

2. LOS ESTADOS DE ALARMA, EXCEPCIÓN Y SITIO (II)

J. M^º LAFUENTE BALLE

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: DISCUSIÓN DOCTRINAL.—II. MODELOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL.—III. DERECHO CONSTITUCIONAL HISTÓRICO ESPAÑOL.—A. *Las Constituciones de la primera mitad del siglo XIX*. B. *Las Constituciones de la segunda mitad del siglo XIX*. C. *La Constitución de 1931*. IV. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y EN LA LEY ORGÁNICA 4/1981.—A. *Iter legislativo*. 1. De los preceptos constitucionales. 2. De la Ley Orgánica. B. *Exégesis*. 1. Caracteres y principios generales. a) Presupuestos de hecho. b) Declaración. c) Efectos. d) Garantías. 2. El estado de alarma. a) Presupuestos de hecho. b) Declaración. c) Efectos. 3. El estado de excepción. a) Presupuestos de hecho. b) Declaración. c) Efectos. 4. El estado de sitio. a) Presupuestos de hecho. b) Declaración. c) Efectos. C. *Legislación de desarrollo*. V. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA CONSIDERACIÓN FINAL.

2. LOS ESTADOS DE ALARMA EXCEPCIÓN Y SITIO

POR

J. M.^a LAFUENTE BALLE

II

2. *El estado de alarma*

El estado de alarma es el primero de los estados excepcionales regulados en la Constitución (artículo 116.2) y en la Ley Orgánica (Capítulo II). La *ratio legis* estriba en el establecimiento de un estado excepcional, cuyo presupuesto de hecho —extraordinaria imposibilidad de mantenimiento de la normalidad (artículo 1.1)— carezca de motivos políticos, de forma que el restablecimiento de aquella normalidad no requiera la suspensión de derechos constitucionales.

a) Presupuestos de hecho

El artículo 4 de la Ley Orgánica relaciona, en sendos apartados, cuatro presupuestos de hecho del estado de alarma. En un trabajo que ha alcanzado un importante eco en la doctrina, el Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE¹ clasificó los presupuestos del artículo 4 en dos categorías: En una primera categoría de grandes calamidades originadas por causas naturales o técnicas incluye los apartados *a*) («Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud») y *b*) («Crisis sanitarias,

¹ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: «Los estados de alarma, excepción y sitio. Comentario a la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio», en *Revista de Política Comparada*, n.º 5. Verano 1981. UIMP. Madrid 1981, págs. 101 a 105.

tales como epidemias y situaciones de contaminación graves»). En una segunda categoría introduce los apartados c) y d) que para este autor «presentan un carácter ambiguo, que puede hacer pensar en la ya anunciada posibilidad de utilización del estado de alarma como medio para afrontar supuestos de alteración política o de perturbación de la paz social».

A mi entender, esta clasificación debe ser corregida mediante una interpretación más sistemática de la norma. Es decir, no cabe una interpretación literal de los presupuestos transcritos en los apartados del artículo 4 que entre en contradicción con el fundamento constitucional del estado de alarma. Coincido con el Prof. ÁLVAREZ CONDE² en localizar este fundamento del estado de alarma en el artículo 30.4 de la Constitución («Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública»), de manera que, escribe este autor, «la declaración del estado de alarma más que afectar al ejercicio de los derechos de los ciudadanos, afecta a los deberes de los mismos». La consecuencia de esta argumentación será que todos los presupuestos de hecho del estado de alarma, inclusive los previstos en los apartados c) y d) del artículo 4 de la Ley Orgánica responden necesariamente al fundamento de este estado de alarma, es decir, según el artículo 30.4 de la Constitución, a un «caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública», sin que quepa distinguirse esa segunda categoría de la clasificación del Prof. Berdugo Gómez de la Torre.

El último inciso del apartado c) del artículo 4 de la Ley Orgánica («Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución y **concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo**») obvia cualquier posible contradicción con el fundamento del estado de alarma, por cuanto que para su declaración, a los tres requisitos propios de la paralización de servicios —su carácter público, su condición de esencial para la comunidad y la circunstancia de que no se garantice el mantenimiento de los servicios (art. 28.2) y el funcionamiento de los servicios (art. 37.2)—, se añade un cuarto consistente en la concurrencia de alguno de los tres presupuestos de hecho relacionados³. Consecuentemente, no se trata de un presupuesto individualizado, por cuanto que no es eficaz sino cuando concurre con otro presupuesto de catástrofe o calamidad pública. El Prof. CRUZ VILLALÓN⁴ entiende, creo que acertadamente, que la adición de este inciso equivale a la supresión del supuesto descrito en el apartado c): «Esta adición como puede fácilmente comprenderse, dejaba a este “tercer supuesto” en una situación bastante peculiar, que lo reducía prácticamente a un no supuesto. En efecto, la pa-

² Enrique ALVAREZ CONDE, *op. cit.*, pág. 250.

³ V. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 104.

⁴ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 70.

realización de servicios públicos esenciales no pueda dar lugar nunca, por sí sola, a una declaración del estado de alarma, sino sólo cuando dicha paralización coincida con alguno de los otros supuestos restantes. Pero si se dan éstos el estado de alarma puede ser declarado, siendo indiferente el que además se produzca el supuesto descrito en la letra c). La segunda adición incorporada al supuesto c) equivalía así a su supresión.

El origen del presupuesto de hecho transcrito en el apartado d) del artículo 4 de la Ley Orgánica («Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad») puede ser doble, bien un caso de catástrofe o calamidad pública o bien una situación de conflictividad social. Al analizar la fundamentación del estado de alarma ya se han argumentado las razones por las que el origen del desabastecimiento como presupuesto del estado de alarma sólo puede ser un caso de catástrofe y no una situación de conflictividad social. Sin embargo, el Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ⁵ plantea un supuesto de hecho de la alarma cuyo origen sería una situación de conflictividad social, cual es el caso de que la situación de desabastecimiento, del artículo 4.d de la Ley Orgánica, concurriese consecuencia de la paralización de servicios públicos esenciales prevista en el artículo 4.c, con lo que se cumpliría el requisito establecido en el último inciso de este apartado, cual es la concurrencia de este presupuesto con algún otro de los relacionados, concretamente el del artículo 4.d. Contrario a esta opinión, el Prof. CRUZ VILLALÓN ⁶ escribe que esa concurrencia «hay que entenderla, pues, como mera coexistencia, ausente de cualquier relación causal. De otro modo nos encontraríamos que la paralización de un servicio que diera lugar al desabastecimiento de un “producto” de primera necesidad podría dar lugar a un estado de alarma (por ejemplo, una huelga de panaderos), en tanto que la paralización de un servicio público esencial no traducible en “desabastecimiento” de un “producto” no pudiera combatirse con la declaración del tal estado (por ejemplo, una huelga de médicos)». Aunque desde el punto de vista formal, la interpretación del Prof. Berdugo Gómez de la Torre es irrefutable, a mi entender vulnera el fundamento del estado de alarma por cuanto que si se trata de un estado excepcional previsto para situaciones de anormalidad resultantes de casos de catástrofes y calamidades públicas, no cabe elaborar una interpretación de la norma contraria a su fundamento. Por otra parte, en mi opinión, el estado que la Ley Orgánica contempla para el desabastecimiento originado por la conflictividad social (art. 23) es precisamente el de excepción ⁷ y no el de alarma.

⁵ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 105. V. en el mismo sentido, Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 71.

⁶ Pedro CRUZ VILLALÓN: *El Nuevo...*, pág. 99.

⁷ V. en este trabajo el Capítulo sobre los presupuestos del estado de excepción.

b) Declaración

La declaración del estado de alarma aparece regulada en el artículo 116.2 de la Constitución, desarrollado en los artículos 5 a 8 de la Ley Orgánica.

La legitimación activa de la declaración se atribuye en todo caso al Gobierno, si bien la iniciativa de la solicitud puede corresponder bien al propio Consejo de Ministros, bien al Presidente de una Comunidad Autónoma afectada por alguno de los presupuestos de hecho analizados (art. 5 de la Ley Orgánica). La forma normativa de la declaración será la de un decreto cuyo contenido habrá de determinar necesariamente cuatro aspectos: La autoridad competente que será el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de una Comunidad Autónoma cuando sea ésta la única afectada por la declaración (art. 7 de la Ley Orgánica), el ámbito territorial afectado, la duración que no podrá exceder de quince días y los efectos (art. 6.2 de la Ley Orgánica).

La polémica doctrinal se ha suscitado con motivo de la interpretación del requisito establecido en el artículo 116.2 de la Constitución y desarrollado en el artículo 8 de la Ley Orgánica, por el que se impone al Gobierno la obligación de «dar cuenta al Congreso de los Diputados» del decreto de declaración del estado de alarma y demás decretos que dicte durante su vigencia. Para el Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁸ estos preceptos establecen no sólo un mecanismo parlamentario para el control político del Gobierno sino también de control legal en cuanto que «no hay nada que se oponga a la necesidad de ratificación de los aspectos normativos del Decreto de declaración, en base a lo establecido en el artículo 86-2». Contrario a esta opinión, el Prof. FERNÁNDEZ SEGADO⁹ escribe: «En cuanto al tipo de control que debe ejercer la Cámara, estamos de acuerdo con Berdugo cuando indica que recibida la notificación, el Congreso puede ejercer un control político sobre la oportunidad de la misma; ya no lo estamos en absoluto cuando apunta que sería defendible la necesidad de ratificación, en sus aspectos normativos, del decreto de declaración del estado de alarma. Soy de la opinión de que el control parlamentario se orientará, fundamentalmente, en la dirección de comprobar que los actos y disposiciones adoptados por la autoridad no transgreden, limitan o suspenden ninguno de los derechos reconocidos por el texto constitucional».

A mi entender, de la lectura del precepto constitucional se infiere que la legitimación activa de la declaración del estado de alarma corres-

⁸ IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 107, y *Garantías...*, pág. 63.

⁹ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *La Ley Orgánica...*, pág. 98. V. también RAFAEL MATEU-ROS CEREZO, *op. cit.*, pág. 1407.

ponde exclusivamente al Gobierno, sin que se atribuya intervención alguna al Congreso de los Diputados. Así pues, el control de esta Cámara es a *posteriori* y de naturaleza, en mi opinión, exclusivamente política. Ahora bien, entiendo que la postura del Prof. Berdugo Gómez de la Torre yerra al calificar de necesaria la ratificación parlamentaria del decreto. El decreto de declaración del estado de alarma carece de valor formal de ley¹⁰ y, por tanto, no necesita de los requisitos previstos en el artículos 86.2 para los decretos-leyes. Sin embargo, nada obsta para que el Congreso de los Diputados someta a votación el decreto gubernamental, bien entendido el alcance exclusivamente político de esta votación cuyo resultado no puede ser en ningún caso vinculante.

No obstante, el Prof. Cruz Villalón observa la ausencia en el Reglamento del Congreso de la previsión de una reunión plenaria para debatir el decreto gubernamental de declaración del estado de alarma, advirtiendo una posible «desatención» a la prescripción contenida en el artículo 116.2 de la Constitución». Esta «desatención» se concreta en que, mientras el artículo 116.2 de la Constitución establece que el Congreso de los Diputados será «reunido inmediatamente al efecto», el artículo 162.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados limita el trámite a una comunicación del Gobierno al Presidente del Congreso para que la traslade a la Comisión competente. Ello no obstante, es lo cierto que el artículo 165.1 del Reglamento del Congreso establece que en los supuestos previstos en los tres artículos que le anteceden —artículos 162, 163 y 164 respectivamente dedicados a los estados de alarma, excepción y sitio— «el asunto será sometido al Pleno del Congreso, convocado al efecto si no estuviese reunido, incluso en el período entre sesiones».

La intervención parlamentaria varía radicalmente en el supuesto de prórroga del estado de alarma porque en tal caso el artículo 116.2 de la Constitución establece el requisito de la previa autorización del Congreso de los Diputados al que el artículo 6.2 de la Ley Orgánica atribuye competencia para establecer «el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga». En mi opinión, aunque no se establezca de forma expresa, esta competencia parlamentaria para establecer el alcance de la prórroga se extiende implícitamente al señalamiento de su duración para la que, si bien no se fija un plazo máximo en la Ley Orgánica, entiendo que, por analogía, no debe de exceder del plazo de quince días previsto para su declaración en el artículo 116.2 de la Constitución. Por lo demás, el artículo 162.2, 3 y 4 del Reglamento del Congreso de los Diputados establece el *iter* procesal parlamentario de la prórroga del estado de alarma¹¹: Solicitud que ha de ser anterior a la expiración del plazo de quince días, presentación de en-

¹⁰ V. José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1573.

¹¹ *Ibidem*, págs. 1576 a 1577.

miendas por parte de los Grupos Parlamentarios, debate de totalidad en el Pleno, votación y traslado de la decisión al Gobierno.

En fin, y conforme con su opinión en favor del control jurisdiccional de la declaración de los estados excepcionales, el Prof. CRUZ VILLALÓN¹² defiende la justiciabilidad de la declaración de alarma. Ahora bien, en cuanto que el decreto de la declaración carece de fuerza de ley y, por tanto, está excluido del objeto del recurso de inconstitucionalidad (art. 161 de la Constitución), sólo estará sometido a un control de la legalidad respecto de la Ley Orgánica. Caso de prórroga, además del control de legalidad del decreto respecto de la autorización del Congreso, el propio Prof. Cruz Villalón¹³ entiende que está también sujeto al control de constitucionalidad por cuanto que equipara el decreto de alarma prorrogado al decreto de declaración del estado de excepción, encuadrando a ambos en la categoría de «actos de Estado con fuerza de ley» que en desarrollo del artículo 161.1.a de la Constitución se relacionan en el artículo 27.2.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional entre las Leyes, disposiciones y actos susceptibles de declaración de constitucionalidad.

c) Efectos

En función de su fundamento constitucional, los efectos del estado de alarma en la Ley Orgánica (artºs. 9 a 12) son clasificables en tres categorías¹⁴. Dos de ellas, reglas de concentración de competencias y limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, se fundamentan en el artículo 116.1 de la Constitución («Una ley orgánica regulará los estados... y las **competencias** y **limitaciones** correspondientes»)¹⁵; y la tercera, regulación de deberes extraordinarios de los ciudadanos, en el artículo 30.4 de la Constitución («Mediante ley podrán regularse los **deberes** de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública»).

El principio de concentración de competencias aparece desarrollado en los artículos 9 y 10 de la Ley Orgánica. Sobre la importancia de este principio, el Prof. FERNÁNDEZ SEGADO¹⁶ escribe: «Evidentemente, el principio de concentración de poder, que es el principio de concentración de de-

¹² Pedro CRUZ VILLALÓN: *El Nuevo...*, págs. 115 a 116. Contrario a esta opinión se manifiestan los Profs. SERRANO ALBERCA (*Comentarios...*, pág. 1573) y MATEU-ROS CEREZO (*op. cit.*, pág. 1398).

¹³ Pedro CRUZ VILLALÓN: *El Nuevo...*, pág. 115.

¹⁴ El Prof. FERNÁNDEZ SEGADO (*La Ley Orgánica...*, págs. 99 a 100) asimismo distingue tres bloques de efectos: la concentración de atribuciones administrativas, medidas de carácter positivo y medidas con carácter negativo.

¹⁵ V. Pedro CRUZ VILLALÓN: *El Nuevo...*, pág. 124; y *Estados...*, págs. 75 a 76.

¹⁶ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *La Ley Orgánica...*, pág. 99.

cisión, de concentración en la respuesta y en la aplicación de las fórmulas ejecutivas, es inherente a toda situación anómala». El artículo 9 establece la sumisión de toda la Administración Pública no militar del territorio afectado a las órdenes directas de la autoridad declarada competente según el artículo 7; con una sola excepción prevista para el supuesto de que la autoridad competente fuese el Presidente de la Comunidad Autónoma afectada, puesto que aun cuando éste podrá requerir la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, la norma expresamente dispone que éstos «actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales». Consecuentemente con las medidas del artículo 9, el artículo 10 establece una normativa sancionatoria del incumplimiento o resistencia por parte de funcionarios frente a lo que se dispone su inmediata suspensión y notificación al superior jerárquico y, en su caso, al Juez; previendo asimismo la asunción por parte de la autoridad competente de las necesarias facultades de las autoridades incumplidoras o resistentes.

Las limitaciones a los derechos fundamentales establecidas en la Ley Orgánica están doblemente delimitadas por los artículos 55 y 53 de la Constitución. De una parte, el artículo 55 excluye el estado de alarma del régimen de suspensión de derechos constitucionales; y, de otra parte, el artículo 53 condiciona el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales al respeto de su contenido esencial. Por consiguiente, las limitaciones reguladas en el Capítulo II de la Ley Orgánica no pueden suspender el ejercicio de derechos constitucionales ni afectar a su esencialidad:

- a) Artículo 11.a): «Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados». Frente a la opinión del Prof. MARTÍNEZ SOSPEDRA ¹⁷ que entiende que se trata de una «suspensión subrepticia de derechos sin el menor amparo constitucional», el Prof. CRUZ VILLALÓN ¹⁸ opina que la suspensión del derecho de circulación está prevista para el estado de excepción (art. 20), mientras que en el artículo 11.a se contempla una simple limitación.
- b) Artículo 11.b): «Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes».
- c) Artículo 11.c): «Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza».

¹⁷ Pedro MARTÍNEZ SOSPEDRA, *op. cit.*, pág. 86.

¹⁸ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 76.

- d) Artículo 11.d): «Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad».
- e) Artículo 11.e): «Impartir órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y centros de producción afectados por el apartado d) del artículo 4», cuando esas órdenes impliquen limitaciones de derechos fundamentales.
- f) Artículo 12.2: Intervención de empresas y servicios en los presupuesto de hecho de los artículos 4.c —paralización de servicios públicos esenciales— y 4.d —desabastecimiento de productos de primera necesidad—.

De todas ellas, sin duda las más conflictivas son las sancionadas en los artículos 11.c y 11.e, por cuanto que, conforme escribe el Prof. CRUZ VILLALÓN¹⁹ ponen de manifiesto «que el legislador ha seguido pensando en el estado de alarma como instrumento frente a situaciones de conflictividad social». Aun siendo así, conforme se analizó al estudiar el fundamento del estado de alarma, una interpretación objetiva y sistemática de la norma excluye la conflictividad social de los presupuestos de hecho de este estado excepcional, de manera que la adopción de medidas de los artículos 11.c y 11.e en la declaración de un estado de alarma tiene que tener como fundamento una situación de catástrofe o calamidad pública y no de conflictividad social.

En fin, por lo que se refiere a los deberes, aparecen regulados en los siguientes artículos:

- a) Artículo 9.1: Imposición a los funcionarios de servicios de duración o naturaleza extraordinarias.
- b) Artículo 11.a): Imposición de ciertos requisitos a cuyo cumplimiento se condiciona la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados.
- c) Artículo 11.b): «Imponer prestaciones personales obligatorias».
- d) Artículo 11.e): «Impartir órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción afectados por el aparta-

¹⁹ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 78.

do d) del artículo 4», cuando esas órdenes impliquen imposición de deberes a los ciudadanos.

- e) Artículo 12.2: Movilización del personal de las empresas y servicios intervenidos en los presupuestos de hecho de los artículos 4.c —paralización de servicios públicos esenciales— y 4.d —desabastecimiento de productos de primera necesidad—.

La doctrina ha cuestionado sobremanera la inclusión de la movilización del artículo 12.2 entre las medidas propias del estado de alarma. Entiendo que, acertadamente, los Profs. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE²⁰, SERRANO ALBERCA²¹, CRUZ VILLALÓN²² y ÁLVAREZ CONDE²³, defienden la inconstitucionalidad del precepto y ello en razón a que contraviene el artículo 117.5 de la Constitución. Este artículo constitucional limita la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense, salvo el caso del estado de sitio. Ello supuesto, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica, al prever el sometimiento al fuero militar del personal de empresas y servicios intervenidos, está excediendo el límite jurisdiccional castrense establecido en el artículo 175.5 de la Constitución, extralimitación que este precepto prevé tan sólo para el estado de sitio pero no para el estado de alarma.

3. El estado de excepción

Regulado en el artículo 116.3 de la Constitución y en el Capítulo III de la Ley Orgánica, le declaración del estado de excepción supone la suspensión del ejercicio de ciertos derechos para el supuesto de una grave alteración del orden público.

- a) Presupuesto de hecho

El artículo 13.1 de la Ley Orgánica concreta el presupuesto de hecho del estado de excepción en una grave alteración del orden público. El problema del concepto de orden público viene resuelto por la definición descriptiva que de él establece el propio texto legal como «libre ejercicio de

²⁰ Ignacio GÓMEZ BERDUGO DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 111.

²¹ José MANUEL SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1578.

²² Pedro CRUZ VILLALÓN: *El Nuevo...*, págs. 125 a 126; y *Estados...*, pág. 79.

²³ Enrique ÁLVAREZ CONDE, *op. cit.*, pág. 251.

los derechos y libertades de los ciudadanos», «normal funcionamiento de las instituciones democráticas» por las que el Prof. CRUZ VILLALÓN ²⁴ entiende exclusivamente los órganos de expresión de la voluntad popular, y «el normal funcionamiento... de los servicios públicos esenciales para la comunidad». La doctrina ha elogiado la novedad de la definición, así el Prof. SERRANO ALBERCA ²⁵ escribe: «la nueva concepción pone el acento en las libertades que sitúa en el encabezamiento del precepto, estableciendo así una concepción del orden público propia de un estado de derecho y lo que es más importante, se suprime la cláusula general de orden público como fundamento regular de actuación del ejecutivo». También el Prof. FERNÁNDEZ SEGADO ²⁶ ha alabado el precepto, si bien advierte que «la referencia final a “cualquier otro aspecto del orden público” deja abierta la puerta de interpretaciones analógicas extensivas, que pueden introducir criterios diferentes a los señalados». Este recelo del Prof. Fernández Segado carece, a mi entender, de justificación porque, de una parte, el artículo 13.1 regla el concepto jurídico de orden público conforme a los principios del Estado de Derecho, de forma que no podrán ser éstos contradichos por «cualquier otro aspecto» que se incluyera en el concepto de orden público; y, de otra parte, porque la aplicación del precepto conforme a esos principios no sólo está sujeta al control político del Congreso, sino, a mi entender, también al jurisdiccional de los Tribunales.

Por último, el precepto en estudio establece un requisito para la declaración de la excepción, cual es que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecer y mantener el orden público alterado. El requisito no es importante en sí mismo, cuanto que se limita a reproducir para el estado de excepción la exigencia que, con carácter general para los tres estados, se establece en el artículo 1.1 de la misma Ley Orgánica. Ahora bien, de la referencia, en este inciso, tanto al «restablecimiento» como al «mantenimiento» del orden público, el Prof. CRUZ VILLALÓN ²⁷ deduce que el presupuesto de la grave alteración del orden público incluye no sólo el caso de una alteración ya presente, sino también el de una amenaza de alteración, opinión que me parece acertada siempre que la amenaza sea de una gravedad y proximidad constatables.

b) Declaración

La normativa constitucional sobre la declaración, prórroga y cese del estado de excepción aparece desarrollada, de forma profusa y minuciosa, en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley Orgánica.

²⁴ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 85.

²⁵ José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, págs. 1582 a 1583.

²⁶ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La Ley Orgánica...*, pág. 102.

²⁷ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 83.

Los artículos 13 y 14 regulan dos aspectos de la declaración, concretamente la legitimación activa y el procedimiento. La iniciativa del derecho de declaración corresponde exclusivamente al Gobierno, si bien precisa del requisito de la previa autorización del Congreso de los Diputados. A tal efecto, el Gobierno remitirá al Congreso una solicitud de autorización del proyecto de decreto que deberá contener los siguientes extremos: a) Determinación de los efectos y de los derechos —incluidos en la relación taxativa del artículo 55.1 de la Constitución— cuya suspensión se solicita; b) relación de medidas; c) ámbito territorial (art. 116.2 *in fine* de la Constitución) y duración que no podrá exceder de treinta días; y d) cuantía máxima de las sanciones pecuniarias de competencia gubernamental.

Nótese que, a diferencia del decreto de declaración del estado de alarma, no se determina la «autoridad gubernativa» (arts. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 29 y 31) competente, de la que sólo se indica que no puede ser el Gobierno de una Comunidad Autónoma afectada por la declaración porque, en tal caso, el artículo 31 de la Ley Orgánica establece que «la autoridad gubernativa podrá coordinar el ejercicio de sus competencias con el Gobierno de dicha Comunidad». Tras el debate parlamentario, de totalidad según el artículo 163.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados²⁸, y de aprobarse la solicitud, el Consejo de Ministros, potestativamente caso de mantenerse el supuesto de hecho de la excepción²⁹, acordará la promulgación del correspondiente decreto y declara el estado de excepción que, finalmente y según el artículo 15.3 del Convenio de Roma, caso de suspender algún derecho de los reconocidos en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, deberá ser comunicado al Secretario General del Consejo de Europa.

El Prof. FERNÁNDEZ SEGADO³⁰ se muestra muy crítico frente al establecimiento en el artículo 13 de la Ley Orgánica del requisito de la previa aprobación por el Congreso de los Diputados de la solicitud de autorización del proyecto de decreto; por entender que existen razones de eficacia y consideración de la naturaleza de la actividad que aconsejan que la declaración de la excepción sea un acto del Ejecutivo sometido a un control parlamentario sólo *a posteriori*³¹: «Y creo que tal precisión cons-

²⁸ V. a este respecto, José Manuel SERRANO ALBERCA, *op. cit.*, págs. 1583. a 1584.

²⁹ El Prof. CRUZ VILLALÓN (*Estados...*, págs. 89 a 90) defiende esta potestad, si bien en trabajos anteriores (*El Nuevo...*, pág. 107) mantuvo que el decreto es un «acto debido» del Gobierno.

³⁰ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *La Ley Orgánica...*, págs. 103 a 105; y «La Suspensión de garantías constitucionales en la nueva Constitución española» en *Revista de Estudios políticos*, n.º 7 (nueva época). Enero-febrero 1979. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1979, pág. 310.

³¹ V. en el mismo sentido Rafael MATEU-ROS CEREZO, *op. cit.*, págs. 1399 a 1400.

tituye un notorio error; bien es verdad que en buena medida venía exigida por la fórmula constitucional, pero la Ley Orgánica aún ha hecho más dilatorio el procedimiento que se preveía genéricamente por el texto constitucional. Personalmente..., creo que se debería de haber adoptado para el estado de excepción un procedimiento de declaración idéntico al seguido para el estado de alarma».

Sin embargo, la crítica no debe dirigirse al artículo 13 de la Ley Orgánica sino al artículo 116.3 de la Constitución en el que aquél se fundamenta. A mi entender, está justificada la objeción de ineficacia esgrimida frente a este procepto constitucional, tal y como escribe, entre otros, el Prof. ALZAGA VILLAAMIL ³²: «...podría haber sido más práctico que el Gobierno pudiera declarar el estado de excepción siempre que se acomodase en todo no sólo a lo previsto en el artículo 55 de la Constitución, sino también a la formalidades exigidas por dicha Ley Orgánica, lo que en ciertas situaciones de grave deterioro del orden público podría ser un ahorro de tiempo importante y soslayar la excesiva politización de una crisis...».

Ahora bien, sobre este criterio en favor de un mayor protagonismo del Gobierno, prima, obviamente, el principio de la legalidad, de forma que el texto del artículo 13 de la Ley Orgánica no puede atender un criterio doctrinal en detrimento de su constitucionalidad. Ello no obstante, entiendo que aun respetando el artículo 116.3 de la Constitución, se debería haber establecido un procedimiento de declaración harto más breve, para lo cual cabían dos alternativas: Una, que el artículo 13.3 de la Ley Orgánica hubiese excluido la atribución al Congreso de la potestad para introducir modificaciones en la solicitud, de forma que la autorización se instrumentalizase a través de un voto de ratificación global al proyecto de decreto; otra, que el artículo 163 del Reglamento del Congreso de los Diputados hubiese establecido un procedimiento específico mucho más breve en lugar de remitir al de totalidad regulado en el artículo 112 del mismo Reglamento.

Otra cuestión interesante es la que refiere a la naturaleza del decreto de declaración de la excepción como fuente de Derecho. El Prof. ALZAGA VILLAAMIL ³³ apuntó que la Constitución insinuaba un *tertium genus* de decretos cuya necesidad de autorización previa los diferencia de los ordinarios y de los legislativos. Contrario a esta opinión, Rafael MATEU-ROS CEREZO ³⁴ defiende que no es que la Constitución cree una nueva clase de decretos, sino más bien que, consecuencia de una mala trasposición de la técnica de la autorización administrativa, «se ha incurrido en un claro defecto de técnica legislativa que, de algún modo, posiblemente inocuo, subvierte la regulación teórica del sistema de producción de normas». En mi opinión, no existe contradicción entre ambos autores porque es cierto

³² Oscar ALZAGA VILLAAMIL, *op. cit.*, pág. 699.

³³ *Ibidem*, pág. 699.

³⁴ Rafael MATEU-ROS CEREZO, *op. cit.*, págs. 1399 a 1400.

que se ha constitucionalizado un defecto de técnica legislativa pero también lo es que se ha establecido un tipo de decreto diferente de los decretos-leyes y de los decretos-legislativos.

La Ley Orgánica regula asimismo la modificación, prórroga y cese del estado de excepción. Sobre la modificación del contenido del decreto, el artículo 15.1 establece el mismo procedimiento que para la declaración. El texto del precepto refiere a las «medidas» como objeto del proceso de modificación y, sin embargo, entiendo que no sería acertado interpretar que se refiere tan sólo al apartado b) del artículo 13.2 («relación de medidas a adoptar referidas a los derechos cuya suspensión específicamente se solicita»); sino que, antes al contrario, la voz «medidas» del artículo 15.1 debe interpretarse en un sentido laxo en el que se incluye cualquiera de los extremos que, según el artículo 13.2, son de contenido preceptivo de la solicitud de autorización, es decir, además de las medidas, efectos y derechos suspendidos, ámbito territorial y duración, y cuantía máxima de las sanciones pecuniarias de competencia gubernamental.

El procedimiento para la prórroga del estado de excepción viene regulado en el último inciso del artículo 116.3 de la Constitución, en el artículo 15.3 de la Ley Orgánica y en el artículo 163.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados que remite «a los mismos requisitos» que los establecidos para la declaración.

La doctrina científica se ha debatido en una enconada polémica sobre la singularidad o la pluralidad de la prórroga del estado de excepción. Partidarios de la posibilidad de una única prórroga los Prfs. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE³⁵, MATEU-ROS CEREZO³⁶ y MARTÍNEZ SOSPEDRA³⁷ esgrimen como argumento la literalidad de la norma constitucional —«prorrogables por **otro plazo** igual»— y el Prof. SERRANO ALBERCA³⁸ que «en caso de necesidad de más prórrogas se estaría en la situación del estado de sitio y más que la concesión de prórrogas para el estado de excepción lo pertinente sería iniciar el procedimiento para la declaración del estado de sitio». La postura contraria en favor de la prórroga indefinida por plazos no superiores a treinta días ha sido postulada por los Profs. ALZAGA VILLAAMIL³⁹, CRUZ VILLALÓN⁴⁰ Y FERNÁNDEZ SEGADO⁴¹ quien contesta la argumentación trascrita del Prof. SERRANO

³⁵ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Garantías...*, pág. 64; y *Los estados...*, pág. 108.

³⁶ Rafael MATEU-ROS CEREZO, *op. cit.*, pág. 1400.

³⁷ Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, *op. cit.*, pág. 87.

³⁸ José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1582.

³⁹ Oscar ALZAGA VILLAAMIL, *op. cit.*, pág. 700.

⁴⁰ Pedro CRUZ VILLALÓN: *La Protección...*, págs. 659 a 670; *El Nuevo...*, págs 110 a 111; y *Estados...*, págs. 90 a 91.

⁴¹ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *La Ley Orgánica...*, pág. 106.

ALBERCA y contraargumenta: «De otra parte, no se puede necesariamente afirmar que si no basta con este estado para solventar la anormalidad en un plazo de sesenta días, habrá que dejar de lado esta situación para acudir al estado de sitio, porque esta última es una situación muy diferente al estado de excepción, y pienso que pueden existir situaciones de anormalidad graves que no puedan superarse en sesenta días y que tampoco requieran el drástico recurso al estado de sitio». En mi opinión, la doctrina se ha debatido en una cuestión bizantina carente del más mínimo interés porque el resultado práctico de una y otra posición es idéntico. En efecto, supuesta la voluntad de mantener el estado de excepción prorrogado, el Gobierno podrá, según los partidarios de la tesis de la pluralidad de prórrogas, instar una nueva solicitud de prórroga, o bien, de mantenerse la teoría de la singularidad de la prórroga, solicitar autorización para una nueva declaración. En ambos casos, el procedimiento es idéntico porque el artículo 116.3 de la Constitución y el artículo 163.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados exigen para la prórroga «los mismos requisitos» procesales que para la declaración. La consecuencia será que si el Gobierno desea mantener el estado de excepción prorrogado, deberá instar el procedimiento del art. 13 de la Ley Orgánica, reduciéndose la cuestión de si se trata de una nueva prórroga o de una nueva declaración a un problema meramente nominal.

Por último, el cese anticipado del estado de excepción que aparece previsto en el artículo 15.2 de la Ley Orgánica, no es sino una especificación del principio de temporalidad establecido en el artículo 1.2 del mismo texto legal. El procedimiento exige un decreto acordado en Consejo de Ministros, del que se dará inmediata cuenta al Congreso de los Diputados, si bien al no requerirse su aprobación, la cuenta tiene efectos de mera notificación. El Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁴² entiende que «nada se opone a que esta última facultad —la del artículo 15.2— pueda concretarse en una reducción del ámbito de vigencia del estado de excepción sin necesidad de proceder a su total derogación»; opinión de la que discrepo por cuanto que, a mi entender, el procedimiento para el supuesto de reducción del ámbito de vigencia no será el establecido para el cese del estado de excepción en el artículo 15.3 de la Ley Orgánica, sino el de la modificación del contenido del decreto fijado en el artículo 15.1.

Finalmente y por lo que se refiere al control jurisdiccional de la declaración, modificación, prórroga y cese del estado de excepción, el Prof. CRUZ VILLALÓN⁴³ defiende la inclusión de estos decretos en la categoría de «actos del Estado con fuerza de ley» que en desarrollo del artículo 161.1.a de la Constitución se relacionan en el artículo 27.2.b de la Ley Or-

⁴² Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 108.

⁴³ Pedro CRUZ VILLALÓN: *El Nuevo...*, pág. 115. V. también Rafael MATEU-ROS CEREZO, *op. cit.*, págs. 1397 a 1398.

gánica del Tribunal Constitucional entre las leyes, disposiciones y actos susceptibles de declaración de inconstitucionalidad.

c) Efectos

Los efectos del estado de excepción aparecen regulados en los artículos 16 a 31 de la Ley Orgánica, distinguiéndose aquellos preceptos —artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 30— que se fundamentan en el artículo 55.1 de la Constitución sobre la suspensión de derechos y libertades, de aquellos otros —artículos 13.2*d*, 24, 25, 26, 27, 28 y 29— que establecen una relación de medidas administrativas excepcionales.

El título del Capítulo Quinto de la Constitución «De la suspensión de los derechos y libertades», en el que se incluye el artículo 55.1, ha sido objeto de una acertada crítica de parte del Prof. FERNÁNDEZ SEGADO⁴⁴, quien entiende que los artículos 55 y 116 de la Constitución establecen una suspensión del ejercicio de los derechos y libertades, que pasa a estar regido por las medidas referidas en el artículo 13.2*b*, pero no de una suspensión de los mismos porque, aunque no sean absolutamente ejercitables, subsiste su reconocimiento constitucional⁴⁵. Hecha esta salvedad, procede analizar las normas del Derecho de excepción que implican una suspensión del ejercicio de los derechos y libertades incluidos en la relación taxativa del artículo 55.1 de la Constitución, relación que para el Prof. CRUZ VILLALÓN⁴⁶ resulta «bastante completa» aún destacando la ausencia del «privilegiado» derecho de asociación⁴⁷.

a) *Suspensión del ejercicio del derecho a la libertad y seguridad personales del artículo 17 de la Constitución.*

La suspensión del derecho a la libertad y seguridad personales viene prevista en el artículo 16 de la Ley Orgánica, si bien de todo el artículo 17 de la Constitución tan sólo se regula la suspensión de los apartados 2 y 4

⁴⁴ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *Naturaleza...*, págs. 36 a 40. V. en el mismo sentido, José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1585.

⁴⁵ V. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *Naturaleza...*, págs. 37 a 38 sobre las razones por las que en la Constitución española no puede mantenerse la diferenciación entre derechos y garantías, por lo que la suspensión de garantías equivaldría a la suspensión de derechos. V. una postura diferente en Enrique ÁLVAREZ CONDE, *op. cit.*, pág. 247.

⁴⁶ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, págs. 93 a 94.

⁴⁷ Sobre la «naturaleza» de los derechos fundamentales tras su suspensión, V. Tomás DE LA CUADRA SALCEDO, *op. cit.*

in fine de este precepto constitucional; de forma que se excluyen el apartado 3, expresamente, por cuanto que su suspensión esta reservada al estado de sitio (artículo 55.1 *in fine*), y el apartado 4 del *habeas corpus* ⁴⁸. El Prof. SERRANO ALBERCA ⁴⁹ parece defender que aunque la Ley Orgánica no prevé la suspensión del artículo 17.4 de la Constitución, su inclusión en la relación de derechos susceptibles de suspensión según el artículo 55.1 de la propia Constitución, sería fundamento suficiente para que el decreto de declaración de la excepción mencionara el *habeas corpus* entre los derechos suspendidos. Mi opinión es discrepante con la expuesta, de forma que entiendo que la Ley Orgánica está dotada de fuerza pasiva ⁵⁰ frente al decreto de declaración de la excepción porque en la medida en que la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio son materia reservada a la ley orgánica, el decreto no puede contradecir a la ley orgánica y, por tanto, si la Ley Orgánica 4/1981 no prevé la suspensión del artículo 17.4 de la Constitución, el decreto de declaración del estado de excepción no puede contradecir a la Ley Orgánica incluyendo el *habeas corpus* entre los derechos suspendidos. El problema estriba en que no obstante esta fuerza pasiva de la Ley Orgánica frente a los decretos de declaración del estado de excepción, la contradicción que supondría que el decreto incluyese el *habeas corpus* entre los derechos suspendidos no sería susceptible de recurso de inconstitucionalidad porque el artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no incluye este tipo de decretos entre los declarables inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución —leyes orgánicas—, de forma que sólo el recurso de amparo posibilitaría la intervención del Tribunal Constitucional en el conflicto.

Así pues, de todo el artículo 17 de la Constitución, la Ley Orgánica tan sólo contempla la suspensión del apartado 2 en el artículo 16 y del apartado 4 *in fine* en el artículo 30. El artículo 16 establece la detención gubernativa por el plazo máximo de diez días de aquella persona sobre la que existan fundadas sospechas de que vaya a provocar alteraciones del orden público, con lo que se suspende el plazo de setenta y dos horas establecido en el artículo 17.2 de la Constitución para que el detenido fuese puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. El Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ⁵¹ se ha mostrado muy crítico contra el largo plazo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica para la detención gubernativa: «Pues debe tenerse en cuenta que se trata de detenciones meramente administrativas, no efectuadas en base a la comisión de un hecho

⁴⁸ El Prof. DE LA QUADRA SALCEDO (*op. cit.*, págs. 441 y 470 a 471) critica la inclusión de este derecho en la redacción del artículo 55.1 de la Constitución.

⁴⁹ José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*; pág. 1586.

⁵⁰ Sobre el concepto de «fuerza pasiva» de las normas, V. Ignacio DE OTTO y PARDÓ: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ed. Ariel. Barcelona 1987, págs. 88 a 91.

⁵¹ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 114. V., en igual sentido, Enrique ÁLVAREZ CONDE, *op. cit.*, pág. 252.

delictivo (a ellas se refiere el art. 30) y que, además, el estado de derecho exige, aún en los casos de suspensión, una limitación temporal, pues si ésta es inexistente o muy amplia, como en este caso, se entra en posible colisión con principios y derechos constitucionales no suspendidos, piénsese en el contenido del artículo 10.1 o en el del artículo 15 de la Constitución». En cuanto a las garantías, además de las derivadas de la propia regulación de la suspensión en el artículo 16.1 —necesidad para el mantenimiento del orden público, fundamentación de la sospecha de provocación, fijación del plazo de detención y la insuspondibilidad del artículo 17.3 de la Constitución—, el artículo 16.2 de la Ley Orgánica prevé la garantía de la intervención judicial en una doble vertiente⁵² pasiva, consistente en la preceptiva comunicación de la detención al Juez competente en el plazo de veinticuatro horas, y activa, la potestad judicial de requerir información y conocer, por sí o mediante el Juez de instrucción, la situación del detenido.

Excepción hecha del Prof. CRUZ VILLALÓN⁵³, la doctrina⁵⁴ aborda el estudio del artículo 30 de la Ley Orgánica sobre prisión provisional juntamente con las medidas administrativas excepcionales establecidas en los artículos 24 y ss. de este texto legal. Sin embargo, a mi entender, esta norma establece una auténtica suspensión en el ejercicio de los derechos del artículo 17 de la Constitución, concretamente de la constitucionalización, en el apartado 4 *in fine* del precepto, de una reserva de ley sobre la determinación del plazo máximo de duración de la prisión provisional. El artículo 30 de la Ley Orgánica suspende esta garantía porque, conforme a su contenido, el decreto de declaración del estado excepcional puede mencionar el artículo 17.4 *in fine* entre los derechos suspendidos y deja al arbitrio del Juez la duración de la prisión provisional del presunto responsable de «hechos contrarios al orden público o a la seguridad ciudadana que puedan ser constitutivos de delito», añadiendo el artículo 30.2 de la Ley Orgánica que los condenados quedan exceptuados en los beneficios de la remisión condicional durante la vigencia del estado de excepción. Consecuentemente, queda al arbitrio del Juez que la duración de la prisión provisional exceda el plazo máximo señalado por la ley para las situaciones de normalidad. Ello no obstante, la resolución de prisión es una competencia judicial, circunstancia que es en sí misma una garantía añadida a la preceptiva audiencia del Ministerio Fiscal para quien, según establece el artículo 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la defensa de los derechos de los ciudadanos es misión principal.

⁵² V. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *Artículo 55...*, págs. 601; y *Naturaleza...*, pág. 50 a 51.

⁵³ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, págs. 96 y 98.

⁵⁴ Así, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *Artículo 55...*, págs. 607 a 608 y *Naturaleza...*, págs. 56 a 57; JOSÉ MANUEL SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1590; IGNACIO BÉRDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 118.

b) *Suspensión del ejercicio del derecho de inviolabilidad domiciliaria del artículo 18.2 de la Constitución*

La suspensión establecida en el artículo 17 de la Ley Orgánica afecta a una garantía, cual es la resolución judicial previa que el artículo 18.2 de la Constitución exige como requisito para la entrada o registro de un domicilio, de forma que se sustituye por la sola decisión de la autoridad gubernativa⁵⁵.

Ahora bien, la suspensión de la garantía de la resolución judicial aparece compensada por una normativa cautelar cuantitativa y cualitativamente considerable, motivo éste que ha llevado al Prof. CRUZ VILLALÓN⁵⁶ a afirmar que «Este artículo constituye el mejor ejemplo de cómo la suspensión de un derecho no supone la eliminación de cualesquiera garantías en relación con el mismo».

La primera cautela viene determinada por la necesaria finalidad que debe perseguir la decisión gubernativa, cual es «el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público». El Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁵⁷ advierte que el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos no es causa suficiente para la aplicación de la suspensión «sino que el hecho delictivo ha de tener relación con el orden público perturbado». La puntualización es irrefutable porque la consistencia de la normativa exige que los efectos y medidas incluidos en el decreto del estado de excepción respondan al presupuesto de hecho de su declaración que no puede ser otro que la grave alteración del orden público, de forma que cualquier otro objetivo distinto ilegitimaría el decreto.

El procedimiento para la inspección o el registro domiciliario y sus cautelas aparece regulado en los apartados 2 a 6 del artículo 17. La legitimación activa corresponde a la propia autoridad o a sus agentes proveídos de una orden formal y escrita. El reconocimiento domiciliario deberá contar con la presencia testifical de las personas que se indican: el titular o encargado del domicilio o familiares de éste mayores de edad y, en todo caso aun en ausencia del titular, encargado o familiares, dos vecinos de la casa o, en su defecto, del mismo pueblo o pueblo limítrofe, cuya asistencia «será obligatoria y coercitivamente exigible». El reconocimiento concluye con el levantamiento de acta, constatando circunstancias, incidencias y nombre y

⁵⁵ V. José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1586.

⁵⁶ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 98.

⁵⁷ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 115. V. en el mismo sentido FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *Naturaleza...*, pág. 51; y *Artículo 55...*, pág. 602.

firma de todos los intervinientes. El Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ⁵⁸ se refiere al establecimiento en el apartado 6 *in fine* de la preceptiva constancia en el acta de la negativa del dueño, encargado o familiares a prestar su firma y entiende que «aunque parezca obvio señalarlo, puede deberse a una disconformidad con el contenido de la misma —el acta— y debía de haberse articulado una vía expresa de acceso al juez», opinión de la que discrepo en la medida en que la judicialidad de los actos y disposiciones de la Administración pública aparece sancionada con carácter general en los artículos 116.6 de la Constitución y 3 de la Ley Orgánica, y no me parece que los reconocimientos domiciliarios presenten una importancia superior, por ejemplo, a las detenciones gubernativas o a los secuestros de publicaciones, que justifique la expresa reiteración de su judicialidad.

En fin, el artículo 17.7 de la Ley Orgánica establece una garantía judicial pasiva consistente en la inmediata comunicación al Juez competente de las causas y resultados de los reconocimientos efectuados, remitiéndole copia del acta levantada.

c) *Suspensión del ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución*

Al igual que el artículo 17, el artículo 18 de la Ley Orgánica establece la suspensión de la garantía de la resolución judicial que, por lo que refiere al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución, es asimismo exigida como requisito para su suspensión ⁵⁹.

Del mismo modo que en el artículo 17, el artículo 18 de la Ley Orgánica establece la cautela de la necesaria finalidad de la intervención de las comunicaciones que «sólo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público», de forma que es aquí trasladable la consideración trascrita en el comentario al artículo 17 en el sentido de que para que el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos pueda ser la finalidad de la intervención de comunicaciones, por razones de consistencia sistemática, es preciso que los hechos presuntamente delictivos guarden una relación causal con el orden público alterado que constituye el presupuesto de hecho de la declaración del estado de excepción ⁶⁰.

Del texto del apartado 1 del artículo 18 («la autoridad gubernativa podrá intervenir **toda clase** de comunicaciones») pudiera inferirse que se

⁵⁸ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 115.

⁵⁹ V. José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1586.

⁶⁰ V. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 116.

autoriza una intervención generalizada para un número indeterminado de personas. Sin embargo, el Prof. CRUZ VILLALÓN ⁶¹ entiende que «cada supuesto de intervención de comunicaciones exigirá una orden individual de la Autoridad gubernativa» argumentando en favor de su postura la reiteración en el artículo 18 del principio de necesidad y el establecimiento de la garantía judicial en el apartado 2 del mismo artículo. Por mi parte, coincido con la opinión expuesta pero discrepo de los argumentos aportados, de los que no creo que quepa deducir la prohibición de una intervención generalizada de las comunicaciones. A mi entender, la preceptividad de que el objeto de una intervención en las comunicaciones deba de ser individualizado es consecuencia del principio de proporcionalidad en la aplicación de los efectos establecidos en el artículo 1.2 *in fine* de la Ley Orgánica, cuya invocación preceptúa que la aplicación de la intervención de comunicaciones no pueda ser indiscriminada porque, en tal caso, no sería «proporcionada a las circunstancias».

Finalmente, el apartado 2 del artículo 18 de la Ley Orgánica establece la garantía judicial pasiva de que la intervención decretada sea inmediatamente comunicada por escrito motivado al Juez competente.

d) *Suspensión del ejercicio de las libertades de residencia y circulación del artículo 19 de la Constitución*

El artículo 20 de la Ley Orgánica regula la suspensión de los dos derechos que se reconocen en el artículo 19 de la Constitución, es decir, la libertad de circulación por el territorio español y sus fronteras (apartados 1 a 4 del art. 20) y la libertad de elección de residencia (apartados 5 y 6 del art. 20).

Esta norma de suspensión incluye dos clases de medidas ⁶²: unas, de aplicación generalizada para toda la población del ámbito territorial afectado —apartados 1 y 2—; y otras, de aplicación individualizada a personas determinadas —apartados 3, 4 y 5—. Sucede que el apartado 7 de este mismo artículo refiriéndose tan sólo a estas medidas individualizadas, exige las garantías de que el acuerdo de la autoridad gubernativa en tal sentido responda a «fundados motivos» y que persiga la finalidad del «mantenimiento del orden público» puesto en peligro por la persona afectada por tales medidas. Ello no obstante, a mi entender, la finalidad del mantenimiento del orden público informa no tan sólo a las medidas de aplicación individualizadas previstas en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 20

⁶¹ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 99.

⁶² V. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 116 y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *Artículo 55...*, pág. 603 y *Naturaleza...*, pág. 52.

de la Ley Orgánica, sino también a las medidas de aplicación generalizada de los apartados 1 y 2 del mismo artículo. La razón estriba en que la consistencia de la normativa exige que la inclusión de estas medidas en la decreto del estado de excepción responda al presupuesto de hecho de la declaración que, conforme al artículo 13.1 de la Ley Orgánica, tan sólo puede ser una grave alteración del orden público; de forma que resultaría ilegal que para estas medidas de aplicación generalizada se previese de una finalidad distinta a la expresamente establecida para las de aplicación individualizada.

De entre las medidas previstas en la normativa de suspensión de la libertad de circulación, las de los apartados 1 y 2 del artículo 20 de la Ley Orgánica son de aplicación generalizada y las de los apartados 3 y 4 son de aplicación individualizada. Las dos primeras aparecen reguladas con contenido negativo o prohibitivo en cuanto que, de una parte, el apartado 1 prevé la prohibición de la circulación de personas y vehículos en horas y lugares determinados, pudiéndose exigir identificación a quienes se desplacen a través de los itinerarios señalados; y, de otra, el apartado 2 regula la prohibición de la presencia de personas en aquellos lugares donde se dificulte la acción de la fuerza pública, pudiéndose dictar las condiciones de permanencia en las zonas de protección o seguridad delimitadas. Por el contrario, el contenido de los apartados 3 y 4 del artículo 20 de la Ley Orgánica es positivo y no prohibitivo por cuanto que el apartado 3 prevé la obligación de que, caso de necesidad, las personas que se determinen comuniquen a la autoridad, con dos días de antelación, sus desplazamientos fuera de la localidad de residencia y el apartado 4 regula la obligación de que, cuando se estime necesario, personas determinadas se desplacen fuera de la localidad de su residencia.

Los dos apartados que el artículo 20 de la Ley Orgánica dedica a la suspensión de la libertad de elección de residencia incluyen medidas de aplicación individualizada y contenido positivo. El apartado 5 prevé la imposición a personas determinadas de la obligación de fijar transitoriamente su residencia en un lugar «adecuado a sus condiciones personales», precepto cuya *ratio legis*, según el Prof. CRUZ VILLALÓN⁶³, es la de establecer una garantía para personas enfermas. Aunque el apartado 6, al establecer que corresponde a la autoridad proveer a la persona afectada de recursos para el cumplimiento de las medidas acordadas, refiere a todas las medidas del artículo 20, resulta evidente que el principal objeto de aplicación de este precepto es la imposición del cambio de residencia del apartado 5, por cuanto que se trata de la medida del artículo 20 cuyo cumplimiento exige mayores recursos, de ahí que este apartado 6 *in fine* particularice «los viajes, alojamiento y manutención» en atención a que se tratan de consecuencias propias de un cambio de residencia y especialmente graves.

⁶³ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 100.

En una última precisión, el Prof. SERRANO ALBERCA⁶⁴ afirma que la Ley Orgánica no se refiere a la libertad de circulación al exterior y, sin embargo, a mi entender, se trata de una opinión discutible, por cuanto que los apartados que en el artículo 20 regulan la suspensión de la libertad de circulación, en especial el n.º 1 y el n.º 3 establecen limitaciones a la circulación en los «lugares que se determine» sin excluir en absoluto las fronteras del territorio nacional, de modo que también éstas podrían incluirse como ámbito territorial del estado de excepción (art. 13.2.b de la Ley Orgánica) afectándolas a la suspensión de la libertad de circulación.

e) *Suspensión del ejercicio de la libertad de expresión del artículo 20.1.a) y d) y 20.5.*

De todo el artículo 20 de la Constitución, el artículo 55.1 de este texto legal prevé la suspensión tan sólo de algunos de sus apartados, concretamente, el 1.a de la libertad de pensamiento y expresión mediante cualquier medio de reproducción, el 1.d de la libertad de información y los derechos a la cláusula de conciencia y el secreto profesional y el 5 que establece la garantía de la resolución judicial previa necesaria para el secuestro de un medio de información.

Ello no obstante, el artículo 21 de la Ley Orgánica, en su primer apartado, sólo contempla la suspensión de «todo tipo de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales», además del «secuestro de publicaciones». El apartado 2 de este artículo 21 —prohibición de censura previa y establecimiento de un sistema representativo⁶⁵— se limita a reproducir el artículo 20.2 de la Constitución, lo cual no deja de ser una reiteración innecesaria a tenor de que este precepto constitucional no está incluido en la relación de derechos susceptibles de suspensión establecida en el artículo 55.1 de la Constitución.

La particularidad del artículo 21 de la Ley Orgánica estriba precisamente en que no prevé la suspensión ni de la cláusula de conciencia, ni del secreto profesional periodístico y en que no contempla la suspensión de las libertades de expresión e información más que cuando los medios de reproducción y difusión sean publicaciones escritas—, emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales pero no cuando los medios sean otros— p.e, conferencias, exposi-

⁶⁴ José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1587.

⁶⁵ Los Profs. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 117 y FERNÁNDEZ SEGADO: *Artículo 55...*, págs. 604 a 605 y *Naturaleza...*, pág. 54 destacan este aspecto.

ciones divulgativas, recitales musicales—. La restricción es grande porque en la relación de preceptos susceptibles de ser suspendidos del artículo 55.1 de la Constitución, se incluye tanto el artículo 20.1.d, sin excepciones, es decir, incluyendo la cláusula de conciencia y el secreto profesional, como el artículo 20.1.a, sin distinguir medios de reproducción, cualesquiera que éstos fuesen.

Así pues, se replantea la cuestión doctrinal suscitada con motivo de la exclusión del *habeas corpus* —no obstante aparece relacionado en el artículo 55.1 de la Constitución— de entre los derechos cuya suspensión aparece regulada en el artículo 16 de la Ley Orgánica. La Constitución es una norma dotada de eficacia directa en todo caso y también en el Derecho de excepción y, sin embargo, al cumplimentarse el mandato constitucional resultante de la reserva de la ley orgánica del artículo 116.1, el legislador se decantó por una determinada opción constitucional y publicó la Ley Orgánica 4/1981 que, en la medida en que complete el mandato constitucional sin dejar lagunas y no incurra en inconstitucionalidad, se convierte en la primera norma aplicable en esta materia, especialmente por lo que refiere a los actos de declaración de cada uno de los estados excepcionales. Por consiguiente, comoquiera que la Ley Orgánica está dotada de fuerza pasiva frente al decreto de declaración del estado de excepción, éste no puede alegar la eficacia directa de la Constitución para contradecir la Ley Orgánica y suspender el ejercicio de la cláusula de conciencia, el secreto profesional periodístico y las libertades de expresión e información más que cuando los medios de reproducción y difusión sean los enumerados en el artículo 21.1 de la Ley Orgánica. También aquí, el problema radica en que una contradicción semejante no sería susceptible de recurso de inconstitucionalidad porque el artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no incluye los decretos de declaración de los estados excepcionales entre los declarables inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución —leyes orgánicas—.

Una cuestión distinta es la que suscita la inclusión de las «proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales» entre los medios de reproducción y difusión del artículo 21.1 de la Ley Orgánica. A mi entender, se trata de una inclusión irrespetuosa con el texto constitucional por cuanto resulta evidente que en la cinematografía y en el teatro destaca su naturaleza artística sobre cualquier otra consideración y, por tanto, su protección aparece reconocida en el apartado b) del artículo 20 de la Constitución —«a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica»— que no está incluido en la relación de los derechos susceptibles de ser suspendidos del artículo 55.1 de la Constitución. Se trata, pues, en mi opinión, de una inclusión, no sólo inconstitucional, sino también arbitraria y agraviosa para estas expresiones artísticas por cuanto que la misma eventual conflictividad pudiera conllevar otras formas de expresión artística respetadas, como un recital musical o una exposición de arte plástico.

En fin, la doctrina científica ⁶⁶ ha criticado la redacción del precepto alegando que una suspensión de tal gravedad económica y social debería haber previsto un mayor grado de garantías que asegurasen que su aplicación respondiese al presupuesto de hecho de la excepción. En tal sentido, el Prof. DE LA QUADRA SALCEDO ⁶⁷ escribe: «... la LOAES podría haber previsto, en una escala gradual de medidas a adoptar y antes de llegar a la prohibición de la publicación (que es la única medida que establece), la prohibición de tratar determinados temas o tratarlos de determinada forma. Si no lo ha hecho así es, tal vez, por entender, a nuestro juicio erróneamente, que eso implicaba una censura...».

f) *Suspensión del ejercicio de los derechos de reunión y manifestación del artículo 21 de la Constitución*

La suspensión de los derechos de reunión y manifestación aparece regulada en el artículo 22 de la Ley Orgánica que sustituye el régimen represivo establecido en el artículo 21 de la Constitución por un régimen preventivo; atribuyendo, pues, a la autoridad gubernativa, competencia para autorizar, prohibir o disolver la celebración de reuniones y manifestaciones.

De la redacción del texto legal parece conferirse a la autoridad una facultad con carácter discrecional y, sin embargo, a mi entender, se trata de una potestad reglada por el principio de proporcionalidad del artículo 1.2 de la Ley Orgánica en relación con el presupuesto de hecho del estado de excepción del artículo 13.1 del mismo texto legal. Así pues, la autoridad gubernativa sólo podrá prohibir o disolver una reunión o manifestación en el caso de que su celebración altere o amenace alterar gravemente el orden público.

El Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ⁶⁸ y con él toda la doctrina ⁶⁹ ha elogiado vivamente que el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica excluya de la suspensión a «las reuniones orgánicas que los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales realicen en cumplimiento de los fines que respectivamente les asignan los artículos 6 y 7 de la Constitución...», porque afirma que «constituye un exponente expreso

⁶⁶ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, págs. 116 a 117; José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1588; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *Artículo 55...*, págs. 604 a 605, y *Naturaleza...*, págs. 53. a 54.

⁶⁷ Tomás DE LA QUADRA SALCEDO, *op. cit.*, pág. 446.

⁶⁸ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 117.

⁶⁹ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, págs. 102 a 103; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *Naturaleza...*, págs. 54 a 55.

de cómo la suspensión de un derecho debe circunscribirse al ámbito del mismo y no incidir sobre otros derechos que continúan vigentes o sobre principios que no pueden ser afectados». En mi opinión, aunque es indiscutible que el precepto es materialmente elogiado, entiendo que es formalmente innecesario por cuanto que el artículo 22 de la Constitución —derecho de asociación— no está incluido entre los preceptos susceptibles de ser suspendidos según la relación del artículo 55.1 de la Constitución, de forma que si el ejercicio del derecho de asociación política, sindical o empresarial del que las reuniones orgánicas para el cumplimiento de sus fines constitucionales y estatutarios son una simple expresión.

En fin, el artículo 22.4 de la Ley Orgánica establece una garantía para el supuesto de que la autoridad acordase «penetrar en los locales en que tuvieran lugar las reuniones» consistente en el requisito de que sus agentes estén proveídos de autorización formal y escrita; si bien la norma prevé la excepción de ciertos casos que se resumen en el flagrante delito («alteraciones graves del orden público **constitutivas de delito, agresiones a las Fuerzas de Seguridad y en cualesquiera otros casos de flagrante delito**»).

g) *Suspensión del ejercicio de los derechos de huelga y adopción de medidas de conflicto colectivo de los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución*

El artículo 23 de la Ley Orgánica que suspende los derechos reconocidos en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución es de una concisión absoluta, lo que ha provocado la crítica del Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ⁷⁰: «Tal amplitud no puede ser calificada precisamente por un desarrollo del precepto constitucional progresista y garante de la seguridad jurídica».

El Prof. CRUZ VILLALÓN ⁷¹ se plantea la pregunta de si el ejercicio de estos derechos se entiende genéricamente suspendido o bien únicamente sometido a autorización previa, remitiendo la respuesta a la autorización por el Congreso del decreto de declaración de la excepción. Por su parte, el Prof. FERNÁNDEZ SEGADO ⁷² entiende que la prohibición «se contempla con un carácter genérico» argumentando que «muy difícilmente se podría regular de otro modo».

⁷⁰ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, págs. 117 a 118.

⁷¹ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 103.

⁷² FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *Artículo 55...*, pág. 606 y *Naturaleza...*, página 55.

Frente a estas opiniones doctrinales, a mi entender, la suspensión de estos derechos de huelga y adopción de medidas de conflicto colectivo debe de limitarse a su sometimiento a un régimen preventivo. La razón de esta postura se fundamenta en el Principio de Derecho Constitucional, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la interpretación finalista de las normas constitucionales del modo más favorable al ejercicio de los derechos. Como quiera que la potestad de la autoridad gubernativa para prohibir los derechos de los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución está garantizada tanto en el caso de que se entiendan genéricamente suspendidos como en el caso de que se les someta a un régimen preventivo que permita su no autorización, entiendo que, conforme al principio invocado, la suspensión de estos derechos debe instrumentalizarse de acuerdo con esta segunda alternativa. Así pues, no es esta una cuestión a resolver a través de la autorización del Congreso al decreto de declaración de la excepción, sino que, por precepto legal, la suspensión de los derechos de los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución se limita a su sujeción a una régimen preventivo; de forma que se atribuye a la autoridad gubernativa potestad para desestimar las solicitudes, cuando de su autorización pudiera derivarse una amenaza de alteración grave del orden público.

Debe mencionarse, en fin, la relación que con este artículos 23 guarda el artículo 19 de la Ley Orgánica que establece la potestad de la autoridad gubernativa para intervenir y controlar los transportes, precepto que no parece poder tener otra *ratio* que la de una supuesta huelga de transporte en la que además de su prohibición, conforme al artículo 23, cabría adoptar la medida de su intervención prevista en el artículo 19.

h) Medidas administrativas excepcionales

Juntamente con toda esta normativa reguladora de la suspensión de derechos y libertades, la Ley Orgánica establece una relación de medidas administrativas excepcionales que merman las limitaciones a que está sometida la actuación de la Administración. Tales son las del artículo 13.2.d, aumento de la cuantía de las sanciones gubernativas; artículo 24, de la sujeción de los extranjeros a cumplir las formalidades —comparecencias, renovación o control de permisos de residencia y cédulas de inscripción registral— y la normativa que se estableciese so pena de procesamiento o expulsión que debería ir acompañada de justificación razonada; artículo 25, incautación de armas y explosivos; artículo 26, intervención de industrias o comercios (artículo 128.1 *in fine* de la Constitución), dando cuenta a los ministerios interesados, y cierre provisional de locales de recreo; artículo 27, vigilancia —incluso armada— y protección de inmuebles, sin excluir a los domicilios privados siempre que el decreto de declaración de la excepción prevea la suspensión del artículo 18.2 de la Constitución —in-

violabilidad domiciliaria—⁷³; artículo 29, suspensión de funcionarios y personal público, pasando el tanto de culpa al Juez y con notificación al superior jerárquico.

Una última medida excepcional muy cuestionada por la doctrina⁷⁴ es la establecida en el artículo 28 de la Ley Orgánica que atribuye al Gobierno potestad para adoptar los efectos propios del estado de alarma (artículos 9 a 12) cuando, junto con el presupuesto de hecho de la excepción, coincida alguno de los presupuestos de hecho del estado de alarma (artículo 4), de forma que los efectos de la alarma se incorporan a los efectos de la excepción. El texto de la norma atribuye la declaración al Gobierno sin ninguna intervención parlamentaria y, sin embargo, coincido con el Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁷⁵ en que «la adopción de tales medidas deba ser notificada al Congreso, el cual, por esta vía, podrá ejercer su función fiscalizadora», porque, de otra forma en la que no se diera cuenta al Congreso, se contravendría, a mi entender, el artículo 116.2 de la Constitución. Finalmente, sobre la *ratio* de este precepto, el Prof. CRUZ VILLALÓN⁷⁶ formula una advertencia interesante y escribe: «Ahora bien, conviene no olvidar, si es en ello en lo que se pudo estar pensando, que tampoco bajo el estado de excepción, incluso en el supuesto de suspensión del derecho de huelga, cabe una extensión de la jurisdicción militar fuera del ámbito estrictamente castrense a través de la movilización militar».

Cuestión capital a este respecto es la que se refiere al rango jerárquico-normativo de los preceptos que regulan las medidas excepcionales, a tenor de que, no obstante formar parte de una Ley Orgánica, la Constitución no ha establecido sobre aquéllos una reserva de ley orgánica. La Constitución limita la reserva a las medidas de suspensión de los derechos taxativamente relacionados en el artículo 51.1, de manera que cualquiera otra medida está excluida de la reserva y puede ser adoptada mediante una norma de rango inferior a la ley orgánica⁷⁷. Consecuentemente, los preceptos que regulan estas medidas excepcionales no son orgánicas y, por tanto, carecen de fuerza pasiva sobre las leyes ordinarias que podrán modificarlos o derogarlos.

Toda la exposición anterior viene a terciar en el debate doctrinal sobre la necesidad o prescindibilidad de que la inclusión de tales medidas en el decreto de declaración del estado de excepción venga autorizada por el Congreso de los Diputados. Para los Profs. CRUZ VILLALÓN⁷⁸, FER-

⁷³ V. Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 105.

⁷⁴ *Idem*, *El Nuevo...*, pág. 111.

⁷⁵ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los Estados...*, pág. 119.

⁷⁶ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 105 a 106.

⁷⁷ V. Ignacio de OTTO y PARDO, *op. cit.*, págs. 113 a 116.

⁷⁸ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 104.

NÁNDEZ SEGADO⁷⁹ y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁸⁰ la autorización no es preceptiva, por cuanto que el artículo 13.2 de la Ley Orgánica, sobre los extremos que debe contener la solicitud de autorización, exige relacionar tan sólo las medidas a adoptar referidas a los derechos cuya suspensión se solicita —aparato *b*— pero, salvo la determinación de la cuantía máxima de las sanciones gubernativas —apartado *c*— no se refiere a otra clase de medidas, como las administrativas en estudio, que no afectan a ninguno de esos derechos por lo que «estas medidas forman parte de cualquier declaración de estado de excepción». Contrario a esta opinión, el Prof. SERRANO ALBERCA⁸¹ entiende que la autorización del Congreso es necesaria cuando menos para aquellas medidas (arts. 24, 25, 26 y 27) que impliquen una actuación positiva por parte de la autoridad gubernativa.

A mi entender, la polémica doctrinal descrita peca de inutilidad por cuanto a que si la normativa que regula estas medidas excepcionales no es orgánica y carece de fuerza pasiva sobre las leyes ordinarias, se significa que de mantenerse la postura del Prof. Serrano Alberca, el Gobierno puede acordar su adopción por vía de decreto-ley, evitando así la necesidad de una autorización previa del Congreso. Así pues, cualquiera que se la tesis doctrinal que se defiende, el Gobierno dispone de recursos para decretar estas medidas administrativas excepcionales sin verse limitado por la necesidad de solicitar al Congreso una autorización previa.

En cualquier caso, la adopción de estas medidas y su regulación debe de respetar el presupuesto de hecho del estado de excepción. Cualquier otra finalidad distinta a las establecidas en el artículo 13.1 de la Ley Orgánica ilegitimaría la decisión del Gobierno, facultando al afectado a demandar la judicialidad de la medida adoptada⁸².

4. *El estado de sitio*

El desarrollo normativo del estado de sitio previsto en el artículo 116.4 de la Constitución es el más breve de los tres estados excepcionales. La Ley Orgánica regula en sólo cinco artículos —32 a 36— el presupuesto, la declaración y los efectos del sitio, como el último y más grave de los estados, en tanto que responde al propósito de defender al Estado en aquellas situaciones de «crisis»⁸³ en que su misma existencia se vea violentamente agredida.

⁷⁹ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *Artículo 55...*, págs. 606 a 607; *Naturaleza...*, págs. 55 a 56; y *La Ley Orgánica...*, pág. 109.

⁸⁰ IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los Estados...*, pág. 118.

⁸¹ JOSÉ MANUEL SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1590.

⁸² V. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *Artículo 55...*, pág. 608 y *Naturaleza...*, pág. 57.

⁸³ V. PEDRO CRUZ VILLALÓN: *El Nuevo...*, pág. 101 y *Estados...*, pág. 108.

a) Presupuestos de hecho

Los presupuestos de hecho del estado de sitio aparecen enumerados en el artículo 32.1 de la Ley Orgánica que, previa reiteración del principio de necesidad del artículo 1.1, relaciona tres supuestos clasificables según su origen externo, el primero —insurrección o acto de fuerza contra la soberanía e independencia de España—, o interno, los otros dos —insurrección o acto de fuerza contra la integridad territorial de España e insurrección o acto de fuerza contra el ordenamiento constitucional—. Nótese que la norma no exige que el presupuesto se haya realizado, sino que es suficiente su expectativa, la amenaza de que vaya a producirse.

a) Un presupuesto de origen exterior: la insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España.

La previsión de este supuesto responde a la necesidad de que ante la amenaza de un conflicto bélico se adopten medidas en el interior del país para regular la excepcionalidad de la situación. En este sentido, el Prof. CRUZ VILLALÓN⁸⁴ escribe: «Evidentemente, en este caso, los recursos específicos de respuesta no son primordialmente los del estado de sitio, sino el propio potencial de defensa del Estado, sus recursos militares, personales y materiales. Ahora bien, la situación de un país en guerra puede exigir la adopción de medidas extraordinarias en el interior». Ello no obstante, debe señalarse que legalmente no existe identidad entre la guerra y el sitio, de forma que para la declaración de cualquiera de estas dos situaciones no se precisa la de la otra.

b) Dos presupuestos de origen interno: insurrección o acto de fuerza contra la integridad territorial de España e insurrección o acto de fuerza contra el ordenamiento constitucional.

Es difícil clasificar la amenaza contra la integridad territorial española como un presupuesto de hecho autónomo por cuanto que o bien su origen es exterior y entonces se identifica con el primer presupuesto de hecho, o bien su origen es interior y se identifica con el tercer presupuesto. Sin embargo, coincido con el Prof. CRUZ VILLALÓN⁸⁵ en que «parece apun-

⁸⁴ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 108.

⁸⁵ *Ibidem*, pág. 110.

tar más bien a la defensa de la integridad territorial frente a un atentado procedente del interior mismo del Estado, es decir, frente a la eventualidad de un intento de secesión». Aun a pesar de las evidentes razones políticas que subyacen en la previsión legal de este presupuesto, se trata, en mi opinión, de una adición superflua e innecesaria incluso para la eventualidad de una amenaza de secesión que entiendo suficientemente prevista en el presupuesto siguiente de agresión al ordenamiento constitucional.

El último de los presupuestos de hecho refiere a la defensa del ordenamiento constitucional. La fórmula legal plantea el problema de la determinación del objeto de la insurrección o acto de fuerza porque, dada la gravedad de las medidas del estado de sitio, su declaración no puede venir justificada por la agresión a cualquier precepto constitucional independientemente de su importancia. Por el contrario, conforme al artículo 1.1 de la Ley Orgánica, la declaración del sitio precisa una proporcional gravedad en la agresión al orden constitucional y esta agresión sólo será de una gravedad proporcional a la de las medidas del sitio cuando afecte a la subsistencia de los principios y valores⁸⁶ que fundamentan el ordenamiento constitucional.

Una vez analizados los presupuestos de hecho del estado de sitio, se infieren dos circunstancias. De una parte, la coincidencia de la formulación de estos presupuestos en el artículo 32.1 de la Ley Orgánica con las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en el artículo 8.1 de la Constitución, coincidencia que responde al propósito de reglar la intervención militar que, para la ejecución de las medidas declaradas, aparece prevista en la Ley Orgánica. Y, de otra parte, que no existe identidad entre el «tiempo de guerra», internacional —declarada por el Rey previa autorización de las Cortes Generales según el artículo 63.3 de la Constitución⁸⁷— o civil —cuyos efectos vienen establecidos en los artículos 15 *in fine* y 169 de este texto legal—, y el estado de sitio, cualquiera que se el origen externo o interno del presupuesto de su declaración. Así pues, ni la guerra conlleva la declaración del sitio ni viceversa, aunque puedan coincidir en una determinada situación o ámbito territorial. Ello no obstante, es lo cierto que la Constitución, salvo los artículos 15 *in fine* y 169 no ha establecido un especial cuadro de medidas para regular el «tiempo de guerra», de modo que ante una situación bélica, la declaración del estado de sitio es el único mecanismo constitucional para adoptar las medidas excepcionales que exi-

⁸⁶ Sobre los conceptos de principios y valores constitucionales, v. Antonio TORRES DEL MORAL: *Principios...*, *op. cit.*, págs. 43 a 50.

⁸⁷ V. José M.ª LAFUENTE BALLE: *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1987, págs. 395 a 397.

ga semejante situación ⁸⁸. No me parece, pues, acertada la postura del Prof. MATEU-ROS CERREZO ⁸⁹ al defender que el sitio y la guerra «son dos momentos diferentes del conflicto bélico: el de su desencadenamiento y el de su consumación» y ello en razón a que, a mi entender, no todo conflicto bélico necesita la declaración de los efectos del estado de sitio, especialmente si el conflicto no es de gran envergadura o se desarrollase en un ámbito territorial lejano del nacional.

b) Declaración

El artículo 32.1 in fine de la Ley Orgánica sobre la declaración del estado de sitio remite al artículo 116.4 de la Constitución. Conforme a este precepto, la legitimación activa de la propuesta corresponde exclusivamente al Gobierno, mientras que se atribuye a la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados ⁹⁰ la competencia de la declaración, determinando ámbito territorial, duración —sin otro límite que el de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 1— y condiciones (art. 116.4 de la Constitución y art. 32.2 de la Ley Orgánica).

El procedimiento de declaración del sitio aparece establecido en el artículo 164 del Reglamento del Congreso de los Diputados, cuyo apartado 1 remite al artículo 162 sobre el procedimiento de la declaración del estado de alarma, concretamente a sus apartados 4 y 5, conforme a los que el debate en el Pleno del Congreso deberá ser de totalidad. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 112.3 del Reglamento, terminada la deliberación, procede la votación de las enmiendas de totalidad y también, por analogía del artículo 13.3 de la Ley Orgánica, de las parciales ⁹¹ que se defendiesen, de manera que sólo en el caso de que alguna propuesta obtuviese la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, quedará declarado el estado de sitio (art. 164.2 del Reglamento). Ello no obstante, el Prof. CRUZ VILLALÓN ⁹² entiende que «es previsible que los distintos elementos de la declaración tengan que ser votados por separado; de ser esto así, lo más lógico es que en estas votaciones puntuales sólo se exija mayoría simple,

⁸⁸ V. Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 109, e Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Garantías...*, págs. 60 a 61, y *Los estados...*, pág. 106. El prof. SERRANO ALBERCA: *Comentarios*, pág. 1593 entiende que el estado de sitio es uno de los tiempos de guerra.

⁸⁹ Rafael MATEU-ROS CERREZO, *op. cit.*, págs. 1401 a 1402. V. también José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1676.

⁹⁰ El Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Garantías...*, pág. 64 entiende que hubiese sido preferible una mayoría cualificada.

⁹¹ V. José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1597.

⁹² Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 114.

efectuándose, al igual que en el caso de las leyes orgánicas, una votación final sobre el conjunto de la declaración en la que sí será necesario que la misma obtenga la mayoría absoluta de los miembros del Congreso». El procedimiento concluye con la comunicación del Presidente del Congreso al del Gobierno para que comunique la declaración al Secretario General del Consejo de Europa (art. 15.3 del Convenio de Roma) y, conforme al principio de publicidad del artículo 2 de la Ley Orgánica, ordene la publicación de la declaración en el B.O.E. (art. 164.3 del Reglamento). Sobre la forma de esta publicación y en la medida en que la declaración de estado de sitio es un acto del Estado con fuerza de Ley (art. 27.2.b de la LOTC) y no obstante no preverse en el artículo 62 de la Constitución, me parece razonable la propuesta del Prof. CRUZ VILLALÓN⁹³ si sugerir que la declaración del estado de sitio «no debiera» aparecer sin la firma del Rey refrendada.

Ni la Constitución ni la Ley Orgánica refieren a la prórroga, modificación o cese anticipado de la declaración del estado de sitio, si bien entiendo que la ausencia de una normativa especial para estos supuestos no implica un defecto de sistematicidad, sino simplemente la remisión al procedimiento establecido para la declaración que se pretende alterar, es decir, un debate de totalidad en el Pleno del Congreso y la aprobación de la prórroga, modificación o cese del sitio por la mayoría absoluta de los diputados.

Una cuestión hartamente debatida es la que se refiere a la naturaleza jurídica de la declaración del estado de sitio porque de ella dependerán los mecanismos de control jurisdiccional de ésta. Para los Prof. SERRANO ALBERCA⁹⁴ y FERNÁNDEZ SEGADO⁹⁵ se trata de «una decisión política del Congreso que ejerce así su control sobre el ejecutivo» por lo que no es cognoscible por el Tribunal Constitucional. Contrario a esta opinión, el Prof. MATEU-ROS CEREZO⁹⁶ entiende que se trata de un acto legislativo con carácter de «ley medida» y significado bien formal si se limita a declarar el estado de sitio, bien material si incorpora medidas normativas generales de excepción. Coincidente con esta última postura, el Prof. CRUZ VILLALÓN⁹⁷ identifica la declaración del sitio con las «disposiciones normativas con fuerza de ley» que tanto el artículo 161.1.a de la Constitución como el artículo 27.2.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional incluyen como objeto del recurso de inconstitucionalidad.

A mi entender, la identificación de la declaración del sitio con un acto legislativo topa con la dificultad de que, a diferencia de lo establecido

⁹³ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, pág. 115.

⁹⁴ José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1594.

⁹⁵ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *La Ley Orgánica...*, pág. 113.

⁹⁶ Rafael MATEU-ROS CEREZO, *op. cit.*, págs. 1397 a 1398 y 1400 a 1401.

⁹⁷ Pedro CRUZ VILLALÓN: *El Nuevo...*, págs. 114 a 115.

en el artículo 90 de la Constitución para la elaboración de las leyes, en el procedimiento de aprobación de la declaración de sitio se excluye toda intervención del Senado. En consecuencia, es más fácilmente clasificable, al igual que los decretos de declaración del estado de excepción, dentro de la categoría de «actos del Estado con fuerza de Ley» a que se refiere el artículo 27.2.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al relacionar las «leyes, disposiciones o actos» susceptibles de declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

c) Efectos

Si bien tanto en el estado de alarma como en el de excepción la determinación de la autoridad era una cuestión a concretar en el decreto de declaración, la legislación orgánica (artículos 33, 34 y 36) del estado de sitio regula la determinación de la autoridad como uno de sus efectos más propios. Conforme al principio de supremacía civil e invocando que el artículo 97 de la Constitución atribuye al Gobierno la dirección de la Administración militar y la defensa del Estado⁹⁸, el artículo 33 de la Ley Orgánica reconoce la autoridad del Gobierno que «asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma (la Constitución) y en la presente ley». Sin embargo, el artículo 33.2 establece que el Gobierno preceptivamente designe («el Gobierno **designará...**») la autoridad militar que discrecionalmente desee para ejecutar las medidas declaradas a través de los oportunos bandos (art. 34). Coherentemente con lo expuesto, el artículo 36 relega la autoridad civil a una labor informativa de la militar y de competencia residual, pues continuará «en el ejercicio de las facultades que no hayan sido conferidas a la autoridad militar».

Un debate doctrinal de obligada referencia es el suscitado por la normativa descrita en torno a la relación entre la autoridad civil y la militar. Para el Prof. FERNÁNDEZ SEGADO⁹⁹ la autoridad militar está privada de las competencias que le son propias de un estado de sitio: «Creo que en el fondo de todo ello late no tanto un deseo de potenciar al Gobierno cuanto unas suspicacias mal disimuladas frente a la autoridad militar. Con ello se ha «desnaturalizado» verdaderamente el sentido de la institución que nos ocupa. Y debemos hacer una puntualización final: una autoridad militar que desee ir contra el ordenamiento constitucional no esperará a que se declare el estado de sitio para tratar de ver realizados sus propósitos. Por contra, si en algún momento es necesario recurrir al estado de sitio —y es de desear que ello no ocurra—, será porque estaremos ante unos supuestos tan graves para los fundamentos mismos del Estado constitucional y de-

⁹⁸ V. José M.^a LAFUENTE BALLE, *op. cit.*, págs. 356 a 360.

⁹⁹ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *La Ley Orgánica...*, págs. 114 a 115.

mocrático 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...». Contrario a la opinión transcrita, el Prof. CRUZ VILLALÓN ¹⁰⁰ entiende que la legislación orgánica no contraviene la naturaleza de la institución: «El hecho de que la Autoridad militar actúe bajo la dirección del Gobierno no supone el que la misma se vea privada de todo poder de decisión, limitándose a ejecutar las órdenes procedentes del Gobierno. Por el contrario, la naturaleza de la institución, y en ello radica su importancia, implica el que la misma disponga de un considerable margen de discrecionalidad en su actuación».

En mi opinión, la legislación orgánica no ha privado al estado de sitio de su esencialidad, aunque es cierto que atribuye competencias al Gobierno para ello. El estado de sitio es un estado excepcional en el que la institución militar desempeña un papel protagonista y, sin embargo, la Ley Orgánica sitúa a la autoridad militar en una posición subordinada al Gobierno, cuya dirección expresamente sanciona (art. 33.2). Por consiguiente dependerá del Gobierno que el ámbito de actuación de la autoridad militar sea lo suficientemente amplio como para no afectar a la esencialidad del estado de sitio.

Por otra parte, el artículo 34 de la Ley Orgánica se refiere a los «bandos» como el instrumento con que se dota a la autoridad militar para la ejecución de las medidas acordadas por el Gobierno de acuerdo con las condiciones de la declaración del sitio. A mi entender, el bando militar es una auténtica fuente de Derecho, si bien de rango inferior a la ley ¹⁰¹; de modo que no cabe la otrora usual práctica de utilizar los bandos para dictar disposiciones legislativas penales, so pena de vulnerar el principio constitucional de legalidad penal ¹⁰².

Sobre la base de los artículos 55.1 y 117.5 de la Constitución, los artículos 32.2 y 35 de la Ley Orgánica son los preceptos específicamente dedicados a la suspensión del ejercicio de derechos en el estado de sitio. El artículo 32.3 establece que los efectos de la declaración del estado de sitio pueden ser, además de los establecidos para los estados de alarma y excepción, la suspensión del artículo 117.3 de la Constitución. Ahora bien, a mi entender, el Congreso de los Diputados no puede adoptar otros efectos en su declaración de sitio que los estrictamente enumerados en el artículo 55.1 de la Constitución y, en consecuencia, no puede incluir ni los efectos propios del estado de alarma ni las medidas excepcionales administrativas previstas en la Ley Orgánica para el estado de excepción, salvo que el

¹⁰⁰ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, págs. 118 a 119.

¹⁰¹ V. José Manuel SERRANO ALBERCA: *Comentarios...*, pág. 1595.

¹⁰² *Ibidem*, pág. 1599; FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *La Ley Orgánica...*, pág. 115; Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, págs. 120 a 121; e IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 121.

Gobierno incluya aquellos efectos o estas medidas en su propuesta al Congreso. La razón estriba en que el Gobierno tiene competencia exclusiva para decretar los estados de alarma y excepción y sus efectos, de manera que se contravendría el artículo 116.2 y 3 de la Constitución si el Congreso supliese la competencia del Gobierno para incluir en su declaración de sitio los efectos de la alarma o las medidas administrativas de excepción. Por consiguiente, el estado de alarma y el estado de excepción son acumulables al de sitio pero siempre que se respete el procedimiento de declaración de aquéllos y la competencia gubernamental de su declaración.

Además de todos los derechos cuyo ejercicio es susceptible de ser suspendido en el estado de excepción, los artículos 55.1 de la Constitución y 32.2 de la Ley Orgánica prevén que en el estado de sitio se pueda declarar también la suspensión de las garantías jurisdiccionales establecidas en el artículo 17.3 de la Constitución, es decir, el derechos del detenido a obtener inmediata información de sus derechos y de las razones de la detención, el derecho a no declarar y la asistencia letrada. En relación a la asistencia letrada, la norma incluye la asistencia en las diligencias policiales, pero también la asistencia en las diligencias judiciales a pesar de que ésta está garantizada en el artículo 24.2 de la Constitución y este precepto no es susceptible de ser suspendido. Ante tan flagrante contradicción, el Prof. TORRES DEL MORAL¹⁰³ alega el principio de interpretación favorable a la libertad y la interpretación restrictiva de las limitaciones para inclinarse a favor de la no susceptibilidad de suspender la asistencia letrada en las diligencias judiciales.

Mayor conflictividad aún presenta la interpretación de la suspensión del derecho a no declarar durante la práctica de las diligencias policiales —el derecho a no declarar contra sí mismo durante el proceso judicial del artículo 24.2 de la Constitución no es susceptible de ser suspendido—. La constitucionalización de esta suspensión puede interpretarse de dos modos posibles: o bien significa supresión de la garantía de manera que cabe la coerción o bien del silencio del detenido se deriva algún perjuicio para él. La primera interpretación contravienen el artículo. 15 de la Constitución —derecho a la integridad física y moral— y, por tanto, debe rechazarse por inconstitucional¹⁰⁴. La segunda plantea el problema de la determinación del perjuicio y tal vez sería aplicable una solución equivalente a la anunciada por el Ministro del Interior británico Douglas Hurd y el Secretario de Estado para Irlanda del Norte, Tom King, quienes en la sesión de la Cámara de los Comunes del 20 de octubre de 1988 informaron de la elaboración de un proyecto de ley para la supresión del derecho al silencio de los detenidos, en el que se regulará que la negativa a declarar sea una presunción

¹⁰³ Antonio TORRES DEL MORAL: *Principios...*, op. cit., pág. 402.

¹⁰⁴ V. Pedro CRUZ VILLALÓN: *La Protección...*, pág. 675, y *Estados...*, págs. 125 a 126; FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *Naturaleza...*, págs. 57 a 58; IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Garantías...*, págs. 69 a 70, y *Los estados...*, págs. 119 a 120.

de culpabilidad ¹⁰⁵. En mi opinión, una normativa semejante sería constitucional sólo si la presunción de culpabilidad del no declarante fuese *iuris tantum* porque si fuese *iuris et de iure* contravendría la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

Un último efecto del estado de sitio aparece regulado en el artículo 117.5 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica. La extensión de la competencia de la Jurisdicción Militar a los delitos que se determinen en la declaración del sitio ¹⁰⁶, es, en última instancia, una suspensión del derecho a la jurisdicción ordinaria del artículo 24 de la Constitución. Ahora bien, la potestad del Congreso no es discrecional, sino reglada por la Constitución y la Ley Orgánica, de modo que sólo podrá declarar el sometimiento a la jurisdicción castrense de aquellos delitos cuyo objeto jurídicamente protegido sea coincidente con los supuestos de hecho del estado de sitio. ¹⁰⁷.

C) Legislación del desarrollo

La fecha del 30 de diciembre de 1986 se promulgó el Real Decreto n.º 2639/1986 por el que se creó la Comisión Delegada del Gobierno para situaciones de crisis. Aunque la letra de la norma no se refiere a ninguno de los estados excepcionales, entiendo que éstos están subsumidos en las «situaciones de emergencia o crisis, tanto de carácter nacional como internacional, que puedan atentar a la vida, seguridad o bienestar de los españoles» a que se refiere al Real Decreto ¹⁰⁸.

La Comisión Delegada estará compuesta por el Presidente y Vicepresidente del Gobierno y por los Ministros de Asuntos Exteriores, Defensa, Economía y Hacienda e Interior, además de otros Ministros que se designen en función de la situación de que se trate (arts. 1 y 2). Sus funciones se concretan en las de aprobar la normativa necesaria; aprobar los planes y programas de infraestructura y actuación precisos; y dirigir y coordinar las diferentes actuaciones de prevención, control y conducción de la crisis (art. 3).

Obsérvese, por otro lado, que la aplicación de este Real Decreto no contraviene la regulación de la autoridad en la Ley Orgánica, pues, de una parte, por lo que se refiere a los estados de alarma y sitio, los artículos 7

¹⁰⁵ V. los reportajes firmados por Interino en el diario *El País* y por Juan Manuel SALGADO para el *Diario 16*, ambos del día 21 de octubre de 1988.

¹⁰⁶ El Prof. CRUZ VILLALÓN (*Estados...*, págs. 122 a 123) entiende que la reserva material de ley alcanza al ámbito de la jurisdicción militar y a la determinación de los delitos atribuidos a su competencia.

¹⁰⁷ V. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Los estados...*, pág. 120.

¹⁰⁸ V. Antonio TORRES DEL MORAL, *op. cit.*, pág. 403.

y 33 atribuyen toda la autoridad al Gobierno; y, de otra parte, aunque no se explicita, la «autoridad gubernativa» a que se refiere el articulado dedicado al estado de excepción, debe ser también el Gobierno.

Debe observarse que ni la Ley Orgánica ni este Real Decreto plantean problemas competenciales con la legislación autonómica. El artículo 149.1.29 de la Constitución incluye la seguridad pública como una competencia estatal exclusiva pero con la limitación expresa de las policías autonómicas. Los artículos 17.7 y 14.2 de los Estatutos para el País Vasco y para Cataluña, al regular sus respectivas policías, reconocen la autoridad del Gobierno para la administración de las medidas propias de los estados excepcionales. Las fórmulas de compromiso de los artículos 9 y 31 de la Ley Orgánica deben servir para obviar los posibles conflictos de competencia que tuviesen por objeto las medidas propias del estado de alarma o las medidas administrativas excepcionales del estado de excepción.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA CONSIDERACIÓN FINAL

Una vez concluida la exégesis de la legislación constitucional y orgánica reguladora del Derecho de excepción, entiendo que la principal crítica que debe formularse refiere a la excesiva farragosidad de los procedimientos establecidos para la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio.

La crítica afecta al fundamento mismo de la normativa porque la sucesión de trámites procesales priva de eficacia a una legislación cuya operatividad depende precisamente de la agilidad con que se aplique. Así pues, se ha constitucionalizado un Derecho de excepción que, por los motivos expuestos, carece de eficacia y, por tanto, de aplicabilidad.

Este defecto de aplicabilidad deja una laguna que ha sido parcialmente cubierta por la Ley 2/85, de 21 de enero, de Protección Civil sobre todo en relación a los presupuestos de hecho de los estados de alarma (el art. 12.1 de la Ley Orgánica prevé la acumulación de «las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales») y de sitio. Invocando como fundamentos jurídicos los artículos 15 —derecho a la vida y a la integridad física—, 2 —unidad nacional y solidaridad territorial—, 103 —principios de eficacia y coordinación de la actividad de la Administración Pública— y, especialmente, 304 —remisión a la ley de la regulación de los deberes ciudadanos en los «casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública»— de la Constitución, la Exposición de Motivos de la Ley concluye que «la magnitud y trascendencia de los valores que están en

juego en las situaciones de emergencia exige poner a contribución los recursos humanos y materiales pertenecientes a todas las Administraciones públicas, a particulares, a los que por tal razón, mediante Ley, con arreglo al artículo 30.4 de la Constitución, podrán imponérseles deberes para hacer frente a los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, auténticos presupuestos de hecho de la protección civil».

Se produce, pues, confusión entre los presupuestos de hecho del estado de alarma (art. 4 d e la Ley Orgánica) y de la protección civil (art. 1 de la Ley —«...estudio y prevención de las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública» y «protección y socorro de personas y bienes en los casos en que dichas situaciones se produzcan»—. Asimismo, la Ley menciona «el caso de guerra» como causa de protección civil (art. 3) en que el Gobierno «dispondrá los planes y medidas que permitan la utilización de los medios de protección civil conforme a tales circunstancias, asegurando, en todo caso, la colaboración entre las autoridades civiles y militares» (art. 3.2), de manera que extiende la confusión a uno de los presupuestos propios del estado de sitio (art. 32.1 de la Ley Orgánica). La confusión, no obstante, afectan tan sólo a los presupuestos de hecho pero no a las autoridades pues en el artículo 3.1 de la Ley se establece el sometimiento de la protección civil a las autoridades de los estados de alarma, excepción o sitio que se declarasen.

Sin embargo, en la realidad, acaecida una situación de calamidad pública, la adopción de medidas no se fundamenta ni en la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio ni en la Ley de Protección Civil, sino que por razones de agilidad y eficacia, el Gobierno, fundándose en el artículo 86 de la Constitución, usa del real decreto ley. Ejemplo reciente de lo expuesto es el Real Decreto-Ley 5/1988, de 29 de julio ¹⁰⁹, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por las recientes tormentas y lluvias torrenciales en las provincias de Guipúzcoa, Vizcaya, Álava, La Rioja, Navarra, Burgos, Palencia, Valladolid, Zamora y Zaragoza, desarrollado a través de la Orden de 22 de agosto de 1988 ¹¹⁰.

Este defecto de ineficacia se agrava en la normativa reguladora de los estados de excepción y de sitio. Por lo que se refiere al estado de excepción, las coincidencias de su presupuesto de hecho (art. 13.1 de la Ley Orgánica) y efectos (art. 55.1 de la Constitución) con los presupuestos y efectos previstos en el artículo 55.2 para la suspensión individual de derechos, han motivado lo que el Prof. CRUZ VILLALÓN ¹¹¹ llama «el desplazamiento del estado de excepción», en razón a la mayor eficacia que resulta de la aplicación de las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de 25 de mayo, que, además, plantea una conflictividad política menor que la que generaría todo el procedimiento de declaración del estado de excepción.

¹⁰⁹ *Boletín Oficial del Estado*, n. 201, de 22 de agosto de 1988.

¹¹⁰ *Idem*, n. 202, de 23 de agosto de 1988.

¹¹¹ Pedro CRUZ VILLALÓN: *Estados...*, págs. 106 a 107.

En fin, en la regulación del estado de sitio, existe una importante desconexión entre los presupuestos de hecho de su declaración y el procedimiento y efectos establecidos. De producirse cualquiera de los supuestos previstos para el sitio en el artículo 32.1 de la Ley Orgánica resultaría sumamente difícil que en la realidad práctica se respetase toda la tramitación procesal regulada para su declaración y que la autoridad militar limitase su protagonismo a las funciones subordinadas establecidas en los artículos 33.2 y 34 de la Ley Orgánica.

En mi opinión, de esta falta de eficacia del Derecho de excepción, se concluye su difícil aplicación a los presupuestos de hecho de cada uno de los estados. Esta es la razón por la que entiendo que la teoría de la fuerza mayor del Prof. WIGNY ¹¹² cobra eficacia y es aplicable también al Derecho de excepción español; y ello no porque desde el punto de vista técnico-jurídico sea esta teoría preferible a la constitucionalización de un Derecho de excepción, sino porque esta constitucionalización ha devenido ineficaz. La creciente complejidad de los presupuestos de crisis del Estado no puede ser reducida en un texto jurídico y esta es la razón por la que, producida la crisis, es más que previsible que los órganos del Estado actúen al margen de la norma y sin embargo se hará preciso justificar su actuación. Es en esta justificación de actuaciones parajurídicas en defensa del Estado democrático-constitucional donde la teoría de la fuerza mayor —por supuesto sujeta a los requisitos de gravedad, respeto constitucional, proporcionalidad y judicialidad— cobra toda su eficacia.

Como fuente de Derecho complementaria, la fuerza mayor no es, a mi entender, incompatible con la constitucionalización de un Derecho de excepción. Antes al contrario, son dos soluciones compatibles, de modo que la fuerza mayor sólo será aplicable para cubrir las lagunas del Derecho de excepción. Ello no obstante, la incompletud e ineficacia de la legislación constitucional y orgánica reguladora del Derecho de excepción son tan pronunciadas que es de suponer que, producida una crisis de Estado, esta legislación resultaría en muchos aspectos desplazada, en primera instancia, por la Ley de Protección Civil ¹¹³ y los decretos-ley del Gobierno y, en segunda instancia, por unas actuaciones del poder político sólo justificables por invocación del principio de fuerza mayor.

¹¹² V. en una explicación de su teoría en este mismo trabajo, *Planteamientos del problema: discusión doctrinal*.

¹¹³ Refuerza esta postura la noticia firmada por I.C. en el diario *El País* de fecha 7 de noviembre de 1988, anunciando que los ministros responsables de protección civil de los países integrantes de la CEE, reunidos en Bruselas el día 4 de noviembre de 1988, acordaron la creación de un único número de teléfono para casos de emergencia y catástrofes.