, en palabras del profesor Cruz Villalón, se entiende que «el riesgo de incorporar la suspensión de la Constitución como una garantía de la misma es en todo caso mayor que el derivado de la ausencia de un derecho de excepción»<sup>19</sup>.

Dentro de estos modelos que no contemplan un Derecho de excepción encontramos Constituciones como las Belgas de 1831 (art. 130) y de 1994 (art. 187), así como la Constitución luxemburguesa (art. 113) que prohíben expresamente la suspensión de preceptos constitucionales y otras como la Constitución italiana de 1947 que, aunque no contiene ninguna previsión de Derecho excepción, en su art. 78 menciona el estado «*di guerra*» que acordado por las Cámaras permite conceder al Gobierno los poderes necesarios para el restablecimiento de la normalidad constitucional.

Ahora bien, que la Constitución no prevea la posibilidad de suspensión esto no impide que se puedan producir situaciones de crisis con lo que se vendrá a plantear un problema para el que no se prevé expresamente una solución. En estos casos se aplica la cláusula de «exoneración parlamentaria» que permite que poderes públicos puedan adoptar las medidas que estimen necesarias disfrutando de indemnidad o exención de cualquier responsabilidad que le corresponda otorgar al Parlamento después de aprobar una ley de indemnidad. En esto consiste la técnica inglesa de las *indemnity bills* que fue el modelo que siguieron los Estados constitucionales hasta la aprobación del Derecho de excepción ya en la segunda mitad del siglo XIX.

Un segundo modelo se corresponde con aquél bajo el que se establece una cláusula general, se conoce como dictadura constitucional, en cuanto que el ejecutivo puede adoptar todas las medidas excepcionales que estime necesarias en base a las circunstancias a las que hay que hacer frente.

18 Así, señala PORRES AZKONA, J.: «La Defensa Extraordinaria del Estado», pág. 141, «Las primeras Constituciones son sumamente reticentes ante dichos poderes ya que éstos entrañan, en principio, un debilitamiento de los dogmas liberales de la separación de poderes y la defensa de la libertad individual. Incluso hoy en día es frecuente calificar estas medidas como antidemocráticas». Esto se comprueba en las palabras con las que abrió el debate parlamentario de la tramitación de la Ley Orgánica de estados de alarma, excepción y sitio, ver DSCD, núm. 160, el Ministro del Interior (ROSÓN PÉREZ), cuando decía que esta Ley tramitaba por mandato del art. 116 de la Constitución, aunque lo deseable «sería que no fuera preciso aplicarla, ni ponerla en marcha». Más rotundas fueron las palabras del Diputado del Grupo Mixto Señor BANDRÉS MOLET quien, al defender una enmienda a la totalidad, afirmaba que la ley sentaba las bases para la creación de un estado policial (DSCD, núm. 160, pág. 9879).

19 CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, op cit., pág.28.

Sin embargo, lo más común y conveniente, es que las Constituciones contengan un Derecho de excepción en su propia defensa que consiste en establecer unas previsiones bastante generales junto a una remisión al legislador para que las desarrolle. Estas regulaciones presentan diferencias entre ellas, pero no impiden que se puedan establecer unos elementos comunes a todas ellas e incluso no evita que con su aplicación surjan prácticamente las mismas polémicas.

En cuanto a los primeros, es decir, los elementos que integran el régimen del Derecho excepcional, en primer lugar, aparece la fijación de aquellas situaciones que se consideran excepcionales y que constituyen el supuesto constitucional y legalmente previsto para que se pueda declarar el estado excepcional. Por tanto, estamos refiriéndonos a conflictos armados, alteraciones del orden público interno o emergencias. Asimismo, este Derecho establece el procedimiento formal de declaración de la crisis o situación excepcional, así como la adopción de medidas que se han consagrado como necesarias para hacer frente a la situación de anormalidad constitucional que se trata de solucionar para así restablecer la normalidad.

En cuanto a las cuestiones más conflictivas o problemáticas desde un punto de vista constitucional, hay que referirse a la declaración del estado excepcional como acto político que ha de quedar sometida a Derecho y por tanto ser susceptible de control. Sólo así cabe asegurar el mantenimiento del Estado de Derecho respetando los principios básicos sobre los que se fundamenta como es el de separación de poderes que, en si mismo, fundamenta la legitimidad del ejercicio de poder. A mayor abundamiento, la interpretación restrictiva de la posibilidad de declarar los estados excepcionales se realiza no sólo para determinar los supuestos de naturaleza extraordinaria en que cabe tal declaración sino también en la precisión de todos los elementos, y ésta se lleva a cabo a través de una serie de principios que han de ser respetados en todo caso y que actúan como garantías para evitar el abuso de poder amparado en supuestos excepcionales, un poder que no deja de actuar sometido al principio de responsabilidad.

En este orden de cosas, la declaración de un estado excepcional, prevista constitucionalmente, sólo será posible cuando concurre una circunstancia contemplada en la Constitución y en la Ley como extraordinaria, a tal efecto, la declaración ha de seguir el procedimiento formalmente establecido. En respuesta al carácter extraordinario de estas declaraciones los poderes excepcionales tendrán el alcance estrictamente necesario para solucionar la crisis y asegurar la vuelta a la normalidad constitucional, con lo que ello supone para la afectación de los derechos de las personas y el funcionamiento de las instituciones, y, en todo caso, deben permanecer activados los mecanismos de control ya de naturaleza política ya de naturaleza judicial que no desaparecen con la declaración de la situación de anormalidad o crisis constitucional.

## IV. EL MODELO ESPAÑOL

### IV.1. ANTECEDENTES EN ESPAÑA

Por lo que se refiere a nuestra Historia Constitucional lo primero que se ha de poner de manifiesto es que el Constitucionalismo español durante el siglo XIX ha sido de

todo menos estable, pues cada Constitución, salvando la conservadora de 1845, nace de una previa ruptura constitucional. Por lo que se refiere al siglo XX en su primer tercio, este tiempo fue bastante terrible y a estos años le siguieron otros cuarenta de férrea dictadura, por lo que cabe concluir que de estabilidad constitucional no cabe hablar en ningún caso<sup>20</sup>.

Frente a modelos constitucionales que omiten cualquier referencia al Derecho de excepción, en nuestro país se ha optado tradicionalmente por la adopción de medidas extraordinarias de suspensión de determinadas garantías de los derechos de libertad por un tiempo limitado, requiriendo la intervención de las Cortes en todo caso. En este sentido, ante la constatación de que se producen situaciones de emergencia para las que el derecho establecido no tiene respuestas adecuadas, en la Constitución de Cádiz, la primera de nuestro Constitucionalismo, se introdujeron varias normas que garantizaban la libertad individual, imponiendo determinados requisitos para llevar a cabo las detenciones y los procesamientos en vía penal y, además, se preveía que estas garantías se pudieran suspender en circunstancias extraordinarias bajo las que estaba en juego la seguridad del Estado. Dentro de su Título V el art. 308 introduce la previsión de un Derecho de excepción que va a posibilitar la suspensión de determinadas garantías excepcionales y que, salvo opiniones en contrario que lo rechazan al considerar que «con buenas leyes que prevean todos los casos posibles y para los que no pueden preverse de buenas reglas generales, no puede haber circunstancias en que convenga suspender las garantías de la libertad individual<sup>21</sup>, se va a mantener en las Constituciones que la sucedieron.

No obstante lo anterior, el prof. Cruz Villalón ha considerado que la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado se produjo más tarde con la Constitución de 1869 que consagra una amplia suspensión de garantías que, posteriormente, se desarrolló en la Ley de Orden Público de 1870, si bien, tal como se ha señalado, la Constitución de Cádiz ya previó recurrir a la suspensión como medida de protección. Esta Ley preveía dos estados excepcionales «el estado de prevención y alarma» y «el estado de guerra», estribando la diferencia esencial en el nivel de gravedad de la crisis constitucional.

Por su parte, la Constitución de 1876 supuso un cambio radical frente a la línea mantenida por sus predecesoras en cuanto que no prevé la aprobación de una Ley de Orden Público y posibilita que el Gobierno, bajo su exclusiva responsabilidad, acuerde la suspensión de garantías en los casos de urgencia grave, con sometimiento a las limitaciones que operan frente al Parlamento para aprobar una ley excepcional y siempre que las Cortes no estuviesen reunidas. En todo caso, en este supuesto, el acuerdo del Gobierno debería someterse a la aprobación del legislativo.

La Constitución de la II República en su art. 42 establecía un régimen de suspensión de derechos que podía acordar el Gobierno si el plazo previsto no excedía los 30 días en aquellos casos en que apreciase «notoria e inminente gravedad» dando siempre cuenta a las Cortes para realizar el pertinente control. Asimismo preveía la aprobación de una Ley de Orden Público que regulase la suspensión constitucionalmente prevista. Así, la

20 Sobre el Derecho de excepción en el Constitucionalismo español consultar LAFUENTE BALLE, José M<sup>o</sup>: «Los estados de alarma,...», *op cit*, págs.34-40.

21 SALAS, R.: *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, Tomo II, Madrid, págs.217-220.

Ley de Orden Público de 1933 regulaba tres estados excepcionales de naturaleza civil, el ordinario, de prevención y de alarma, y otro más de naturaleza militar que coincidía con el estado de guerra.

#### IV.2. PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL DERECHO DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Se podría decir que, en términos generales, las previsiones constitucionales sobre los estados excepcionales son bastante aceptables, en cuanto que establecen un camino para proteger la libertad y la Constitución frente a posibles alteraciones de diversa naturaleza, lo que pone de manifiesto la preocupación democrática por garantizar el sistema constitucionalmente establecido con pretensión de durar mucho tiempo. Diríamos pues que las previsiones constitucionales tienen un marcado carácter garantista en orden a salvaguardar la separación de poderes y los derechos fundamentales en juego y posibilitar el control del ejercicio del poder reforzado que se otorga al ejecutivo para dirigir la situación de crisis.

Así las cosas, se introduce el artículo 116 de la Constitución, ubicado al final del Título V dedicado a la regulación de las relaciones Cortes/Gobierno, si bien, desde un punto de vista técnico, quizás hubiera sido más correcto ubicarlo en el Título dedicado a la Defensa de la Constitución, pues, aunque no estamos ante un mecanismo de defensa jurídica como es la Justicia Constitucional, se trata de la defensa política de la Norma Superior de nuestro ordenamiento. Un artículo que ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 55 de la Constitución que regula la posible suspensión de determinados derechos, tanto general como individual.

El modelo de Derecho de excepción que se recoge en nuestra Constitución se construye sobre la previsión de que puedan surgir determinadas situaciones de crisis que requieren que determinados contenidos constitucionales sean suspendidos durante un tiempo limitado a la espera de que se solucione la emergencia que podrá responder al estado de alarma, de excepción o de sitio. En ningún caso, se prevé una suspensión total de la Constitución, ni mucho menos, pues solamente se podrán suspender los derechos enumerados en el artículo 55 cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución.

Así pues, lo que se establece en la Constitución es un Derecho de excepción que prevé la posibilidad de que se declare alguno de los tres estados excepcionales o emergencias, con la suspensión de derechos que se regula en el art. 55.1º, precisando quien puede declararla y qué medidas puede adoptar, que afectan al ejercicio de derechos fundamentales tal como queda dicho y a la distribución del poder, para recuperar la normalidad alterada. Y las previsiones constitucionales se han de completar con lo que regule el legislador dentro del conjunto de principios o garantías establecido que formularemos siguiendo al prof. Torres del Moral.

En primer lugar, la exigencia de concreción de las respectivas declaraciones respecto al ámbito territorial y la duración de la medida; además, entiende este autor que, aunque no se dice expresamente en la Constitución, debe entenderse exigible la concreción de los derechos que se suspenden en la declaración y no dejarse a una actuación posterior

del Gobierno. Igualmente, se establece la intervención del Congreso ya en la declaración, ya en la autorización o sino para autorizar la prórroga, siempre dependiendo de cual sea el estado declarado, así como la indisolubilidad de la Cámara durante la vigencia de cualquiera de los estados y, en su caso, en los supuestos previstos, el ejercicio de sus funciones por la Diputación Permanente. Se prevé también la convocatoria automática de las Cámaras si no estuvieren reunidas, la no interrupción del funcionamiento de las Cámaras ni de los demás poderes del Estado y, en todo caso, la responsabilidad de los poderes públicos y de sus agentes<sup>22</sup>.

En la regulación constitucional del Derecho de excepción se establecen los tres elementos sobre los que éste se construye. En primer lugar, tal como ya se ha señalado, se establece una clasificación gradual de los estados excepcionales, alarma, excepción y sitio, aunque no se concretan las crisis a las que responde cada uno de ellos, lo que si hará la Ley como veremos. Son tres estados de crisis constitucional, enumerados de menor a mayor gravedad, pero que, en esencia, responden al mismo objetivo, responder a las situaciones de emergencia que se puedan producir poniendo en jaque al Estado.

Además, es un Derecho que presenta un carácter esencialmente parlamentario, ya que el Congreso de los Diputados participa activamente no sólo en el momento inicial de su declaración y la correspondiente decisión, en su caso, de acordar la suspensión de derechos salvo en el supuesto de que se declare el estado de alarma, el más liviano desde un punto de vista constitucional, en el que su declaración se produce a través de una intervención eminentemente gubernamental.

#### IV.3. PREVISIONES LEGALES SOBRE EL DERECHO DE EXCEPCIÓN

La previsión constitucional de que «Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes», fueron debidamente desarrolladas por una Ley Orgánica aprobada en el año 1981, con una tramitación curiosa y accidentada, producto de los acontecimientos que convulsionaron España en aquellos tiempos y que serán tratados a continuación. Así pues, con la Ley Orgánica de los Estados Excepcionales, se cumplen los dos presupuestos necesarios, ya que hay una previsión constitucional en orden a la protección extraordinaria del Estado y esta incorporación al texto constitucional se desarrolla posteriormente en la Ley. Un desarrollo legislativo absolutamente ineludible ante la ausencia de determinación constitucional de los supuestos de hecho y que viene a establecer un régimen de legalidad que no es ordinario sino extraordinario, respondiendo al principio esencial de que tendrá que ser el Poder Legislativo el que desarrolle las previsiones constitucionales como garantía de los derechos de las personas.

La primera referencia legislativa de carácter obligado es la Ley de Seguridad Ciudadana<sup>23</sup> que nace en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Este Proyecto de Ley de 1979 quedaba distribuido en cuatro bloques normativos, el primero dedicado a re-

22 Consultar TORRES DEL MORAL, A.: «Terrorismo y principio democrático», *op cit.*, págs.120-121.

23 Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, núm. 73-I, 21 de septiembre de 1979, pág.357-382.

gular la seguridad pública, ocupándose el segundo de ellos de los tres estados excepcionales previstos en el artículo 116, para dar paso al tercero de ellos dedicado a las potestades gubernativas especiales para los supuestos previstos en el art. 55.2º de la Constitución y un último ámbito relativo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Por tanto, dicho lo anterior, se comprueba como la materia de la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio, era una parte del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana presentado por el Gobierno. En el trámite de enmiendas se pidió que se desgajara en cuatro proyectos de ley distintos y la Ponencia así lo acordó, dándole prioridad a la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de Suspensión previsto en el artículo 55.2º de la Constitución<sup>24</sup>. Esto supuso que el Proyecto de Ley Orgánica relativo a los estados excepcionales se quedase esperando, aunque, a causa de varios acontecimientos que convulsionaron la vida política española y el orden establecido, se retomó en el año 1981, tramitándose por el procedimiento de urgencia, aprobándose en mayo y promulgándose el 1 de junio como Ley Orgánica 4/1981 (BOE 5 de junio de 1981), a partir de las materias contenidas originariamente en el Proyecto del año 1979 de Ley de Seguridad Ciudadana<sup>25</sup>.

#### A. *Supuestos*

La Constitución guarda silencio sobre los supuestos en los que cabe declarar los estados excepcionales, por lo que, ante esta indefinición constitucional, será el legislador quien acometa esta tarea sin contar con unas pautas constitucionales<sup>26</sup>. Señala el Profesor Pérez Royo<sup>27</sup> que al constituyente se le presentaban dos opciones. La primera sería la opción «gradualista» que contempla una emergencia única en la que los tres estados de más o menos intensidad serían «los escalones sucesivos en la respuesta a la emergencia» y la segunda de las opciones sería la «diferenciadora» que prevé la declaración de tres posibles estados configurados «como tres institutos diferentes», en cuanto que cada uno de ellos

24 El Informe de la Ponencia en BOCG, Congreso, I Legislatura, Serie A, núm. 73-I, 382/3-382/9. Por Acuerdo de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, BOCG/CD, serie A, núm. 73-II, de 27 de octubre de 1980, se acordó tramitar como cuatro proyectos de ley diferentes las materias comprendidas en el proyecto del Gobierno.

25 El Gobierno de Calvo Sotelo decidió retomar la tramitación de la Ley ante los atentados terroristas de 1981. Además, el fracasado golpe militar de febrero de 1981. Para estudiar la tramitación parlamentaria de esta Ley, consultar, además de los documentos arriba citados, el dictamen de la Comisión, BOCG, Serie A, núm. 73-III-ter y en cuanto a los documentos publicados en el Senado el texto remitido por el Congreso BOCG/S, Serie II, núm. 168 a), las enmiendas en BOCG/S, Serie II, núm. 168 b), el dictamen de la Comisión, BOCG/S, Serie II, núm. 168c) y el texto aprobado por el Senado con la misma referencia, núm. 168 d). El Debate en el Pleno del Congreso en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núms. 160, 161 y 162, el Debate sobre las enmiendas del Senado en DSC núm. 17. En cuanto al Debate en el Senado, ver DSS, núm. 105.

26 En la doctrina se han alzado voces críticas con el silencio constitucional a este respecto, entendiendo que incluso hubiera sido conveniente una previsión genérica como la contenida en el art. 1 de la Ley, autores como BERDUGO DE LA TORRE o FERNÁNDEZ SEGADO, si bien reconocen en línea con CRUZ VILLALÓN que resulta imposible establecer todos los supuestos de hecho que fundamentan la declaración de un estado excepcional por ser inabarcables, e incluso añadiríamos que inimaginables, y que, en todo caso, la formulación ha de hacerse en términos genéricos.

27 PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, décima edición, Madrid, 2005, pág. 1042.

estará pensado «para un tipo de emergencia distinto», por lo que no se pasa de uno a otro en orden de graduación sino que cada uno de ellos tiene su régimen de declaración.

De entre estas dos opciones el legislador escogió la que se ha denominado «diferenciadora», pues en el art. 1 de la LOEAES se establece que procederá la declaración del estado de alarma, excepción o sitio «cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes». Así, la declaración de uno de los tres estados excepcionales previstos obedece al principio de proporcionalidad que motiva su graduación, en cuanto que son las circunstancias concretas de cada situación las que determinan las medidas a adoptar bajo la legalidad extraordinaria. No sólo en lo que se refiere a la modalidad de estado excepcional que tienen una regulación de menor a mayor gravedad en cuanto a la crisis generada para el orden constitucional sino también en lo que se refiere a la intervención de los poderes del Estado y a la posible afectación y/o suspensión de derechos fundamentales.

La genérica previsión contenida en el art. 1.1º de la LOEAES va a permitir, tanto al Gobierno como al Congreso de los Diputados, tener una orientación sobre los supuestos fácticos en que cabría declarar un estado excepcional, si bien es una cláusula abierta que no concreta ni mucho menos enumera, pues se refiere al carácter extraordinario de esas situaciones de crisis que rompen la normalidad constitucional. El tratamiento jurídico que más diferencias presenta entre ellos tres es el referente al estado de alarma que en principio parece tener un carácter preventivo más que reactivo.

En cuanto al estado de alarma nos encontramos ante una emergencia de naturaleza no política, pues el legislador lo regula como la respuesta del Estado ante una catástrofe natural o tecnológica, por lo que no estamos ante crisis que se produzcan por decisiones o actuaciones con motivación política. El art. 4 de la Ley recoge como alteraciones graves de la normalidad los terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud, así como crisis sanitarias como epidemias y situaciones de contaminación graves. A continuación se introduce una cláusula, no exenta de problemas interpretativos, que establece que también podrá decretarse este estado cuando en conexión con las situaciones anteriores de produce la paralización de los servicios públicos esenciales o situaciones de desabastecimiento.

Por lo que se refiere al estado de excepción estamos ante un supuesto más grave que el anterior pues la emergencia de naturaleza política es de orden público en cuanto que «el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democrática, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad o cualquier otros aspecto del orden público, resultan tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo» (art. 13.1º).

En tercer lugar, la declaración del estado de sitio puede producirse bajo aquellos supuestos en los que se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional (art. 32.1º). Por tanto, serán emergencias graves producidas por una actuación armada que se dirige contra el Estado español que requiere la intervención de las Fuerzas Armadas, esto es, para que ejerciten las funciones constitucionalmente atribuidas en el art. 8 de la Constitución.

### B. Declaración

En cuanto al procedimiento de declaración de los estados excepcionales ya hemos señalado como, en respuesta a la teoría diferenciadora por la que optó la ley española, cada uno de ellos tiene su régimen específico e independiente. Dichos procedimientos aparecen regulados en la Constitución si bien la Ley desarrolla estas previsiones constitucionales.

En el estado de alarma lo más destacable en lo que respecta al sujeto declarante es que le corresponde la declaración al Gobierno a través de Decreto acordado en Consejo de Ministros dando cuenta al Congreso, pero la declaración de la prórroga no le corresponde al poder ejecutivo sino al Congreso. Por su parte, el estado de excepción lo declara el Gobierno previa autorización del Congreso mientras que el estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso a propuesta exclusiva del Gobierno. Como se puede comprobar la nota común a los tres estados es que en todos ellos se produce una intervención parlamentaria, de menor a mayor intensidad según la gravedad de la crisis, por lo que, salvo en lo que se refiere a la declaración de la alarma, con la excepción de su prórroga, será el Congreso quien decida sobre la adopción de medidas de protección extraordinaria del Estado.

### C. Efectos

Aún cuando la declaración de cada uno de los estados excepcionales produce sus propios efectos hay que recordar que en todos ellos está presente un elemento esencial en nuestro sistema constitucional y es que la declaración de la emergencia «no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado» tal como recogen los artículos 116 y 1.4º de la C.E. y la LOEAES respectivamente. Por tanto, va a suceder que la declaración de los estados excepcionales no modifica de forma especialmente intensa el funcionamiento de los poderes del Estado introduciendo, únicamente, algunos cambios puntuales.

En este sentido, estamos ante una de las garantías que establece el derecho de excepción con el objeto de impedir que bajo el refugio de una situación de crisis se pueda alterar el funcionamiento ordinario de las instituciones y, por consiguiente, el equilibrio de los poderes. Y esto es así en cuanto que la aplicación de este derecho de excepción que sustituye a la legislación ordinaria no supone la suspensión de la Constitución sino sólo de alguna o algunas garantías constitucionales. Sólo con esta garantía constitucional se preserva la Constitución, pues se evita una posible concentración de funciones en el ejecutivo o la posible desestabilización del Gobierno al aprovechar las difíciles circunstancias para presentar una moción de censura<sup>28</sup>.

Todas las medidas que pueden acordarse bajo estas situaciones quedan limitadas con carácter general en la Constitución cuando el párrafo 1º del artículo 116 remite al legislador la regulación de los tres estados y las competencias y limitaciones correspondientes,

28 Respecto a la exigencia de responsabilidad política del Gobierno se plantearon varias posturas en la doctrina, autores como ALZAGA, O.: *Comentario sistemático... op cit.*, págs. 701-702 o FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La Ley Orgánica...», *op cit.*, pág. 92, parecen mostrarse partidarios de que durante el período de vigencia del estado de crisis no quepa exigir la responsabilidad política por la Cámara parlamentaria.

así como en la propia Ley que en su art. 1.2º precisa que las medidas que se adoptarán serán las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Por tanto, la delimitación tan genérica «competencias y limitaciones correspondientes» y «medidas estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad» suponen una previsión abierta atendiendo a la emergencia concreta frente a la que se defiende el Estado, sin precisar aquéllas que se podrán adoptar en cada caso, lo que supone que los efectos pueden ser más o menos extensos no así el contenido de la declaración de la emergencia que no puede rebasar la letra de la Ley.

Por lo que se refiere a las competencias de los poderes del Estado lo más destacable es el fortalecimiento del poder ejecutivo con la acumulación de funciones que le corresponde al Presidente del Gobierno en el estado de alarma como «autoridad competente» o al Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecta únicamente al territorio de ésta, así como al Gobierno de la Nación como «autoridad gubernativa» en el estado de excepción o al Gobierno en el estado de sitio.

En cuanto a «las limitaciones correspondientes» a las que se refiere el texto constitucional, ya se ha señalado como éstas se van intensificando cuanto mayor es la gravedad de la crisis. Así en el estado de alarma la norma prevé la posible limitación de la circulación o permanencia en lugares determinados, practicar requisas temporales, limitar el uso de servicios, impartir órdenes para asegurar el abastecimiento, medidas contra enfermedades contagiosas, la intervención de empresas y la «movilización de su personal» con el fin de asegurar su funcionamiento (arts. 11 y 12 LOEAES).

Ya en el estado de excepción se podrá acordar la suspensión de derechos fundamentales aunque sólo de aquellos que aparecen tasados en la Constitución y bajo las condiciones previstas. Sin embargo, la declaración del estado de excepción no supone automáticamente la suspensión de los derechos de libertad personal, inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones, o la libertad de residencia, libertades informativas previstas en el 20.1º.a) y d) o 20.5º, ni la huelga o medidas de conflicto colectivo, sino sólo en caso de que así lo decida y autorice el Congreso. Y, en todo caso, suspensión no equivale a supresión, pues los derechos no desaparecen sino que su ejercicio queda restringido dentro de lo permitido constitucionalmente en los términos de la autorización parlamentaria. Así, los derechos fundamentales no desaparecen en situaciones de crisis sino que continúan vigentes si bien modulados en atención a las circunstancias excepcionales que justifican una intervención del poder público más invasiva, pero en ningún caso vulneradora de los derechos que siguen funcionando como garantías del Estado del Derecho limitadoras del ejercicio del poder público.

Así pues, durante la vigencia de los estados excepcionales, los derechos fundamentales afectados tendrán un régimen jurídico excepcional distinto al ordinario, pero no pierden su vigencia sino que la ven limitada o restringida en atención a lo previsto en la declaración del estado excepcional. Así, dentro de lo posible las intervenciones en el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos deberán ser lo menos gravosas posibles, en cuanto que necesarias, adecuadas y proporcionadas, entendiéndose claro está que suspensión no equivale en ningún caso a desaparición y que el titular de derechos siempre podrá activar los mecanismos de protección en caso de entender que ésta se ha producido, pues, tal como hemos referido anteriormente, cabe exigir responsabilidades por los daños que se hayan podido causar con las medidas adoptadas.

Ya en cuanto al estado de sitio decir que se reproduce lo previsto en la regulación del estado de excepción si bien cabe suspender la garantía prevista en el apartado 3º del art.17 en lo que se refiere a la no obligación de declarar ante las fuerzas del orden.

Y, por último, la limitación temporal, pues si la declaración del estado excepcional tendrá que fijar la duración del mismo como aquel tiempo indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad, lógicamente las medidas que se adopten tendrán una vigencia durante ese tiempo y no más pues carecerían de cobertura legal. No obstante, existe la posibilidad de que las medidas cesen si durante la vigencia se alcanzan los resultados perseguidos con su aplicación, lo que supondría la pérdida de su justificación.

#### *D. Control*

La vigencia de un estado excepcional no suspende la Constitución, por lo que el ejercicio de poder continúa sometido al Derecho que lo limita y controla. Por tanto aún cuando el ejecutivo queda reforzado para dar respuesta eficaz a la situación de crisis declarada no actúa al margen de las normas y bajo un manto de discrecionalidad.

La Constitución prevé que la actuación administrativa se someta a varios filtros de control, uno de naturaleza parlamentaria y otro de naturaleza judicial. El primero de ello se posibilita dando cuenta al Congreso de la declaración de la emergencia, solicitando la autorización o cuando se autoriza la prórroga de la declaración inicial que podrá ser modificada en su alcance o condiciones. Asimismo, junto al control que se realiza en sede parlamentaria cabe la posibilidad de que se someta a un control de naturaleza judicial, pues tal como establece la Constitución, la actuación de las Administraciones Públicas es enjuiciable por los órganos jurisdiccionales con competencia para conocer de las impugnaciones de las resoluciones administrativas. Ahora bien, la legalidad aplicable ya no es la ordinaria o común sino la que integra el derecho de excepción, por lo que, aunque la arbitrariedad no tiene cabida por estar, en proscriba expresamente por el art. 9.3º de la Constitución, si es cierto que el margen de maniobra del que disfruta la Administración queda ampliado para posibilitar respuestas de urgencia apropiadas al contexto de crisis en que se toman tales decisiones. Unos actos o disposiciones administrativas adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio que «serán impugnables en vía jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en las leyes» (art. 3.1 L.O.E.A.E.S).

A mayor abundamiento, tanto la Ley Orgánica que precisa el derecho de excepción previsto en la Constitución como el Decreto que declara un estado excepcional están sometidos al control de constitucionalidad que determinará si se han rebasado los límites constitucionales con la aprobación de estas normas.

No se puede olvidar que siempre subsiste un régimen de responsabilidad administrativa, pues, siguiendo la previsión del art. 3.2º de la LO, aquellas personas que sin culpa alguna por su parte sufran en su persona, en sus bienes o derechos algún daño o perjuicio por actos o disposiciones de los poderes públicos, dictados durante la vigencia del estado de excepción, tienen derecho a que se les indemnice. En este sentido, se precisa la previsión del art. 116.6º en materia de responsabilidad del ejecutivo.

## V. ANÁLISIS DEL ESTADO DE ALARMA

Las diferencias entre el estado de alarma y los de excepción y sitio son notorias y evidentes, pues la excepcionalidad del primero nace de circunstancias naturales o materiales mientras que los dos supuestos más graves, atendiendo a la excepcionalidad que entrañan, son de naturaleza eminentemente política. En lógica consecuencia con lo anterior, el régimen previsto para el estado de alarma es diferente tanto en lo que se refiere a los medios con los que contará el Gobierno para hacerle frente, como en lo que se refiere a la suspensión de derechos fundamentales de la ciudadanía. Así pues, a diferencia de los estados de excepción y sitio, su declaración no supone la suspensión de derecho alguno, tal como disponen las previsiones constitucionales que sí permiten la adopción de determinadas medidas de limitación, requisa e intervención<sup>29</sup>.

De los tres estados excepcionales es el de alarma el más ambiguo e impreciso y ello atendiendo tanto a las situaciones que determinan su declaración como a las medidas de posible adopción bajo su declaración. Su naturaleza no política nos sitúa ante situaciones de catástrofe generadas por la naturaleza o por la acción humana sin que esto cierre la posibilidad de que se produzcan otras emergencias que, aún sin aparecer enumeradas en la Ley, puedan llegar a justificar la declaración del estado de alarma.

Algunos autores, como el prof. Santaolalla, sostienen que «El error de nuestra Constitución ha sido introducir en el mismo artículo 116 a los estados de alarma, excepción y sitio, que son situaciones *cualitativamente* distintas entre sí. Si realmente se pensó que el estado de alarma tuviese como supuestos de hecho los recogidos más tarde en el artículo 4º de la ley estudiada (catástrofes y calamidades públicas, crisis sanitarias, desabastecimientos de productos), nunca debió ser previsto en el mismo precepto constitucional que los estados de excepción y sitio, y nunca debió establecerse (art. 116.1º) que una misma ley regularía estos tres estados. En efecto, los estados de excepción y sitio son *situaciones de anomalía estatal*, situaciones que afectan a la vida y seguridad del Estado, mientras que el estado de alarma, en la forma regulada, no es más que una *situación de anomalía social*, que implica la existencia de unas alteraciones importantes en la colectividad, pero que no tienen trascendencia como para poner en peligro la vida del Estado. De ahí lo desafortunado de introducir en el mismo «saco» a los estados de excepción y sitio y al estado de alarma, dando a este último un alcance y una trascendencia que en modo alguno tiene»<sup>30</sup>. E incluso, otros, como el prof. Cruz Villalón, van más allá en su crítica, al entender que la propia regulación del estado de alarma es bastante confusa y propugnar que «el estado de alarma debía ser una

29 Algunos autores se mostraron muy críticos con esta figura, así CANO escribía que «Privado el estado de alarma de las singularidades propias del orden público, ha pasado a ser algo anodino y de naturaleza totalmente distinta a los estados de excepción y sitio [...] En puridad, el estado de alarma y la nada son la misma cosa, porque las facultades de la autoridad son las mismas que le corresponden en período de normalidad» pág. 253. A esta conclusión llega tras exponer el siguiente razonamiento, si concurriera alguno de los supuestos previstos, no es necesario un Decreto, una reunión urgente del Congreso ni un período de duración de 15 días. Además, alega que ante este resultado recogido en el art. 116 algunos parlamentarios propugnaron su desaparición en el trámite de enmiendas (núm. 1, 2 y 65.2 y 67 en el Senado).

30 SANTAOLLA LOPEZ, F.: «Crónica Parlamentaria», REDC, núm.18, pág. 270.

cosa u otra», pues no podía ser un *totum revolutum* en el que se confundan terremotos y huelgas»<sup>31</sup>.

Dicho lo anterior, nos encontramos con el art. 4 de la Ley Orgánica que permite que el Gobierno de la Nación declare el estado excepcional de alarma, en todo o en parte del territorio nacional, cuando se produzca una alteración grave de la normalidad, si se dan alguna de las circunstancias que relaciona y que no son demasiadas. En este sentido, se prevé la posibilidad de su declaración en caso de «catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud» (a), «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves» (b), «paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2º y 37.2º de la Constitución y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en ese artículo (c)» y «situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad» (d)<sup>32</sup>.

Así las cosas, las dos primeras circunstancias son por causas naturales que no merecen más discusión, pero la tercera de ellas, «paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los arts. 28.2º y 37.2º y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo» si que obliga a detenerse en su interpretación que resulta confusa y confirma esa naturaleza ambigua del estado de alarma<sup>33</sup>.

Así, la primera afirmación respecto al supuesto contemplado será que no toda paralización de servicios públicos esenciales constituye un supuesto de emergencia sino sólo cuando no se garanticen los servicios mínimos establecidos y además viene acompañada de alguna situación de las previstas en las letras anteriores del precepto. Por tanto, para que una paralización de servicios públicos obligue a declarar la emergencia al Gobierno ha de suceder además que no se garantice el mantenimiento de los servicios mínimos y que concurra otra de las tres circunstancias previstas en el mismo artículo.

31 CRUZ VILLALÓN, P.: «La protección extraordinaria del Estado», *op cit.*, pág.694. Igualmente sobre el carácter ambiguo de la redacción que la Constitución da a la figura del estado de alarma ver ALZAGA VILLAMIL, O.: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 698. Por el contrario, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *RDP*, núm. 11, 1981, pág. 96, se manifiesta conforme con esta redacción, al entender que «tal circunstancia, que me parece evidente, posibilitaba que esta situación pudiera contemplarse frente a estados de emergencia ante catástrofes naturales, frente a ciertos tipos de conflictividad social que no exigieran la suspensión de garantías, e incluso frente a algún supuesto de conflictividad político-social».

32 Este artículo 4 en la redacción contenida en el Dictamen regulaba la declaración del estado de alarma «cuando se produzcan alteraciones graves de la normalidad como las siguientes... catástrofes públicas, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos y situaciones de desabastecimiento», lo que motivo la enmienda presentada por los Grupos vasco-PNV y comunista que recogía la supresión de la redacción «como las siguientes» por ser muy imprecisa y abrir la puerta a la ampliación de los supuestos en los que cabe su declaración. Al final, tras aprobarse la enmienda transaccional propuesta por la UCD se corrigió en el sentido de «cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad».

33 Esta cuestión ya fue objeto del debate parlamentario. En el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana, del que hemos de recordar que fue el germen de la LOEAES, se preveía la posibilidad de declarar el estado de alarma en situaciones distintas, pues recogía tanto las alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana como las catástrofes, calamidades o desgracias públicas, la paralización de servicios públicos esenciales y situaciones de desabastecimiento.

Por lo que se refiere a la primera de las precisiones, «cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2º y 37.2º de la Constitución» se introduce como requisito previo y de ineludible cumplimiento que hubiera fallado lo dispuesto en estos artículos, es decir, que no se pudo asegurar el mantenimiento de los servicios mínimos que actúa como límite para el ejercicio de los derechos fundamentales de huelga y de conflicto colectivo. Por tanto, estaríamos ante resultados producidos por el ejercicio abusivo e ilegal de tales derechos que no gozarían de la protección constitucionalmente establecida.

En cuanto a la segunda de las precisiones, lo cierto es que no acertamos a entender por que se añadió este último inciso que parece establecer que para apreciar el supuesto de la letra c se ha de dar también alguno de los previstos en las letras anteriores. De modo que, además de introducir imprecisión, le hace perder toda virtualidad práctica como supuesto individualizado<sup>34</sup>. Por tanto, si para declarar el estado de alarma bajo el supuesto de la paralización de servicios públicos esenciales se requiere que concurra alguna de las situaciones contenidas en este artículo, es decir, alguno de los otros supuestos previstos, esta emergencia se podrá declarar de todos modos bajo este supuesto o alguno de aquellos otros concurrentes. Dicho de otro modo, en caso de darse alguna de las circunstancias exigidas a mayores para apreciar el supuesto de la letra c, ya será indiferente, a efectos de declarar la emergencia, que se produzca la paralización de los servicios esenciales.

Respecto al supuesto previsto en la letra d nos encontramos ante una situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad que genera una crisis que puede tener su origen claramente en una catástrofe o calamidad que genera la falta de productos. Esto parece lo más lógico, si bien algunos autores sostienen que el desabastecimiento puede venir causado por situaciones de conflictividad social<sup>35</sup>, y lo parece siguiendo con la fundamentación constitucional del estado de alarma que se produce por catástrofes o calamidades mientras que para las crisis producidas por situaciones de conflictividad social se prevé la declaración del estado de excepción bajo los presupuestos del art. 13.1º de la Ley.

Por tanto, por lo que se refiere a los supuestos que pueden motivar la declaración del estado de alarma, la Ley Orgánica establece única y exclusivamente cuatro que por su naturaleza excepcional sólo admiten una interpretación restrictiva de modo que cualquier otra interpretación que se salga de las previsiones normativas supone una vulneración de la Constitución y de la Ley de desarrollo.

## V.1. DECLARACIÓN

La competencia para declarar el estado de alarma es asumida en exclusiva por el Gobierno lo que impide la intervención del Parlamento en el supuesto de que se necesite

<sup>34</sup> Seguimos en esta idea a CRUZ VILLALÓN que señala como la exigencia de estos tres requisitos, que tienen que darse todos, hace a este supuesto «impracticable» pág. 70.

<sup>35</sup> Este es el caso de LAFUENTE BALLE, J. M<sup>º</sup>: «Los estados excepcionales ...» *op cit.*, pág. 31. Asimismo, BERDUGO GÓMEZ, sostiene que cabe que se produzca el desabastecimiento por la conflictividad social que produzca la paralización de los servicios esenciales, con lo que daría el supuesto de la letra c más el requisito de la concurrencia de otro de los presupuestos previstos que sería el de la letra d. Por el contrario, CRUZ VILLALÓN cree que podría declararse el estado de alarma por una huelga que provoca un desabastecimiento de productos de primera necesidad, pero que podría no declararse en otro supuesto en el que se paraliza un servicio público sin que concurra otro de los supuestos como podría ser el desabastecimiento, pág. 99.

prorrogar la declaración inicial. Por tanto, siguiendo lo previsto en el art. 116.2º de la Constitución el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros podrá declarar el estado de alarma, sin que ese decreto pueda adolecer de indeterminación ya que ha de precisar el ámbito territorial afectado por la declaración, su duración y los efectos.

Asimismo, hay que tener presente, que no sólo cabe la declaración de la crisis constitucional apreciada directamente por el Gobierno de la Nación sino que se permite que derive de una solicitud de la Presidencia de una Comunidad Autónoma, obviamente cuando la crisis afecta exclusivamente a su ámbito territorial, tal como establece el art. 6.2º de la Ley Orgánica.

La apreciación de la situación fáctica que da lugar a la declaración de la emergencia por parte del Gobierno será puesta en conocimiento del Congreso de los Diputados «inmediatamente» teniendo que reunirse a tal efecto. Así, la intervención es siempre *a posteriori* sin que la voluntad de la Cámara influya en la determinación gubernamental de la declaración de la emergencia, a la que únicamente le queda realizar el control político de la actuación del ejecutivo.

A tal efecto, en esta reunión prevista con carácter obligatorio el Gobierno informará de todos los extremos a la Cámara en mantenimiento del equilibrio de poderes constitucionalmente establecido a la vez que esta información posibilita el control de la acción política del ejecutivo. Es en la norma reglamentaria de la Cámara donde se regula esta reunión y traslado de la información al establecer el art. 165.1º que «en los supuestos previstos en los tres artículos anteriores el asunto será sometido inmediatamente al Pleno del Congreso convocado al efecto si no estuviera reunido». Por otra parte, el art. 162 cuando regula el estado de alarma exige que el Gobierno remita al Presidente de la Cámara, junto al Decreto de declaración, una comunicación que será trasladada a la Comisión competente que tiene la facultad de solicitar la información y documentación que estime procedente. Por tanto, en este artículo no se contiene referencia alguna a la intervención del Pleno de la Cámara, lo que si hace el art. 165 con carácter general en referencia a los tres estados sin distinción.

Distinta es la intervención del Parlamento cuando el Gobierno decide prorrogar la declaración inicial, en caso de considerar insuficientes los primeros quince días que prevé la Constitución para recuperar la normalidad constitucional, pues en este supuesto se requiere con carácter preceptivo la autorización del Congreso de los Diputados. En esta autorización la Cámara podrá precisar el alcance y condiciones bajo las que se desarrollará la prórroga solicitada. Ciertamente, esta previsión no parece muy lógica, pues si el Gobierno ha decidido declarar el estado de alarma bajo su exclusiva responsabilidad sin pedir autorización a la Cámara, a la que únicamente se le comunica formalmente, no parece muy consecuente que la prórroga tenga que ser autorizada por la Cámara y que, además, el órgano legislativo pueda modificar tanto el alcance como las condiciones vigentes del estado de alarma. En cualquier caso entendemos que el Congreso se limitará a autorizar la propuesta gubernamental y a realizar el control político oportuno, pues siendo este poder quien acordó la declaración parece que deberá ser el mismo quien decida sobre la necesidad de su prórroga.

La publicidad de la declaración ha de ser la mayor posible con el fin de que sea conocida por la ciudadanía que se verá afectada, así, el art. 2 de la Ley se refiere a cada uno de los tres estados de forma individualizada si bien es común a todos ellos la publicación

inmediata en el Boletín Oficial del Estado y la difusión a través de todos los medios de comunicación social, tanto públicos como privados, siendo el momento de su publicación el que determina la entrada en vigor.

Por lo que se refiere a las medidas adoptables bajo la vigencia del estado de alarma, la primera afirmación es que no ha lugar la suspensión de ninguna garantía constitucional. Así se desprende de la Constitución que no hace referencia a este estado excepcional en el art. 55 ni a estas medidas en el párrafo 1º del art. 116.

No obstante, que no quepa suspender ningún derecho fundamental, no supone que no sea posible y necesario intervenir en su ámbito constitucionalmente protegido estableciendo alguna limitación o restricción en cuanto que resulta constitucionalmente necesario. Es decir, bajo las circunstancias fácticas que motivan la declaración del estado de alarma es necesario someter el ejercicio de algunos derechos o libertades a determinadas limitaciones previstas como medidas necesarias para el restablecimiento de la normalidad alterada. Ahora bien, sin que, en ningún caso, sea posible identificar limitación con suspensión, pues mientras la primera restringe de alguna forma las posibilidades de actuación que un derecho ofrece a su titular, la segunda impide el ejercicio del derecho en cualquiera de sus modalidades, por lo que ya no sólo restringe o limita sino que prohíbe<sup>36</sup>.

Así las cosas, en los arts. 9 a 12 de la LOEAES se contienen aquellas medidas que cabe adoptar bajo la declaración del estado de alarma y que pueden conducir a una limitación de derechos.

El primero de los aspectos reseñables es que bajo una situación de anormalidad constitucional el poder ejecutivo se fortalece en cuanto que concentra más poder de acción. Por consiguiente, las autoridades civiles, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el funcionariado y el personal al servicio de las Administraciones quedan «bajo las órdenes directas de la autoridad competente» pudiendo quedar obligados a cumplir «servicios extraordinarios por su duración o naturaleza», estando prevista, además, la posible suspensión en el ejercicio de sus cargos en caso de resistencia a cumplir órdenes.

Referente a las limitaciones que pueden afectar al ejercicio de los derechos fundamentales la Ley distingue en base a los supuestos de hecho. Así, si se produce una catástrofe natural o un accidente de gran magnitud, quedaría afectada la libertad de circulación, se podría acordar la requisita temporal de bienes o la imposición de prestaciones personales obligatorias, así como la limitación o racionamiento del uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad. A mayores, en caso de catástrofe o accidente se podrán adoptar las medidas previstas en la normativa vigente para luchar contra enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas e incendios forestales.

Junto a estas medidas enunciadas que responde a emergencias derivadas de accidentes naturales o catástrofes de otro tipo, la Ley prevé la posibilidad de acordar la intervención y ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o loca-

<sup>36</sup> Sobre la limitación de derechos ver ABA CATOIRA, A.: *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 y *La limitación de derechos por razón del sujeto*, Tecnos, Madrid, 2001.

les de cualquier naturaleza, excepcionando los domicilios que están protegidos por el derecho fundamental a la inviolabilidad garantizado en el art. 18.2º de la Constitución y con la obligada rendición de cuentas al Ministerio interesado. Además, se establece la impartición de órdenes para asegurar el abastecimiento de mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción, medidas que claramente se corresponden con el tercer y cuarto supuesto previstos en el artículo 4 de la LOEAE, pues son situaciones de crisis generadas por conflictos sociales.

## VI. CUESTIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DEL DECRETO 1673/2010 DE DECLARACION DEL ESTADO DE ALARMA

Una vez vista la regulación española de los estados excepcionales y más concretamente del estado de alarma, procede examinar lo acontecido a raíz de los sucesos que conculsionaron la normalidad en el funcionamiento de los aeropuertos españoles en los últimos meses del año pasado y que desembocaron en la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Esta declaración de un estado excepcional por primera vez en democracia, plantea una serie de problemas legales y constitucionales absolutamente novedosos.

La consideración del cierre del espacio aéreo como causa legalmente hábil para fundamentar la declaración del estado de alarma es cuestión polémica e introduce el debate sobre la suficiencia de las cuatro posibilidades previstas en la ley o, incluso, sobre la innecesariedad de alguna de ellas. Y ello porque, de hecho, las circunstancias bajo las que se declaró el estado de alarma no se ajustan a las previsiones legales, aún cuando a nadie se le oculta lo extraordinario de las mismas. Por eso, cabría entender que algunas emergencias que tienen encuadre en alguno de estos supuestos se podrían solucionar con las normas vigentes en el ordenamiento, por ejemplo la Ley de Protección Civil o a través de un Decreto-Ley (art. 86 C.E), y que otras de ellas se encuadrarían mejor en el segundo de los estados excepcionales previstos como es el de excepción, pues lo que en verdad se produce es una alteración del libre ejercicio de los derechos y libertades de la ciudadanía, del funcionamiento de las instituciones democráticas, de los servicios públicos esenciales y otros aspectos del orden público.

Así, se hace necesario analizar si en su declaración se han cumplido los requisitos que establece el ordenamiento, cuestión que no ha conseguido una respuesta unánime entre la doctrina constitucionalista, pues frente a quiénes mantienen la constitucionalidad de la declaración encontramos aquellos otros que sostienen su inconstitucionalidad en base a que no se cumplieron los requisitos constitucional y legalmente establecidos, no sólo en su declaración inicial, sino también en su prórroga, además de considerar que el sometimiento a la jurisdicción militar de los civiles vulnera las previsiones constitucionales.

Para pronunciarse sobre esto recordamos nuevamente las causas establecidas y tratamos de encontrar el encuadre de la situación producida en alguna de ellas, no sin olvidar como lo ha justificado el Gobierno y como lo ve la doctrina.

Las circunstancias extraordinarias que constituyeron el supuesto de hecho de la declaración del estado de alarma derivaron del colapso generado en los aeropuertos españoles a causa del abandono masivo y sin previo aviso por parte de los controladores de sus puestos de trabajo en las torres de control. Sin duda, ello generó una situación extraordinariamente grave, lo que nadie ha discutido), ante la que el Gobierno tiene que reaccionar con los medios a su alcance que se los proporciona el Derecho de excepción. Y ello por cuanto el cierre del espacio aéreo causado por los controladores, supuso una restricción tan intensa del tráfico aéreo que convirtió en un imposible el ejercicio de derechos de los viajeros como la libertad de circulación, además de suponer una evidente vulneración del límite establecido constitucionalmente para el ejercicio del derecho de huelga que no es otro que el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Así, el comportamiento de los controladores dejó de estar amparado por el derecho a la huelga para convertirse en una conducta ilegal y, por tanto, carente de toda cobertura legal.

Efectivamente, en la Exposición de Motivos del Real Decreto se justificó la declaración del estado excepcional previsto en el art. 116 de la Constitución desde la protección del derecho fundamental a la libre circulación de la ciudadanía que se había visto gravemente vulnerado ante el cierre del espacio aéreo motivado por «el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles del tránsito aéreo», con lo que se veía imposibilitado el ejercicio de esta libertad, considerándose que tal impedimento constituía «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».

Así, desde el Gobierno, la declaración del estado de alarma se justifica en la necesidad de proteger aquellos bienes jurídicos que resultaron vulnerados por aquel cierre del espacio aéreo y que se circunscriben al ejercicio de los derechos fundamentales por un gran número de personas que iban a viajar ese día y por las elevadas pérdidas económicas que la cancelación de los vuelos produjeron de forma directa o indirecta. Ahora bien, no siendo discutible la gravedad de la crisis generada tampoco lo es que para que pudiera apreciarse el supuesto legal al que se acogió el Gobierno en su Decreto tendrían que haberse respetado los requisitos establecidos, lo que, desde luego, no se cumplió. En este sentido, el Gobierno habla de «calamidad pública de enorme magnitud» pero las calamidades a las que se refiere la Ley, interpretadas en el marco constitucional, se refieren a calamidades o catástrofes naturales donde no parece encajar una huelga ilegal nacida de un conflicto laboral. Además, para apreciar este supuesto se requiere la concurrencia de alguna de las demás circunstancias previstas en el precepto, lo que tampoco parece haberse cumplido.

En consecuencia con lo anterior, a la vista de los graves sucesos vividos en los aeropuertos españoles, el Gobierno, en su obligación de asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales, decide apreciar, a través del Decreto que declara el estado de alarma, el supuesto de «calamidad pública de enorme magnitud» provocado por el cierre de los aeropuertos y, a partir de ahí, adoptar las medidas necesarias que contempla el ordenamiento para restablecer la normalidad alterada. Entre estas medidas extraordinarias se encuentra la movilización, que el ordenamiento permite únicamente bajo supuestos excepcionales, que consiste en dejar en manos de la autoridad militar la dirección de un

servicio público paralizado, que puede ser acordada por el Gobierno y que, en el supuesto examinado, fue aplicado por el Ejecutivo a causa de la huelga ilegal de controladores, por considerar que ésta causó una calamidad pública de enorme magnitud.

Esta medida decretada va a suponer que los controladores de AENA queden sometidos, durante la vigencia del estado de alarma, a las órdenes directas de las autoridades militares designadas para gestionar esta situación de crisis y además el Gobierno va a acordar su sometimiento a la jurisdicción de los tribunales militares en cuanto que les serán aplicables las disposiciones normativas contenidas en las leyes militares, al ser movilizados y tener durante esta movilización la consideración de personal militar<sup>37</sup>. Así se les comunicó a través de burofax oficial y correo electrónico remitido desde Fomento.

En todo caso se hace necesario aclarar que movilización y militarización no son lo mismo y que la LOEAES en su art. 12.2º habla de movilización y no de militarización. La primera consiste en encargar la dirección de los servicios a las autoridades militares y la segunda que personal civil pase a tener la condición militar quedando bajo esta jurisdicción.

Con mayor precisión, parece oportuno precisar que la movilización acordada por el Gobierno al amparo de la declaración del estado de alarma no parece coincidir con la movilización objeto de regulación en la Ley Básica de Movilización Nacional, aprobada en 1969. Efectivamente, la Ley se refiere a esta medida en relación con la defensa del país en caso de guerra o excepción, una excepción que parece referirse a conflictos armados que requieren contar con personal al que se le instruirá para servir a la Nación en estos graves supuestos. No parece, por tanto, que se refiera a la movilización de efectivos civiles para desempeñar servicios de naturaleza civil, como el control de las torres en los aeropuertos bajo las órdenes de autoridades militares.

Las previsiones de la Ley de Movilización interpretadas desde la Constitución no admiten más que el sometimiento de los civiles a las leyes militares, esto es, su militarización, en casos de conflictos armados, pues la Constitución sólo prevé esta militarización de civiles en el supuesto de estado de sitio. No obstante, en el caso que nos ocupa el Gobierno acordó la movilización para asegurar el cumplimiento por parte de los controladores de sus obligaciones laborales en las torres de control, pero también decidió decretar su militarización, lo que supone que les será aplicable la jurisdicción militar, aún cuando no se da ninguno de los dos supuestos que excepcionarían lo dispuesto en el art. 117.5º de la Constitución: ni se trataba de militares, ni se había declarado el estado de sitio, sino el de alarma, que es el más liviano de los tres posibles y totalmente ajeno a las circunstancias que configuraron la crisis que ahora nos ocupa.

Por lo tanto, la medida resulta realmente discutible desde un punto de vista constitucional cuya norma de referencia es el párrafo 5º del art. 117 de la Constitución que expresamente declara que las normas militares como el Código Penal Militar sólo pueden ser aplicadas al personal militar excepto en caso de haberse declarado el estado de sitio

37 El Real Decreto estableció que «La autoridad sobre las operaciones de control aéreo quedan al mando del Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y las autoridades militares que designe, permaneciendo todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA [...] con la consideración de personal militar a los efectos previstos en el artículo 10.1º de la LO 4/81 en relación con el art. 44 de la Ley sobre Navegación Aérea 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».

(recordemos además que tomar esta decisión le corresponde al Congreso de los Diputados y no al Gobierno) y que determina la inconstitucionalidad de la Ley de Navegación Aérea de 1960<sup>38</sup>. Y así se expresaba ya hace bastantes años Cruz Villalón cuando sentaba la «inviabilidad de la pretensión de someter a la jurisdicción militar a los ciudadanos no militares en base al estado de alarma»<sup>39</sup>.

No obstante, según algunos autores la movilización del personal de un determinado servicio, prevista expresamente como uno de los efectos de la declaración de este estado excepcional, se ha de poner en relación con el art. 4 del Código Penal militar que prevé la sujeción a la jurisdicción militar no sólo de los militares sino también del personal movilizado y con el art. 8.5º donde se dice que son militares «los que con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados a decisión del Gobierno»<sup>40</sup>. Así, en el Real Decreto se invocan las previsiones contenidas en este precepto que según la interpretación que se hace va a suponer que los controladores tengan la condición de militares a efectos de la Ley durante la vigencia del estado de alarma. Y así se produjo con la movilización a través de la que adquirieron la condición militar, con el sometimiento a esta jurisdicción, lo que, dada la intención del Gobierno parece lógico, pues ¿cómo sino asegurarse de que obedecerían las órdenes impartidas por la autoridad militar?

En definitiva, la militarización consiguió que los controladores acatasen las órdenes impartidas y que en un plazo breve, veinticuatro horas, se restableciese el tráfico aéreo, pero ello no evita el cuestionamiento de la medida a la que recurrió el Gobierno. En este sentido, no está de más recordar como en la legislación civil ya se sanciona con gravedad la conducta ilegal de los controladores que abandonaron colectivamente los aeropuertos causando la paralización del tráfico aéreo, pues en la Ley de Navegación se tipifica como delito de sedición sancionado con penas de prisión entre tres y ocho años. Por tanto, instrumento legal había sin necesidad de recurrir a la militarización del personal civil al que, no obstante, no se le aplicó la legislación militar por no constar que hubiese incumplimientos bajo el estado de alarma. Así, la Fiscalía en las causas abiertas aplica la Legislación Civil por tratarse de abandono del puesto antes del Decreto sin tener que recurrir al Código Penal militar.

Por lo que respecta a la vigencia del estado de alarma hay que señalar como la declaración de su prórroga, acordada en Congreso de Ministros celebrado el 14 de diciembre y ratificada en el Congreso, no sin pocas reticencias, hasta el 15 de enero de 2011, tampoco

38 Siendo ésta una ley franquista sobre la que se plantea su derogación tras la entrada en vigor de la Constitución, su derogación expresa por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre o simplemente que continua en vigor por la Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas y otra cuestión que gira sobre la conveniencia de reformar la Ley de Navegación Aérea para derogarla en su caso.

39 CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales ... op cit.*, pág. 80.

40 El reconocido jurista Ramón Punset opina que tras la declaración del estado de alarma se puede movilizar el personal de determinados servicios y que la Legislación aérea preconstitucional, pero no por ello contraria a la Constitución, permite que el transporte aéreo quede bajo autoridad militar. Por consiguiente, sostiene que el Código Penal Militar se puede aplicar a los controladores, porque su artículo 4 indica que están sujetos a esa jurisdicción tanto los militares como los movilizados. Así, afirma que «aunque la Constitución ciña la aplicación del Código Militar al ámbito castrense, no dice nada sobre la licitud de aplicarlo a los militares asimilados». Consultar [www.lne.es/espana/2010/12/09/alarma](http://www.lne.es/espana/2010/12/09/alarma). Asimismo, de esta opinión JIMÉNEZ VILLAREJO, J. en [www.elpais.com](http://www.elpais.com), consultado el 15/03/2011.

ha permanecido ajena a la polémica. Efectivamente, esta declaración también ha sido acusada de vicios de inconstitucionalidad ante las dudas surgidas sobre el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 116 y sobre la concurrencia de las causas previstas en el art. 4 de la LOEAES hasta el punto de que algunos juristas la han calificado de «prórroga por incertidumbre»<sup>41</sup> en cuanto que no se acredita o justifica su necesidad sino que se prorroga el estado de alarma para prevenir. En esta línea se argumenta que la prórroga obedece a una «posibilidad» a «prevenir», cual es que no se altere nuevamente el tráfico aeroportuario.

En la propuesta de la declaración se manifestaba que «Los promotores del sabotaje no han alcanzado a ver las consecuencias de los daños [...] la gran mayoría de los controladores aéreos quiere trabajar y cumplir con su deber, pero muchas veces se sienten coaccionados y obligados por un grupo que les dirige y coordina» y el Vicepresidente Primero declaraba, tras el Consejo de Ministros, «que la prórroga es necesaria. Es obligación del Gobierno garantizar que nuestro sistema de aeropuertos, el control del tráfico aéreo vuelva absolutamente a la normalidad».

La vigencia del estado de alarma finalizó tras firmarse un Real Decreto el 13 de enero que anulaba el de 3 de diciembre, considerándose por el Gobierno que la crisis aeroportuaria había finalizado al estar garantizado el derecho a viajar sin problemas tras el restablecimiento de la normalidad en los aeropuertos y hallarse en vías de negociación el convenio colectivo de los controladores aéreos.

## VII. A MODO DE REFLEXIÓN PERSONAL Y FINAL

Resulta paradójico que, tras haber vivido o «sufrido» la primera declaración de un estado de alarma en nuestra democracia, la polémica generada haya tenido, esencialmente, naturaleza jurídica y no política, pues los partidos políticos apoyaron mayoritariamente la decisión del Gobierno. Tal polémica jurídica era, por otro lado, del todo esperable, a la luz de la ambigua previsión constitucional y el, por decirlo de forma suave, defectuoso desarrollo realizado por el Legislador Orgánico. Bien pudiera parecer que la normativa existente se hubiera aprobado con el convencimiento de que nunca tendría que aplicarse, dado lo desafortunado de su redacción, según se ha demostrado en la práctica, a lo que ha contribuido su indebida aplicación a la crisis aeroportuaria.

Ahora bien, dicho lo anterior, también creo que es compartido que las crisis o emergencias estatales pueden ser tan diversas que resulta imposible que todas las posibilidades queden englobadas en los supuestos de declaración constitucionalmente previstos. Por tanto, cabe concluir que es más que posible que puedan darse situaciones de emergencia frente a las que el Estado tenga que reaccionar sin que el Derecho de excepción resulte operativo en esa crisis planteada. ¿Qué hacer en estos casos en los que una estricta interpretación de la norma no da cobertura a una declaración de un estado excepcional? Si en un supuesto concreto no responden los instrumentos previstos en la norma, ¿qué puede hacer el Estado?

<sup>41</sup> De esta opinión M. PULIDO QUECEDO que así se expresaba en una columna de opinión publicada en Aranzadi, [www.aranzadi.es](http://www.aranzadi.es), consultada el 22 de febrero de 2011 y donde manifestaba que el Gobierno ha añadido una nueva causa a las ya contempladas en la Ley, por la vía de la praxis o de su ejercicio.

Partiendo de que, en palabras de Porres Azkona, «no admite duda razonable el derecho del Estado a defenderse»<sup>42</sup>, quizás sea posible encontrar respuestas desde los principios de necesidad, proporcionalidad y responsabilidad que permitan soluciones «extraconstitucionales» adoptadas en supuestos «de fuerza mayor» o «estado de necesidad» que pueden ser válidas<sup>43</sup>. Podría ser de aplicación la teoría mantenida por este autor que sostiene que en aquellas ocasiones en las que resulta difícil juridificar las condiciones de fondo, adquieren especial relevancia las condiciones de forma, que sientan las bases del control sobre el titular de dichos poderes. Así, destaca la subordinación del titular de los poderes de excepción a otro órgano constitucional<sup>44</sup>. En esta línea, Lafuente llama la atención sobre como «la creciente complejidad de los presupuestos de crisis del Estado no puede ser reclusa en un texto jurídico y ésta es la razón por la que, producida la crisis, es más que previsible que los órganos del Estado actúen al margen de la norma y, sin embargo, será preciso justificar su actuación. Es en

esta justificación de actuaciones parajurídicas en defensa del Estado democrático donde actúa la teoría de la fuerza mayor —por supuesto, sujeta a los requisitos de gravedad, respeto constitucional, proporcionalidad y justiciabilidad— cobra toda su eficacia»<sup>45</sup>.

Por ello, tal como escribiría Carro Martínez «[...] es preciso llamar la atención respecto a las anomalías constitucionales que son fenómenos demasiado frecuentes para que un día merezcan ser objeto de una doctrina que los trate a fondo, en lugar de aplicar la técnica del rechazo o del silencio»<sup>46</sup>.

Ya para terminar no parece lógico concluir sin trazar unas propuestas de mejora que van en la línea de reformar el ordenamiento para actualizarlo introduciendo una serie de previsiones más acordes con situaciones de alteración de la normalidad constitucional dentro de la sociedad actual. En este orden de cosas, pensemos como el estado de alarma se reguló pensando en emergencias causadas por epidemias o catástrofes naturales, sin que en el horizonte del legislador se atisbaran conflictos de naturaleza diferente y más propios de una sociedad más desarrollada que la de 1.978, como el caos aeroportuario, colapso en las redes informáticas o crisis alimentarias como la vivida en la agricultura a causa del brote de e-coli imputado al pepino español en un principio.

Si ciertamente, tal como se ha comprobado recientemente, la posibilidad de declarar el estado de alarma se ofrece al Gobierno como una medida útil para reaccionar en protección del Estado, los supuestos en los que cabe su declaración han de acomodarse a situaciones propias de la actualidad siendo aconsejable la reforma legislativa para que el Derecho ofrezca respuestas a situaciones de excepcionalidad civil que no tienen cabida en

42 «La defensa extraordinaria...», *op cit.*, pág. 168.

43 El 9 de diciembre de 2010 el Presidente Rodríguez Zapatero durante la sesión ordinaria celebrada en el Congreso de los Diputados, en cuyo orden del día figuraba la comunicación del Gobierno a las Cortes del Real Decreto por el que se declaraba el estado de alarma, señalaba que «El Gobierno no dudará en utilizar, sin ignorar los requerimientos de proporcionalidad, todos los instrumentos del Estado de Derecho para poner fin a situaciones como las que hemos vivido este fin de semana».

44 PORRES AZKONA, J.: «La defensa extraordinaria...», *op cit.*, pág. 173.

45 LAFUENTE BALLE, J. M<sup>o</sup>: «Los estados ...», *op cit.*, pág.67.

46 CARRO MARTINEZ, A.: «Artículo 116. Situaciones de anomalía constitucional» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, O. ALZAGA (Dir), Tomo IX, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pág. 211.

la redacción actual en cuanto «calamidades» que no responden a causas naturales o tecnológicas.

En definitiva se trata de tener una normativa eficaz, sin excesivos trámites parlamentarios que resten rapidez al procedimiento. Un aspecto que parece importante, pues, ciertamente, el estado de excepción, que parece adecuarse más a la situación que generó el estado de alarma, se presenta con una tramitación más dificultosa a la hora de contar con la posibilidad de adoptar medidas eficaces para restablecer la normalidad constitucional.

En otro orden de cosas, decir que el conflicto laboral que desencadenó el abandono de las torres de control y todo lo que sucedió a continuación, fue resuelto a medio de arbitraje que concluyó el 28 de febrero de este año con el laudo arbitral de obligado cumplimiento para las partes dictado por Manuel Pimentel y que viene a regular las controvertidas relaciones laborales hasta el año 2013. Así, los contenidos más importantes son la regulación de la jornada laboral, el salario, las horas de formación, las horas extras y la creación de la «reserva activa» en la que se integrarán los controladores no operativos.

\*\*\*

TITLE: *The alarm's state in Spain*

ABSTRACT: *Through the Royal Decree 1673/2010 of 4 December, the normalization of the essential public service of air transport, said the exceptional state of alarm provided for in art. 116 of the Constitution and developed in the Organic Law of the United Exceptional 1981. The novelty of this situation leads us to consider whether in his opening statement in regard to the finding of one of the enabling assumptions under the rule, the procedure followed and the measures decreed and its effects, as well as its subsequent extension, there have been constitutional and legal requirements established. It also tries to highlight any deficiencies that offers its regulation, as well as future improvements. The completion of this work is based on the situation that existed in Spain following the adoption of the Constitution that led to the Government of the day to include in its political agenda the fight against crime, insecurity and terrorism. Legislative public policy to be undertaken over the years sought to give the Spanish government an effective tool to end situations that endangered public safety or maintenance of public order, to be direct attacks on the rights and freedoms citizenship. Undoubtedly, these forecasts date from more than thirty years provide gaps or deficiencies have become more evident after the events experienced in December last year and their application for the first time to face the chaos experienced in airports.*

RESUMEN: *A través del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, se declaró el estado excepcional de alarma previsto en el art. 116 de la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica de los Estados Excepcionales de 1981. Lo novedoso de esta situación nos lleva a analizar si en su declaración inicial en lo que se refiere a la constatación de uno de los supuestos habilitantes previstos en la norma, al procedimiento que se siguió y a las medidas decretadas y sus efectos, así como en su posterior prórroga, se han observado los requisitos constitucional y legalmente establecidos. Asimismo, se intenta poner de manifiesto las posibles deficiencias que ofrece su regulación, así como futuras mejoras. La realización de este trabajo parte de la situación que se vivía en España tras aprobarse la Constitución que llevó al Gobierno del momento a incluir en su agenda política la lucha contra la delincuencia, inseguridad ciudadana y terrorismo. Las políticas públicas legislativas que se emprenderían en esos años buscaban dotar al Estado español de un instrumento eficaz para poner fin a distintas situaciones que ponían en riesgo la seguridad ciudadana o el mantenimiento del orden público, al constituir ataques directos a los derechos y libertades de la ciudadanía. Sin duda, esas previsiones que datan ya de más de treinta años ofrecen lagunas o deficiencias que se han hecho más evidentes tras los acontecimientos vividos en diciembre del pasado año y la aplicación de las mismas por primera vez para hacer frente a la situación caótica vivida en los aeropuertos.*

KEYWORDS: *Defense of the Constitution. Exceptional states. Alarm status. Decree. Air traffic controllers. Constitutionality. Legal. Militarization of civilians.*

PALABRAS CLAVE: *Defensa de la Constitución. Estados excepcionales. Estado de alarma. Decreto, controladores aéreos. Constitucionalidad. Legalidad. Militarización de civiles.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 14.07.2011. FECHA DE ACEPTACIÓN: 29.07.2011

