

ESTADOS DE ALARMA, EXCEPCIÓN Y SITIO

Eva María Bru Peral

Cuerpo Jurídico Militar

SUMARIO: *Introducción.*—I. *Principios.*—II. *Estado de alarma.*—1. *Concepto y naturaleza jurídica.*—2. *Contenido.*—3. *Declaración.*—4. *Procedimiento.*—5. *Efectos.*—III. *Estado de excepción.*—1. *Concepto y naturaleza jurídica.*—2. *Declaración.*—3. *Procedimiento.*—4. *Efectos.*—IV. *Estado de sitio.*—1. *Concepto y naturaleza jurídica.*—2. *Declaración.*—3. *Procedimiento.*—4. *Efectos.*—Conclusiones.

INTRODUCCIÓN



En situaciones de anormalidad existe una mayor probabilidad de la quiebra de los principios que informan nuestro sistema jurídico, y del sistema de poderes establecido por la Constitución. El Estado puede pasar por períodos de anormalidad que revisten las más variadas formas, desde catástrofes naturales, alteraciones graves del orden público a insurrecciones y actos de fuerza contra la Constitución. Y, si bien, puede llegarse a situaciones que desborden la posibilidad de su regulación, el Estado de Derecho se caracteriza por la necesidad de prever la propia excepción y de regularla de forma jurídica. En estas situaciones anormales o excepcionales prima la defensa del interés general y la pronta reanudación de la nor-

malidad, con un aumento de las potestades concedidas a la autoridad competente, y una posible suspensión de las garantías individuales.

Estos hechos ponen de manifiesto la necesidad ineludible de regular los estados de excepción, y de someter a límites y principios determinados todas las potestades extraordinarias que se concedan. Así lo hace la Constitución, en su artículo 116, y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LODES).

I. PRINCIPIOS

Aunque cada uno de los estados excepcionales tenga sus propias características y efectos, son objeto de unos principios reguladores de carácter común que ponen de manifiesto su proximidad. El sistema de la ley no establece un gradualismo de las tres situaciones, no son tres etapas de una misma situación, sino tres situaciones cualitativamente diferentes. Esta distinción cualitativa de los tres estados, no impide la existencia de unos principios informadores comunes¹. La Constitución establece expresamente una serie de mecanismos encaminados al doble objetivo de mantener en funcionamiento los distintos poderes del estado y salvaguardar las garantías individuales. Para ello se marcan limitaciones generales: de carácter cuantitativo, referente a cuántas medidas podrán adoptarse; de carácter formal, haciendo referencia a cómo deben aplicarse; y por último, de carácter temporal, que afecta al plazo durante el cual deben permanecer en vigor las medidas adoptadas². Desarrollando los límites contenidos fundamentalmente en los apartados 5 y 6 del artículo 116 de la Constitución, los principios generales son:

a) *La excepcionalidad*

Los supuestos en que debe procederse a la declaración de alguno de estos estados han de ser verdaderamente extraordinarios, y presentar caracteres de gravedad y trascendencia. Este principio conlleva el de necesidad, por el

¹ SERRANO ALBERCA, Voz «Comentario al artículo 116», en GARRIDO FALLA (dir.), en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, p. 1567.

² FERNÁNDEZ SEGADO, «La Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio», *Revista de Derecho Político*, otoño 1981, n.º 11, pp. 92 y ss.



cual la procedencia del estado excepcional sólo concurre si los poderes ordinarios de las autoridades competentes no son suficientes para mantener la normalidad. La necesidad y la adecuación suponen, que las medidas adoptadas sean las estrictamente indispensables para asegurar el mantenimiento de la normalidad. En este contexto cobra especial relevancia el Derecho penal, ya que si el Derecho Penal, dentro de un Estado Social como el que proclama nuestra Constitución, sólo se legitima en cuanto protege a la sociedad, y pierde su justificación si su intervención se demuestra inútil; más aún el Derecho Penal de excepción debe perseguir el mantenimiento del orden y la protección del Ordenamiento Constitucional³. Si *El Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad*, en situaciones de excepción esta misión cobra mayor relevancia, al ser superior el riesgo de quebrantamiento de las garantías y derechos fundamentales de la persona⁴. El Derecho penal en los estados de excepción no puede olvidar los límites que el *ius puniendi* tiene, ello, a pesar, de que la propia naturaleza de la situación en que va a aplicarse, exige una mayor dureza, manifestada en unas penas más severas⁵. En todo caso, *La misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio*, que cumple el Derecho penal, a través de la protección de los ciudadanos, se orienta durante estos estados al pronto restablecimiento de la normalidad⁶.

Estos principios de necesidad y utilidad exigen una aplicación proporcionada de las medidas previstas a las circunstancias excepcionales⁷. Ello obedece a que el principio de proporcionalidad vigente en un Estado democrático, que exige el respeto a la dignidad humana, distingue dos aspectos: *Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su nocividad social)*⁸.

³ En relación con el principio de utilidad de la intervención penal, véase MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición, Barcelona, 1990, pp. 97 ss.

⁴ MIR PUIG, S.: *Función de la pena y la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982, p. 30.

⁵ Siguiendo a MIR PUIG, S.: *Función de la pena...*, *ob. cit.*, pp. 39 y ss., deben considerarse como límites fundamentales del *ius puniendi*, el principio de subsidiariedad del Derecho penal, al constituir éste la última ratio, el carácter fragmentario del mismo y la exclusiva protección de bienes jurídicos que su regulación y aplicación debe presentar.

⁶ MIR PUIG, S.: *Función de la pena...*, *ob. cit.*, p. 40.

⁷ Cfr. MATEU-ROS, «Estados de Alarma, Excepción y Sitio», en VV. AA., *Gobierno y Administración en la Constitución*, p. 189.

⁸ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 111.

b) *Limitación material y temporal*

La ley precisa la caducidad temporal de las competencias excepcionales y de las medidas adoptadas, salvo las sanciones firmes, cuando haya finalizado el plazo de la declaración, artículo 13 de la LODES. En este punto se plantea un problema interesante entre el Derecho de Excepción, como ley temporal más severa, y el artículo 24 del Código Penal, que permite la retroactividad de las leyes penales más favorables al reo. Si se siguiera el mandato del artículo 24, la ley de excepción carecería de eficacia preventivo-general y de aplicación efectiva; pero, por otra parte, las medidas previstas en el Derecho de Excepción se han aprobado en un momento de normalidad constitucional que demuestra la voluntad de aplicación a los hechos ocurridos durante los tiempos de anormalidad. Por ello hubiera sido deseable que la LODES se hubiera expresado *no fijando un límite a su vigencia, sino declarando su voluntad de aplicación indefinida (salvo la prescripción) a todos los hechos cometidos dentro de un determinado plazo. No debería fijar un límite a su vigencia, porque si lo hiciese no podría seguir prevaleciendo sobre el art. 24 tras dicho límite, en que habría dejado de regir*⁹.

Este principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales aparece recogido en la Constitución. Sin embargo, si bien su reconocimiento constitucional es evidente, no lo es su ubicación. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encuadra en el artículo 9.3, por considerar que es un mandato que se dirige a los poderes públicos¹⁰. Sin embargo, este principio puede tener su reconocimiento en el artículo 25.1 de la Constitución, con lo que se evitarían arbitrariedades de la Administración o el Parlamento en materia sancionadora, manteniendo la seguridad jurídica.

La adopción de una u otra postura, como señala la doctrina, tiene importantes consecuencias prácticas, ya que *Si consideramos incluido el principio de irretroactividad en el artículo 9.3, la vulneración al mismo no acarrearía, de suyo, el que pudiera reclamar ante el intérprete supremo de la Constitución a través del recurso de amparo, pero si, por el contrario, incluimos el derecho fundamental a que una norma sancionadora no se aplique retroactivamente en el artículo 25.1, al estar dicho precepto incardinado en la sección a que alude*

⁹ MIR PUIG, S.: Derecho Penal..., *ob. cit.*, p. 94.

¹⁰ Cfr. STC de 30 de marzo de 1981, STC de 7 de mayo de 1981.

el artículo 53.2, es claro que se daría la posibilidad de acudir al recurso constitucional¹¹.

Entre ambas posibilidades ha de elegirse aquella que permite una mayor seguridad y garantías para el administrado, por lo que es *más aceptable secundar la tesis de quien sostiene que el principio de que hablamos se encuentra plasmado, no sólo en el artículo 9.3, sino también materialmente en el artículo 25.1 CE y, en consecuencia, reconocer la posibilidad de recabar su tutela ante el TC*¹².

c) *Publicidad*

Las medidas que se adopten se publicarán, no sólo en el *Boletín Oficial del Estado*, sino que también se difundirán por los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen. Con una importante consecuencia, la entrada en vigor de las medidas se produce en el momento de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Cualquier otro tipo de actuaciones que se acuerden deberán ser difundidas por la autoridad competente.

d) *Garantías de la declaración*

Se regulan en el artículo 3 de la LODES, y se concretan en la responsabilidad de la Administración y en la justicialidad de todos los actos y disposiciones dictados en estos estados.

e) *Continuidad constitucional*

La declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales (art. 1.4 LODES). Se pretende con ello el equilibrio de los poderes del Estado en situaciones de anormalidad, así como evitar la arbitrariedad. Este principio

¹¹ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador (Doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa)*, Madrid, 1989, p. 88.

¹² Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., *ob. cit.*, p. 89.

supone la imposibilidad de proceder a la disolución del Congreso mientras esté declarado alguno de estos estados, y la convocatoria automática de las Cámaras si éstas no estuvieran en período de sesiones. Asimismo cuando el Congreso de los Diputados esté disuelto o haya expirado su mandato, sus competencias serán asumidas por su Diputación Permanente. Mayores problemas plantea determinar si se podrá plantear la moción de censura durante estos estados, ya que dificultaría el pronto restablecimiento del orden público una crisis política abierta con la moción de censura. Razones de oportunidad inclinan a considerar más adecuado plantear la moción de censura una vez restablecida la normalidad. Por el contrario, un sector doctrinal mantiene que al existir responsabilidad política del Gobierno en estas situaciones, la moción de censura es viable¹³.

El artículo 169 de la Constitución establece que no podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116. Ese principio de mantenimiento de la normalidad constitucional subyace en esta prohibición.

Uno de los preceptos de mayor importancia es el contenido en el número 6 del artículo 116 de la Constitución, que determina que la *declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocido en la Constitución y en sus leyes*. Esta responsabilidad es tanto la política, como la penal y la civil patrimonial. Este principio que hoy parece no plantear problemas, es una novedad en nuestro Derecho¹⁴.

Por su parte, la LODES en su artículo 3.2 determina que *quienes como consecuencia de la aplicación de los actos o disposiciones adoptados durante la vigencia de estos estados sufrieran de forma directa, en su persona, bienes o derecho, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo previsto en las leyes*. La responsabilidad patrimonial surge cuando concurren los siguientes requisitos: existencia y aplicación de un acto o disposición administrativa adoptados durante la vigencia de un estado excepcional; producción de un daño o perjuicio en la persona, derechos o bienes, con los caracteres generales de efectividad, estimabilidad económica e individualidad; existencia de relación de causalidad, por

¹³ En este sentido MATEU-ROS en «Estados de...», cit., p. 196.

¹⁴ Así la Ley de indemnidad de 10 de enero de 1877, siguiendo la práctica inglesa, permitía mediante una declaración del Parlamento, que el Gobierno y sus agentes fueran eximidos de toda responsabilidad por actos no autorizados o ilegítimos realizados durante estos estados.



la cual la lesión sea el efecto o resultado directo del acto o disposición, sin mediación de fuerza mayor ni de imputabilidad a cargo de la víctima.

Por último, el artículo 3 de la LODES preceptúa que los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de estos estados, serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes. La Jurisdicción aparece como guardián de las libertades frente al Estado, y esta intervención del Poder Judicial en tiempo de crisis es contraria a la creación de Tribunales *ad hoc*, o excepcionales, prohibidos por el artículo 117 de la Constitución. Debe precisarse que la declaración del estado de sitio supone que para conocer de determinados supuestos, como se verá al estudiar esta figura, es competente la Jurisdicción Militar, según se determina en el artículo 117.5 de la Constitución; ya que esta Jurisdicción está expresamente reconocida *siempre y cuando esté ceñida a los límites que le son propios*¹⁵. Por lo tanto, la sustantividad de la Jurisdicción Militar es pacífica siempre que *su ámbito competencial se circunscriba al estrictamente castrense y respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal militar, a los supuestos de estado de sitio y a aquellos otros incluidos en la L.O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar*¹⁶.

La doctrina se ha planteado la cuestión de si es posible la aplicación de la vía preferente o sumaria de protección de los derechos del artículo 55.3 de la Constitución y del recurso de amparo, pudiendo mantenerse su aplicación pero atendiendo a la legislación excepcional¹⁷. En cuanto a la posibilidad de suspensión del acto administrativo impugnado, previsto por la Ley 62/1978, de 28 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, se señala que la justificación del perjuicio grave para el interés general, que impide la suspensión, se ha producido con la declaración de la situación hecha por las Cortes. La excepcionalidad de estos estados y el aumento de las potestades administrativas que conllevan impide la suspensión del acto administrativo.

¹⁵ Véase GIMENO SENDRA, J.V.: *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, p. 90.

¹⁶ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J.; en el capítulo 5, p. 101, en GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N; *Derecho Procesal Administrativo*, Valencia, 1993. La Jurisdicción Militar es la única salvedad al artículo 117.1 de la CE.

¹⁷ En GARRIDO FALLA (dir.), SERRANO ALBERCA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, pp. 1564 y ss.

III. ESTADO DE ALARMA

1. Concepto y naturaleza jurídica

El estado de alarma es la primera de las situaciones excepcionales reguladas por la Constitución. La diversidad de causas que dan lugar a su declaración hacen necesario adoptar para su definición una perspectiva globalizadora; de esta forma partiendo del artículo 4 de la LODES, el estado de alarma es aquella situación que trata de poner fin a alteraciones de la normalidad provocadas por catástrofes naturales, crisis sanitarias, desabastecimientos de productos de primera necesidad o paralización de servicios públicos esenciales siempre que concurren alguna de las otras circunstancias mencionadas.

La naturaleza jurídica del estado de alarma responde a la doble finalidad perseguida por el legislador: ser instrumento frente a las grandes catástrofes naturales y ser la primera respuesta frente a una emergencia de orden público. Se ha pretendido 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*¹⁸. Abarca, por tanto, situaciones de alteración del orden público que no hagan necesaria la declaración del estado de excepción.

Es importante señalar que la naturaleza del estado de alarma es totalmente diferente a la de los estados de excepción y sitio, éstos dos últimos con una naturaleza eminentemente política, mientras que el estado de alarma presenta una naturaleza social, que obedece a hechos naturales y a circunstancias sociales¹⁹. La naturaleza excepcional de esta situación opera ante tres tipos de circunstancias: frente a catástrofes naturales, frente a ciertos tipos de conflictividad social que no exigieran la suspensión de garantías constitucionales, e incluso frente a un supuesto de conflictividad político-social.

El hecho de que se oriente a solucionar situaciones de diversa índole ha motivado críticas de la doctrina que considera que debía haberse orientado en una sola dirección, pero no ser un *totum revolutum* en el que se confunden terremotos y huelgas²⁰. Sin embargo, los supuestos contemplados por la Ley ex-

¹⁸ Cfr. CRUZ VILLALÓN, «La Ley Orgánica 4/1981, de 6 de Junio», *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 2, vol. 1, mayo-agosto 1981, p. 96.

¹⁹ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, «La Ley Orgánica de los estados de alarma excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, núm. 11, otoño 1981, p. 95.

²⁰ Cfr. CRUZ VILLALÓN, «La Protección Extraordinaria del Estado», en AA.VV., *La Constitución de 1978. Estudio sistemático*, 2ª ed., Madrid, 1981, p. 694.

cluyen todo tipo de circunstancias de índole política, quedando reservado el estado analizado a supuestos excepcionales de orden natural o social, con lo que su valoración a efectos de su declaración será fácilmente fiscalizable en relación con su oportunidad. Esta característica lleva a que diversos autores configuren esta situación como un estado de urgencia administrativa²¹.

2. Contenido

El estudio del contenido de esta figura exige el análisis de los supuestos que dan lugar a su declaración, la declaración y el procedimiento de la misma, y por último, los efectos que se producen.

Las alteraciones graves que dan lugar a la declaración del estado de alarma son, según el artículo 4 de la LODES:

- a) Las catástrofes, calamidades o desgracias públicas tales como terremotos, inundaciones, incendios y accidentes de grave magnitud.
- b) Las crisis sanitarias, como epidemias y situaciones de contaminación grave.
- c) La paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los arts. 28.2 y 37.2 de la Constitución y concurra además otra de las situaciones de alteración previstas.
- d) Las situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Estas circunstancias pueden agruparse en un primer grupo que abarcaría los casos primero y segundo, siendo un recurso frente a las grandes calamidades originadas por causas naturales o técnicas; y un segundo grupo, formado por la tercera y cuarta, que presentan un carácter ambiguo previsto para afrontar supuestos de perturbación de la paz social.

El primero de los supuestos presenta cierta afinidad con el artículo 30.4 de la Constitución que señala que *mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública*, siendo la diferencia entre ambos que así como el artículo 30.4 es un caso de prestación personal de los ciudadanos, al igual que el número 1 del artículo 30; el estado de alarma es una regulación de carácter general, prevista para su-

²¹ Cfr. MATEU-ROS, «Estados de Alarma Excepción y Sitio», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Madrid, p. 173.

puesto de anormalidad y con el fin de restablecer la normalidad en el Estado Social y Democrático de Derecho.

El primer supuesto relativo a las catástrofes naturales, presenta como mayor problema el hecho de que el Gobierno eluda la declaración del estado de alarma a través de la promulgación de un Decreto-ley, amparándose en la regulación que el artículo 86.1 de la Constitución establece para esta norma, prevista para casos de extraordinaria y urgente necesidad²². Estas son, sin embargo, dos figuras distintas que no se pueden confundir, y así las ha diferenciado el Tribunal Constitucional con toda claridad en su sentencia 111/1983 donde establece que *la extraordinaria y urgente necesidad no ha de entenderse en el sentido extremo de confirmar al Decreto-ley para ordenar situaciones o intervenir en acontecimientos de excepcional amenaza para la comunidad o el orden constitucional*. La noción de necesidad a la que alude el artículo 86.1 es una necesidad relativa que, por razones difíciles de prever, requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, pero sin que se pueda confundir con el derecho de excepción. Distinto es, que los decretos-leyes, como disposición con fuerza de ley del Ejecutivo, puedan dictarse durante la vigencia de una situación excepcional pero, también durante ella, sometidos a la limitación del artículo 86.1 de la Constitución, y sin que puedan afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I²³.

El supuesto más conflictivo es, sin duda, el tercero, la paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad, ya que si las otras alteraciones pueden entenderse al margen de conflictos sociales, no ocurre lo mismo con esta situación²⁴. Así, este es un caso en que si se llega a alcanzar niveles de grave alteración, procederá declarar el estado de excepción, según el artículo 13 LODES. Hay que tener en cuenta que la regulación del estado de alarma no implica ninguna alteración a nivel constitucional y no puede, por tanto, suponer en ningún caso una suspensión de los derechos fundamentales, como sí ocurre en el estado de excepción.

Para delimitar este supuesto hay que partir de los límites constitucionales del derecho de huelga y del derecho a la adopción de medidas de conflicto co-

²² Así ocurrió con el Real Decreto-Ley de 29 de julio de 1988 para la reparación de daños ocasionados por fuertes lluvias en el norte.

²³ Véase SERRANO ALBERCA, *Comentarios a la Constitución*, cit., Madrid, 1985. pp. 1564 y ss.

²⁴ Véase BERDUGO, «Los Estados de alarma, excepción y sitio», en *Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, Revista de Política Comparada*, núm. 5, verano 1981, pp. 99 y ss.

lectivo, consistentes en establecer las garantías necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, según el artículo 28.2 y 37.2 de la Constitución. Los instrumentos en los que se encuentran la clave de esta limitación, a falta de una Ley de Huelga, están formados por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 y el Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, en vigor en cuanto no hay sido declarado nulo por la citada sentencia. El Tribunal Constitucional no enumera cuáles son los servicios esenciales para la comunidad, sino que en su fundamento jurídico 18 afirma que es *más adecuado que el Tribunal vaya haciendo los correspondientes pronunciamientos respecto de cada uno de los supuestos especiales que se pueden plantear en el futuro a través de los correspondientes recursos de amparo.*

Un criterio delimitador podría atender a la relación que estos servicios públicos guardan con los derechos fundamentales, libertades públicas y su ejercicio, de forma que cuando éstos resulten imposible de ejercitarse se estarían violando las garantías que establecen los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución. Por otra parte, la limitación al derecho de huelga y a la adopción de medidas de conflicto colectivo en relación con los servicios esenciales no significa la desaparición de estos derechos, sino sólo el establecimiento de las garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales, mantenimiento que no conlleva el normal funcionamiento de dichos servicios.

Vistas estas bases, la delimitación del estado de alarma es más estrecha que la prevista en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, pues la LODES exige no sólo que los servicios sean esenciales, sino que también sean públicos. Es el doble carácter de público y esencial el que configura esta circunstancia, con lo que sólo la paralización de servicios esenciales prestados por el Estado podrá motivar la declaración del estado de alarma.

Por tanto, deben concurrir para declarar el estado de alarma dos requisitos:

- a) Que no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, respecto al mantenimiento, no respecto al normal funcionamiento, de servicios esenciales y públicos para la comunidad;
- b) que concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en el artículo 4 de la LODES, lo que, en consecuencia, reconduce el contenido de esta causa, excepto en un supuesto del orden público, a las situaciones calamitosas a las que, en principio, parecía reservado este estado²⁵.

²⁵ BERDUGO, *ob. cit.* pp. 104-105.



El último supuesto del artículo 4, las situaciones de desabastecimiento, hace referencia a supuestos de desabastecimiento no imputable a una paralización de servicios con origen en un conflicto social, ya que si no estaríamos en el terreno de las previsiones del estado de excepción²⁶. El desabastecimiento del estado de alarma es una situación que, en coherencia con la institución, trae su origen en causas naturales, como una sequía; o de situaciones internacionales, crisis del petróleo, pero nunca de conflictos sociales. La coexistencia prevista en el artículo 4 c) de la LODES de paralización de servicios y desabastecimiento hay que entenderla, pues, como mera coexistencia, ausente de cualquier relación causal, que de existir entraría dentro del ámbito del estado de excepción.

3. Declaración

La declaración del estado de alarma compete al Gobierno de la Nación, bien por propia iniciativa, bien a petición del Presidente de la Comunidad Autónoma afectada en todo o en parte de su ámbito territorial (art. 5 LODES). La declaración se lleva a cabo mediante decreto del Gobierno, en el que se debe determinar su ámbito territorial, su duración y sus efectos, sin que en principio pueda exceder de 15 días. Sólo procederá la prórroga por tiempo superior, cuando así lo autorice expresamente el Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y condiciones vigentes de la prórroga (art. 6 LODES). Una vez declarado el estado de alarma el Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados y suministrará la información requerida (art. 8 LODES).

Los aspectos más destacados de la declaración hacen referencia a la competencia sobre la misma y al control que ejerce el Congreso de Diputados sobre el Gobierno. La competencia para declarar el estado de alarma difiere según que éste tenga una duración inferior a 15 días, supuesto normal, en cuyo caso corresponde al Gobierno mediante decreto su declaración; o que el estado de alarma supere los 15 días, aquí la prórroga del mismo corresponde concederla al Congreso de los Diputados. Con base en esta diferente competencia, se distingue entre un estado de alarma «gubernamental», para el primer caso, y un estado de alarma «parlamentario», cuyo procedimiento de autorización difiere del

²⁶ CRUZ VILLALÓN, *ob. cit.* p. 98.



anterior y que se identifica con la declaración del estado de excepción²⁷. La prórroga autorizada por el Congreso establece el alcance y condiciones vigentes durante el estado de alarma, con lo que, coherentemente con ello, cualquier modificación del decreto de prórroga exige la autorización previa del Congreso. La declaración de la prórroga carece de limitación constitucional, con lo que habrá que atender a lo establecido por el Congreso. Critica la doctrina el que la prórroga exija necesariamente autorización expresa del Congreso, considerando conveniente y adecuada su declaración por un nuevo decreto, sin que acabe de comprender las modificaciones que el Congreso puede introducir tanto en el alcance como en las condiciones vigentes durante el estado de alarma²⁸.

La declaración deberá contener una regulación detallada del tiempo, forma, lugar, competencias, efectos que tendrá el estado de alarma, ya que el derecho de excepción es una protección reforzada del ordenamiento constitucional, y un mecanismo del estado de derecho para regular las situaciones de anormalidad y conseguir la vuelta a la normalidad. Otro requisito fundamental de la declaración, es que ésta se rodee de la mayor publicidad posible, de tal manera que llegue a conocimiento de la totalidad de los ciudadanos, y en este sentido se orienta el artículo 2 de la LODES. La declaración debe ser publicada de inmediato en el *Boletín Oficial del Estado* y difundida obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen, entrando en vigor desde el instante mismo de su publicación. La obligatoriedad de la difusión se extiende también a las disposiciones que la autoridad competente dicte durante la vigencia de dicho estado.

Otro de los problemas que plantea la declaración del estado de alarma es el de su control, y la determinación de a quién corresponde el mismo, y ante qué tipo de control estamos. La LODES establece al respecto que el Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración, suministrando la información que le sea requerida. La intervención del Congreso es, por tanto, *a posteriori*, aunque según el mandato constitucional del artículo 116.2, el intervalo de tiempo debe ser breve, ya que el Congreso debe reunirse inmediatamente al efecto. Es el Congreso el encargado de controlar no sólo la actuación del Gobierno, sino también la pertinencia de la declaración del estado de alarma. Ello sin perjuicio de que los actos adoptados en el ámbito de la de-

²⁷ CRUZ VILLALÓN, *ob. cit.* pp. 105 y ss.

²⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, *ob. cit.* p. 98.

claración sean controlables por los Tribunales. El artículo 116 de la Constitución establece que 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*, y en el mismo sentido se expresa el artículo 3 de la LODES. Y no sólo son los Tribunales los que siguen ejerciendo su función, sino también todas las Instituciones del Estado, de esta forma la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ha proclamado de forma expresa la no interrupción de sus funciones durante estos estados, artículo 11.3. En caso de que las Cámaras no estén convocadas, quedan automáticamente convocadas por la sola declaración de un estado de excepción, y en el caso de estar disueltas asume sus competencias la Diputación Permanente.

Mayores problemas surgen al determinar qué tipo de control es el ejercido por el Parlamento. En este aspecto puede considerarse que el Congreso ejerce un control político sobre la oportunidad de la declaración, comprobando que *los actos y disposiciones adoptados por la autoridad no transgreden, limitan o suspenden ninguno de los derechos reconocidos por el texto constitucional*²⁹. Igual sentido tiene el artículo 8.2 de la LODES cuando obliga al Gobierno a dar también cuenta al Congreso de los Decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma, en relación con esta. El fundamento es, por tanto, el carácter esencialmente político de esta decisión, imposibilitando un control jurisdiccional de la misma, incluyendo al Tribunal Constitucional. Frente a esta opinión, se mantiene la distinción de los dos elementos que integran la declaración³⁰. De un lado, la apreciación o constatación de la situación de emergencia y la consiguiente declaración política de dicho estado; y de otro, el aspecto normativo que dicha declaración tiene, y que *completa el sistema de fuentes del estado de alarma en el caso concreto, ya que la LODES no es directamente aplicable sino a través de la declaración del estado de alarma mediante decreto, constituyendo ambas normas el estatuto jurídico del estado excepcional declarado*. De esta distinción se concluye que no cabe excluir el control jurisdiccional, y en su caso, constitucional. Esta última postura parece más adecuada, dado que todo el derecho de excepción está orientado a controlar la actuación del Ejecutivo y de la Administración, de acuerdo con los artículos 9.3, 103.1 y 106.1 de la Constitución.

²⁹ SERRANO ALBERCA, *ob. cit.* p. 98.

³⁰ Cfr. CRUZ VILLALON, *ob. cit.*, p. 114.



4. Procedimiento

La información al Congreso de los Diputados, una vez que el Gobierno, por sí o a iniciativa del Presidente de la Comunidad Autónoma afectada, ha decidido su declaración, viene establecida de forma obligatoria por el artículo 8 de la LODES, el *Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados y suministrará la información requerida*. La tramitación parlamentaria se debe ajustar a los criterios fijados en los artículos 162 y 165 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Ahora bien, mientras el artículo 162.1 prevé el trámite de comunicación del Gobierno al Presidente del Congreso y su traslado a la Comisión competente, el artículo 165.1 señala, en cambio, su inmediato sometimiento al pleno del Congreso, convocado al efecto si no estuviera reunido, incluso entre el período entre sesiones.

5. Efectos

En este punto es necesario precisar que el artículo 55.1 de la Constitución no permite la suspensión de los derechos y libertades reconocidos en la misma más que en los estados de excepción y de sitio, y en el caso de suspensión individual de garantías. El estado de alarma es una situación en la que no pueden producirse suspensiones de derechos constitucionalmente consagrados. Por lo tanto, lo que se produce es una limitación de los mismos, límites que se concretan en los artículos 9 a 12 de la LODES. El artículo 11 establece las posibilidades siguientes:

- a) Limitar la circulación o permanencia de personal o vehículos de motor del artículo 19 de la Constitución.
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones obligatorias.
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas o talleres.
- d) Limitar o restringir el uso de bienes y servicios de primera necesidad.
- e) Impartir las órdenes necesarias para el aseguramiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y centros que puedan estar afectados por situaciones de desabastecimiento.

El artículo 10 de la LODES contempla la posibilidad de incumplimiento o resistencia a las órdenes de la autoridad competente, distinguiendo entre que el

incumplimiento sea realizado por funcionarios, en cuyo caso las autoridades pueden suspenderlo de inmediato en el ejercicio de sus cargos, pasando, en su caso, a disposición judicial; o que sea realizado por autoridades, en donde, sin perjuicio de las responsabilidades que corresponda, sus competencias serán asumidas por la autoridad competente.

Los efectos pueden clasificarse, según reiterada doctrina, en primer lugar, en aquéllos que concentran competencias administrativas en el Gobierno o, por delegación de éste, en el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad, o que es coherente con la posibilidad de que el Presidente de la comunidad solicite la declaración de este estado³¹. Esta concentración supone que todas las autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado, los integrantes de los cuerpos de Policías de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales y demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas queden bajo las ordenes directas de la autoridad designada, en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares (arts. 7 y 9 LODES). En segundo lugar, están las repercusiones sobre los derechos individuales, que llegan desde restricciones a la circulación en el tiempo y en el espacio, a limitaciones de artículos de primera necesidad. Los efectos se clasifican atendiendo a su carácter, y así distingue, de una parte, medidas de carácter positivo, referentes a la movilización de personas y recursos materiales, para asegurar la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes o lugares afectados; y de otra parte, medidas de carácter negativo que se dirigen a controlar o limitar, con la misma finalidad, el movimiento de personas y vehículos y el consumo de artículos o servicios de primera necesidad³².

De todas las medidas introducidas por la LODES, la que sin duda alguna levanta más controversias es la prevista en el artículo 12.2 en el que se dispone que *en los casos previstos en los apartados c) y d) del artículo 4 se podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento*. Se relaciona de esta forma la causa más polémica del estado de alarma, en concreto, la paralización de servicios públicos esenciales cuando concurra con situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad, con la adopción de medidas referentes a la movilización de ciudadanos.

³¹ BERDUGO, *ob. cit.*, pp. 109 y ss.; y en el mismo sentido, ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO, en *Curso de Derecho Constitucional Español*, II, Madrid, 1993, p. 431.

³² FERNÁNDEZ SEGADO, «La Ley Orgánica...», *cit.*, p. 99.

Para entender el concepto de movilización y militarización es preciso acudir a la Ley 50/1969, de 26 de abril, de Movilización, la cual entiende en sus artículos 1 y 7 la movilización como el conjunto de medidas para la adaptación de todos los recursos nacionales a las necesidades de la defensa nacional o exigidas por situaciones excepcionales; y en su artículo 2 indica qué personas pueden ser sujetos de la movilización, incluyendo a personas físicas españolas y nacionalizadas, personas jurídicas españolas y nacionalizadas, y a los extranjeros, personas, bienes o entidades que se fijen por la legislación especial. El artículo 9 establece una clasificación de las personas en la que distingue entre:

- a) El personal militar, constituido por profesionales o asimilados en las distintas situaciones militares, escalas de complementos, reserva naval o similares en situación activa, y tropa y marinería en actividad;
- b) El personal movilizado, aquél que se encuadra en las Fuerzas Armadas como consecuencia de la movilización, personal de tropa en reserva;
- c) El personal civil militarizado, el que corresponda a empresas u organizaciones movilizadas total o parcialmente, así como el personal civil que preste sus servicios en Ministerios militares o dependencias de los mismos;
- d) El personal civil.

Este concepto no ha de confundirse con la Protección Civil, definido en la Ley 2/1985, de 21 de enero, como protección física de las personas y de los bienes en situación de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria en las que pueda peligrar en forma masiva la vida e integridad física de las personas. De la comparación de ambos conceptos se aprecia que mientras el primer concepto supone el empleo de recursos no propiamente militares para la defensa, la protección civil es la protección de personas y bienes.

Insiste la doctrina en que la adopción de estas medidas debe respetar los postulados de la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, en cuanto que las garantías y medidas adoptadas no pueden vaciar de contenido el derecho de huelga³³. La movilización de personal es una medida que *por su propia esencia es difícil de conformar con las exigencias de la Constitución*. La medida de intervención y ocupación de industrias, fábricas, talleres, explotaciones de cualquier naturaleza, tal como aparece previsto, parece excesiva para el estado de alarma. Si se profundiza en el contenido de la nor-

³³ Por todos, BERDUGO, *ob. cit.*, pp. 110 y 111, de donde se cita.

mativa reguladora de la movilización, se llega a la conclusión de que *la gravedad de sus consecuencias sólo es propia, en el marco constitucional, de supuestos bélicos o prebélicos y no de las causas que pueden conducir a la declaración del estado de alarma*. La militarización, entendida en este caso como la utilización del Ejército para mantener el funcionamiento de un servicio público, puede ser desproporcionada.

Se encuentra el motivo en los objetivos integradores que fija la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Defensa Nacional, en concreto su artículo 14 en el cual se determina que todos los recursos humanos y materiales y todas las actividades, cualesquiera que sea su naturaleza, podrán ser movilizadas por el Gobierno para satisfacer las necesidades de la defensa nacional o las planteadas por circunstancias excepcionales, en los términos que establezca la Ley de Movilización Nacional. Estas «circunstancias excepcionales» parecen encajar con las situaciones que puedan dar lugar al estado de alarma.

Otra de las críticas que realiza la doctrina a los efectos del estado de alarma, es que la Ley Básica de Movilización Nacional vigente somete a fuero militar al personal movilizado y militarizado (art. 18). De esta forma, *el recurso del artículo 12.2 de la LODES supone la incorporación ficticia de una serie de ciudadanos al ámbito estrictamente castrense y, por lo tanto, puede ser considerada una disposición inconstitucional*³⁴. Aunque dudando de si efectivamente se produce una militarización, algún autor considera que *si se entiende como militarización, parece incompatible con lo que fija el artículo 117.5 de la Constitución*³⁵.

El auténtico problema del estado de alarma está en que sus efectos pueden conseguirse a través de las más variadas situaciones de emergencia administrativas, sin necesidad de acudir a la declaración de este estado y al cumplimiento de los trámites y autorizaciones parlamentarias del mismo. La existencia de instrumentos más sencillos y con iguales facultades llevará al Gobierno a evitar la declaración del estado de alarma. Son, en efecto, muy numerosas las disposiciones administrativas que establecen potestades excepcionales para supuestos de estado de excepción³⁶.

³⁴ CRUZ VILLALÓN, *ob. cit.*, p. 125.

³⁵ ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO, *ob. cit.*, p. 432.

³⁶ Así la Ley de Expropiación Forzosa, cuyos artículos 100 y siguientes, regulan la expropiación por razones de la Defensa Nacional y seguridad del Estado; los artículos 48 y siguientes de la Ley de Navegación Aérea, que también establece medidas de requisa, incautación y movilización; la Ley de Incendios Forestales, la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico; la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyos artículos 39 y siguientes facultan a la Administración para adoptar en caso

IV. ESTADO DE EXCEPCIÓN

1. Concepto y naturaleza jurídica

El estado de excepción es la respuesta del Ordenamiento Jurídico ante una grave alteración del orden público, sin que sea preciso que previamente se haya declarado el estado de alarma, y sin que se desemboque necesariamente en el estado de sitio. Existen autores, no obstante³⁷, que consideran estos estados excepcionales como una respuesta gradual del ordenamiento. Lo importante, sin embargo, es que no existe una zona intermedia entre la normalidad y la excepcionalidad, en donde la Administración pudiera actuar sin base legal.

Del artículo 13.1 de la LODES se desprende que son necesarias dos circunstancias para la existencia de este estado, una es la alteración del orden público, y otra la gravedad de esta alteración. Alteración y gravedad son, pues, dos requisitos imprescindibles en este concepto. Algunas posiciones doctrinales engloban no sólo alteraciones directas e inmediatas, sino también supuestos de peligro mediato o posible, exigiendo, eso sí, ratificación del Congreso de los Diputados. Cabe objetar que con ello se interpretaría de forma amplia una Ley restrictiva y limitativa de los derechos fundamentales, en contradicción con el artículo 4.2 del Código Civil por el cual *las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*.

Estado de excepción y orden público son dos conceptos íntimamente ligados, como se desprende del artículo 13.1 de la LODES que establece la naturaleza no sólo del estado de excepción, sino también del «orden público», al decir que *cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público...* No se contiene en este precepto un concepto de orden público, sino una declaración de un orden público enmarcado en un Estado Social y Democrático de Derecho, artículo 1.1 de la Constitución³⁸. Así mientras que en la

de necesidad o urgencia cuantas medidas sean convenientes para proteger o defender los derechos de los consumidores o usuarios, especialmente en lo que hace referencia a su salud o seguridad; la Ley de Espacios Naturales Protegidos; la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; y especialmente, la Ley de Protección Civil de 21 de enero de 1985, que establece un esquema de competencias administrativas y de deberes y prestaciones a cargo de los ciudadanos para situaciones de emergencia.

³⁷ SERRANO ALBERCA, *ob. cit.*, pp. 1580 y ss.

³⁸ Cfr. MATEU-ROS, *ob. cit.*

Ley de Orden Público de 31 de julio de 1959 se entendía éste como el normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interna y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales; hoy el acento se pone en las libertades que encabezan el precepto, porque si bien el orden público es el fundamento de la actividad de policía, entendida como actividad limitadora de los derechos individuales para lograr la convivencia pacífica; no puede concebirse el orden y libertad como ideas en conflicto, ni ampliar exageradamente el concepto de orden público en detrimento de las libertades. La LODES propugna una concepción democrática de orden público en donde es esencial el armonioso juego de las libertades y el libre ejercicio de los derechos individuales reconocidos por las leyes. Los derechos y libertades son la regla, y la excepción su limitación, según el sistema seguido por el artículo 116 de la Constitución y por la LODES. En el marco de nuestro Estado se busca una concepción del orden público acorde con los principios fundadores de la Constitución, y que lo considere, por tanto, más como protección del ciudadano que como restricción de libertades. De esta forma, frente al concepto tradicional del orden público que lo equiparaba con el mantenimiento de la paz pública, concepto latente en las leyes de 1933 y 1959, actualmente se identifica el orden público con el mantenimiento de una serie de principios propios de un estado de derecho³⁹. Con el artículo 13 de la LODES se da un paso adelante en pro de una necesaria precisión jurídica, dándose un perfil del orden público mucho más acorde con un estado de derecho.

La noción de orden público ha servido a lo largo de nuestra historia constitucional para mantener en el monarca un cúmulo de atribuciones y potestades. Pero no sólo esta cláusula servía para aumentar las facultades del Rey, sino que a su vez se le asignaba al militar un papel preponderante en la defensa del orden público, de manera que las Fuerzas Armadas iban a proteger y conservar con las armas el orden público en el interior, al margen de sus actuaciones para defender la seguridad del estado en el exterior⁴⁰. De esta forma el Rey, al frente del ejecutivo manda a los ejércitos y cuida del orden público, y las Fuerzas Armadas a su mando defienden este orden. Esta defensa del orden público en el interior va a suponer una intervención directa del Ejército en la vida civil, y una íntima colaboración entre autoridades civiles y mi-

³⁹ Véase FERNÁNDEZ SEGADO, «La Ley Orgánica...», cit., p. 102.

⁴⁰ Un estudio detallado de la materia puede verse en MARTÍN RETORTILLO, «Notas para la Historia de la noción de orden público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, enero-marzo 1983, pp. 20 y ss.

litares, como pone de manifiesto el Decreto de 23 de junio de 1813, cuyo artículo 27 establece la petición de auxilio a las Fuerzas Armadas que el Jefe político dirigirá al Comandante Militar de la provincia para conservar o restablecer la tranquilidad de las poblaciones y la seguridad de los caminos. Hoy, a la luz de nuestra Constitución, no son necesarias las cláusulas generales, perdiendo sentido la noción de orden público, ya que aunque no haya desaparecido del texto de la Constitución de 1978, tiene otra funcionalidad muy diferente a la del siglo XIX, dado que en la monarquía parlamentaria, el Rey ya no es Jefe del Ejecutivo, sino que integra una magistratura fundamentalmente simbólica, y no sirve, por tanto, la noción de orden público como una cláusula genérica, sino que debe analizarse desde la perspectiva de los límites a determinados derechos o libertades, y siempre siendo objeto de interpretaciones restrictivas⁴¹.

2. Declaración

Según el artículo 13.1 de la LODES es preciso que concurra una grave alteración del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, del normal funcionamiento de las instituciones democráticas o de los servicios públicos esenciales para la comunidad o de cualquier otro aspecto del orden público para que pueda procederse a su declaración. Característico a los tres supuestos que menciona el artículo 13.1 de la LODES es su relación con el orden público, cuyo concepto e importancia han sido ya expuestos. De esta forma, *lo importante en estos estados no es establecer los requisitos objetivos a que los mismos responden sino a los órganos competentes para declararlos, que han de coincidir con los órganos que participan en la definición y ejecución de la voluntad política y contar con una discrecionalidad muy amplia para apreciar la oportunidad de un estado excepcional*⁴².

La declaración del estado de excepción, según el artículo 116.3 de la Constitución, corresponde al Gobierno mediante decreto aprobado en Consejo de Ministros, pero con la previa autorización del Congreso de los Diputados. Y en este sentido, el artículo 13.2 de la LODES manifiesta que *el Congreso debatirá la solicitud de autorización remitida por el Gobierno, pudiendo aprobarla en sus propios términos o introducir modificaciones en la*

⁴¹ En este sentido MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, pp. 34-35.

⁴² Véase MATEU-ROS, *ob. cit.*, p. 177.

misma. Esta doble intervención del Poder Legislativo, en un primer momento al aprobar la LODES, y en un momento posterior al autorizar previamente su declaración, lleva a hablar de una «doble reserva de ley», de forma que el derecho contenido en la LODES requiere en orden a su aplicación de una nueva intervención del legislativo a través de su Cámara Baja, doble intervención que es algo inserto en la naturaleza misma del derecho de excepción, derivado de la trascendencia política inherente a la competencia para constatar la presencia de la emergencia⁴³. Puede hablarse así de un derecho sustantivo de excepción, en donde consta su contenido, y un derecho adjetivo de excepción, en donde se recogen los aspectos procesales de su aplicación. Por tanto, el régimen previsto por la LODES no es un régimen que entre automáticamente en vigor, sino que constituye el marco normativo a partir del cual el legislador configura el estatuto jurídico. En el estado de excepción esta segunda intervención del legislativo es únicamente del Congreso de los Diputados por razones de agilidad, y se produce a través de la autorización. Ante la técnica seguida por la LODES, la doctrina se plantea a quién corresponde en realidad la declaración, si al ejecutivo o al legislativo, ya que si bien es necesario un decreto del gobierno, éste no tiene valor sin la autorización del Congreso, el cual no se limita a analizarlo en su totalidad, sino que puede introducir enmiendas.

Los partidarios de que la declaración corresponde al legislativo se basan en la soberanía, y en la importancia de la declaración, evitando así abusos y suspensiones injustificadas de derechos. Por ello mantienen que el decreto de declaración es un mero requisito formal, como lo es la promulgación o publicación, es un acto debido del Gobierno, siendo, según el artículo 13.3 de la LODES, el Congreso quien aprueba la declaración, en los mismos términos propuestos por el Gobierno, o con las modificaciones introducidas⁴⁴.

Por su parte, aquéllos que mantienen que la decisión es del ejecutivo alegan razones tales como la eficacia, ya que la imprevisibilidad de la situación exige una actuación rápida que no permitiría el lento funcionamiento de la Cámara Baja. Se argumenta que es el Gobierno, mediante decreto, el competente para declarar este estado, aunque se reconoce que el protagonismo del Congreso es mucho mayor en comparación con el estado de alarma, de forma que en la práctica la competencia del Gobierno se reduce a poner en marcha o no el mecanismo que lleva a la adopción, articulación y desarrollo de este es-

⁴³ Véase CRUZ VILLALÓN, «La Ley Orgánica...», cit., pp. 103 y ss.

⁴⁴ Véase, por todos, CRUZ VILLALÓN, *ob. cit.*, p. 106.

tado y a la posibilidad de, una vez declarado, ponerle fin antes de que finalice su período de duración⁴⁵.

Algún autor ha llegado a sostener ambas posiciones, de forma que en un primer momento, basándose en que el Gobierno debe obtener previamente autorización del Congreso para la declaración de este estado, sostiene que la competencia sería del legislativo, aun cuando reconoce que ello va en perjuicio de la eficacia de la actuación. Sin embargo, con posterioridad, se considera que la declaración es un acto del ejecutivo, y no sólo por razones de eficacia, sino fundamentalmente en atención a la naturaleza de la actividad, ya que el procedimiento de declaración consta de dos decisiones fundamentales: constatar el cambio de circunstancias que imposibilita la eficacia del régimen de normalidad constitucional; y decidir la entrada en vigor del régimen excepcional, correspondiendo ambas decisiones al poder ejecutivo⁴⁶.

Otro de los problemas que surgen en relación con la declaración del estado de excepción es la posibilidad que tiene el Congreso de introducir modificaciones al decreto puesto por el Gobierno. Esto lleva a algunos autores a comparar este mecanismo con el de la legislación delegada *en cuanto que se produce un acto complejo o mixto fruto de la conjunción de las voluntades políticas de poderes constitucionales diferentes*⁴⁷.

De otro lado hay que señalar que si durante la vigencia de este estado el Gobierno considera necesaria la adopción de nuevas medidas, debe proceder a solicitar de la Cámara Baja la autorización necesaria para la modificación del decreto inicial.

3. Procedimiento

El procedimiento de la declaración lo desarrolla el Reglamento del Congreso. El artículo 163 de este Reglamento establece que la solicitud de autorización del Gobierno deberá adoptar la forma de comunicación que se trasmiti-

⁴⁵ Una exposición detallada de esta postura puede verse en BERDUGO, *ob. cit.*, p. 109.

⁴⁶ El cambio de postura doctrinal mencionado corresponde a FERNÁNDEZ SEGADO. La primera etapa puede estudiarse en «La Ley Orgánica...», *cit.*, pp. 183 y ss. La segunda, influenciada por MORILLI, se refleja en «Naturaleza y Régimen Legal de la Suspensión General de los Derechos Fundamentales», *Revista de Derecho Político*, num. 18-19, verano-otoño, 1983, pp. 31-58. Así, este autor considera que la suspensión de derechos no puede equipararse ni a una reforma constitucional ni a una abrogación provisional de normas constitucionales, actividades que sí serían propias del poder legislativo.

⁴⁷ Véase, por todos, MATEU-ROS, *ob. cit.*, p. 178, de donde se cita.

rá conforme al artículo 162. El envío de la comunicación al Congreso determina tanto la habilitación de sesiones extraordinarias, como la obligación de convocar al pleno de forma inmediata. El artículo 162 del Reglamento establece un procedimiento común a los tres estados de excepción. La comunicación se debate en el pleno de la Cámara, de acuerdo con las normas previstas para los debates de totalidad. El debate comienza con la exposición por un miembro del Gobierno de las razones que justifican la solicitud de autorización, para a continuación intervenir los representantes de los Grupos Parlamentarios que hayan presentado propuestas de modificación que, según el artículo 162.3, pueden presentarse hasta dos horas antes del comienzo de la sesión⁴⁸. Si las Cortes estuvieran disueltas, es la Diputación Permanente la competente. El contenido de la solicitud, con las modificaciones introducidas en su caso, se referirá a los derechos que se suspenden, a las medidas a adoptar con estos derechos, y a una referencia especial a las medidas sancionadoras. Por último el Gobierno, mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, puede poner fin al estado de excepción antes de que finalice el período para el que fue declarado, dando cuenta de ello inmediatamente al Congreso.

El tiempo de duración del estado de excepción viene marcado por el artículo 116.3 de la Constitución con un plazo que no podrá exceder de 30 días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. Por su parte, el artículo 15.3 de la LODES prescribe que *si persistieran las circunstancias que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, el Gobierno podrá solicitar del Congreso la prórroga de aquél, que no podrá exceder de 30 días*. La interpretación de estos artículos es confusa, puesto que tanto cabe entender plazos de 30 días con una única prórroga por igual tiempo, como que las prórrogas pueden sucederse tanto como lo estime conveniente el Gobierno. Un sector de la doctrina considera que son posibles las sucesivas prórrogas y ello con base en una doble razón: la primera, porque aunque el artículo 15.3 de la LODES hable en singular, no debe interpretarse en el sentido de admitir una única prórroga de 30 días, sino que cada prórroga sólo podrá durar 30 días, siendo necesario recurrir a otra si este tiempo fuera insuficiente; la segunda, porque no se debe acudir a declarar el estado de sitio si 60 días son insuficientes para controlar la situación, porque ambos estados son diferentes y *pueden existir situa-*

⁴⁸ En este punto, hay que determinar a qué se refiere el artículo 162 cuando se remite a las normas previstas a los debates de totalidad, si es al artículo 172 del Reglamento relativo a la ampliación de la duración del debate, o al artículo 112 en el sentido de que las propuestas lo sean a la totalidad de la autorización, y no sólo a aspectos concretos. Para SERRANO ALBERCA, esta última es la posición del artículo 13.3 de la LODES (*ob. cit.*, p. 1584).

*ciones de anormalidad graves que no puedan superarse en sesenta días y que tampoco requieran el drástico recurso al estado de sitio*⁴⁹. Por el contrario, otra posición doctrinal, aun reconociéndola ambigua en relación de ambos preceptos, mantiene que tanto el artículo 116 de la Constitución, como el artículo 15.3 de la LODES, parecen excluir la posibilidad de una segunda prórroga y que el deseo del constituyente de 1978 y del legislador de 1981 fue desautorizar una situación de prórroga indefinida y rutinaria cada 30 días⁵⁰.

Ante estas dos posturas opuestas debe mantenerse que pese a que ganaría en operatividad, agilidad y eficacia la declaración de prórrogas sucesivas hasta llegar a un control de la situación, una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución obliga a dar una interpretación restrictiva del artículo 116.3 de la Constitución. Esta polémica, junto a muchas otras, pone de manifiesto la necesidad de una nueva regulación que permita utilizar un instrumento rápido y flexible de control, porque en nada beneficia a los derechos y libertades de los ciudadanos un procedimiento lento que contribuya a la agravación de la situación.

4. Efectos

Los efectos que produce la declaración del estado de excepción son totalmente distintos a los del estado de alarma. En el estado de excepción se posibilita la suspensión de derechos y libertades, lo que conlleva un aumento de las facultades administrativas y de su discrecionalidad al estar libre de las limitaciones a las que su actuación está sujeta en circunstancias normales. Este aumento de la capacidad de actuación administrativa no supone arbitrariedad ya que *la suspensión de la vigencia de garantías individuales no puede, en ningún caso, constituir un cheque en blanco a la actuación de la Administración, sino que, por una parte, su actuación debe afectar exclusivamente al derecho suspendido y por otra, debe utilizar estas facultades extraordinarias sólo en aquello que sea necesario para la restauración del orden público alterado y únicamente con esta finalidad*⁵¹. La declaración del estado de excepción no puede hacer quebrar los principios contenidos en los arts. 9.3, 103.1 y 106.1 de la Constitución.

⁴⁹ Esta es la postura mantenida por FERNÁNDEZ SEGADO, «La Ley Orgánica...», pp. 106 y 107.

⁵⁰ Por todos, CRUZ VILLALÓN, *ob. cit.*, p. 110.

⁵¹ BERDUGO, *ob. cit.*, p. 113.

Una primera reflexión exige determinar si estamos ante una suspensión de derechos o una suspensión de garantías, ya que los derechos suponen el reconocimiento de atributos jurídicos o políticos, mientras que las garantías están encargadas de su protección y aseguramiento, sin afectar a su existencia. Un sector de la doctrina llega a la conclusión de que hoy tal diferenciación no puede mantenerse, primero porque tal distinción no es posible en todos los supuestos; y segundo, porque la suspensión de garantías da a entender no ya el sometimiento de los derechos a un régimen preventivo, sino más bien la suspensión de todos aquellos mecanismos que tratan de asegurar el valor normativo de los derechos fundamentales, lo que no es admisible⁵². Y se alega en refuerzo de esta tesis la doble naturaleza de los derechos fundamentales que recoge el Tribunal Constitucional en su sentencia 25/1981, de 14 de julio, en cuanto son derechos subjetivos que garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia, y porque a la vez son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional.

En este punto no puede olvidarse que el reconocimiento de unos derechos sin unos mecanismos que posibiliten su ejercicio es algo ilusorio y queda en una mera declaración de principios, como ocurrió en muchas de las declaraciones del siglo XIX. Debe mantenerse, aun cuando sea en un plano teórico y totalmente formal, una distinción entre suspensión de derechos y suspensión de garantías, por la gravedad que supone reconocer que se suspenden los derechos mismos. Llegar a un desconocimiento de los derechos fundamentales haría quebrar las bases del Estado Social y Democrático de Derecho. No puede olvidarse que el artículo 10.1 de la Constitución manifiesta que la *dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social*. De esta forma, si estos derechos son el fundamento del orden político y de la paz social, que es lo que se pretende restablecer a través de la declaración del estado de excepción, es preciso mantener que lo que se suspenden son las garantías y no los derechos mismos. De esta forma, *la suspensión de los derechos no supone su supresión, sino su sometimiento a una regulación o régimen jurídico diferente, que puede suponer más limitaciones que las ordinarias*, lo que conlleva no una supresión del derecho, sino una modificación dentro de unos límites⁵³. Es importante hacer esta precisión en orden a la posibilidad de acudir al recurso de amparo o pedir la sus-

⁵² En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, «Naturaleza y Régimen Legal...», cit., p. 34.

⁵³ SERRANO ALBERCA, *ob. cit.*, p. 1585.

pensión de actos administrativos que lesionan los derechos y libertades; o determinar si el Defensor del Pueblo puede conocer la actividad de la Administración relativa a derechos fundamentales que hayan quedado suspendidos.

El artículo 55.1 de la Constitución es el encargado de establecer cuáles son los derechos que podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción. Antes de entrar en su análisis es preciso señalar que la enumeración del artículo 55 es tasada, de forma que ningún otro derecho distinto de los contemplados por este artículo puede ser restringido en su ejercicio. Los derechos afectados son los siguientes:

a) *Libertad personal*

El estado de excepción permite una modificación sustancial del artículo 17 de la Constitución, en el sentido de que bastan fundadas sospechas de que pueda producirse una alteración del orden público para acordar la detención o la prisión, sin ser necesario acudir a los supuestos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al mismo tiempo el plazo máximo para la detención se amplía a 10 días, y se prevé la suspensión del procedimiento de *habeas corpus*. La suspensión abarca, pues, el derecho a no ser privado de libertad sino en los casos y en la forma prevista por la ley (art. 17.1); la garantía de que la detención preventiva no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de lo hechos, con un plazo máximo de 72 horas (art. 17.2); y la garantía del recurso al procedimiento de *habeas corpus* (art. 17.4).

El régimen legal aparece en el artículo 16 de la LODES, en donde se establecen garantías para evitar que la autoridad gubernativa proceda a detener arbitrariamente a las personas. Junto a las ya dichas de que sean necesarias fundadas sospechas de que exista una grave alteración del orden público, y que se regule un tiempo máximo de detención, (plazo que es idéntico al reconocido inicialmente por la legislación antiterrorista en la suspensión individual de derechos), aparece, como esencial, la comunicación de la detención al Juez competente en un plazo de 24 horas, el que podrá en todo momento requerir información e intervenir personalmente. Esta doble actuación es considerada por la doctrina como una intervención pasiva, la primera, y otra activa, la segunda⁵⁴.

⁵⁴ La distinción es hecha por FERNÁNDEZ SEGADO, «Naturaleza y Régimen Legal...», cit., pp. 50-51.

Además, el Juez puede delegar en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido. Esta intervención se hace imprescindible, toda vez que la Constitución permite la suspensión del *habeas corpus*.

Plantea problemas la posible incomunicación del detenido, dado que no se le priva del derecho a asistencia letrada recogido por el artículo 17.3 de la Constitución. La doctrina considera que el derecho a la comunicación podría sufrir modificaciones, si bien al no establecer nada al respecto la LODES habría que aplicar las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o acudir al decreto de declaración⁵⁵.

En la regulación de la LODES resalta la omisión, a diferencias de los restantes artículo de la LODES que se refiere a la suspensión de garantías, de toda referencia a que la suspensión aparezca expresamente comprendida en la autorización del Congreso⁵⁶. Sin embargo, tal omisión no puede llevar a la conclusión de que no sea necesario una suspensión expresa por el Congreso, debido a los artículos 13.2 b), 13.3 y 14 de la LODES exigen que el Congreso autorice expresamente cualquier tipo de suspensión de las garantías individuales.

b) *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*

Durante la declaración del estado de excepción se sustituye la necesidad de autorización judicial por la decisión de la autoridad gubernativa, siempre que la entrada en el domicilio sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos o el mantenimiento del orden público. Por tanto, la modificación del derecho reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución se encuentra en la suspensión de la garantía judicial y su sustitución por la decisión de la autoridad gubernativa, que no obstante, está sometida a un doble requisito: un requisito material consistente en la necesidad de que la entrada en el domicilio sea para el esclarecimiento de los hechos o el mantenimiento del orden público; y otro requisito formal, recogido en el artículo 17 de la LODES, referente a la necesidad de orden formal y escrita, a la presencia en el reconocimiento de la propia autoridad o sus agentes, al acta de la inspección y registro y a la comunicación de los registros efectuados al Juez.

El artículo 17 de la LODES evita actos arbitrarios de la administración al exigir una finalidad concreta, bien el esclarecimiento de los hechos, bien el

⁵⁵ Véase SERRANO ALBERCA, *ob. cit.*, p. 1586.

⁵⁶ BERDUGO, *ob. cit.*, p. 114.

mantenimiento del orden público. La doctrina dominante exige que el esclarecimiento de los hechos guarde relación de causalidad con el orden público perturbado, ya que el concreto aspecto del orden público, cuyo restablecimiento haya dado lugar a la declaración del estado de excepción, debe actuar como criterio definidor de cuándo estamos ante un supuesto que determine la inspección o registro domiciliario⁵⁷.

El artículo 17 de la LODES es tremendamente meticuloso en la descripción de las formalidades: realización de la inspección o registro por la propia autoridad o por sus agentes, a los que proveerá de orden formal y escrita; ineludibilidad de la asistencia de al menos dos vecinos para la realización del registro, que podrá ser presenciado por el titular o encargado de la casa, o por uno o más individuos de su familia mayores de edad; siendo la asistencia de los vecinos obligatoria y exigible, no así la del titular ante el silencio de la LODES y en contra de lo prescrito por la Ley de Enjuiciamiento Criminal; levantamiento de un acta de la inspección o registro, firmada por la autoridad o agente que efectúe el reconocimiento y por el dueño o familiares y vecinos. Y por último, la comunicación inmediata al Juez competente de la inspección o registro efectuados, las causas que lo motivaron y los resultados de los mismos, con remisión del acta levantada. En este punto extraña que la LODES no haya marcado un plazo de 24 horas para efectuar la comunicación, como hace en relación con la detención, sino que haya utilizado la expresión «inmediatamente», la cual deberá interpretarse en el mismo sentido que la detención, esto es, en 24 horas.

c) *El derecho al secreto de las comunicaciones*

La modificación del artículo 18.3 de la Constitución es también en este caso la supresión de la garantía judicial, sustituida por la intervención de la autoridad gubernativa, con igual requisito material de la necesidad de la misma, y formal de comunicación al Juez.

La autoridad gubernativa adquiere, por tanto, un amplio poder discrecional, pudiendo intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas, siempre que esto sea necesario, según el artículo 18 de la LODES, *para el esclarecimiento de los hechos presuntamente*

⁵⁷ Por todos, FERNÁNDEZ SEGADO, «Naturaleza y Régimen Legal...», cit., p. 51; y BERDUGO, *ob. cit.*, p. 115.

delictivos o el mantenimiento del orden público, debiendo interpretarse esta necesidad en el sentido visto anteriormente, de relación entre ambas causas. La comunicación al Juez competente será inmediatamente y por escrito. No deja de sorprender que el artículo 18 de la LODES se refiera a continuación a la intervención en los transportes, medida que limita más bien la libertad de empresa, o el derecho de huelga, o de conflicto colectivo. La causa la establece esta autor en el *desglose que se hizo en el Congreso, del artículo 33 del Proyecto de Ley, que con una deficiente redacción, englobando competencias de un departamento ministerial (transportes y comunicaciones) autorizaba, sin más, la intervención en estos dos campos de actuación*⁵⁸.

d) *Las libertades de residencia y circulación*

El artículo 20 de la LODES desarrolla con extensión la suspensión del artículo 19 de la Constitución, quedando la autoridad gubernativa facultada para adoptar dos tipos de medidas: aquéllas que implican restricciones de carácter general, y aquéllas que van referidas a personas concretas, pudiendo calificarse como medidas negativas las primeras, y medidas positivas las segundas⁵⁸.

Las medidas restrictivas de carácter general, o negativas, van desde la delimitación de zonas de protección o seguridad, exigiendo unas condiciones para la permanencia en las mismas, hasta la prohibición de la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determinan, pudiendo exigir a quienes se desplacen que acrediten su identidad, así como prohibir en determinados lugares la presencia de personas que puedan dificultar la acción de la fuerza pública.

En cuanto a las medidas en relación con personas concretas, o positivas, abarcan desde la comunicación con antelación de 2 días de todo desplazamiento, hasta la orden de efectuarlo de forma obligatoria, artículo 20.3, 20.4 y 20.5 de la LODES. En este caso la autoridad deberá proveer de los recursos necesarios para el cumplimiento de las medidas adoptadas. La ley insiste en que *la autoridad gubernativa habrá de tener fundados motivos en razón a la peligrosidad que para el mantenimiento del orden público suponga la persona afectada* (art. 20.7). Si se acuerda el confinamiento deberá ser adecuado a

⁵⁸ SERRANO ALBERCA, *ob. cit.*, p. 1587.

las condiciones personales del afectado. La doctrina manifiesta su preocupación por la desaparición, de forma injustificada, de toda mención expresa a la figura del Juez⁵⁹. Ello no debe llevar a concluir que sea innecesaria la comunicación al Juez de las medidas adoptadas, dado la intervención que siempre tiene en orden a la libertad y seguridad de las personas. Extraña, por último, la ausencia de una referencia a la libertad de circulación por el exterior que, sin embargo, debe entenderse limitada por la declaración del estado de excepción⁶⁰.

e) *Libertad de expresión*

El apartado a) del artículo 20.1 de la Constitución reconoce el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; y el apartado d), del mismo artículo, el derecho a comunicar o difundir libremente información por cualquier medio de difusión. El apartado 5 del artículo 20 prohíbe el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información a través de instrumentos que no sean la resolución judicial. En virtud del artículo 21 de la LODES se permite la suspensión de cualquier manifestación de la libertad de expresión y de información, a través de todo tipo de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales, quedando facultada la autoridad gubernativa para ordenar el secuestro de publicaciones. Se critica la falta de garantías en estas suspensiones, en particular de aquellas *garantías que aseguren que su utilización vaya precisamente encaminada a solventar las causas del estado de excepción, máxime ante un arma, como es la posible suspensión de los medios de comunicación, que posee tal gravedad económica y social*⁶¹. Queda, sin embargo, la garantía fundamental de que el ejercicio de las potestades gubernativas no podrá llevar aparejado ningún tipo de censura previa, lo que *implica el mantenimiento de un régimen represivo, que no preventivo, en relación con estas trascendentes libertades, aun en el supuesto de suspensión de su ejercicio*⁶². No obstante, la doctrina mantiene la insuficiente regulación de estos extremos, lo que debe llevar a su desarrollo en el decreto de declaración.

⁵⁹ Véase, por todos, BERDUGO, *ob. cit.* p. 116.

⁶⁰ SERRANO ALBERCA, *ob. cit.*, p. 1587.

⁶¹ BERDUGO, *ob. cit.*, p. 116.

⁶² FERNÁNDEZ SEGADO, «Naturaleza y Régimen Legal...», *cit.*, p. 54.

f) *Los derechos de reunión y manifestación*

El artículo 23 de la LODES regula la necesidad de autorización escrita dada por la autoridad gubernativa para la celebración de reuniones y manifestaciones, aunque sean pacíficas y sin armas; y en su caso, la prohibición de tales reuniones y manifestaciones, pudiendo asimismo disolverlas.

Como requisito formal se contempla que la autoridad gubernativa tenga que proveer a sus agentes de autorización escrita para penetrar en los locales en que tuvieren lugar las reuniones; autorización que, no obstante, no será necesaria cuando en dichos locales se estuviesen produciendo alteraciones graves del orden público, constitutivas de delito, o agresiones a las fuerzas de seguridad, así como en cualesquiera otros casos de flagrante delito.

En relación con la delimitación de esta suspensión, en el artículo 22.3 de la LODES se prohíbe la extensión de esta suspensión a las reuniones orgánicas que los partidos, sindicatos y asociaciones empresariales realizan en cumplimiento de los fines que respectivamente les asignan los artículos 6 y 7 de la Constitución. Con ello se pone de manifiesto que la suspensión no puede extenderse a derechos y circunstancias distintos de los previstos por el artículo 55.1 de la Constitución. Esta excepción es evidente dado que en un estado social y democrático de derecho el juego del pluralismo político, el papel de los sindicatos y asociaciones empresariales, son básicos para su funcionamiento. La ubicación preferente de estas instituciones, en el Título Preliminar de la Constitución, pone de relieve su posición por encima de lo que debe comprender el derecho de reunión y asociación.

g) *Los derechos de huelga y de adopción de medidas de conflicto colectivo*

Suspendidos los derechos de los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá prohibir las huelgas y la adopción de medidas de conflicto colectivo. Critica la doctrina dominante la redacción del artículo 23 de la LODES, pidiendo que se especifique a qué tipo de huelgas y conflictos colectivos se extiende, si bien en este punto, dado la prohibición en situaciones de normalidad de ciertas huelgas, puede entenderse que, o bien, abarca todo tipo de huelgas y conflictos colectivos legales; o que atiende a la naturaleza esencial o no del servicio interrumpido, según la redacción de los artículos 28.2 y 37.2

de la Constitución⁶³. No se entiende la inclusión del cierre patronal, puesto que no se alude al mismo en el artículo 22 de la Constitución, y, además, su admisión por el derecho laboral está contemplada como medida defensiva ante la actuación de los trabajadores, y no como derecho independiente de los empresarios, semejante a la huelga de los trabajadores⁶⁴.

h) *Otro tipo de medidas*

Además de la suspensión de derechos examinada, el capítulo III de la LODES recoge también otra serie de medidas que se pueden adoptar durante la vigencia de los estados de excepción y que implican modificaciones de la regulación legal de derechos, siempre que no se modifique el contenido esencial del derecho en cuestión⁶⁵.

Estas medidas administrativas no necesitan ser previamente autorizadas por el Congreso, pues la relación de medidas que el Gobierno debe remitir a la Cámara Baja se circunscribe exclusivamente a los derechos cuya suspensión específicamente se solicita, artículo 13.2 b) de la LODES. Un sector de la doctrina considera, por contra, que una interpretación ajustada del artículo 13.2 a) de la LODES, obligaría a que *por lo menos aquellas medidas que impliquen una actuación positiva por parte de la autoridad gubernativa, necesitan estar contempladas en la autorización*⁶⁶. En relación con la intervención de industrias hay que acudir al artículo 128.2 de la Constitución que permite la intervención de empresas cuando así lo disponga el interés general.

Interesa aquí destacar la remisión a las medidas previstas para el estado de alarma ya que si bien en el estado de excepción la autoridad competente es la

⁶³ ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO, *ob. cit.*, p. 436; FERNÁNDEZ SEGADO, «Naturaleza y Régimen Legal...», *cit.*, p. 55; SERRANO ALBERCA, *ob. cit.*, p. 1589; BERDUGO, *ob. cit.*, p. 117.

⁶⁴ Este aspecto es estudiado por SERRANO ALBERCA, *ob. cit.*, p. 1589.

⁶⁵ Estas medidas son: la satisfacción por parte de los extranjeros que se encuentren en España de determinadas comparecencias, cumpliendo las normas que se dicen sobre renovación y control de permisos de residencia, cédulas de inscripción consular, previéndose incluso para determinados supuestos la posibilidad de expulsión, según el artículo 24 de la LODES; la incautación de toda clase de armas, municiones y sustancias explosivas (art. 25 LODES); la intervención por suspensión de ciertas industrias y comercios que puedan provocar una alteración del orden público, así como el cierre provisional de salas de espectáculos y establecimientos de bebidas (art. 26 LODES); la adopción de las medidas necesarias para la vigilancia y protección de ciertos edificios, instalaciones, obras y servicios públicos e industrias (art. 27 LODES); y todas las medidas previstas para el estado de alarma (art. 28 LODES).

⁶⁶ La primera opción expuesta es mantenida por FERNÁNDEZ SEGADO, «Naturaleza y Régimen Legal...», *cit.*, p. 55. La segunda corresponde a SERRANO ALBERCA, *ob. cit.*, p. 1598.

civil, la remisión a determinadas medidas como la movilización, da entrada a una cooperación directa con las Fuerzas Armadas.

El estado de excepción puede suponer un aumento en la cuantía de sanciones gubernativas, así como también se refuerzan las sanciones contra los funcionarios, y se agravan las medidas procesales y de cumplimiento de la pena en los delitos contra el orden público o la seguridad ciudadana, aumentando las facultades del Juez para decretar la prisión temporal y exceptuarlo, artículo 30.2 de la LODES, a los condenados por los delitos mencionados de los beneficios de la remisión condicional durante la vigencia del estado de excepción.

La suspensión del ejercicio de estos derechos supone un aumento de la discrecionalidad administrativa, que no se identifica con una quiebra del principio de legalidad. Así los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, artículo 106.1 de la Constitución, que en estos casos de anormalidad serán el pronto restablecimiento del orden público y la vuelta a la normalidad. Es lo cierto, que todos los actos y disposiciones de la administración pública adoptados durante este estado serán impugnables en vía jurisdiccional; justificando este sometimiento no sólo en el citado artículo 106.1 de la Constitución, sino también en el artículo 9.1 que prescribe el sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y en el artículo 103.1 *in fine* de la Constitución. Junto a éstos, expresamente el artículo 116.6 declara el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes. Consecuencia de ello es el artículo 3.2 de la LODES que establece que los ciudadanos que, como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptados durante la vigencia del estado de excepción, sufran daños o perjuicios por actos que no le sean imputables tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

V. ESTADO DE SITIO

1. Concepto y naturaleza

El estado de sitio es una institución jurídica cuyo objeto es restablecer la paz pública y con ella el imperio de la ley, y que se caracteriza por un reforzamiento del poder ejecutivo consistente en atribuir a la autoridad militar competencias hasta entonces pertenecientes a la civil, al tiempo que se produce la



suspensión de ciertos derechos individuales⁶⁷. Se entiende, así, que es *la salvaguardia frente a las situaciones más extremas en que puede verse inmerso el Estado de Derecho*⁶⁸. La institución del estado de sitio se caracteriza por entrañar un régimen de policía excepcional, justificado por la idea de peligro nacional⁶⁹.

Para determinar su naturaleza, un primer paso exige su diferenciación del estado de necesidad. Un sector doctrinal considera que el estado de sitio es un auténtico «estado de necesidad social», aun reconociendo que debe estar justificado, limitado por el Derecho⁷⁰. Otra postura manifiesta que existen situaciones excepcionales que pueden preverse en el ordenamiento jurídico, frente a otras que desbordan la posibilidad de su regulación; pudiendo distinguirse dos extremos en la regulación de las situaciones excepcionales: aquél que se caracteriza por una concentración de poder en el ejecutivo, que decide sobre la situación, con un poder prácticamente ilimitado y sin control; y aquél otro sometido jurídicamente a límites concretos⁷¹. En este orden de ideas la primera situación es la llamada estado de necesidad, en donde el legislador ordinario es sustituido por otro extraordinario que adopta las medidas con fuerza de ley que crea convenientes, a través de los decretos de necesidad. Es un poder no controlado por el Parlamento ni por los Tribunales. La segunda de las situaciones tiene un carácter más limitado, acorde con el Estado de Derecho, y es la que da origen al estado de sitio, sometido a Derecho, no sólo en cuanto a la regulación de los presupuestos, sino también en cuanto a su contenido. Frente a estos conceptos, no puede olvidarse el estado de necesidad regulado como causa de justificación en el artículo 8.7 del Código Penal, y que debe definirse como *estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber*⁷².

El estado de sitio puede considerarse el *techo máximo de nuestro ordenamiento constitucional*, más allá de eso sólo se extiende el terreno de la teoría

⁶⁷ SERRANO ALBERCA, *ob. cit.*, p. 1592.

⁶⁸ FERNÁNDEZ RODERA, «Las Fuerzas Armadas y el estado de sitio, en libertades públicas y Fuerzas Armadas», *Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense*, Madrid, 1984, p. 183.

⁶⁹ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, «La función de las Fuerzas Armadas en el estado de sitio, en el marco de la Constitución de 1978», en AA. VV., *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Madrid, 1984, p. 203.

⁷⁰ FERNÁNDEZ RODERA, «Las Fuerzas Armadas...», *cit.*, p. 179.

⁷¹ SERRANO ALBERCA, *ob. cit.*, pp. 1556 y ss.

⁷² MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 477.

del «estado de necesidad» o de la teoría de las «circunstancias excepcionales» que al igual que el Derecho de resistencia, *son situaciones en que la ciencia del Derecho Constitucional deja de ser operativa*⁷³.

Los orígenes del estado de sitio se encuentran en la diferenciación entre el estado de sitio militar, régimen legal por el que se debía regir toda plaza militar o fortificación de igual índole sometida a una amenaza de guerra; y estado de sitio político, en donde se autoriza la declaración del estado de guerra a los municipios en el interior del país y, asimismo, prevé el que tales municipios deban encontrarse en estado de guerra en todas aquellas circunstancias a que se refiere la propia ley⁷⁴. Este último adquirirá vida propia llegando a configurarse de forma independiente, y con semejanza a lo que hoy entendemos por estado de sitio.

De lo anterior se intuye que la clave acerca de la naturaleza del estado de sitio es la diferenciación o equivalencia con la guerra. La terminología utilizada por el artículo 116.4 de la Constitución es innovadora en nuestro Derecho. La primera norma que regula esta situación es la ley de 17 de mayo de 1867 conocida como «Ley González Bravo», y lo hace con el rótulo de «estado de guerra» que se mantendrá hasta nuestros días, pasando por la última ley de orden público de 1959, en donde, según el artículo 35, el estado de guerra se declaraba: cuando la alteración que motivó el estado de excepción haya adquirido tales proporciones o gravedad que no pueda ser dominada por las medidas adoptadas por la autoridad civil; y cuando se produzca una súbita y violenta insurrección contra la seguridad del Estado, sus Instituciones Políticas o la estructura social.

La Constitución se refiere a tiempo de guerra en diversos artículos: en el artículo 15, como excepción a la abolición de la pena de muerte; en el artículo 63.3 para autorizar al Rey, previa autorización de las Cortes Generales, a declarar la guerra; en el artículo 169 como prohibición de iniciar durante la misma la reforma constitucional. Nótese la semejanza entre estos preceptos y la regulación del estado de sitio: la declaración es autorizada por las Cortes —el Congreso únicamente en el estado de sitio— previa propuesta bien del Gobierno o del Rey; y la imposibilidad de iniciarse la reforma constitucional durante el tiempo de guerra o el estado de sitio, artículo 169 de la Constitución.

Estas semejanzas, sin olvidar la tradición histórica —incluso en el proyecto de Constitución la expresión utilizada era «estado de guerra»—, unido a

⁷³ CRUZ VILLALÓN, «La ley orgánica 4/1981...», cit., p. 102.

⁷⁴ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, «La función de las Fuerzas Armadas...», cit., pp. 203 y ss.

una superación del concepto clásico de la guerra del Derecho Internacional lleva a reconsiderar la postura de una separación radical entre el estado de guerra y estado de sitio⁷⁵. En este sentido se considera que la regulación constitucional difiere del asedio real y efectivo de una plaza fuerte o puerto militar, e identifica el estado de sitio con una «crisis de estado», en donde es consustancial el elemento de fuerza o violencia, que tanto puede provenir del interior como del exterior del estado, según deduce de la interpretación de los términos del artículo 32.1 LODES, «insurrección» y «acto de Fuerza»⁷⁶. Ello unido a la coincidencia en la redacción del artículo citado con el artículo 8 de la Constitución, lleva a considerar que la LODES contiene y agota todo nuestro derecho de excepción, incluido el supuesto de guerra exterior formalmente declarada, con lo que mayor razón, incluye el de una situación interior que no pudiese ser descrita sino como guerra civil. Puede decirse de este modo que en España los términos estado de guerra y estado de sitio *han servido para designar indistintamente una misma situación excepcional caracterizada por la sustitución genérica de las autoridades civiles por las militares*⁷⁷.

La doctrina señala que, a pesar de que la redacción del artículo 32.1 de la LODES lleve a pensar en una alteración del orden público próxima a una situación bélica o prebélica, hay que subrayar que el estado de sitio y el tiempo de guerra son dos términos con un significado constitucional diferente, en este sentido la guerra se contemplaría por la Constitución como conflicto armado internacional, que es declarado por el Rey previa autorización de las Cortes Generales, y con consecuencias jurídicas propias previstas en los artículos 15 y 169 de la Constitución⁷⁸. A pesar de esto, reconoce implícitamente que pueda existir un confucionismo al declarar que *la situación bélica puede exigir, antes o después de la declaración, la adopción del estado de sitio en todo o parte del territorio nacional*.

No es pacífico el tema, así otros autores señalan que el estado de sitio agrupa tanto a las situaciones que tradicionalmente motivaron la declaración del estado de sitio, esto es, la insurrección entendida como subversión armada de origen interno; como los atentados de fuerza contra la soberanía o independencia de España, que hacen referencia a agresiones del exterior; poniendo de

⁷⁵ Cfr. FERNÁNDEZ FLORES, *Del derecho de la guerra*, Madrid, 1982, pp. 70 y ss., donde, admitiendo que la guerra no sólo no es un concepto unívoco sino que admite diversas modalidades y variantes, considera que *si nadie ignora lo que es la guerra, muy pocos son los que tienen un concepto jurídico claro de la misma*.

⁷⁶ CRUZ VILLALÓN, «La Ley orgánica 4/1981...», cit., pp. 100-102.

⁷⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, *ob. cit.*, p. 111.

⁷⁸ Por todos, BERDUGO, «Los Estados de alarma...», cit., p. 107.

relieve la relación existente entre ambas situaciones al decir que «cabe la existencia de tiempos de guerra sin declaración de estado de sitio, como cabe el estado de sitio sin que nos encontremos en tiempo de guerra»⁷⁹.

No puede analizarse este tema sin acudir al artículo 14 del Código Penal Militar aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, en donde se dispone que *a los efectos de este Código, se entenderá que la locución en tiempo de guerra comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente, o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesan éstas*. Con base en este precepto, puede diferenciarse entre tiempo de guerra, que supone la delimitación temporal entre el comienzo y el fin de la guerra por alguno de los sistemas del artículo 14 del Código; y el estado de guerra o estado de sitio, que es una situación de derecho interno, cuyo objeto es restablecer la paz pública y con ella el imperio de la ley⁸⁰. Considerando que la situación excepcional denominada estado de guerra o estado de sitio tiene como característica fundamental la asunción de competencias por las autoridades militares, y siendo ambas expresiones idénticas, aunque la Constitución en su artículo 116 haya preferido la de estado de sitio, las mismas hacen referencia a una guerra ficticia, frente a la situación real de lucha armada general y organizada, propia de los tiempos de guerra. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la práctica el estado de sitio puede producirse como consecuencia de una lucha real, pero en este caso la calificación del período como tiempo de guerra no vendría por la declaración del estado de sitio, sino por la lucha efectiva, internacional o interna; llegando a la conclusión de que la declaración del estado de sitio no implica, desde un punto de vista jurídico, hallarse en tiempo de guerra. Por otra parte, la guerra civil no se incluye en el artículo 14 del Código, quizá por entender que jurídicamente este tipo de guerra sólo se puede contemplar en su aspecto delictivo, esto es, en el artículo 130 del Código Penal como rebelión o sedición.

⁷⁹ CONDE PUMPIDO, «Estado de sitio y tiempos de guerra», en AA. VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*. vol. I, Madrid, 1984, pp. 431. y ss.

Lo importante, antes de la reforma de la pena de muerte, era que ésta, prevista en el artículo 15 de la Constitución para el tiempo de guerra, no podía aplicarse en el estado de sitio; y que en tiempos de guerra no pueden suspenderse los derechos que abarcan el estado de sitio si éste no se ha declarado. Cfr. CRUZ VILLALÓN, «La Protección extraordinaria del Estado», en GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.), *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 674 y 675.

⁸⁰ Cfr. SERRANO ALBERCA, «La definición de tiempo de guerra» en BLECUA FRAGA/RODRÍGUEZ VILLASANTE (coord.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, 1988. pp. 303-313.

De estas reflexiones puede concluirse que nuestro ordenamiento jurídico distingue entre una guerra internacional, a la que se alude con la expresión tiempo de guerra; y otras situaciones excepcionales, comprensivas de graves quebrantamientos de la paz pública, cuyo contenido se delimita por el artículo 32.1 de la LODES, y en donde se encuadraría la guerra civil, y que se denomina estado de guerra o estado de sitio. De la exposición de todas estas posturas doctrinales cabe deducir que, pese a que nuestro legislador quiso configurar el estado de sitio como una situación distinta de la guerra, en la práctica los límites entre este estado y el de guerra son confusos y de difícil delimitación.

2. Declaración

La declaración del estado de sitio compete, de acuerdo con los artículos 116.4 de la Constitución y 32.1 de la LODES, al Congreso de los Diputados, que determinará su ámbito territorial, duración y condiciones. Es necesario que previamente el Gobierno haya solicitado su declaración.

Las garantías que impone el artículo 116.4 de la Constitución son mayores que en otros estados, debido a su gravedad, de esta forma el estado de sitio no es sólo autorizado por el Congreso, sino que es efectivamente declarado por él. Sin embargo, corresponde al Gobierno, de modo exclusivo, tomar la iniciativa sobre la concurrencia de las circunstancias de hecho, y al Congreso decidir sólo y exclusivamente sobre esta iniciativa, declarándola, modificándola o rechazándola. En este punto se vuelve a presentar la problemática sobre el acierto o desacierto de encomendar al Congreso la declaración de este estado, dado que la eficacia del derecho de excepción está entrañablemente vinculado a la rapidez de supuesta en vigor⁸¹.

En este punto la Constitución de 1978 ha dado un giro radical a nuestra normativa, ya que desde la Ley González Bravo, hasta las leyes de orden público de 1933 y 1959, el antiguo estado de guerra podía declararse a través de dos procedimientos: el primero cuando el llamado estado de prevención y alarma era insuficiente para el restablecimiento del orden perturbado, en donde la autoridad civil lo señalaba en un bando, procediendo inmediatamente la autoridad militar a adoptar las medidas necesarias, previas a la declaración del estado de guerra; el segundo supuesto hacía referencia a que la

⁸¹ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, «Las Funciones de...», cit., p. 231.

insurrección o rebelión estallaran de repente. En este caso la autoridad civil se ponía de acuerdo con la judicial y la militar para la inmediata declaración del estado de guerra, y de no ser posible el acuerdo, se entraba provisionalmente en el estado de guerra, dando cuenta al Gobierno y a las autoridades superiores jerárquicas.

Hoy, en virtud de la Constitución, existe un claro protagonismo del Congreso, en detrimento del Gobierno. Ello obedece a que un estado de derecho debe procurar que en ningún momento, ni en circunstancia alguna por excepcional que fuera, pueda ignorarse la juridicidad, así con arreglo a derecho se debe entrar en estas situaciones, con arreglo a derecho debe actuar la autoridad durante su vigencia, y con arreglo asimismo a derecho debe ponerse punto final a ellas, debiendo exigirse las pertinentes responsabilidades a la autoridad que se extralimite ⁸².

Uno de los problemas existentes es determinar si este acto del Congreso tiene naturaleza política o legislativa, con sus implicaciones de posibilidad o no de control por los tribunales. Una corriente doctrinal considera que, desde un punto de vista formal, sería necesario forzar las categorías normativas para considerar a estos actos como auténticas leyes, precisando, que por otra parte, materialmente es innecesario tal encuadramiento, y en relación con su control, la oportunidad de la declaración no podrá recaer sobre el Tribunal Constitucional, que sí controlará el contenido de las medidas adoptadas ⁸³.

En esta línea se mantiene que, si bien no es un acto directamente asimilable a las categorías normativas tradicionales, ello no implica que queden exentos de control, de forma que la declaración del estado de sitio tiene todos los rasgos formales de una ley, sin otra peculiaridad en su aprobación que la de no haber pasado por el Senado, asimilándose al Decreto-ley a partir de su convalidación ⁸⁴. Por tanto, es susceptible de ser impugnado ante el Tribunal Constitucional ⁸⁵. En contra se manifiesta que la declaración tiene una inequívoca naturaleza política, siendo una decisión política del Congreso de los Diputados que no podrá ser objeto de control por parte del Tribunal Constitucional ⁸⁶.

⁸² Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, *ob. cit.*, pp. 232-233.

⁸³ SERRANO ALBERCA, «Comentarios...», *cit.*, p. 1594.

⁸⁴ CRUZ VILLALÓN, «La Ley Organica 4/1981...», *cit.*, pp. 114-115.

⁸⁵ En igual sentido, ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO, asimilan la declaración del estado de sitio a las disposiciones normativas con fuerza de ley (*ob. cit.*, p. 438).

⁸⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, «La función de las Fuerzas Armadas...», *cit.* p. 235.

3. Procedimiento

El procedimiento seguido es la propuesta de declaración del Gobierno a través de un proyecto de declaración, pudiendo los grupos parlamentarios presentar propuestas alternativas, posibilidad que queda abierta hasta dos horas antes del comienzo de la sesión en que haya de debatirse la propuesta gubernamental, artículo 162 del Reglamento del Congreso. El debate tendrá lugar en el Pleno que de conformidad con el artículo 165.1 del reglamento, si no estuviera reunido, será convocado al efecto de forma inmediata, incluso en el período que medie entre sesiones. Disuelto el congreso o expirado su mandato, las competencias del Pleno serán asumidas por la Diputación Permanente, artículo 165.2. El debate se iniciará con una exposición por un miembro del Gobierno de las razones que justifican la propuesta a la Cámara de la declaración del estado de sitio, ajustándose a las normas previstas en el artículo 112 del Reglamento para los Debates de Totalidad en el Pleno. El debate deberá centrarse sobre la valoración de las circunstancias fácticas y políticas y la necesidad de una respuesta excepcional. En este sentido, se señala que no puede ser un debate con técnica legislativa de confección articulada de los supuestos concretos, sino que debe posibilitar una respuesta flexible, lamentando que no se haya previsto *ipso iure* la declaración de urgencia, que entre otros efectos, artículo 94 del reglamento, acorta los plazos reglamentarios a la mitad de los establecidos con carácter ordinario⁸⁷. El estado de sitio queda declarado dentro del ámbito territorial y con la duración y condiciones establecidos cuando la propuesta obtenga la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, tras lo cual el Presidente de la Cámara Baja debe comunicarlo al del Gobierno, ordenando al mismo tiempo que se publique la resolución de la Cámara en el *Boletín Oficial del Estado*.

4. Efectos

El contenido de la declaración del estado de sitio puede autorizar la adopción de las medidas previstas para los estados de alarma y de excepción, con la particularidad de que aquí sí cabe suspender las garantías del detenido del artículo 17.3 de la Constitución que, en síntesis, comprende el derecho del detenido de ser informado de forma inmediata, y de modo comprensible, de sus de-

⁸⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, «La Función de...», cit., p. 238.

rechos y de las razones de su detención; el derecho a no ser obligado a declarar; y la garantía de asistencia de abogado. Los mayores problemas los plantea la suspensión de la segunda de las garantías citadas, partiendo de que en ningún caso puede violarse el derecho a la vida y a la integridad física y moral, lo que excluye el sometimiento del detenido a tortura o tratamiento inhumano o degradante a fin de ser obligado a declarar⁸⁸. Por otra parte, se extiende la no asistencia de abogado tanto a las diligencias policiales como judiciales. Este último punto no es compartido por algún sector doctrinal que considera que las diligencias judiciales quedan dentro del artículo 24.2 de la Constitución, el cual nunca es suspendible⁸⁹. En cualquier caso, no debería utilizarse la posibilidad de suspender este derecho⁹⁰.

El elemento tradicional y característico del estado de sitio es la atribución de competencias decisivas a la autoridad militar. Así el artículo 33.2 de la LODES dispone que *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*. Lo cual debe ser relacionado con el primer párrafo del citado artículo en el cual se dice que *en virtud de la declaración del estado de sitio, el Gobierno que dirige la política militar y la de defensa, de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la presente ley*. Estos artículos quiebran el anterior principio por virtud del cual la autoridad militar asumía la dirección y mando de las operaciones, y es la principal diferencia con la regulación anterior. Hoy, la autoridad militar designada por el Gobierno al efecto, ejecutará bajo la dirección de éste, las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiere. Se señala que el Ejército actúa como poder instrumental y no como titular de poder propio alguno o de facultades exorbitantes asumidas de forma necesaria o automática, hecho que es confirmado por el artículo 36 de la LODES por el cual las autoridades civiles continuarán en el ejercicio de las facultades que no hayan sido conferidas a la autoridad militar⁹¹. Este hecho es denominado «principio de subordinación y obediencia de los Ejércitos al poder civil», ya que desde una perspectiva constitucional *del pueblo emanan todos los poderes del Estado; las Cortes son precisamente quienes representan al pueblo español, y el Gobierno, en tanto en cuanto el Estado español ha adoptado como forma política la Monarquía Parlama-*

⁸⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, «Naturaleza y régimen legal...», cit., p. 58.

⁸⁹ Cfr. ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO, *ob. cit.*, p. 440.

⁹⁰ CRUZ VILLALÓN, «La Ley Orgánica...», cit., p. 128.

⁹¹ MATEU-ROS, *ob. cit.*, p. 184.

*ria, emana del Congreso de los Diputados y, más en concreto de la mayoría parlamentaria. Pero es que, además, al Gobierno compete, artículo 97 de la Constitución dirigir la Administración Militar y la defensa del Estado*⁹². De ello se deduce que el único cauce de legitimidad del poder es la voluntad popular y que *las FAS no ostentan la titularidad de ningún poder, no están investidas de poder político alguno y, por ende, carecen de legitimidad para tomar cualquier iniciativa que afecte al tiempo y forma en que deben cumplir su misión*⁹³.

La Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, en su artículo 22.2 establecía que *en caso de declaración del estado de sitio, la autoridad militar que haya de hacerse cargo del mando en el territorio a que afecte asumirá automáticamente las facultades que corresponden a la civil en los estados de alarma y excepción*, y del mismo modo el artículo 20.3 de esta Ley establecía que *todas las fuerzas y cuerpos de seguridad y las policías pasarán a depender de la autoridad militar en caso de declaración del estado de sitio*. Esos artículos fueron derogados por la LODES debido a la desconfianza del uso de las facultades puestas en manos de las Fuerzas Armadas⁹⁴.⁹⁵ En todo caso la intervención de la autoridad castrense será motivada, ya que debe existir una razón legítima para que se produzca y que se encuentra en el artículo 32.1 de la LODES; debe ser una actuación comisionada, porque exige previo apoderamiento, artículo 33 de la LODES; es limitada, al estar sujeta temporal y espacialmente y ser ejercida con ciertas condiciones, artículo 32.2 de la LODES; limitativa, por cuanto restringe derechos y libertades públicas, artículo 32.3 de la LODES; y jurídicamente garantizada⁹⁶. Así se llega a la conclusión de que *el estado de sitio es el único cauce a través del que las Fuerzas Armadas pueden legalmente ejercer, con autonomía parcial, su papel de defensores de la soberanía e independencia de España, su integridad territorial y su orden constitucional, en la previsión del artículo 8 de la Constitución*⁹⁷.

⁹² FERNÁNDEZ SEGADO, «La Función de las Fuerzas Armadas...», cit., p. 240.

⁹³ Ob. y lugar, ul. cit.

⁹⁴ SERRANO ALBERCA, «Comentarios...», cit., pp. 1598 y 1599.

⁹⁵ Existe quien manifiesta, sin embargo, que este deseo de potenciar al Gobierno se debe a suspicacias mal disimuladas ante la autoridad militar, y esto ha desnaturalizado el sentido de esta institución, ya que *si en algún momento es necesario recurrir al estado de sitio será porque estaremos ante unos supuestos tan graves para los fundamentos mismos del estado constitucional y democrático que entonces sólo una autoridad militar que pueda disponer de un cierto poder decisorio estará en condiciones de salvaguardar esos fundamentos del estado puestos en peligro*. Véase FERNÁNDEZ SEGADO, «La Ley Orgánica...», cit., p. 115.

⁹⁶ FERNÁNDEZ RODERA, *ob. cit.*, pp. 186 y ss.

⁹⁷ FERNÁNDEZ RODERA, *ob. cit.*, p. 187.

Una de las principales atribuciones que tiene la autoridad competente es la publicación y difusión de los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la Ley Orgánica y las condiciones de la declaración del estado de sitio (art. 34 de la LODES). Una parte de la doctrina considera a los bandos, ordenanzas de necesidad, con la consideración de disposiciones administrativas, ya que no emanan de órganos legislativos ni son elaboradas de acuerdo con el procedimiento y las solemnidades requeridas por la ley, ello pese a que materialmente pueden ser considerados como leyes penales⁹⁸. Este tema ha tomado una dirección totalmente distinta después de la promulgación del Código Penal Militar por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que contiene una previsión específica en su artículo 63, según la cual *el que se negare a obedecer o no cumpliera las prescripciones u órdenes contenidas en los Bandos que, de conformidad con la Constitución y las leyes, dicten las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio*. Anteriormente el Código de Justicia Militar, tras la reforma de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, establecía en su artículo 181 que *son delitos o faltas militares las acciones y omisiones penadas en este Código. Lo son igualmente las comprendidas en los bandos que dicten las autoridades militares competentes*. Ello daba lugar a críticas de la doctrina que los consideraba una fuente extraordinaria de legislación penal militar durante la vigencia del estado de sitio, con la consiguiente quiebra del principio de legalidad y seguridad jurídica⁹⁹. Ya se advirtió en su momento del peligro que suponen los bandos militares a los que se consideraba como leyes penales en blanco, que daba lugar a una delegación legislativa que facultaba a la autoridad militar para configurar verdaderos tipos penales, conculcando el principio de legalidad constitucional de los delitos y las penas, al posibilitar una injerencia de la administración en la función legislativa¹⁰⁰. También se dijo que la regulación del Código de Justicia Militar era inconstitucional al tipificar delitos y faltas en disposiciones administrativas¹⁰¹. Hoy la regulación del Código Penal Militar ha puesto fin a la equivocada tesis de asimilar cualquier delito creado por los bandos a un delito militar¹⁰². Del artículo 63 del Código Penal Militar se despren-

⁹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, «Bandos Penales Militares», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 3, 1957, p. 157.

⁹⁹ Cfr. CRUZ VILLALÓN, «La Ley Orgánica...», cit., p. 119.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, «La Función de...», cit., p. 245.

¹⁰¹ SERRANO ALBERCA, «Comentarios...», cit. p. 1599.

¹⁰² Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid 1992, pp. 182 y 183.

de que los bandos no pueden señalar penas, sino fijar medidas y prevenciones que han de calificarse como administrativas, aunque se queja de que la regulación presenta lamentables lagunas.

En otro orden de cuestiones, el artículo 117.5 de la Constitución establece que *la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución*. Este mismo apartado declara el principio de unidad jurisdiccional. La Jurisdicción Militar constituye una Jurisdicción de carácter especial, así nuestra actual Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 55 establece que la Sala Quinta del Tribunal Supremo es la Sala de lo Militar. Y la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la Jurisdicción militar en su artículo 24 determina que «La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo estará integrada por su Presidente y siete Magistrados. Cuatro de los ocho miembros de la Sala procederán de la Carrera Judicial y los otro cuatro de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos». La misma ley en el artículo 87 dice que «La Fiscalía Jurídico-Militar, dependiente del Fiscal General del Estado, con la organización que se establece en este título, forma parte del Ministerio Fiscal. De esta forma *Con arreglo al artículo 117.5 de la Constitución la única jurisdicción especial que en lo sucesivo puede legitimar su subsistencia es la militar «...en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio...», por lo que el mantenimiento de cualquier otra jurisdicción distinta a la ordinaria atenta al principio constitucional de la unidad de Jurisdicción y, por tanto, se hace acreedora de su derogación por parte de los poderes normativos del Estado o a través del recurso de inconstitucionalidad suscitado ante el Tribunal Constitucional*¹⁰³.

El artículo 35 de la LODES prescribe al efecto que *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*. Sin embargo, la interpretación de este precepto no es pacífica en la doctrina: así existen autores que piensan que la declaración del estado de sitio no supone una ampliación automática del fuero militar, sino que esta se hace depender de lo que el Congreso expresamente disponga en la declaración de aquél; será, además, el mismo Congreso quien taxativamente enumere, en cada caso, los deli-

¹⁰³ Véase GIMENO SENDRA, J. V., *ob. cit.*, p. 95. De esta forma, la jurisdicción militar, en cuanto rebasa las atribuciones que le atribuye la Constitución, atentaría al principio constitucional de unidad jurisdiccional, ya que *Mientras en las jurisdicciones especiales concurren las cualidades funcionales de la Jurisdicción (la cosa juzgada), le faltan las orgánicas (su independencia)*, *ob. cit.*, p. 93.

tos sometidos al fuero militar¹⁰⁴. En igual sentido, se considera que es el Congreso quien en cada caso concreto debe determinar la extensión de la Jurisdicción Militar¹⁰⁵. Por el contrario, se argumenta que el hecho de que el Congreso no explicita los delitos sometidos a la Jurisdicción Militar, no significa que no pueda la autoridad militar hacerlo por sí misma, ya que la regulación del artículo 35 de la LODES no impone una *conditio sine qua non*¹⁰⁶.

El problema surge en nuestro derecho por las continuas revisiones que existen en nuestras leyes, sin que ninguna solucione el problema. El artículo 117.5 de la Constitución no determina el ámbito del estado de sitio, sólo lo somete al respeto de los principios constitucionales. La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar, en su artículo 12.2 se remite a la ley orgánica que regula el estado de sitio, al decir que en tiempo de paz la Jurisdicción Militar es competente de los delitos y faltas cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración. Y la LODES, a su vez, no delimita la competencia, sino que de nuevo reenvía a otra disposición, la declaración del estado de sitio por el Congreso. Pese a ello, existen referencias sucesivas en las leyes militares al estado de sitio: así el artículo 239 de la Ley Orgánica 2/1989, de 3 de abril, Procesal Militar, prevé la posibilidad de que la prisión preventiva se cumpla en la unidad durante el estado de sitio; y el Código Penal Militar establece la agravación del delito cuando se comete durante el estado de sitio, como así ocurre en los artículos 85, 86, 102, 109, 122, 144, 145, 147 y 179. Lo importante es que *es a través del estado de sitio, con sometimiento al Gobierno, y en los términos que fije el Parlamento, como se instrumentaliza la función de defensa del ordenamiento constitucional por las Fuerzas Armadas*¹⁰⁷.

CONCLUSIONES

Cualquier Estado necesita prever mecanismos de protección y resolución de crisis; no puede articularse ninguna forma de Gobierno, si no están previstas las medidas que ante un ataque directo a las bases del Estado sean capaces de restaurar la normalidad.

¹⁰⁴ CRUZ VILLALÓN, «La Ley Orgánica...», cit., pp. 120 y 121.

¹⁰⁵ CONDE PUMPIDO, *ob. cit.*, p. 441.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ RODERA, *ob. cit.*, p. 199.

¹⁰⁷ TRILLO-FIGUEROA, «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12, 1979, p. 124.

La Constitución española de 1978 encuentra la solución en lo que se conoce como Derecho de excepción. Se crean tres situaciones distintas en su naturaleza y consecuencias para defender el Estado Social y Democrático de Derecho. La Constitución ha roto con la legislación anterior, en donde las situaciones excepcionales se diferenciaban únicamente por la intensidad del ataque al orden establecido. Hoy existen tres estados excepcionales diferentes, que no siguen un criterio gradualista y que operan con independencia entre ellos. De esta forma, el estado de alarma aparece ante crisis provocadas, fundamentalmente, por catástrofes naturales; el estado de excepción surge cuando existe una alteración del orden público que revista caracteres de gravedad; y, por último, el estado de sitio, tradicionalmente denominado estado de guerra, trata de solucionar las crisis de Estado, en las que existe un ataque a las instituciones políticas fundamentales y al ordenamiento constitucional.

La nota primordial de todos ellos es el restablecimiento de la normalidad y del orden público violado. Sin embargo, su aplicación determina importantes consecuencias para la generalidad de los ciudadanos, ya que se van a ver sometidos a un régimen de restricción de sus derechos fundamentales, e incluso, a la realización forzosa de prestaciones.

Estas consecuencias, unido al principio de mínima intervención que informa toda actividad del Estado restrictiva de derechos, deben llevar a evitar la aplicación del Derecho de excepción cuando sea posible controlar la situación a través de otros medios. No puede recurrirse con frecuencia a la suspensión de garantías fundamentales, porque ello crearía un sentimiento de constante inseguridad e incertidumbre en los ciudadanos, que es contrario a los principios de nuestro Estado.

El principio básico que siempre debe presidir estos estados, es la responsabilidad por las medidas adoptadas. Cualquier daño que sufran los particulares y que no estén obligados a soportar como consecuencia de las medidas reguladas en estas situaciones excepcionales, debe ser reparado. Bajo ningún concepto debe excluirse esta responsabilidad, que evita terminar en el caos y la arbitrariedad.

El Derecho de Excepción está dirigido a conseguir el retorno de la normalidad, ésta es su misión. Y las medidas que se adopten durante el mismo lo serán con este único y primordial objetivo; para ello una correcta articulación de los Poderes del Estado, que permita agilidad y eficacia, es necesaria e imprescindible en los estados de alarma, excepción y sitio.

