

EL NUEVO DERECHO DE EXCEPCION

(Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)

PEDRO CRUZ VILLALON

SUMARIO: I. LA NATURALEZA DE LA EMERGENCIA: GRADUALIDAD O DIVERSIDAD: 1.1 La «despolitización» del estado de alarma. 1.2 El estado de excepción: Las crisis de orden público. 1.3 El estado de sitio: Las crisis de Estado.—II. LA FORMALIZACIÓN DE LOS ESTADOS EXCEPCIONALES: 2.1 El protagonismo parlamentario: La «doble reserva de ley». 2.2 Procedimientos de declaración. 2.3 Dimensión temporal y espacial.—III. EL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DEL ESTADO DE DERECHO: 3.1 Un Estado de Derecho sustancialmente resistente a la excepción. 3.2 Excurso: Un Estado de Derecho, sin embargo, vulnerable a la normalidad. 3.3 Las modificaciones transitorias del régimen constitucional.

La Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (en adelante, LODES) (1) ha venido, sin duda, a cubrir una de las lagunas más urgentes del ordenamiento constitucional español, no sólo, evidentemente, en razón de su contenido, sino además en razón de la posición que dicha ley recibe en el conjunto de nuestra normativa de excepción.

Quizá sea ésta la primera observación que deba hacerse a la hora de realizar un primer acercamiento a la recién publicada ley. En efecto, la LODES ha recibido de parte del constituyente una posición de privilegio por cuanto, sin ella, las disposiciones constitucionales de excepción —arts. 55, 116 y 117-5, sin olvidar el mismo artículo 8.º en la parte que le toca— se hallaban en suspenso, como derecho constitucional *excepcionalmente* no inmediatamente aplicable. De todo este conjunto la única norma inmediatamente aplicable era el mandato contenido en el artículo 116-1 CE, en virtud del cual: «Una ley orgá-

(1) Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (BOE de 5 de junio).

nica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.» En tanto no se diere cumplimiento a esta «norma impositiva de legislación», el derecho constitucional de excepción quedaba sin posibilidad de aplicación inmediata. Dicho de otro modo, el constituyente de 1977-78 pretendió que esta normativa quedase completada en dos momentos sucesivos, de tal modo que la norma constitucional quedase pendiente de su desarrollo o *ejecución* a través de la correspondiente «ley orgánica» (2).

Con la entrada en vigor de la LODES, por tanto, el derecho constitucional de excepción es ya un derecho inmediatamente aplicable, sin entrar aún en la cuestión de las peculiaridades formales de esta aplicación. Con ello el ordenamiento constitucional español queda completado en uno de sus aspectos fundamentales.

Ello resultaba tanto más urgente por cuanto que existía otro derecho de excepción, un derecho *preconstitucional* de excepción contenido fundamentalmente en la última de las Leyes de Orden Público, un derecho que, desde luego, debía considerarse derogado por el tercer apartado de la disposición derogatoria de la Constitución (3), pero que, en razón de la misma naturaleza de este derecho, nunca podía descartarse el que, por razones de *necesidad*, en cualquier —o en determinado— momento se aplicasen sus disposiciones, leyendo «estado de sitio» donde la LOP decía «estado de guerra», o entendiendo que el «estado de excepción» del artículo 116-3 CE *era* el «estado de excepción» de la LOP de 1959. Y todo ello prescindiendo de las «lecturas», para los más variados gustos, del artículo 8.º de la Constitución.

En el análisis que sigue centraremos nuestra atención en los que, sin duda, constituyen los tres puntos básicos en toda disciplina de la excepción: la identificación de los tipos de emergencia susceptibles de provocar un estado excepcional (I); la formalización de cada uno de los estados excepcionales (II); las repercusiones que la declaración de estos estados tiene sobre el ordenamiento constitucional (III) (4).

(2) Nuestra Constitución no permite las «leyes de suspensión de garantías» en aplicación directa de la norma constitucional, que había venido siendo el procedimiento general en nuestro derecho histórico. Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El estado de excepción en el Derecho constitucional español*, Madrid, 1978; CRUZ VILLALÓN, P.: *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Madrid, 1980.

(3) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La Constitución como norma jurídica», en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1980, pp. 122-124.

(4) Para la regulación constitucional de esta materia me remito, en general, a mi anterior trabajo «La protección extraordinaria del Estado», *ibid.*, pp. 661-689. Véase también FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «Los estados de excepción en el Ante-

I. LA NATURALEZA DE LA EMERGENCIA: GRADUALIDAD O DIVERSIDAD

El artículo 116 CE, y en especial su primer apartado, ofrece algunos caracteres de minuciosidad, pero es, ante todo, y fundamentalmente, un precepto —conscientemente— incompleto. Es, desde luego, minucioso al especificar que los estados excepcionales sean precisamente tres, distanciándose de Constituciones anteriores que se habían absterido de tal enumeración (5). Pero, por lo que se refería a la naturaleza de cada uno de dichos estados, en lo referente a las situaciones a las que dichos estados debían responder la Constitución no daba la menor indicación, contentándose, como es sabido, con señalar la competencia y el procedimiento de su respectiva declaración.

Era, por tanto, el legislador el llamado a definir cada uno de los tres estados de alarma, de excepción y de sitio, y ante todo, a señalar cuáles eran las emergencias a las que el constituyente había querido responder con cada uno de estos institutos. A este respecto, ciertamente, cabía una lectura «gradualista» de la Constitución, para lo cual no faltaban argumentos. Una «lectura» en virtud de la cual no habría sino una sola especie de emergencia, crisis de orden público o de seguridad interna del Estado, a la que se respondería, en razón de su distinta gravedad, con alguno de estos estados, susceptibles de sucederse los unos a los otros paralelamente a la *escalada* de la emergencia. Para empezar, esta había sido la concepción de las anteriores LOP, tanto de las *bipartitas* como de la *tripartita* de 1933 (6). De otra parte, una interpretación sistemática del mismo texto constitucional también podía abonar las tesis «gradualistas». En efecto, las garantías que rodean a la declaración de cada uno de los estados (apartados 2, 3 y 4 del artículo 116), en especial la intervención del Legislativo a través de su cámara baja, reflejan una escala de progresivo protagonismo del Congreso de los Diputados conforme se pasa de un estado a otro. Lo mismo se diga respecto a la entidad de las normas constitucionales susceptibles de verse afectadas por la declaración de cada uno de los estados (arts. 55-1 y 117-5 CE).

proyecto de Constitución», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Constitución*, Madrid, 1978, pp. 71-91; SEVILLA MERINO, J.: «El estado de excepción», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Valencia, 1980, pp. 341-351.

(5) De hecho, salvo una fugaz mención del «estado de guerra» en la Constitución de 1931, ninguna Constitución española anterior menciona estado excepcional alguno.

(6) Cfr. artículo 12 de la LOP de 1870, artículos 34 y 48 de la de 1933 y artículo 35, a), de la de 1959.

Pero también cabía otra «lectura» de estos estados, basada en la vinculación de cada uno de ellos a una emergencia específica, es decir, su consideración como tres institutos diferentes y no como tres fases de una misma operación de defensa de la seguridad interior del Estado. Podemos adelantar ya que esta ha sido la «lectura» de la Constitución que ha predominado en la LODES, si bien habremos de ver con qué insuficiencias o, cuando menos, matizaciones.

Desde luego, la Ley se abre con una proclamación absolutamente genérica:

«Art. 1.1. Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes.»

El precepto, evidentemente, sólo pretende ser un modo de abrir una ley tan trascendente y que se presenta ausente de una exposición de motivos. Verdad que no era fácil un precepto común —que no fuera exclusivamente formal— por igual aplicable a «estados» hasta cierto punto bastante dispares: no por ello es menos cierto que éste hubiera podido ser el lugar en el que dar entrada o, cuando menos, hacer referencia a los valores inmanentes al modelo de Estado y de sociedad que se pretende preservar con estos instrumentos extraordinarios.

Pero, con independencia de esto, lo que de verdad importa es el esfuerzo de identificación de las crisis que se sitúan en el origen de cada uno de estos estados, es decir, las descripciones contenidas en los artículos 4, 13 y 32 de la LODES.

1.1 *La «despolitización» del estado de alarma*

Por lo que hace al estado de alarma, el legislador ha realizado un notable esfuerzo de clarificación. En la insistencia de los partidarios de la *constitucionalización* de este estado —a pesar de su, en principio, nula repercusión constitucional— se había advertido el deseo de presentarlo como limitado a las crisis o catástrofes *naturales*, que ponen en peligro la subsistencia física de la comunidad, pero sin excluir situaciones de este tipo que tuvieran su origen en conflictos sociales. Sobre todo, no se descartaban del todo dentro de este estado situaciones de anormalidad en lo relativo al orden público, que, sin embargo,

no hicieran imprescindible el recurso al *segundo grado*, el estado de excepción.

El estado de alarma quería ser, pues, varias cosas a la vez. De un lado el instrumento de respuesta frente a las grandes catástrofes, tanto las más «tradicionales» como las que hoy pueden amenazar a una sociedad altamente tecnificada; de otro lado, la primera respuesta frente a una emergencia de orden público. Y como un supuesto a medio camino entre los anteriores el estado de alarma pretendía también servir para hacer frente a situaciones de conflictividad social, directamente influyentes sobre la vida de la comunidad: desabastecimientos, paralización de servicios públicos esenciales.

Esta era la situación reflejada en el artículo 20 del entonces Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, que contenía una serie no taxativa, meramente ejemplificativa, de supuestos en los que el Gobierno podría declarar el estado de alarma (7), y entre los que recogía en primer lugar: «Alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana cuando su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la autoridad gubernativa». A continuación se recogían los supuestos de catástrofes naturales y tecnológicas a las que ya se ha hecho referencia, para concluir con los también indicados supuestos de paralización de servicios públicos y situaciones de desabastecimiento. Ciertamente no era descartable que, sobre todo en el supuesto de «desabastecimiento», estas situaciones se produjesen al margen de cualquier conflicto social, pero era evidente que también podían tener su origen en conflictos de esta naturaleza.

Esta descripción —meramente ejemplificativa— del estado de alarma recibiría importantes correcciones por parte del legislador, concretamente en el Congreso de los Diputados, donde ya el Informe de la Ponencia suprimía el primero de los supuestos, el primer grado de las crisis de orden público. El carácter ejemplificativo de la serie fue también suprimido en el Pleno del Congreso pasando a ser una serie taxativa de cuatro supuestos: Catástrofes, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales y situaciones de desabastecimiento.

De estos cuatro supuestos el más conflictivo era, sin duda, el tercero, recogido en la *letra c)*, la «paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad». En efecto, en tanto las otras tres «alteraciones graves de la normalidad» podían entenderse al margen de cual-

(7) «El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el apartado 2 del artículo 116 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma en todo o parte del territorio nacional cuando concurren situaciones como las siguientes:...»

quier conflicto social o político, difícilmente cabía decir lo mismo de la «paralización de servicios». De hecho, este era un supuesto que ya iba a figurar como posible origen de un estado de excepción, y no ya como «paralización», sino como «alteración grave de su normal funcionamiento». De hecho, el Congreso había introducido una primera cautela —en la misma Ponencia— prescribiendo que para declarar un estado de alarma con base en este supuesto debían haber fallado las «garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios públicos esenciales» a las que se refieren los artículos 28-2 y 37-2 CE, de tal modo que el estado de alarma no pudiera ser entendido como *una* de esas «garantías precisas», sino como un instrumento supletorio, para el supuesto de que las mismas fallaren.

Sin embargo, la modificación sustancial de este apartado c) sería consecuencia de una enmienda adicional aprobada por el Pleno del Congreso en virtud de la cual el supuesto contemplado en dicho apartado desaparecía de hecho como un supuesto autónomo susceptible de legitimar la declaración de un estado de alarma:

«c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28, 2, y 37, 2, de la Constitución, y *concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.*»

De este modo, por tanto, el supuesto que sigue viniendo designado como apartado c) deja de ser realmente el origen de un posible estado de alarma para limitarse a ser una situación agravante de cualquiera de las tres emergencias a las que el artículo 4.º de la LODES efectivamente comprende: catástrofes, epidemias y desabastecimientos.

En el artículo 4.º de la LODES no habría quedado más ambigüedad que la relativa a las «situaciones de desabastecimiento»: ¿Pueden éstas traer su origen de cualquier causa, incluida una paralización de servicios públicos? Más bien hay que pensar que las «situaciones de desabastecimiento» previstas en la LODES son situaciones de desabastecimiento *no* imputables a una paralización de servicios con origen en un conflicto social, en cuyo caso nos situaríamos en el terreno de las previsiones del estado de excepción. El desabastecimiento del estado de alarma es una situación que, en coherencia con la institución, trae su origen de causas naturales (sequía, etc.) o de situaciones internacionales (petróleo, por ejemplo), pero no de conflictos sociales. La coexistencia prevista en el artículo 4.º c) LODES de paralización de ser-

vicios y desabastecimiento hay que entenderla, pues, como mera coexistencia, ausente de cualquier relación causal (8). De otro modo nos encontraríamos con que la paralización de un servicio que diera lugar al desabastecimiento de un «producto» de primera necesidad podría dar lugar a un estado de alarma (por ejemplo, una huelga de panaderos), en tanto la paralización de un servicio público esencial no traducible en «desabastecimiento» de un «producto» no pudiera combatirse con la declaración de tal estado (por ejemplo, una huelga de médicos).

Concluamos, pues, este punto pensando que el legislador ha efectuado una «despolitización» del estado de alarma, dejándolo al margen de las situaciones de desorden público o conflictividad social, para destinarlo a combatir las catástrofes naturales o tecnológicas. Advertamos, sin embargo, ya que esta interpretación todavía chocará con algunos problemas a la hora de tratar de los efectos de la declaración del estado de alarma.

1.2. *El estado de excepción: las crisis de orden público*

El nuevo estado de excepción no es el *segundo grado* de la emergencia de orden público, como lo era el estado de alarma con respecto al estado de prevención en la LOP de 1933, o como lo pretendía el artículo 28 del Proyecto de L. O. de Seguridad Ciudadana, ni tampoco es el «cajón de sastre» del artículo 25 de la LOP de 1959, en virtud del cual el estado de excepción lo mismo podía servir frente a desórdenes públicos que frente a catástrofes o calamidades públicas. En la LODES no se habla de «orden público» hasta que no se llega al estado de excepción, y los eventos contemplados en el estado de sitio rebasan, como veremos, el concepto de «orden público».

El Congreso de los Diputados sustituyó desde el primer momento la fórmula gradualista del proyecto por un estado de excepción esencialmente identificado con las crisis del orden público. La fórmula del artículo 13 es la síntesis de dos concepciones: Una consistente en asimilar sin más el estado de excepción a las alteraciones graves del orden público, sin que éstas vengan especialmente definidas; otra, consistente en dar un contenido concreto a dicho orden público y, por tanto, a la naturaleza de dichas alteraciones. De ahí el resultado final:

(8) De existir una relación causal entre la «paralización de servicios» y la situación de desabastecimiento estaríamos precisamente en el caso del artículo 28 de la LODES, es decir, dentro del ámbito del estado de excepción.

«Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados...»

Lo que de verdad importa es que las crisis de orden público se hallan confinadas al estado de excepción o, en otras palabras, que por lo que hace al orden público *se pasa* directamente de la situación de normalidad al estado de excepción, sin que quepan situaciones intermedias más o menos ambiguas.

1.3. *El estado de sitio: las crisis de Estado*

¿Qué debía entender el legislador por ese «estado de sitio» cuya regulación la imponía la Constitución? Desde luego no la situación de asedio real y efectivo de una plaza fuerte o puesto militar (9), pero, ¿cabía que fuese la tradicional combinación de anteriores «estados de guerra», el *tercer grado* de la emergencia de orden público a la vez que el supuesto de una insurrección súbita y violenta en cualquier punto del territorio? ¿Qué se había pretendido con el abandono del término tradicional de las LOP y su sustitución por el más generalizado en el derecho comparado? (10). De hecho, el Gobierno, en el proyecto remitido, se había contentado con una expresión extremadamente genérica, aproximada a la de la ley francesa de 1849: «Cuando el Gobierno estime que pelagra la seguridad interior o exterior del Estado...» (11). Frente a esto, el legislador de 1981 ha pretendido, de una parte, abandonar la concepción gradualista, de otra, ha procurado identificar o perfilar en lo posible la magnitud de la crisis que puede

(9) A pesar de que tal supuesto se halla comprendido en la determinación del fuero militar *por razón de lugar*: «En lugares o plazas sitiadas o bloqueadas, siempre que afecten a la seguridad militar de las mismas o perjudiquen su mejor defensa» (art. 9, 4.º, del Código de Justicia Militar, reformado por Ley orgánica 9/1980, de 6 de noviembre).

(10) Tanto la memoria que acompañaba al proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana (BOCG, CD, I Leg., de 21 de septiembre de 1979, pp. 361-362) como la intervención en el Congreso del Ministro del Interior, subrayan como razón del cambio de nombre evitar la asimilación de este estado a los solos «tiempos de guerra» (DS del CD, sesión plenaria núm. 160, 21 de abril de 1981, p. 9377).

(11) El artículo 1.º de la ley francesa *Sur l'état de siège*, de 9 de agosto de 1849, decía: *L'état de siège ne peut être déclaré qu' en cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure.*

dar lugar a un estado de sitio mediante una fórmula que pretende describir las que cabría designar como «crisis de Estado»:

«Art. 32.1. Cuando 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, que no pueda resolverse por otros medios...»

En estas crisis es consustancial el elemento de fuerza o violencia, como lo demuestra el uso de la expresión tradicional «insurrección», que hace referencia a atentados originados en el interior del Estado, completada por la expresión «acto de fuerza» destinados a cubrir atentados procedentes del exterior del Estado. De este modo, el artículo 32.1 LODES se corresponde sustancialmente al artículo 1.º de la ley francesa vigente en 1878 (12).

Por lo demás, resulta difícil exagerar la importancia del hecho de que el legislador de 1981, para describir el objeto de la protección del estado de sitio, haya utilizado literalmente la fórmula del artículo 8.º-1 CE. Con ello, la LODES ha dejado claro: 1.º Que la institución del estado de sitio es el instrumento a través del cual las Fuerzas Armadas pueden ser llamadas por el Congreso de los Diputados a colaborar, bajo las órdenes del gobierno de la nación, en el rechazo de una agresión interna contra el ordenamiento constitucional de España. Cualquier otra «lectura» del artículo 8.º-1 CE equivaldría a una completa desnaturalización de nuestro régimen constitucional (13). 2.º Que la LODES contiene y agota *todo* nuestro derecho

(12) El artículo primero de la ley francesa *Relative à l'état de siège*, de 3 de abril de 1878, decía: *L'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée.*

(13) Cfr. TRILLO-FIGUEROA, F.: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española», en *Revista de Estudios Políticos*, 12, pp. 105-140. «En conclusión —afirma—, es a través del "estado de sitio" (subrayado suyo), con sometimiento al Gobierno, y en los términos que fije el Parlamento, como se instrumentaliza la función de defensa del ordenamiento constitucional por las FAS» (p. 124), no considerando admisible «una articulación directa Rey-Fuerzas Armadas en la defensa material de la nueva Constitución española». Hay, sin embargo, un cierto elemento de equivocidad en las palabras de Trillo-Figueroa al sostener que «tan sólo cabe, a mi juicio, entender que el Rey, que "debe arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones"..., funcione como el gran mediador entre las FAS y el resto de las instituciones, cuando aquéllas entiendan que existen motivos de grave peligro para la Constitución. Se trataría así de una garantía última, de carácter no material o ejecutivo, sino tan sólo "disuasiva"..., pues no queda claro quién debe *disuadir* a quién.

de excepción, incluido el supuesto de guerra exterior formalmente declarada (14), y, con mayor razón, el de una situación interior que no pudiese ser descrita sino como «guerra civil». En una palabra, que el estado de sitio constituye el «techo» máximo de nuestro ordenamiento constitucional por lo que hace a su adaptación transitoria a la lucha contra una situación de emergencia (15). Más allá de eso sólo se extiende el terreno de la teoría del «estado de necesidad» o de la teoría de las «circunstancias excepcionales» que, al igual que el derecho de resistencia, son situaciones en las que la ciencia del Derecho constitucional deja de ser operativa.

Digamos finalmente que la fórmula del artículo 32.1 LODES contiene un posible elemento de gradualidad al dejar constancia que debe tratarse de insurrecciones o actos de fuerza «que no pueda(n) resolverse por otros medios», lo que tiene su razón de ser en los supuestos de agresión interna, dado el potencial de las fuerzas y cuerpos de seguridad, que pueden no hacer necesario siquiera la declaración del estado de excepción o que, si pueden exigir la declaración de este estado, puede que no sea preciso pasar más allá del mismo.

Pero, en conjunto, puede considerarse alcanzado el objetivo de la LODES de configurar los tres estados excepcionales previstos por la Constitución como institutos de respuesta a tres emergencias cualitativamente distintas, pudiendo dejar concluido este apartado con las palabras del senador Morán:

«... no se trata de etapas, de escalas en una escalera con intensidad diferente del mismo proceso; se trata de situaciones cualitativamente distintas; el estado de alarma para unas situaciones que vienen de hechos naturales o sociales que ocurren en la historia; el estado de excepción para situaciones que afectan al orden público y

(14) Con la excepción de la restauración transitoria de la pena de muerte para dichos «tiempos de guerra». Cfr. al respecto HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: *La previsión constitucional de la pena de muerte* (comentario al art. 15, segundo inciso, de la Constitución española de 1978). Barcelona, 1980.

(15) La entrada en vigor de la Constitución ha supuesto la derogación de buena parte de la Ley Básica de Movilización Nacional (Ley 50/1969, de 28 de abril) y muy especialmente de su artículo 3.º, cuando afirma: «La movilización total no tendrá más limitaciones que las impuestas por la necesidad de respetar los derechos que no resulten afectados por el acuerdo de movilización.»

que es previsible que no puedan atajarse por los medios ordinarios; y el estado de sitio ante procesos que afecten al orden constitucional» (16).

II. LA FORMALIZACIÓN DE LOS ESTADOS EXCEPCIONALES

Si en el apartado anterior exponíamos cómo el derecho *constitucional* de excepción no era en nuestro ordenamiento un derecho «inmediatamente aplicable», *en el sentido* de que su regulación o desarrollo a través de una ley orgánica constituía un presupuesto inexcusable previo a su aplicación, la primera afirmación que hacer en el momento de ocuparnos del proceso de declaración de los estados excepcionales es la de que tampoco el derecho contenido en la LODES es un derecho «inmediatamente aplicable». O, si se prefiere de otra manera, que el derecho contenido en la LODES requiere en orden a su aplicación una nueva intervención *individualizada* del Legislativo, a través de su cámara baja. Naturalmente, hay que señalar una excepción, la de los estados de alarma de duración inferior a quince días. Pero, hecha esta salvedad, el hecho es que el legislador constituyente ha configurado, para el derecho de excepción, un sistema de «doble reserva de ley» o, como lo llamara Ríos Rosas en 1855, «ley doble» (17). Veamos un poco esto.

2.1 *El protagonismo parlamentario: la «doble reserva de ley»*

Esta doble intervención del Legislativo es algo inserto en la naturaleza misma del derecho de excepción, algo derivado de la trascendencia política inherente a la competencia para *constatar* la presencia de la emergencia y, consiguientemente, para *declarar* el estado excepcional.

Para ello ha de existir previamente un derecho de excepción en el que se recoja tanto el contenido del mismo, el derecho sustantivo de excepción, como los aspectos procesales de su aplicación, el derecho adjetivo de excepción. Este derecho, en sus dos aspectos, puede venir recogido, bien únicamente en la norma constitucional, bien desglosado en dos fuentes distintas, la norma constitucional desarrollada o com-

(16) DS del Senado, sesión plenaria núm. 105, de 14 de mayo de 1981, p. 5312.

(17) Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., *cit.*, núm. 2, pp. 347-349.

pletada por una norma legal. A veces la norma constitucional, en efecto, agota el *estatuto de la excepción*, como ocurre con el artículo 16 de la Constitución francesa vigente, o como ocurría frecuentemente en nuestras Constituciones históricas (18). En otros casos, la norma constitucional exige ser completada por una norma legal de desarrollo: así el artículo 31 de la Constitución española de 1869 con respecto a la «ley de orden público establecida de antemano» o, de forma similar, el artículo 42 de la Constitución de 1931, a los cuales se ha unido, de forma aún más explícita el artículo 116.1 CE. Se produce así, en estos casos, una *primera* reserva de ley.

Volviendo ya a la competencia para declarar el estado excepcional nos encontramos de nuevo con dos posibilidades. De una parte, cabe que esta competencia corresponda a la misma autoridad que *recibe* los poderes extraordinarios o de excepción: Así, el Presidente de la República en el citado artículo 16 de la Constitución francesa, o el Gobierno de la nación en el estado de alarma en nuestro sistema vigente. Pero, por regla general, se ha tenido por más consonante con los principios del Estado de Derecho el que una sea la autoridad (usualmente inserta en el Ejecutivo) que reciba las competencias extraordinarias, y otra sea la autoridad (usualmente el Legislativo) que constate la emergencia y declare el estado excepcional. Esta segunda posibilidad ha sido la seguida tradicionalmente en España, con escasas salvedades (19); en estos casos se produce una reserva de ley en orden a la *declaración* del estado excepcional que, cuando se combina con la anterior reserva de ley —por así decir— *normativa*, nos da el sistema de la «doble reserva de ley» a la que nos venimos refiriendo.

Este es, en efecto, el sistema adoptado por el derecho de excepción español vigente, si bien con algunas peculiaridades formales que hacen que la segunda intervención del Legislativo no reciba el nombre de «ley». La primera peculiaridad es que, de las dos cámaras del parlamento, la única que interviene en esta materia es el Congreso de los Diputados, por razones de agilidad. En el caso de la declaración del *estado de sitio* esta es la única razón por la que aquélla no es designada

(18) Así el artículo 308 de la Constitución de 1812, el artículo 8.º de las de 1837 y 1845 y el artículo 17 de la de 1876.

(19) El artículo 17 de la Constitución de 1876 autorizaba la suspensión de garantías por el Gobierno «sólo no estando reunidas las Cortes y siendo el caso de grave y notoria urgencia». El artículo 42 de la Constitución de 1931 autorizaba la suspensión gubernamental estando las Cortes cerradas y convocándolas en el plazo de ocho días, con convocatoria supletoria automática al noveno día.

«ley», tomando la forma de una resolución de la cámara (20). Por el contrario, en el caso del *estado de excepción*, así como en el del *estado de alarma* que llamaremos «parlamentario» (es decir, de duración superior a los quince días), la intervención del Congreso toma la forma de una «autorización» al Gobierno, que es quien formalmente declara estos dos estados. Ahora bien, en virtud del régimen recibido por esta «autorización» en la LODES, la misma queda materialmente asimilada, como veremos, a la posición de la «declaración» del estado de sitio.

Una última consideración antes de pasar al análisis del proceso de declaración de cada uno de los tres estados. En nuestro sistema actual, tal como ha quedado regulado en la LODES, la *segunda* intervención del Legislativo, a pesar de sus respectivos nombres, no se limita a ser el acto individual —que en el pasado adoptaba la forma de «ley»— por el que se declara un determinado territorio en estado excepcional (21), sino que —junto a ello— contiene la regulación normativa que completará el derecho de excepción de aplicación en el estado excepcional declarado. Ello es así porque en el sistema actual el régimen previsto para cada estado excepcional en los respectivos capítulos de la LODES no es un régimen que entre automáticamente en vigor con la sola declaración del estado excepcional (22), sino que constituye únicamente el «marco normativo» a partir del cual, como veremos, el legislador configura el «estatuto jurídico» del estado excepcional que se dispone a declarar. En una palabra, que, en nuestro sistema actual, la declaración —o, en su caso, autorización-declaración— del estado excepcional se configura como un tercer nivel normativo, que viene a sumarse a la LODES y a la Constitución, en el sistema de fuentes del derecho de excepción.

2.2 Procedimientos de declaración

a) *La declaración del estado de alarma «gubernamental».*—La declaración del estado de alarma, por un plazo máximo de quince días,

(20) Artículo 163.3 del proyecto de Reglamento del Congreso de los Diputados: «El presidente del Congreso lo comunicará al del Gobierno y ordenará que se publique la resolución de la cámara en el *Boletín Oficial del Estado*» (informe de la ponencia, BOCC, CD, 1.ª, Leg.ª, H 33 I 1, de 13 de abril de 1981).

(21) Como paradigma de «ley-declaración» he tenido ocasión de citar en otra ocasión la ley francesa de 21 de marzo de 1871, del siguiente tenor: «*Article unique.* Le département de Seine-et-Oise est mis en état de siège.» Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., *cit.*, núm. 2, p. 394 n.

(22) Como ocurre en el modelo concebido por Ríos Rosas, *ibid.*, p. 349.

corresponde al gobierno «mediante decreto acordado en Consejo de Ministros» (art. 116.2 CE). La LODES ha completado este precepto en el sentido de que el Presidente de una Comunidad Autónoma puede *solicitar* del Gobierno la declaración, cuando la emergencia afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de la comunidad (art. 5.º). La Constitución, de otra parte, exigía que el gobierno diese cuenta al Congreso de la declaración, quien sería reunido inmediatamente al efecto (23). El artículo 8.º LODES especifica que el Gobierno «suministrará la información que le sea requerida» (8.º, 1), como también deberá dar cuenta de los demás decretos dictados durante la vigencia del estado de alarma y que tengan relación con éste (8.º, 2). El artículo 116,2 CE habla de «reunión inmediata» del Congreso, siendo así que durante los períodos de sesiones la cámara se entiende reunida: el precepto parece aludir más bien a una convocatoria de urgencia de sesión plenaria, que, sin embargo, no sería automática. Por el contrario, fuera de los períodos de sesiones, tanto en éste como en los demás estados, las dos cámaras se reúnen automáticamente, sin necesidad de convocatoria (art. 116, 5, CE); esta cautela, sin embargo, sólo es necesaria respecto del Senado y, en cuanto al Congreso, en el supuesto concreto que nos ocupa, dado que en los demás casos es el mismo Congreso quien hace la declaración o, al menos, autoriza la misma.

b) *La declaración del estado de excepción, así como la prórroga del estado de alarma (estado de alarma «parlamentario»)*.—En su momento tuvimos ocasión de comentar el origen del peculiar procedimiento adoptado por la Constitución en orden a la declaración del estado de excepción: decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados (art. 116, 3 CE) (24). El mismo precepto ya advertía que la autorización debía extenderse, no sólo al ámbito territorial y a la duración, sino también a los efectos de dicho estado. El artículo 13,2 LODES regula con toda minuciosidad el contenido de la «solicitud de autorización» que el Gobierno debe remitir

(23) Artículo 161 del proyecto de Reglamento del Congreso de los Diputados (informe de la ponencia, *cit.*, núm. 20): «Cuando el Gobierno declarase el estado de alarma, remitirá inmediatamente al presidente del Congreso una comunicación, a la que acompañará el decreto acordado en Consejo de Ministros y en la que deberá determinar el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. De la comunicación se dará traslado a la comisión competente, que podrá recabar la información y documentación que estime procedente.»

(24) Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., *cit.*, núm. 4, pp. 667-668.

al Congreso, solicitud que, lógicamente, deberá ser acordada en Consejo de Ministros.

Pues bien, en este esquema el legislador ha introducido una modificación fundamental en el carácter de la «autorización», a través de una enmienda de adición de un tercer apartado al citado artículo 13. En efecto, en principio el ánimo del constituyente parece haber sido el de considerar la «autorización» del Congreso como un consentimiento global al estado de excepción propuesto por el Gobierno a través de una detallada «solicitud de autorización». Y, de hecho, el proyecto de Reglamento del Congreso, al igual que hace con respecto a las autorizaciones de convocatoria de referéndum consultivo o —básicamente— con las autorizaciones de ratificación de los tratados comprendidos en el artículo 94,1 CE, sólo parece admitir enmiendas a la totalidad: la solicitud de autorización debería, así, ser aprobada en bloque, tal como el Gobierno la presentase.

Frente a esta situación, el artículo 13,3 LODES ha venido a identificar materialmente la intervención del Congreso en el estado de excepción a la que le corresponde en el estado de sitio al especificar que: «El Congreso debatirá la solicitud de autorización remitida por el Gobierno, *pudiendo aprobarla en sus propios términos o introducir modificaciones en la misma.*» La intervención del autor de esta enmienda, el diputado Solé Tura, en la sesión del 21 de abril explica perfectamente el origen y sentido de este precepto, que viene a devolver materialmente el procedimiento de declaración del estado de excepción al estado en que se encontraba en el Anteproyecto de Constitución (25), a pesar de que el acto del Congreso se siga llamando «autorización» y no «declaración».

En efecto, formalmente, la *declaración* del estado de excepción toma la forma de un decreto acordado en Consejo de Ministros, pero el tenor del artículo 14 LODES parece indicar que, una vez obtenida la autorización del Congreso, el decreto de declaración no tiene un carácter muy distinto al de un requisito formal, como pueda ser la promulgación o la publicación, que es poco menos que un «acto debido» del Gobierno. En todo caso, parece claro que el Gobierno no puede posponer discrecionalmente la proclamación del estado y, desde luego, sería inconstitucional una autorización *open* con validez en un plazo de, por ejemplo, tres o seis meses. Por lo demás, que el decreto no puede superar el *techo* contenido en la autorización es algo que no

(25) Artículo 94.3. «El estado de excepción será declarado por el Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno.»

ofrece dudas; en cuanto a la posibilidad de un uso restringido o, si no, *escalonado* de la autorización, se trataría ésta de una facultad difícil de denegar con base en el principio de necesidad que inspira a todo el derecho de excepción (26). Hay, con todo, que reconocer que el tenor literal del artículo 15 LODES parece excluir la autorización *escalonada* de la autorización: En efecto, el apartado primero de este artículo subordina cualquier modificación del decreto de declaración a una nueva autorización del Congreso (27).

Por lo que hace a la prórroga del estado de alarma, que hemos designado como estado de alarma «parlamentario», ésta sigue el mismo procedimiento que el estado de excepción. La prórroga, como dice el artículo 116.2 CE debe ser autorizada por el Congreso, quien, tal como especifica el artículo 6.2, inciso 2.º, LODES, «podrá establecer el alcance y condiciones vigentes durante la prórroga». Esta última facultad, incorporada igualmente por el Congreso en el Informe de la Ponencia, tiene un alcance paralelo al del artículo 13.3 LODES. Coherentemente debe suponerse que cualquier modificación del decreto de prórroga exige la autorización previa del Congreso: Una vez que el estado de alarma ha cumplido los quince días, éste pasa a ser del Congreso.

c) *La declaración del estado de sitio.*—La declaración del estado de sitio es competencia exclusiva del Congreso de los Diputados, sin otra reserva que la de que la «propuesta» inicial de la misma no puede surgir del seno de la cámara, por ser aquélla competencia exclusiva del Gobierno (art. 116.4). Esta iniciativa, según se deduce del Proyecto de Reglamento del Congreso, sería *formulada*, de forma que el Gobierno, prácticamente, presentaría un proyecto de declaración. Dicho Proyecto de Reglamento habla de «propuestas», de modo que habría una «propuesta» gubernamental inicial y «propuestas» *alternativas* surgidas del seno de la cámara, de tal modo que el estado de sitio aprobado sería el que resultase de «la propuesta que en el Pleno ob-

(26) Artículo 14 LODES: «El Gobierno, obtenida la autorización a que hace referencia el artículo anterior, procederá a declarar el estado de excepción, acordando para ello en Consejo de Ministros un decreto con el contenido autorizado por el Congreso de los Diputados.»

(27) Artículo 15.1 LODES: «Si durante el estado de excepción, el Gobierno considerase conveniente la adopción de medidas distintas de las previstas en el decreto que lo declaró, procederá a solicitar del Congreso de los Diputados la autorización necesaria para la modificación del mismo, para lo que se utilizará el procedimiento, que se establece en los artículos anteriores.» (La colocación de las comas es la que figura en el texto publicado en la *Gaceta*.)

tuviera mayoría absoluta de los miembros del Congreso». De este modo el requisito de la mayoría absoluta requerido por la Constitución podría operar a través de un mecanismo distinto al previsto para las leyes orgánicas (art. 163 del Proyecto de Reglamento del Congreso).

El procedimiento esbozado es el único posible en orden a la declaración del estado de sitio. La Constitución y, consiguientemente, la LODES han eliminado la posibilidad de las declaraciones «de urgencia» por las autoridades *locales*, civiles o militares, recurrentes en las anteriores LOP. De igual modo ha quedado excluida la posibilidad de una declaración «de urgencia» llevada a cabo por el Gobierno, tanto del estado de sitio como del estado de excepción (28). Al Congreso sólo puede sustituirlo su Diputación Permanente en caso de hallarse disuelto, o su mandato expirado (art. 116.5 CE).

El Proyecto de Reglamento del Congreso prevé que tanto las solicitudes de declaración como las de autorización sean sometidas inmediatamente al Pleno de la Cámara (art. 164), ajustándose el debate a las normas previstas para los de totalidad (arts. 73 y 111); no se prevé la adopción automática del procedimiento de urgencia que, en su caso, deberá ser expresamente acordado (arts. 91 y 92).

Digamos finalmente que el Convenio de Roma obliga a informar de estas declaraciones (al menos de las de estados de excepción y de sitio) al secretario general del Consejo de Europa, con inclusión de «los motivos que las han inspirado», así como del momento en que dejan de estar en vigor estos estados (29).

2.3 Dimensión temporal y espacial

El principio general por lo que hace a la duración de los estados excepcionales es el de que éste vendrá siempre contenido en la misma declaración de dichos estados, de tal manera que no se precisa acto expreso alguno de «levantamiento» de los mismos (30). Ello tiene eviden-

(28) *Vid. supra* núm. 19.

(29) Artículo 15.3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950: «Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al secretario general del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.»

(30) La entrada en vigor de los estados excepcionales se produce con una inmediatez absolutamente excepcional, así como rodeada de excepcionales caracteres de publicidad: «Artículo 2.º LODES. La declaración de los estados de alarma, excepción o sitio será publicada de inmediato en el *Boletín Oficial del Estado* y

te importancia por cuanto se produce una restauración automática de la situación de normalidad, una vez agotada la duración prevista en la declaración del estado excepcional.

Lo único que cabe, en coherencia con el principio de necesidad, es el «levantamiento anticipado» de estos estados, desde el momento en que dejan de ser necesarios, sin agotar la duración en principio prevista. En principio, debería ser la misma autoridad y por el mismo procedimiento empleado para la declaración, el seguido para este levantamiento autorizado. Sin embargo, algunas garantías de control que rodean la declaración pueden ser suprimidas cuando de lo que se trata es de una conclusión anticipada. Así, por lo que hace al estado de excepción, el artículo 15.2 LODES permite que sea el Gobierno quien directamente —por medio de decreto acordado en Consejo de Ministros— ponga fin anticipadamente a aquél, dando cuenta inmediata al Congreso de los Diputados. Coherentemente debe pensarse que cabe proceder de igual modo en el caso de los estados de alarma «parlamentarios» (es decir, prorrogados más allá de quince días). Mayores dificultades ofrece el levantamiento anticipado del estado de sitio llevado a cabo por el Gobierno, en ausencia de una norma al respecto; en todo caso, para lo que no debiera haber dificultad es para que el Congreso en la misma declaración autorice expresamente un levantamiento gubernamental anticipado.

Los estados de alarma y de excepción tienen fijado por la Constitución, como es sabido, un período de duración inicial máximo, que en el estado de alarma se fija en quince días, y treinta en el de excepción. No así el estado de sitio, que carece de esta limitación temporal inicial, si no es la de que su duración, sea esta cual sea, debe venir fijada en la misma declaración de dicho estado.

La *prórroga* de los estados excepcionales, más allá del período de tiempo inicialmente previsto para los mismos, carece de limitación constitucional, con la excepción del estado de excepción, cuya prórroga no puede exceder de otros treinta días. Tanto la fórmula del artículo 116.3 CE (31), como la del artículo 15.3 LODES (32) *parecen* excluir la posibilidad de una segunda prórroga, aunque, desde luego,

difundida obligatoriamente por todos los medios de difusión públicos y por los privados que se determinen y entrará en vigor *desde el instante mismo de su publicación en aquél.*»

(31) «... treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.»

(32) «... el Gobierno podrá solicitar la prórroga de aquél, que no podrá exceder de treinta días.»

evitando afirmar tal cosa expresa y tajantemente. En el ánimo tanto del constituyente de 1978 como en el del legislador de 1981 parece haber estado el deseo de desautorizar una situación de prórroga indefinida y rutinaria, cada treinta días, de la suspensión de derechos, como la conocida durante la vigencia de la Constitución de 1931 (33).

Por lo que hace a la dimensión espacial ¿cabe una *superposición* de los distintos estados en un mismo territorio? Evidentemente, sobre la base de una concepción «gradualista» de los mismos, esto no sería posible, por cuanto que en tal sistema, precisamente, un estado *sucede* a otro. Por el contrario, sobre la base de una *diversificación* de los mismos, es perfectamente concebible la coexistencia de dos estados simultáneamente sobre un mismo territorio. De ahí la incompreensión suscitada en el Congreso por el artículo 28 LODES que permite aplicar en el estado de excepción las medidas previstas para el de alarma, cuando se produzcan los supuestos que lo legitiman, pero *sin necesidad* de declarar expresamente tal estado (34).

III. EL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DEL ESTADO DE DERECHO

Nos corresponde ya ocuparnos de la cuestión por excelencia en esta materia, los aspectos sustantivos del derecho de excepción. ¿Cuáles son los efectos de la declaración de cada uno de estos estados sobre el régimen constitucional? ¿En qué medida se ve éste afectado por cada uno de los estados excepcionales? Procederemos señalando primero qué es lo que queda del estado de derecho durante la vigencia de los estados excepcionales, para terminar señalando las modificaciones puntuales que caracterizan al régimen de excepción, si bien entre ambas cuestiones nos permitiremos un pequeño excurso.

3.1 *Un estado de derecho sustancialmente resistente a la excepción*

¿Qué se pretende afirmar al sostener que el nuestro es un estado de derecho sustancialmente resistente a la excepción? Básicamente dos cosas: primero, que las modificaciones operadas en el mismo, con ser puntualmente importantes, son exactamente eso, modificaciones pun-

(33) Una relación de las suspensiones de garantías de este periodo en Boucsein, W.: *Verfassungssicherung und Verfassungsgerichtsbarkeit in der zweiten spanischen Republik (1931-1939)*, Francfort, 1977, pp. 378-382.

(34) *Vid.* Diario de Sesiones, CD, núm. 161, 22 de abril de 1981, pp. 9944-9949.

tuales, quedando el estado de derecho sustancialmente preservado a lo largo de la emergencia. Segundo, que el mismo derecho sustantivo de excepción queda sometido sustancialmente a los controles y garantías característicos de un estado de derecho. Veamos ambas cosas por separado.

a) *El normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado.*

Como veremos más adelante, las únicas excepciones al normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, así como a la vigencia de los derechos fundamentales son las expresamente previstas o salvadas en la misma norma constitucional: artículos 55.1, 116 y 117.5 CE. Más allá de ello hay que hablar de Constitución «resistente a la excepción» o «a prueba de excepción» (*Notstandsfestigkeit der Verfassung*).

Este es el principio recogido en la misma Constitución (art. 116.5) al afirmar: «... su funcionamiento (de las cámaras), así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrá interrumpirse durante la vigencia de estos estados.» Principio que terminaría viniendo recogido (35) de nuevo en la LODES, con un giro más directo: «Artículo 1.º, 4. La declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado.»

Y el primero de los poderes constitucionales del Estado son las Cortes Generales. De ahí que la Constitución se preocupe expresamente de preservar su posición a lo largo de la emergencia: Las cámaras —ambas— quedan automáticamente convocadas por la sola declaración de un estado excepcional (36). Por su parte, además, la cámara que asume el protagonismo de la intervención parlamentaria en esta materia, el Congreso de los Diputados no puede ser disuelto, hallándose declarado cualquier estado excepcional, debiendo considerarse incluido el supuesto del artículo 99.5 CE.

Está previsto, como es conocido, el supuesto de que la cámara baja se halle disuelta —o expirado su mandato— en cuyo caso es su Diputación Permanente quien asume sus competencias, se entiende las contenidas en el artículo 116 CE. Por el contrario, la Constitución no ha querido prever el supuesto de que llegase el momento de celebrar elec-

(35) La incorporación a la LODES no tendría lugar sin resistencias, no produciéndose hasta su paso por el Senado.

(36) *Vid. supra*, 2.2.a.

ciones generales con algún estado excepcional declarado. La previsión más espontánea, la de posponer la celebración de las mismas, se ha considerado políticamente más peligrosa que la de dejar sin cubrir esta que sería una pseudo-laguna constitucional, es decir, una laguna consciente, políticamente pretendida. De hecho, cuando de lo que se trata es de celebrar un referéndum, la Ley orgánica que regula esta materia ha optado por la suspensión del mismo (37); pero los riesgos políticos de este precepto son evidentemente menores.

Por lo demás, no debe haber duda de que entre los *poderes constitucionales del Estado* quedan comprendidas las instituciones— Gobierno y Parlamento— de las Comunidades Autónomas *del Estado* (38).

b) *El control de los poderes de excepción*

Las competencias extraordinarias recibidas o asumidas por los poderes públicos durante la vigencia de los estados excepcionales, con ser extraordinarias, en modo alguno escapan al control inherente a todo estado de derecho, quien, como venimos afirmando, sigue conservando sustancialmente este carácter. La proclamación básica en esta materia es la contenida en el artículo 116.6 CE, cuya trascendencia ya hemos tenido ocasión de comentar (39): «La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.» Traducción de este precepto constitucional es el artículo 3 LODES, que no es sino la versión del artículo 106 CE (y 121) al ámbito de la excepción: El control jurisdiccional de los actos y disposiciones de la Administración pública, así como el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por los daños o perjuicios que sufran por actos que no les sean imputables (40).

(37) Artículo 4.º, 1, de la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum: «No podrá celebrarse referéndum, en ninguna de sus modalidades, durante la vigencia de los estados de excepción y sitio en alguno de los ámbitos territoriales en los que se realiza la consulta o en los noventa días posteriores a su levantamiento. Si en la fecha de la declaración de dichos estados estuviere convocado un referéndum, quedará suspendida su celebración, que deberá ser objeto de nueva convocatoria.»

(38) *Vid.* CRUZ VILLALÓN, P., *cit.*, núm. 4, p. 677.

(39) *Ibid.*, p. 678.

(40) La Ley orgánica 3/1981, de 8 de abril, del Defensor del Pueblo, ha proclamado de forma expresa la no interrupción de las funciones del mismo durante los estados excepcionales: «Artículo 11.3. La declaración de los estados de excepción o de sitio no interrumpirán la actividad del Defensor del Pueblo ni el derecho de los ciudadanos de acceder al mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución.»

Para un sector de la doctrina el control jurisdiccional se detendría en este ámbito del artículo 3.º, 1 LODES, excluyendo el control jurisdiccional y constitucional de la declaración (y autorización de declaración) de los estados excepcionales. El fundamento sería el carácter esencialmente *politico* de estas *decisiones, que las harían*, sí, susceptibles de un control *politico* (el del Congreso de los Diputados), pero no de un control *jurisdiccional* (Tribunal Constitucional incluido) (41).

Frente a esta opinión consideramos imprescindible distinguir los dos elementos que integran la declaración (y la autorización de declaración) de un estado excepcional. De un lado, la apreciación o constatación de la situación de emergencia y la consiguiente decisión *politica* de declarar dicho estado excepcional; si la *declaración* (o *autorización*) se limitase a esto nos encontraríamos ante un supuesto evidente de *political question*, sobre la que los tribunales difícilmente podrían pronunciarse: a lo más habría un control sobre la regularidad de la producción del acto. Pero hemos visto más arriba cómo, en nuestro sistema, la *declaración* (o *autorización*) del estado excepcional tiene, además, un carácter *normativo*, de modo que viene a completar el sistema de fuentes del derecho de excepción en cada caso concreto: Deviene, así, el *estatuto juridico* del estado excepcional declarado. Por lo que hace a este segundo elemento de la declaración (o autorización) resulta imposible aplicar la ya de por sí —en nuestro orden constitucional— problemática teoría de las *political questions*; en este ámbito no cabe excluir a la declaración (o autorización) del control jurisdiccional y, en su caso, constitucional.

Naturalmente, a la hora de concretar la articulación de este control se plantean algunas dificultades, dadas las peculiaridades formales que adoptan estos actos, y que ya hemos tenido ocasión de ver. En efecto, y, por ejemplo, las declaraciones y autorizaciones no adoptan la forma de *ley*, como en otros momentos de nuestro derecho constitucional, sino que se muestran como actos no directamente asimilables a las categorías normativas tradicionales. Ello, sin embargo, no puede autorizar a crear un ámbito normativo sustraído al control, por excepcional que dicho ámbito sea. Con este ánimo nos aventuramos a proponer el siguiente posible esquema de control:

1. La *declaración del estado de sitio* tiene todos los rasgos formales de una Ley, sin otra peculiaridad relevante en su aprobación que

(41) Así SERRANO ALBERCA, J. M., en su comentario del artículo 116 CE, en GARRIDO FALLA, F., y otros: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1989, pp. 1157-1177.

la de no haber pasado por la cámara alta; se halla, por tanto, en una situación muy aproximada a la de un Decreto-ley a *partir del momento de su convalidación*. Se trataría, pues, de una figura específica comprendida dentro de las «disposiciones normativas con fuerza de ley» (art. 161.1 a CE), susceptible tanto de un recurso de inconstitucionalidad (art. 27.2 b LOTC) como de una cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.1 LOTC), como —finalmente— puede verse impugnada indirectamente a través del artículo 55.2 LOTC (42).

2. La *autorización* de declaración del estado de excepción (y de prórroga del estado de alarma) plantea otros problemas, desde el momento en que se trata de un acto interno sin eficacia jurídica externa inmediata. A pesar de ello, y dado el carácter que —a través de su regulación en la LODES— han tomado estas autorizaciones, pueden ser consideradas comprendidas dentro de la categoría de los «actos del Estado con fuerza de ley», incorporados al control de constitucionalidad por la LOTC (art. 27.2 b) (43). Pueden ser, por tanto, estas autorizaciones objeto de un recurso de inconstitucionalidad por los órganos legitimados para ello. Por el contrario, dada su ausencia de eficacia jurídica inmediata, no parece puedan ser impugnados ni a través de una cuestión de inconstitucionalidad ni a través de la vía del artículo 55.2 LOTC; en estos casos la norma impugnada es el *decreto* de declaración.

3. Los *decretos de declaración* del estado de excepción (y de prórroga del estado de alarma) han sido comparados, con razón, en su relación con la autorización del Congreso, con los decretos legislativos en su relación con la delegación legislativa (44). La diferencia estriba, primero, en el carácter prácticamente *repetitivo* del decreto respecto de la autorización, que lo convierte en poco más que un requisito formal de la entrada en vigor del estado de excepción; segundo, en que, a pesar de ello, la declaración, en definitiva y hacia el exterior, «se hace por decreto», que la declaración tiene rango de decreto, no pudiendo, por tanto, a diferencia de los decretos legislativos, ser comprendida

(42) La *declaración del estado de sitio* podría incurrir en inconstitucionalidad, tanto directa como indirectamente, por violación de la LODES en base al artículo 28.2 LOTC.

(43) Posiblemente también, en este sentido RUBIO LLORENTE, F., y ARAGÓN REYES, M.: «La Jurisdicción constitucional», en *La Constitución española de 1978*, cit., núm. 3, p. 825. Algo menos explícito, ALMACRO NOSETE, J.: *Justicia constitucional*, Madrid, 1980, p. 113.

(44) Así SERRANO ALBERCA, J. M., cit., núm. 41, p. 1162.

entre las «normas con rango de ley». Como tal decreto es susceptible de control jurisdiccional, control de legalidad que operará respecto de la LODES, tanto directamente como *indirectamente*, por violación de la autorización del Congreso (45).

4. El *decreto de declaración del estado de alarma* es, evidentemente, susceptible de control jurisdiccional por violación de la LODES. Finalmente, los decretos del Gobierno dictados durante la vigencia de los estados de excepción y de alarma pueden ser objeto de control jurisdiccional por violación de los *decretos de declaración*, como un supuesto de control de legalidad en el que los decretos de declaración funcionan como «norma interpuesta».

3.2 *Excurso: Un estado de derecho, sin embargo, vulnerable a la normalidad*

Pero este estado de derecho que, al menos en sus previsiones, tan resistente se muestra ante la emergencia, durante la vigencia de los derechos excepcionales, es al mismo tiempo un estado de derecho que demuestra ser bastante menos saludable ante la normalidad. Y no podríamos dejar de completar con esta consideración el examen de nuestro estado de derecho, antes de pasar a examinar las modificaciones transitorias del régimen constitucional durante los estados excepcionales.

Quiere decirse con esto que nuestro estado de derecho (y no es el suyo, por desgracia, un caso aislado) es él mismo un estado de derecho sometido a un progresivo proceso de degradación, y ello sobre la base de incorporar de forma estable y permanente a su ordenamiento instituciones hasta ahora tradicionalmente relegadas a los períodos excepcionales.

Ya la misma Constitución se hacía eco de esta tendencia en su artículo 55.2 (46). La posterior actividad normativa, sin embargo, está rozando alarmantemente los límites de la constitucionalidad. Así,

(45) Al margen de ello, la situación política creada por un decreto de declaración del estado de excepción que no respetase el contenido de la autorización del Congreso de los Diputados podría resolverse, dentro de lo que cabe en un conflicto tan patente y grave como éste, a través de un *conflicto constitucional entre órganos constitucionales del Estado*, concretamente entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno, dado que, en este caso, el Gobierno habría asumido atribuciones que la Constitución confiere al Congreso (art. 73.1 LOTC).

(46) Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., *cit.*, núm. 4, pp. 678-683.

la L. O. 11/1980, de 1 de diciembre, en aplicación de las facultades contenidas en el artículo 55.2 CE, sobre la que el Tribunal Constitucional está a punto de pronunciarse; así, la L. O. 2/1981, de 4 de mayo, modificando y adicionando diversos artículos del Código penal y del de Justicia militar; sin olvidar la saludable existencia de la Audiencia Nacional, a pesar del artículo 117.6 CE (47).

Es evidente que de poco sirve extremar las garantías de los estados excepcionales si, mediante una interpretación forzada de la Constitución se va trasladando progresivamente al «régimen de normalidad» todo el arsenal propio de los estados excepcionales. Es un camino por el que se puede llegar a la situación surrealista de que el derecho de excepción ofrezca más garantías que el régimen *normal* del orden constitucional.

3.3 *Las modificaciones transitorias del régimen constitucional*

Las modificaciones transitorias que sufre el régimen constitucional durante la vigencia de un estado o situación de excepción aparecen presididas por el que es el principio general básico inspirador del derecho de excepción, el *principio de necesidad*, complementado éste por el de *proporcionalidad*. En su virtud, las modificaciones del régimen ordinario serán única y exclusivamente las que se revelen necesarias en orden al restablecimiento de la normalidad, y las medidas a tomar en relación con dichas modificaciones habrán de ser siempre aplicadas de forma proporcionada a las circunstancias concretas. Estos principios se hallan consignados en el artículo primero de la LODES:

«1.2 Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las *estrictamente indispensables* para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará en forma *proporcionada* a las circunstancias.»

De otra parte, estas modificaciones transitorias suelen agruparse en dos ámbitos distintos, según que afecten al esquema constitucional de distribución de los poderes del Estado entre los órganos constitucio-

(47) En este sentido, GIMENO SENDRA, J. V.: «Unidad y exclusividad de la jurisdicción, juez legal y ministerios fiscal en la Constitución española», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Valencia, 1980, pp. 358-360.

nales del mismo (operando usualmente una concentración de poder en el Ejecutivo), o que afecten al régimen y a las garantías de los derechos fundamentales (operando usualmente un debilitamiento de ambas). Dado que la norma constitucional parece seguir esta distinción al prescribir que la «ley orgánica regulará... las *competencias* y *limitaciones* correspondientes», seguiremos este esquema aún conscientes de que en algunas de las instituciones hay tanto de modificación de competencias como de suspensión de garantías.

a) *Las «competencias»*

En este epígrafe vamos a distinguir entre las modificaciones producidas en la distribución *horizontal* y la distribución *vertical* de los poderes del Estado, siguiendo la conocida terminología de K. Loewenstein.

Por lo que hace a la primera y comenzando por la *potestad legislativa* hay que señalar que la Constitución no prevé una modificación de la atribución de la potestad legislativa *vinculada* a la declaración de un estado excepcional. La Constitución recoge la figura de la legislación de urgencia, o de necesidad, bajo la forma de los decretos-leyes, ciertamente subordinada a una situación de «extraordinaria y urgente necesidad» de apreciación inicial por el mismo Gobierno, pero al margen de cualquiera de los estados excepcionales. Los límites materiales absolutos que rodean esta institución en nuestro ordenamiento, en especial la prohibición de que se vean afectados por la misma «los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos», la hacen escasamente operante en los supuestos de excepción y sitio, a diferencia de los supuestos contemplados en el estado de alarma, en los que puede tener bastante importancia.

Con todo, el principal problema que plantea la potestad legislativa es la de si continúan subsistiendo en nuestro ordenamiento la potestad legislativa penal militar tradicionalmente reconocida a las autoridades militares durante los *estados de guerra*. En efecto, el artículo 181 del Código de Justicia Militar, no afectado por la reforma operada por la L. O. 9/1980, de 6 de noviembre, dice así:

«Son delitos o faltas militares las acciones y omisiones penadas en este Código. Lo son igualmente *los comprendidos en los bandos que dicten las autoridades militares competentes.*»

Por su parte, los artículos 6.º, 7.º, 9.º y 13 del citado Código, todos ellos modificados por la reforma de 1980, se refieren a los bandos como fuente extraordinaria de legislación penal militar durante la vigencia de los estados de sitio (48).

La cuestión, sin embargo, es la de saber si el artículo 181 del Código de Justicia Militar sigue vigente tras la entrada en vigor de la Constitución, así como la de si sus artículos 6.º, 7.º, 9.º y 13 incurren o no en inconstitucionalidad. Porque, así como la Constitución ha salvado expresamente la subsistencia de la *jurisdicción* militar «en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio» (art. 117.5), ningún precepto constitucional permite inferir que esta potestad legislativa extraordinaria continúa subsistiendo. Hay, ciertamente, una alusión a las «leyes penales militares» en el artículo 15 CE, que en su redacción inicial podía haber servido de argumento para los defensores de esta forma de potestad legislativa extraordinaria: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares *en* tiempos de guerra.» Sin embargo, a partir del texto definitivo de la Constitución que, en virtud de una modificación operada en la Comisión Mixta, sustituya la expresión «*en* tiempos de guerra» por la de «*para* tiempos de guerra», la referencia a las «leyes

(48) Artículo 6.º: «Por razón del delito, la Jurisdicción militar conocerá de los procedimientos que se instruyan contra cualquier persona: ... 8.º Por los hechos que se definan o castiguen especialmente como delitos militares en los bandos que dicten las autoridades o jefes militares, con arreglo a sus facultades, declarado que haya sido el estado de sitio.»

Artículo 7.º: «La Jurisdicción militar conoce de las faltas siguientes: ... 2.º De las incluidas en los bandos que dicten las autoridades y jefes militares con arreglo a las leyes, declarado que haya sido el estado de sitio.»

Artículo 9.º: «Por razón del lugar, la Jurisdicción militar es competente para conocer de los procedimientos que se sigan contra cualquier persona por los delitos y faltas que, sin estar comprendidos en el artículo 16 de este Código se cometan: ... 5.º En territorio declarado en estado de sitio, si aún no siendo de naturaleza militar los hechos ni aforados los presuntos responsables, se someten a la Jurisdicción castrense por las disposiciones que lo declaren o por los bandos que dicten las autoridades o jefes militares en uso de las facultades que les conceden las leyes.»

Artículo 13: «Por razón de la persona responsable, y dentro de los límites de lo dispuesto en el artículo 16, es competente la Jurisdicción militar para conocer de las causas que se instruyan por toda clase de delitos, salvo las exceptuadas a favor de otras jurisdicciones: ... 4.º Contra cualquier persona que leyes o bandos militares declarado que haya sido el estado de sitio, sometan a la Jurisdicción militar.»

Cfr. VALENCIANO ALMOYNA, J.: *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley orgánica 9/1980*, Madrid, 1980.

penales militares» sólo puede entenderse como comprensiva del Código de Justicia Militar, así como de cualquier legislación penal militar emanada en todo caso de las Cortes Generales (49).

En nuestro vigente derecho de excepción los bandos de las autoridades militares tienen el carácter que les da el artículo 34 LODES:

«La autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio» (50).

Pasando ya a las modificaciones introducidas en el ámbito del *poder judicial* hemos de señalar ante todo que nuestra Constitución contiene la prohibición tradicional de los «tribunales de excepción» (art. 117.6 CE). Pero, además, la LODES ha renunciado a los procedimientos abreviados o sumarios extraordinarios, de tanta tradición en nuestro derecho de excepción desde la Ley de 17 de abril de 1821 hasta la última de las de Orden Público. De todo ello no queda más que el artículo 30 LODES, restringiendo el arbitrio del juez en materia de *prisión provisional* y suprimiendo, durante los períodos excepcionales el beneficio de la libertad o remisión condicional (51). Y queda, naturalmente la cuestión de la *jurisdicción militar* durante el estado de sitio, admitida expresamente por el artículo 117.5 CE. Tal como esta materia ha quedado recogida en la LODES la ampliación del fuero militar no es una consecuencia automática de la declaración del estado de sitio, sino que se la hace depender de lo que el Congreso expresamente dis-

(49) En torno a los problemas planteados por este artículo, cfr. HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: «La previsión constitucional de la pena de muerte (comentario al artículo 15, segundo inciso, de la Constitución española de 1978)», Barcelona, 1980.

(50) Una redacción bastante más explícita del artículo 34 llegó a adoptarse en la Comisión del Senado: «El Gobierno ordenará publicar y difundir por la autoridad militar los oportunos bandos...» Véase la discusión de este artículo en el Pleno del Senado, en la que se vuelve a la redacción inicial (DSS núm. 105, de 14 de mayo de 1981, pp. 5343-5347).

(51) «Artículo 30.1. Si durante el estado de excepción el juez estimase la existencia de hechos contrarios al orden público o a la seguridad ciudadana que puedan ser constitutivos de delito, oído el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional, la cual mantendrá, según su arbitrio, durante dicho estado. 2. Los condenados en estos procedimientos quedan exceptuados de los beneficios de la remisión condicional durante la vigencia del estado de excepción.»

ponga en la declaración de aquél. Será además el mismo Congreso quien taxativamente enumere, en su caso, los *delitos* sometidos al fuero militar:

«En la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar.»

Las modificaciones introducidas en el ámbito del Ejecutivo no se refieren, evidentemente, a que esta función pase en algún caso a otros poderes, dado que es precisamente el Ejecutivo quien suele ver reforzadas sus atribuciones. En este caso de lo que, como regla general, cabe hablar es de una concentración de facultades en el Gobierno y las autoridades públicas, afectando transitoriamente al principio de desconcentración recogido en el artículo 103.1 CE. Separemos en esta materia el caso de cada uno de los tres estados.

El estado de alarma: La «autoridad competente».—En el capítulo II de la LODES (El estado de alarma) la expresión utilizada y recurrente es la de «autoridad competente», la cual viene definida en el artículo 7.º: «A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad.» En virtud del artículo 9.º, 1, todas las autoridades civiles quedan bajo las órdenes directas de dicha autoridad competente, pudiendo incluso ser sustituidas en sus facultades por la misma autoridad competente, en caso de incumplimiento o de resistencia a las órdenes de ésta (art. 10.1 y 3).

El estado de excepción: La «autoridad gubernativa».—En el capítulo III de la LODES (El estado de excepción) se habla siempre de «autoridad gubernativa». A diferencia de lo que ocurría en el estado de alarma, aquí no se define lo que se entiende por «autoridad gubernativa». Ello es así porque dicha autoridad venía definida en el capítulo primero del original «Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana», del que fue desglosada la actual LODES. Es interesante, con todo, señalar que en el artículo 3.º de dicho proyecto se comprendía como tal autoridad gubernativa al Gobierno, el Ministro del Interior, al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas, a los Gobernadores civiles y a los Delegados del Gobierno en ámbitos territoriales inferiores a la provincia. En este caso el protagonismo posible de las Comunidades Autónomas es bastante más débil que en el estado

de alarma (52). No se prevé en este estado que la autoridad gubernativa recabe el auxilio de la autoridad militar en orden al restablecimiento del orden público; se entiende que, de ser ello necesario, nos hallaríamos ante un supuesto de estado de sitio. Lo único que se prevé es el emplazamiento de «puestos armados» para la vigilancia y protección de edificaciones, etc., pero ordenadas por la autoridad gubernativa, es decir, civil.

El estado de sitio: El Gobierno y la autoridad militar.—En el estado de sitio la autoridad que se sitúa al frente del mismo es el Gobierno:

«Art. 33.1. En virtud de la declaración del estado de sitio, el Gobierno, que dirige la política militar y de la defensa, de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución, *asume todas las facultades extraordinarias* previstas en la misma y en la presente ley.»

Esta responsabilidad directa del Gobierno en el enfrentamiento contra la agresión que origina el estado de sitio distancia decididamente a esta institución de nuestros anteriores «estados de guerra». Ahora bien, por lo que se refiere a la *ejecución inmediata* de las medidas a adoptar, el Gobierno opera una sustitución de las autoridades civiles por la autoridad militar que él mismo designe:

«Art. 33.2. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno designará la autoridad militar que, bajo su dirección haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera.»

El estado de sitio, por tanto, no es una dictadura militar comisoría (y, concretamente, parlamentaria), como lo sería, paradigmáticamente, la de Cavaignac, en Francia, en junio de 1848, sino que la posición de la autoridad militar en nuestro sistema, por poner un ejemplo del mismo período, sería comparable a la de Changarnier en junio del siguiente año (53).

(52) «Artículo 31. Cuando la declaración de estado de excepción afecte exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, la autoridad gubernativa podrá coordinar el ejercicio de sus competencias con el Gobierno de dicha Comunidad.»

(53) «En junio de 1848 la Asamblea Nacional Francesa lo que hace, además de declarar el estado de sitio, es delegar «todos los poderes ejecutivos» al general Cavaignac. Por el contrario, en junio de 1849 el presidente de la República lo que hace es confiar al general Changarnier el mando conjunto de la Guardia Nacional y la Primera División Militar. Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., *cit.*, núm. 2, pp. 372-373 y 377.

Las autoridades civiles, por lo demás, continúan ejerciendo todas las facultades que no le han sido transferidas a la militar, en materia de orden público (art. 36 LODES); la novedad en este precepto es que es el Gobierno y no la propia autoridad militar quien decide cuáles son las competencias en materia de orden público concretamente asumidas por dicha autoridad militar.

Por lo que hace a la distribución «vertical» de los poderes del Estado, éste apenas se ve afectado, dado que se trata —en los estados de excepción y de sitio— de competencias exclusivas del Estado-poder central (art. 149.1, 4 y 29). La única salvedad, en materia de estado de excepción, es la existencia de *policías* de las CCAA. Tanto el Estatuto vasco como el catalán (arts. 17.7 y 14.2, respectivamente) disponen, que las mismas quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad civil o militar que, en su caso, corresponda, en cualquiera de los tres estados excepcionales. Por el contrario, en el caso del *estado de alarma* se trata con frecuencia de competencias asumidas por las CCAA, habiéndose adoptado, como se ha ido teniendo ocasión de ver, una fórmula que *permite* mantener la posición de las autoridades autonómicas, en la persona del Presidente de la Comunidad, pero sin que el Gobierno de la nación se vea forzado a acceder a ello.

b) *Las «limitaciones»*

Ocupándonos ya del régimen transitorio de los derechos y libertades durante la vigencia de los estados excepcionales debemos reseñar antes que nada el juego aquí del *principio de acumulación*, principio muy conectado a la concepción gradualista de la pluralidad de estados, ya que supone que las modificaciones que operan en el estado *inferior* se acumulan al *superior*. Esto es algo que juega plenamente en la relación del estado de sitio con respecto a los de alarma y excepción (art. 32.3 LODES). Por lo que hace a la acumulación del contenido del estado de alarma al de excepción se requiere la presencia simultánea (con o sin relación causal) de las circunstancias que dan lugar a cada uno de estos dos estados; sin embargo, ello es algo que el mismo Gobierno aprecia, por lo que no nos hallamos muy lejos de la situación del estado de sitio, en lo que al principio de acumulación se refiere. Veamos ya por separado esta cuestión en cada uno de los estados.

I. *El estado de alarma*.—¿Cuál es la relevancia constitucional del estado de alarma, desde el momento en que no permite la *suspensión*

de ningún derecho, ni —mucho menos— provocar alteraciones en la distribución de poderes entre los supremos órganos del Estado? Quizá sea el estado de alarma el que explique la presencia del término «limitaciones» en el artículo 116.1 CE, que abarcaría tanto a las suspensiones de derechos como a unas situaciones transitorias de los mismos, que no diesen pie a considerarlos como «suspendidos». Quizá se pensaba con facultades del tipo de las de los artículos 28 y 33 de la LOP de 1933 en el estado de prevención (54). Todo ello, pues, con una concepción señaladamente gradualista.

Esta diferencia aparece claro en el supuesto de la libertad de circulación: Así el artículo 11 *a*) LODES habla, para el estado de alarma, de «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos...», en tanto el artículo 20.1 habla, para el estado de excepción, de «prohibir la circulación de personas o vehículos...» Pero veamos ya estas *limitaciones*, tal como aparecen en los artículos 11 y 12 de la LODES.

Estos artículos contienen, de una parte, una serie de medidas para enfrentarse a las *catástrofes naturales y similares*, como son la ya indicada limitación de la libertad de circulación, las requisas temporales de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias, así como la limitación o racionamiento del uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad (art. 11 *a*), *b*), *d*) LODES). Y a continuación, en el artículo 12.1 se especifica que, además de dichas medidas, cabrá adoptar las previstas en la diversa legislación que, a la hora de regular una determinada materia, ha previsto sus específicos supuestos de emergencia. La cuestión es, sin embargo, que esta variada legislación ya suele comprender las medidas previstas en el artículo 11 de la LODES, con lo que, en realidad, el Gobierno, en la mayoría de los casos, no necesitará, si no quiere, declarar el estado de alarma, puesto que dispone de instrumentos más simples y que, en definitiva, le otorgan prácticamente las mismas facultades (55).

De otra parte, se introducen una serie de medidas que, de modo

(54) El artículo 28 de la LOP de 1933 es un extenso precepto que somete a la mayoría de las libertades públicas a un régimen, por así decir, «vigilado».

(55) Cfr. por ejemplo, la *Ley de Bases de Sanidad Nacional*, de 25 de noviembre de 1944, cuya base cuarta prevé el estado epidemiológico, así como las diversas medidas que bajo su duración cabe tomar. La ley 81/1968, de 5 de diciembre, sobre incendios forestales, en especial los artículos 7.º, 1 («zonas de peligro») y 12 a 14. La ley 38/1972, de 22 de diciembre, de *Protección del medio ambiente atmosférico*, título III (zonas de atmósfera contaminada), y título IV (situaciones de emergencia). Son de tener en cuenta igualmente el artículo 120 de la *Ley de Expropiación Forzosa*, así como el artículo 117, *d*), de la *Ley de Régimen Local*.

más o menos subrepticio, se hallan pensados para enfrentarse a situaciones de conflictividad social: las «situaciones de desabastecimiento» y el supuesto de que las catástrofes naturales coincidan con situaciones de «paralización de servicios públicos esenciales». Anteriormente hemos tenido ocasión de analizar la peculiar situación del artículo 4.º LODES. En todo caso, el artículo 11 c) contiene una indeterminada facultad de «intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza...» que, dada la insistencia en los términos de locales destinados a la producción (industrias, fábricas, talleres, explotaciones), parece indicar que se está pensando en situaciones de conflictividad laboral.

Con todo, el problema más grave en esta materia es el planteado por el artículo 12.2 LODES que permite «en los casos previstos en los apartados c) y d) del artículo 4.º», la *movilización del personal* «de empresas o servicios», *siendo de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización*. La cuestión, sin embargo, es que la «normativa vigente sobre movilización» es la ya citada Ley Básica de Movilización Nacional (56), que permite efectuar la movilización por simple decreto, y en la que el *personal civil militarizado* (que es lo que la LODES llama *personal movilizado*) queda sometido al fuero militar:

Art. 18: «Fuero aplicable.—El personal movilizado y el militarizado quedará sujeto al Código de Justicia Militar.»

El problema es, sin embargo, que la Ley Básica de Movilización Nacional ha quedado derogada, desde luego en este extremo, con la entrada en vigor de la Constitución, que sólo permite la jurisdicción militar, como es sabido, «en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio». El recurso del artículo 12.2 LODES supone la incorporación *ficticia* de una serie de ciudadanos al ámbito estrictamente castrense» y, por lo tanto, puede ser considerada una disposición inconstitucional. Nos hallamos, pues, ante un supuesto en el que se reúne la situación de derogación de una norma *pre-constitucional* con el carácter inconstitucional de una norma *pos-constitucional* (57).

(56) *Vid. supra*, núm. 15.

(57) Las «garantías precisas» a las que aluden los artículos 28.2 y 37.2 CE pueden llegar al recurso a las fuerzas regulares del ejército para sustituir a los trabajadores en huelga, tal como se prevé en el artículo 4.º, 2, de la LOP de

II. *El estado de excepción.*—Con el estado de excepción entramos con el instituto más característico del derecho de excepción, la suspensión de garantías. El número de los derechos y libertades suspendibles en este estado es el taxativamente fijado en el artículo 55.1 CE (58). La LODES, sin embargo, ha establecido dos importantes principios en esta materia.

Primero.—Que la declaración del estado de excepción (o del de sitio) no produce *per se* la suspensión de ningún derecho sino sólo en el supuesto y en la medida en que la autorización de la declaración (o la declaración del estado de sitio) así lo prevea. Con esta intención el Congreso modificó la redacción del comienzo de cada uno de los artículos que regulan la suspensión de derechos, haciéndolos acompañar de la fórmula «cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo... de la Constitución...»

Segundo.—Que la suspensión de un derecho no supone en absoluto su pura y simple supresión temporal, sino la sustitución de su regulación ordinaria por una regulación extraordinaria que, por supuesto, y con grandes variaciones de un caso a otro, es una regulación restrictiva de dichos derechos, pero es, con todo, un régimen de legalidad.

La suspensión de la libertad individual (art. 16 LODES) tiene una importante limitación temporal, por cuanto ésta no puede extenderse más allá de los diez días, si bien este plazo fue objeto de bastante controversia durante la discusión de la ley (59). La suspensión de la inviolabilidad del domicilio se halla minuciosamente regulada, no permitiéndose en caso alguno el registro de un domicilio sin la presencia de vecinos, los cuales pueden pertenecer a otro pueblo, con tal de que sea «límitrofe» (art. 17 LODES). La suspensión de la inviolabilidad de las comunicaciones prevé la comunicación inmediata «por escrito motivado al Juez competente» (art. 18). Por lo que hace a la libertad de residencia, se prevé que a las personas a las que se le «fije transitoria-

1959, en la parte que la LODES no ha derogado. Con independencia de ello, diversos preceptos de dicha parte de la LOP (capítulos I y II) deben considerarse derogados desde la entrada en vigor de la Constitución.

(58) Se trata, como es sabido, de los artículos 17; 18, aps. 2 y 3; 19; 20, ap. 1, a) y d), y 5; 21, 28, ap. 2, y 37, ap. 2 CE, con la salvedad del ap. 3 del artículo 17.

(59) El plazo de días fue puesto repetidamente en conexión con el previsto en la Ley orgánica 11/1980. El Congreso rebajaría a cinco días el plazo de diez días previsto en el proyecto de ley, volviendo el Senado al plazo inicial, que sería el definitivo. Es de notar también la garantía de que las detenciones sean comunicadas al juez en el plazo de veinticuatro horas.

mente residencia» lo sea «en localidad o territorio adecuado a sus condiciones personales»; sobre todo se exige que la autoridad gubernativa las provea de los recursos económicos necesarios (art. 20). Por lo que hace a la suspensión de la libertad de expresión se planteó el problema de si ésta podía comprender la suspensión de espectáculos cinematográficos y teatrales, dado que la libertad de creación artística no es un derecho suspendible (60); la LODES, sin embargo, ha optado por una solución afirmativa (art. 21). Por lo que hace a la suspensión de la libertad de reunión, la LODES se ha preocupado de salvar expresamente «las reuniones orgánicas que los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales realicen en cumplimiento de los fines que respectivamente les asignan los artículos 8.º y 7.º de la Constitución, y de acuerdo con sus respectivos Estatutos», no pudiendo «ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa» (art. 22.2 LODES). El derecho, con diferencia, más genéricamente suspendido es el derecho de huelga, así como el de adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 23); sin embargo, es de suponer que la *autorización* (o la *declaración*) podrán, y deberán precisar en mayor medida el alcance de esta suspensión.

Finalmente, junto a los artículos que se dedican al régimen concreto de cada derecho suspendible, la LODES contiene una serie de medidas extraordinarias, procedentes algunas de ellas del estado de prevención de la ley de 1933, como son la incautación de toda clase de armas, el cierre de locales públicos, entre otros (61).

III. *El estado de sitio*.—Por lo que se refiere al estado de sitio, juega plenamente, como hemos visto, el principio de acumulación:

«Art. 32.3. La declaración podrá autorizar, además de lo previsto para los estados de alarma y de excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido que se reconocen en el apartado tres del artículo 17 de la Constitución.»

Es decir, que en cuanto a los derechos suspendibles en el estado de sitio, y con la salvedad ya hecha de la ampliación de la jurisdicción militar, la sola diferencia respecto del estado de excepción ra-

(60) *Vid.* la discusión del artículo 21 en el Senado (DSS núm. 105, 14.5, 1981, pp. 5337-5339).

(61) Artículos 25, 26 y 27.

dica en la adición de las garantías del artículo 17.3 CE al grupo de los derechos suspendibles.

En otra ocasión hemos tenido oportunidad de exponer el origen de esta adición, así como las preocupaciones que la misma suscita (62). Lo único que al respecto cabe decir es que, es de esperar que, si alguna vez el Congreso declara el estado de sitio, no incorpore esta suspensión, cuya gravedad difícilmente puede ser exagerada.

(62) Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., *cit.*, núm. 4, p. 675.

JURISPRUDENCIA
(Estudios y Comentarios)

