

## LOS ESTADOS EXCEPCIONALES

Sara SIEIRA MUCIENTES  
Letrada de las Cortes Generales  
Jefe del Departamento de Asistencia Jurídica a  
la Mesa del Congreso de los Diputados  
Profesora de Derecho Constitucional

### RESUMEN

*En el presente trabajo se analiza el derecho de excepción en España desde la perspectiva de los cuarenta años de vigencia de la Constitución Española de 1978: la opción del poder constituyente y del legislador, a la vista de la historia constitucional española y del derecho comparado. En particular, se estudia la única ocasión en que fue aplicado el estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, y prorrogado, previa autorización del Congreso de los Diputados, por Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, en respuesta a la crisis desencadenada por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia del abandono masivo de sus puestos de trabajo por parte de los controladores de tránsito aéreo. El estudio apunta a que se declaró un estado de alarma para una emergencia que hubiera requerido, según la Ley, un estado de excepción, y que incluyó, sin intervención previa del Congreso, medidas propias de un estado de sitio, en contra de lo dispuesto por la Constitución. Se analiza también el procedimiento parlamentario y la problemática del control jurisdiccional y de constitucionalidad, que no existió. En vista de lo anterior se apunta una reforma del derecho de excepción para hacer frente a situaciones urgentes –por imposibilidad de convocatoria del Congreso–, en una dirección similar a la apuntada por la Constitución española de 1931.*

*Palabras clave: Estados excepcionales, alarma, excepción, sitio, prórroga, controladores, movilización, militarización, autorizaciones parlamentarias, control jurisdiccional, recurso de inconstitucionalidad*

### ABSTRACT

*This study carries out an analysis of the States of Exception in Spain the latest forty years under the Spanish Constitution of 1978 and the regulation*

*established by the Spanish Constituent Power and Legislator in view of the Spanish constitutional history and the comparative Constitutional Law. In particular, it is focused in the only occasion in which emergency powers were enforced in Spain: the state of alarm declared by Royal Decree 1673/2010, issued 4<sup>th</sup>. December 2010, and its prorogation, previously authorized by Congress, by Royal Decree 1717/2020, issued 17<sup>th</sup>. December; in response to the closing of the Spanish air space due to the massive abandon of their obligations by the air traffic controllers. The study concludes that a state of alarm was declared, whereas the Law required declaring a state of exception; additionally, the measures imposed by the Government, without the previous Agreement voted in Congress as required by the Constitution— were those typical of the state of siege (martial law). The study deals with the parliamentary procedure as well. It is also highlighted that jurisdictional and constitutional control of the Decrees finally did not really take place. In view of the above arguments, it is suggested to reform the constitutional regulation of the states of exception to cover those compelling and urgent crisis which do not allow calling for a plenary session in Congress, following the path of the Spanish Constitution of 1931.*

*Keywords: states of exception, emergency powers, alarm, exception, siege, prorogation, air traffic controllers, mobilization, militarization, parliamentary allowances, judicial review, constitutional control.*

**SUMARIO:** I. LA OPCIÓN DEL CONSTITUYENTE Y EL MARCO LEGAL DE LOS ESTADOS EXCEPCIONALES. 1. *El derecho de excepción en la Constitución española. Breve perspectiva comparada.* 2. *El derecho de excepción en la historia constitucional española. El origen de la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.* II. EL ESTADO DE ALARMA DECLARADO POR RD 1673/2010 DE 4 DE DICIEMBRE Y PRORROGADO POR RD 1717/2010 DE 17 DE DICIEMBRE 1. *Antecedentes de hecho.* 2. *Análisis de los aspectos formales. Procedimiento de la declaración y prórroga del estado de alarma.* 3. *Análisis jurídico-constitucional del Estado de alarma declarado el 4 de diciembre de 2010* a) *Fundamentación jurídica. ¿Estado de alarma, de excepción o de sitio?* b) *Medidas adoptadas: concentración, suspensión de derechos y militarización.* c) *Análisis de legalidad, necesidad y proporcionalidad.* 4. *Control jurisdiccional y de constitucionalidad.* III. **CONCLUSIÓN Y PERSPECTIVA DE FUTURO.**

## I. LA OPCIÓN DEL CONSTITUYENTE Y EL MARCO LEGAL DE LOS ESTADOS EXCEPCIONALES

### 1. *El derecho de excepción en la Constitución española. Breve perspectiva comparada.*

El artículo 116 de la Constitución Española es el precepto que contempla los estados excepcionales en España, junto con el artículo 55.1, que da cuenta de la posibilidad de la suspensión general de derechos fundamentales durante la vigencia de los mismos. La recepción constitucional de un precepto que explícitamente contempla los estados excepcionales revela la opción del constituyente por el llamado “modelo del estado excepcional”, caracterizado por la tipificación de la emergencia que amenaza el orden constitucional, la determinación de la competencia para apreciar la concurrencia de dicha situación, la enumeración del elenco de medidas que correspondería adoptar con carácter excepcional, limitado, temporal, espacial y materialmente, para la superación de la misma, la fijación de un núcleo constitucional intangible o resistente, incluso en dicha situación de emergencia y las garantías previstas frente a la extralimitación en la utilización de los poderes excepcionales. Se trata de un modelo que pretende conseguir la máxima racionalización posible, para garantizar la vigencia del Estado de Derecho incluso en aquellas situaciones en que, por hipótesis, el mantenimiento de los poderes ordinarios no resulta suficiente para garantizar la defensa de la Constitución. Los modelos alternativos que existen en el constitucionalismo comparado son el de ausencia total de normativa constitucional reguladora del derecho de excepción<sup>1</sup> y el de la “dictadura constitucional”<sup>2</sup>. El primero asume que no puede existir norma constitucional para el derecho de excepción porque, o bien no se admite que

---

<sup>1</sup> En el modelo del estado excepcional, además de la española, se encuentran Constituciones como la de Portugal (art. 19), Grecia (art. 48), Países Bajos (art. 103) y Finlandia (art. 23) si bien con regímenes jurídicos heterogéneos.

<sup>2</sup> Una descripción de los diversos modelos puede verse en CRUZ VILLALÓN, P.: *Los estados excepcionales y suspensión de garantías*. Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pp. 23-35. Para un recorrido más reciente por el derecho comparado en los países de nuestro entorno, vid. KHAKEE, A.: “Security democracy?. A comparative analysis of Emergency Powers in Europe”. *Geneva Centre for the Democratic Control of the Armed Forces. Policy Papers*, nº 30, 2009. Disponible en: [https://www.files.ethz.ch/isn/99550/pp30\\_anna\\_khakee\\_emergency\\_powers.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/99550/pp30_anna_khakee_emergency_powers.pdf) [Consulta: 27/09/2018]. Se evidencia la regla general de que los Estados que han atravesado regímenes autocráticos recientes, anteriores al advenimiento del texto constitucional vigente, suelen hacer un esfuerzo de racionalización mayor, lo que supone

la Constitución pueda ser “suspendida”<sup>3</sup>, o bien se asume que el Parlamento es soberano (como ocurre en los ordenamientos de la órbita del *common law*) y, por tanto, a él está sometido todo el orden jurídico, pudiendo modificarlo también mediante una “ley de indemnidad” (*martial law*) adecuada a la situación de necesidad, o bien convalidando el Parlamento, a posteriori, las medidas que se hayan tomado<sup>4</sup>.

De entre los ordenamientos que constitucionalizan el derecho de excepción, el modelo alternativo al del estado excepcional es la “dictadura constitucional”, que supone la concentración de los poderes del Estado bajo una magistratura única (como el introducido en el artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919<sup>5</sup> de donde pasó al artículo 16 de la Constitución de la V República francesa de 1958<sup>6</sup>) o bien el estado de guerra, declarado por las Cámaras confiriendo al Gobierno los poderes necesarios<sup>7</sup>. No existe un núcleo constitucional resistente a la situación de excepción, pero la diferencia con

---

una decidida apuesta por el modelo del estado excepcional como refuerzo del sistema democrático.

<sup>3</sup> Arts. 187 de la Constitución belga y 113 de la Constitución de Luxemburgo.

<sup>4</sup> El modelo puro de consagración de esta técnica se encuentra en el derecho inglés, caracterizado por su Constitución flexible, no escrita, descansa sobre el Parlamento como órgano soberano, lo que confiere a su actividad convalidante o exoneradora *ex post facto* un carácter netamente jurídico, a diferencia de aquellos sistemas jurídicos continentales que lo han incorporado (Bélgica, Luxemburgo), cuya Constitución rígida impide que la actividad posterior del Parlamento pueda considerarse verdaderamente exoneradora en el plano jurídico, produciendo únicamente efectos en el plano político (ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *El concepto de necesidad en derecho público*. Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 125).

<sup>5</sup> El art. 48 parágrafo segundo de la Constitución de Weimar señalaba: “*Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de una manera grave e inmediata y se interrumpa el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, el Presidente de la República tomará las medidas que tales circunstancias exijan, después de consulta oficial con el Primer Ministro, con los presidentes de las Asambleas y el Consejo Constitucional*”.

<sup>6</sup> El art. 16 de la Constitución francesa señala: “*Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de una manera grave e inmediata y se interrumpa el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, el Presidente de la República tomará las medidas que tales circunstancias exijan, después de consulta oficial con el Primer Ministro, con los presidentes de las Asambleas y el Consejo Constitucional*”. El art. 36 del mismo texto habilita para decretar el estado de sitio al Consejo de Ministros, pero su prórroga después del plazo de 12 días debe autorizarla el Parlamento.

<sup>7</sup> Art. 78 de la Constitución italiana y Cap. XIII de la Constitución sueca (Instrumento de Gobierno).

la dictadura soberana es que la dictadura constitucional tiene por finalidad, precisamente, la restauración de la vigencia de la Constitución. Finalmente existiría una dictadura constitucional matizada, como la que se establece en la Ley Fundamental de Bonn, que deja al Parlamento (o, si este no puede reunirse, a una Comisión mixta del mismo) la declaración del estado de excepción, lo que incluye la posibilidad de –sólo en situación de urgencia por imposibilidad de reunir los órganos anteriores– la competencia es del Presidente– y consagra un núcleo constitucional intangible durante la vigencia de dicho estado, junto con un reforzamiento de las garantías frente a su utilización incorrecta, en concreto, y sin perjuicio de las actuaciones más propiamente jurisdiccionales, se prevé la posibilidad de constituir una comisión parlamentaria<sup>8</sup>.

La opción por uno u otro modelo lleva implícita, en definitiva, una toma de posición en la clásica discusión, abierta por Carl Schmitt<sup>9</sup>, sobre la incompatibilidad entre el derecho de excepción y el constitucionalismo. En la visión de Schmitt, las emergencias no pueden ser previstas y racionalizadas por el Derecho, y por tanto requieren siempre el ejercicio del poder absoluto. “Quien domine el estado de excepción, domina con ello al Estado, porque decide cuándo debe existir este estado y qué es lo que la situación de las cosas exige”<sup>10</sup>.

## *2. El derecho de excepción en la historia constitucional española. El origen de la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.*

La opción del constituyente español, la previsión expresa en la Constitución del estado excepcional, y, por tanto, la racionalización de la emergencia, trae causa de nuestro derecho histórico. Tradicionalmente se ha optado en España por la previsión constitucional de la adopción de medidas extraordinarias de suspensión de los derechos requiriendo la intervención de las Cortes en todo caso. En la Constitución de Cádiz (artículo 308) se introduce ya la previsión de la suspensión de determinadas garantías<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Arts. 115 y ss.

<sup>9</sup> SCHMITT, C.: *La dictadura*. Alianza Editorial, Madrid, 1985. Véase especialmente Capítulo 6: “La dictadura en el ordenamiento del Estado de Derecho existente. El Estado de sitio”, pp. 221 y ss.

<sup>10</sup> SCHMITT, C.: *Ibid*, p. 49.

<sup>11</sup> “Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese en toda la Monarquía o en parte de ella la suspensión de alguna de las formalidades prescritas en este

No obstante, fue la Constitución de 1869 la primera en contemplar el sistema de doble garantía legal, previendo su artículo 31 la suspensión temporal y “por medio de una ley” de ciertos derechos<sup>12</sup> “cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias”. La suspensión se regiría asimismo por una Ley de Orden Público establecida de antemano<sup>13</sup>. La Constitución de 1876 (artículo 17) sigue apostando por la garantía legal de la suspensión –aunque no previó la aprobación de una Ley de Orden Público, estando vigente la de 1870– pero además posibilita que el Gobierno, bajo su exclusiva responsabilidad, acuerde la suspensión de garantías en los casos de urgencia grave, siempre que las Cortes no estuviesen reunidas, debiendo el acuerdo del Gobierno, en este supuesto, someterse a la aprobación del Legislativo “lo más pronto posible”. Por otra parte, el texto de la Constitución de la Segunda República de 1931 consagra, en su artículo 42, la garantía legal (vigencia de la Ley de Orden Público durante la situación excepcional) pero permite al Gobierno, mediante decreto, suspender las garantías de los derechos enunciados, “cuando así lo exija la seguridad del Estado en casos de notoria e inminente gravedad”. Si las Cortes estuvieran reunidas “resolverán sobre la suspensión acordada por el Gobierno”; si estuvieran cerradas, el Gobierno debería convocarlas en el plazo máximo de ocho días, quedando automáticamente convocadas, en su defecto, al noveno día y sin poderse disolver las mismas hasta resolver sobre la suspensión acordada por el Gobierno. Finalmente, si las Cortes estuviesen disueltas la competencia para resolver, con idénticas atribuciones que las Cortes, quedaba a la Diputación Permanente.

La Constitución de 1978 no configura el artículo 116 como un precepto directamente aplicable, porque en su apartado primero, mandata al Legislador (orgánico) para que regule los estados de alarma, excepción y sitio y las competencias y limitaciones correspondientes.

---

*capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla para un tiempo determinado”.*

<sup>12</sup> En concreto, del *habeas corpus*, de la inviolabilidad del domicilio y la residencia, y de las libertades de pensamiento, reunión y asociación.

<sup>13</sup> Dicha Ley de Orden público se promulgaría el 23 de abril de 1870 y estaría en vigor, con el paréntesis de la vigencia de la Ley para la defensa de la República de 1931, hasta 1933. En este año se promulga la Ley de Orden Público, que regulaba estados excepcionales de naturaleza civil, (ordinario, de prevención y de alarma) y otro más de naturaleza militar, que coincidía con el estado de guerra.

La primera iniciativa legislativa para desarrollar el artículo 116 de la Constitución se produjo ya dentro del primer año de vigencia de la misma, con el Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana enviado por el Gobierno a las Cortes el 6 de setiembre de 1979<sup>14</sup>.

Teniendo en cuenta el previo informe de la Ponencia, la Comisión constitucional en fecha 20 de octubre de 1980 dictaminó el desglose del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana en cuatro proyectos de Ley, y fue la parte relativa al artículo 55.2 CE, la que se aprobó en primer lugar, como Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre la suspensión individual de garantías contemplada en el artículo 55.2 de la Constitución (hoy derogada por la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución).

La fracasada rebelión militar de 23 de febrero de 1981, en el curso de la cual la III Región militar (Valencia) fue declarada estado de sitio por su Capitán General, fue un vívido recordatorio de que el mandato de la

---

<sup>14</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n. 73-I, pp. 357-382. El proyecto se estructuraba en cinco Capítulos: Primero y Segundo sobre las autoridades gubernativas, sus competencias y facultades en situaciones de normalidad y medidas preventivas para evitar el surgimiento de situaciones perturbadoras de la seguridad pública; Tercero, denominado “los estados de alarma, excepción y sitio” sobre facultades extraordinarias (con sus límites) de que puede hacer uso la autoridad para restablecer la situación de normalidad, supuesta la existencia de una alteración de la misma; Cuarto, sobre potestades gubernativas especiales en relación con los supuestos del artículo 55.2 de la Constitución para la suspensión individual de derechos en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas; y, finalmente, un Quinto, en el que se definen las funciones, principios de actuación y estatuto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Se trataba de una propuesta de normativa heterogénea, destinada a regular conjuntamente las competencias ordinarias de las autoridades y el estatuto y funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 104.2 CE), los estados excepcionales (artículo 116 CE) y la suspensión de garantías en el supuesto del artículo 55.2 CE (legislación antiterrorista). Era esta última cuestión lo que más urgencia tenía para el Gobierno, porque en diciembre de 1979 caducaba la vigencia de la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados, ley de suspensión individual de garantías o “ley antiterrorista”. Esta urgencia se aplazó relativamente con la prórroga de esta Ley, por otro año, mediante Real Decreto-Ley 19/1979, de 23 de noviembre, por el que se modifica parcialmente el Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, que creó la Audiencia Nacional y se prorroga la vigencia de la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados.

Constitución al legislador para que se realizase un desarrollo del artículo 116 resultaba insoslayable en democracia y evidenció la necesidad de abordar con urgencia la regulación de esta materia. A partir del Capítulo III del citado Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana, que trataba de “los Estados Excepcionales”, se retomó la tramitación del Proyecto de Ley relativo a esta parte, de acuerdo con el anteriormente referido desglose acordado por la Comisión Constitucional en fecha 20 de octubre de 1980. El Gobierno solicitó por escrito el 23 de marzo de 1981 su tramitación por el procedimiento de urgencia, a lo que la Mesa de la Cámara prestó su conformidad al día siguiente. La tramitación fue bastante rápida<sup>15</sup>, publicándose finalmente en el BOE de 5 de junio como Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

La extensión de este trabajo impide entrar en los pormenores de la aplicación –más bien, inaplicación– del artículo 116 de la Constitución en ausencia de su normativa de desarrollo, para hacer frente al golpe de Estado del 23 de febrero de 1981. Baste una sola consideración: el delito de rebelión militar en que incurrieron los autores del golpe de Estado comportó, en la práctica, un secuestro del Gobierno en el interior de la sede del Congreso de los Diputados, lo que hacía, de hecho, inviable la aplicación del artículo 116.4 de la Constitución, que exige que el Gobierno proponga y el Congreso, por mayoría absoluta, declare el estado de sitio, determinando su ámbito territorial, duración y condiciones. Como es notorio, este tipo de emergencia no se encuentra prevista –y difícilmente puede encontrarse en las constituciones partidarias del modelo del estado excepcional– por lo que fue la Corona el órgano constitucional que hubo de asumir la defensa de la Constitución. Que la Jefatura del Estado asuma todos los poderes en tales circunstancias sólo sería posible en el modelo de dictadura constitucional, lo que quizá exija recordar, aplicada al caso concreto, la referida posición de Carl Schmitt sobre la imposibilidad de racionalización de toda situación

---

<sup>15</sup> Informe de la Ponencia: 6-IV-1981. Dictamen de la Comisión:7/9-IV-1981. (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm.73-2 ter., de 14-IV-1981. Aprobación por el Pleno:23-IV-1981.Texto publicado el 30-IV-1981. Diario de Sesiones (Pleno), núm.162. Remisión al Senado, Texto remitido por el Congreso de los Diputados, BOCG Senado, Serie II, núm.168(a), de 7-V-1981. Informe de la Ponencia: 13-V-1981. Dictamen de la Comisión y votos particulares: 13-V-1981. Aprobación por el Pleno: 14-V-1981. Texto publicado el 16-V-1981. Diario de Sesiones (Pleno), núm.105. Aprobación definitiva por el Congreso: 20-V-1981. Texto publicado el 28-V-1981. Diario de Sesiones (Pleno), núm .170.

de emergencia: porque mantener la supremacía de la Constitución, huyendo de la vía de hecho para superar toda situación de emergencia, no siempre es posible. No obstante, y pese al comprensible debate suscitado, no deberían sentarse, como criterio, actos institucionales producidos en situación de excepcionalidad, para justificar pretendidos poderes residuales, competencias de excepción o mando efectivo del Rey<sup>16</sup>.

Lo anterior es un buen exponente de que es el estado democrático el que tiene la servidumbre, frente al autocrático, de prever mecanismos de defensa política de la Constitución para impedir, precisamente, que la normatividad de lo fáctico termine desbordando a la propia democracia constitucional. Veamos en qué medida esto sucedió en la única ocasión en que la regulación relativa a los estados excepcionales se ha puesto en práctica en estos 40 años de vigencia de la Constitución española.

## II. EL ESTADO DE ALARMA DECLARADO POR RD 1673/2010 DE 4 DE DICIEMBRE Y PRORROGADO POR RD 1717/2010 DE 17 DE DICIEMBRE

### *1. Antecedentes de hecho*

El estado de alarma entró en vigor a las 21:30 h. el día 4 de diciembre, y se extendió hasta el sábado 15 de enero a las 12 de la noche. Fueron 43 días de vigencia del primer estado de alarma en España, para hacer frente a la crisis que los controladores de tránsito aéreo habían desencadenado abandonando masivamente, y sin previo aviso, sus puestos de trabajo, la tarde del día 3 de diciembre de 2010, viernes, víspera del conocido como “puente de la Constitución”, que se extendía hasta el miércoles siguiente, día 8 de diciembre, inclusive. Esta “huelga” ilegal, producto de meses de desencuentro con el Gobierno<sup>17</sup>, originó el cierre del espacio aéreo español, imposibilidad de la

---

<sup>16</sup> Vid., BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: *El Poder del Rey: alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*. Senado, Madrid, 2003; BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: *Las instituciones funcionaron: 25 años del golpe*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

<sup>17</sup> El Real Decreto-Ley 1/2010, de 5 de febrero devolvía a AENA el control de este colectivo, pues anteriormente eran los propios controladores los que se autorregulaban en cuestiones de gestión y supervisión. Poco después, entró en vigor la Ley 9/2010 de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, además de imponer más estrictas condiciones laborales, se acompañaba con una baja en el salario. Los controladores impug-

prestación del servicio de tránsito aéreo, cuantiosas pérdidas económicas y vulneración de derechos fundamentales, en concreto, el de libre circulación garantizado por el artículo 19 de la Constitución, de gran cantidad de usuarios.

El día anterior a la declaración del estado de alarma, día 3 de diciembre de 2010, entró en vigor el Real Decreto-Ley 13/2010<sup>18</sup>, que ratificaba la jornada laboral y las condiciones laborales objeto del conflicto y apelaba a AENA para facilitar lo dispuesto en el art. 4.4.a) de la Ley de Seguridad Aérea, siendo sometidos los controladores de tránsito aéreo de la citada entidad a la dirección del Ministerio de Defensa, quien asumiría su organización, planificación, supervisión y control. Esa misma tarde, sucedió el abandono masivo de los puestos de control. Siguió a ello el RD 1611/2010, de 3 de diciembre, “como consecuencia del conflicto provocado por los controladores de tránsito aéreo que, mediante

---

naron dichas normas ante la Audiencia Nacional, sin que fueran acogidas sus pretensiones. El Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto, por el que se establecían normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores aéreos, supuso un paso más. Se retomó tras el descanso vacacional la negociación colectiva, generándose un aumento de la tensión, que apuntó a un momento de crisis tras el anuncio por parte de los controladores de que estaban llegando al tope de las horas que estaban obligados a trabajar, llegando a partir del 28 de noviembre a realizarse cierres parciales en aeropuertos concretos por controladores que no acudían a sus puestos de trabajo alegando que habían cumplido ya con la totalidad de las horas de su jornada anual. Posteriormente siguió el anuncio de que la totalidad de los controladores no acudirían a sus puestos de trabajo por la misma razón. El Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre (convalidado posteriormente el 21 de diciembre por el Pleno del Congreso de los diputados), de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomento de inversión y la creación de empleo, que en su Disposición adicional segunda, ratificaba la jornada laboral aprobada el 5 de agosto, y apelaba a AENA para facilitar lo dispuesto en el art. 4.4.a) de la Ley de Seguridad Aérea, quedando sometidos los controladores de tránsito aéreo de la citada entidad a la dirección del Ministerio de Defensa quien asumiría su organización, planificación, supervisión y control. Esa misma tarde, sucedió el abandono masivo de los puestos de control alegando encontrarse en el siempre utilizado supuesto –incapacidad psicológica– previsto en la Ley de Navegación Aérea (modificada asimismo en el art. 4.4.a) que fue también modificado por este mismo Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, para forzar el sometimiento a un reconocimiento pericial que aseverase la existencia de esta circunstancia. Al día siguiente de declaró el estado de alarma, como más adelante se expondrá. (ABA CATORRA, A.: “El estado de alarma en España”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 313-314).

<sup>18</sup> Modificativo del apartado segundo de la Disposición Adicional primera “Medidas extraordinarias” de la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo.

una acción concertada, han resuelto, sin aviso previo, no desarrollar en la tarde del día 3 de diciembre de 2010 su actividad profesional”<sup>19</sup>. Este Real Decreto supuso una “militarización operativa” de la entidad pública empresarial AENA, al quedar facultades directivas esenciales, cuales eran la dirección del control de la circulación aérea general en todo el territorio nacional y las funciones de organización, planificación, supervisión y control de los controladores de tránsito aéreo, bajo las órdenes del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, advirtiéndose que ningún trabajador podría dificultar o impedir la efectividad de dicha medida, y que se incurriría en las responsabilidades disciplinarias (laborales) civiles y penales ordinarias –que no militares– en caso de incumplimiento de dicha obligación. Esta militarización simplemente operativa, nada tenía que ver con la que se preveía en la derogada Ley 50/1969, de 26 de abril, básica de Movilización Nacional<sup>20</sup>, que implicaba una asimilación militar del personal de las empresas movilizadas en orden a la normalización de la producción de bienes y prestación de servicios, con el sometimiento consiguiente de todo este personal al Código de Justicia Militar, aunque manteniendo las respectivas empresas su dirección y administración. La militarización meramente operativa de AENA, acordada en el RD 1611/2010, no implicaba *per se* una militarización de su personal, ni sometimiento del mismo al Código de Justicia Militar, sino únicamente el ejercicio por parte de la autoridad militar de determinadas funciones de dirección de la entidad pública empresarial<sup>21</sup>, cubierta, además, por el artículo

<sup>19</sup> En su artículo único se disponía:

*“El Ministerio de Defensa pasa a ejercer la dirección del control de la circulación aérea en todo el territorio nacional hasta tanto existan garantías de que se recupera la normalidad en la prestación de sus servicios por los controladores aéreos civiles.*

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

<sup>20</sup> Esta Ley, derogada por la ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, se aplicó de hecho en los primeros años de la vigencia de la Constitución, para la militarización de empresas por alteraciones en las prestaciones de servicios esenciales como consecuencia de conflictos laborales en los que no se había cumplido la normativa de huelga. Así ocurrió con la Empresa Unión Eléctrica de Canarias, S. A. (UNELCO) por RD 392/1979, de 3 de marzo, con la Empresa F.C. Metropolitana de Barcelona, S.A., por RD 399/1979, de 3 de marzo). Antes de la entrada en vigor de la Constitución, se había militarizado por esta misma vía el Metro de Madrid (julio de 1970), la Empresa Nacional Bazán (marzo de 1972), RENFE y Correos (enero de 1976) y otras (SEDANO LORENZO, A.: *El estado de alarma y la justicia militar. A propósito de la crisis de los controladores aéreos*. Ed. Liber Factory, Madrid, 2015, p. 27, notas 13 y 14).

<sup>21</sup> SEDANO LORENZO, A.: *Ibid*, p. 39.

4.4 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, que permite el control de la circulación aérea por parte del Ministerio de Defensa, tanto en tiempos de conflicto armado, como cuando el Presidente del Gobierno lo decida, por concurrir circunstancias extraordinarias que así lo aconsejen, o cuando se den situaciones de emergencia declaradas por el Ministerio de Defensa<sup>22</sup>.

Como es sabido, el Consejo de Ministros extraordinario, al día siguiente, mediante RD 1673/2010, de 4 de diciembre (que, en aplicación del artículo 2 de la Ley Orgánica reguladora de los estados excepcionales, entró en vigor en el momento de su publicación, 21.30 horas) declaró el estado de alarma. El artículo 1 de esta norma disponía:

*“Al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 apartado c. en relación con los apartados a. y d. de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, se declara el Estado de Alarma con el fin de afrontar la situación de paralización del servicio público esencial del transporte aéreo”.*

A diferencia de lo acontecido el día anterior tras la aprobación del RD 1611/2010, la declaración del estado de alarma comportó, esta vez sí, una militarización de los controladores aéreos, que pasaron a tener la consideración de personal militar. Efectivamente, en el art. 3 del RD 1673/2010, bajo el rótulo “ámbito subjetivo”, se disponía:

*“En virtud de lo dispuesto en los artículos 9. Uno y 12. Dos de la Ley Orgánica 4/1981 en relación con el artículo 44 de la Ley 48/1960, de 21 de julio sobre Navegación Aérea, todos los controladores de*

---

<sup>22</sup> Otro ejemplo de militarización operativa en periodo de normalidad constitucional se encuentra en el RD 1097/2011, de 22 de julio, por el que se aprobó el Protocolo de Intervención de la Unidad Militar de Emergencias, que dispone que en aquellas emergencias declaradas de interés nacional, la dirección y coordinación operativa de las actuaciones que deban realizarse en la zona siniestrada en el ámbito de la protección civil corresponderá al Jefe de la UME bajo la dependencia del Ministerio del Interior conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Norma Básica sobre Protección Civil, sin perjuicio de las competencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de seguridad pública”. De hecho, en el ámbito de la protección civil no es preciso declarar el estado de alarma para que el Gobierno –a través del Ministro del Interior– pueda adoptar alguna de las medidas sobre asunción de competencias y “concentración” de la Administración a que se refiere el artículo 8 del Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil y los arts. 15 a 19 de la Ley 2/1985 de 21 de enero sobre Protección Civil.

*tránsito aéreo al servicio de AENA pasan a tener, durante la vigencia del estado de alarma, la consideración de personal militar a los efectos de lo previsto en el artículo 10. Uno de la citada Ley Orgánica y en consecuencia, quedan sometidos a las órdenes directas de las autoridades designadas en el presente Real Decreto y a las leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre”.*

Complementaba este artículo lo dispuesto en el artículo 6, bajo el rótulo “autoridad delegada del Gobierno”:

*“El Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire y las autoridades militares que designe adoptarán las decisiones pertinentes en cumplimiento de lo que dispone el artículo 3 del presente Real Decreto”.*

## *2. Análisis de los aspectos formales. Procedimiento de la declaración y prórroga del estado de alarma*

El artículo 116.2 CE dispone que el estado de alarma lo declara el Gobierno mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, por un plazo máximo de quince días, debiendo dar cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto, y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El Decreto debe determinar el ámbito territorial al que se extienden los efectos de la declaración.

El Gobierno, a través del Ministro de la Presidencia, debe remitir escrito al Presidente del Congreso de los Diputados, comunicando el acuerdo del Consejo de Ministros de declarar el estado de alarma, acompañando (artículo 162.1 del Reglamento del Congreso) el Real Decreto de declaración del estado de alarma. Una vez publicado en el BOE el RD 1673/2010, de 4 de diciembre, que declaró el estado de alarma<sup>23</sup>, este entró en vigor<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Este fue aprobado a propuesta del Vicepresidente primero del Gobierno y Ministro del Interior, de la Ministra de Defensa y del Ministro de Fomento y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de diciembre de 2010. Así pues, la propuesta, deliberación, aprobación, refrendo y publicación se produjeron en la misma fecha. La expedición por el Rey del Decreto se hizo en la Embajada de España en Buenos Aires, es decir, a distancia. El refrendo de este acto del Rey lo realizó el Vicepresidente Primero y Ministro de la Presidencia.

<sup>24</sup> Lo que el Congreso debe hacer a partir de este momento no está regulado, planteándose la duda de si el artículo 162.1 del Reglamento podría constituir una excepción a lo previsto en el artículo 165.1. Es decir, si la convocatoria inmediata del Pleno que se fija

La prórroga del estado de alarma se dispuso mediante RD 1717/2010, de 17 de diciembre, que justificó su necesidad recordando que los hechos que afectaron al tráfico aéreo en España fueron de un enorme gravedad tanto por el número de ciudadanos afectados, como por los perjuicios económicos que se causaron, así como por el daño a la imagen internacional de España y por la alarma social generada, afirmando además que el funcionamiento del servicio esencial al que el conflicto afectaba no podía considerarse que supiera restablecido plenamente en la situación de normalidad.

*“La consideración de los hechos acaecidos, el conjunto de tareas que han de seguir abordando se para asegurar la consolidación de la normalidad en el servicio público del transporte aéreo, y la alarma social experimentada y aún viva en el conjunto de los ciudadanos, impiden que se pueda dar ya por superada la crisis desencadenada en los días pasados”.*

Así pues, la justificación de la prórroga, corroborada en su intervención ante el pleno de la Cámara por el Ministro de la Presidencia, radicaba, en síntesis, en que “la simple situación de incertidumbre representa un coste

---

en el artículo 165.1 incluye también la comunicación de la declaración del estado de alarma o sólo aquellos supuestos en los que se requiere un pronunciamiento expreso de la Cámara para autorizar actos en relación con los estados excepcionales, es decir, en este caso, su prórroga. Aunque la cuestión no queda clara en la letra del Reglamento, lo cierto es que en la tramitación se interpretó que el artículo 165 exigía la convocatoria del Pleno también para recibir la comunicación informativa del Gobierno de la declaración del estado de alarma (Ver Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Núm.210 de 09/12/2010 p. 2 y ss). La toma de conocimiento por el Pleno se sustanció mediante debate, que, según la práctica habitual, se estructuró en una primera intervención del Gobierno sin límite de tiempo, un turno de fijación de posición de los Grupos parlamentarios por diez minutos, en orden de mayor a menor, y cierre del mismo por el Gobierno. Al tratarse de una mera comunicación, no cabe la presentación de propuestas de resolución por parte de los Grupos parlamentarios y tampoco se prevé votación alguna. Mientras dura el estado de alarma, debe garantizarse que el Congreso de los Diputados esté puntualmente informado de todas las decisiones y medidas adoptadas por el Gobierno. La comunicación entre la Cámara y el Ejecutivo se hace a través de la Comisión Constitucional, a la que aquel suministra toda la información que se solicite sobre la materia, dándole asimismo cuenta de cuantos Decretos apruebe con motivo del estado de alarma, pudiendo la Comisión tramitar cuantas iniciativas se presenten, particularmente las relacionadas con el control al Gobierno y especialmente las preguntas y solicitudes de comparecencia. Sin embargo, dada la escasez del lapso temporal que se prevé para la vigencia del estado de alarma, las posibilidades de control del Ejecutivo se limitan, lógicamente. VV. AA.: “Comentario al artículo 162”. En: RIPOLLÉS SERRANO, M. R. [Coord.]: *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*. Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, pp.1124-1126.

inasumible para España”. Asimismo, indicó que el plazo de la prórroga, que se extendió otros quince días más, era el estrictamente indispensable para restablecer la normalidad plena en la seguridad aérea. *“Por normalidad quiero decir, no una normalidad que dependa de un supuesto compromiso de los que provocaron el problema. No son tiempos de palabras, son tiempos de seguridades”*<sup>25</sup>.

La prórroga del estado de alarma es una competencia del Congreso de los Diputados, lo que se entiende en el contexto de la valoración sobre la oportunidad y conveniencia política de la misma, tanto del alcance como de las medidas vigentes. Nada impide, por ello, que en el terreno de la estricta valoración de la oportunidad, se entienda que no se está en disposición de correr riesgos. No se trata de una valoración judicial que obligaría a entrar en los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, sino de una valoración estrictamente política, lo que permite un margen de apreciación más amplio. Precisamente por ello existe, en la representación de la soberanía, en este caso residente en la Cámara Baja, la posibilidad de valorar y la posibilidad de proponer medidas distintas, o con un alcance distinto, de lo que ha sido propuesto inicialmente por el Gobierno<sup>26</sup>. No fue el caso<sup>27</sup>. En esta ocasión, el Real Decreto de prórroga, en cumplimiento de los términos de la autorización de la Cámara, mantuvo, tanto en extensión como en las

---

<sup>25</sup> De este modo, se rechazó un comunicado suscrito el día anterior por un 85% de los controladores comprometiéndose a no volver a abandonar sus puestos de trabajo durante la festividad navideña de 2010.

<sup>26</sup> Nuevamente se plantea un problema interpretativo respecto del plazo para solicitar la prórroga, porque la dicción del artículo 162.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados señala que la solicitud del Gobierno debe ser anterior a la expiración del plazo de quince días por el que se declaró el estado de alarma. Este sentido común interpretar que no debe apurarse el mismo, pues para que se entienda prorrogado el estado de alarma la solicitud ha debido llegar con la antelación suficiente para que el Congreso se pronuncie al respecto, porque de lo contrario la Cámara estaría pronunciándose sobre un estado ya caducado. Según el artículo 162.3 del Reglamento, los Grupos parlamentarios, una vez calificado por la Mesa de la Cámara el escrito de solicitud del Gobierno, pueden presentar sus propuestas de resolución hasta dos horas antes del comienzo de la sesión en que haya de debatirse la concesión de la autorización solicitada. Dicha sesión plenaria, según establece el 162.4 del Reglamento, se sustancia mediante un debate que se ajusta a las normas previstas para los de totalidad, abriendo el turno de intervención el Gobierno. Finalizado el debate, se someten a votación la solicitud y las propuestas presentadas VV.AA.: “Comentario al artículo 162”. En: RIPOLLÉS SERRANO, M. R. [Coord.]: *Op. cit.*, p. 1126.

<sup>27</sup> DS. Congreso de los Diputados Núm.214 de 16/12/2010 Pág: 2 (Pleno) Autorización de prórroga.

medidas adoptadas, todo lo ordenado por el RD 1673/2010, hasta las 24 h. del día 15 de enero de 2011, día en que finalizó el estado de alarma.

### 3. *Análisis jurídico-constitucional de la declaración del Estado de alarma declarado el 4 de diciembre de 2010.*

#### a) Fundamentación jurídica. ¿Estado de alarma, de excepción o de sitio?

De los tres estados excepcionales mencionados en el texto constitucional es el estado de alarma, sin duda, el más impreciso, tanto en lo relativo al supuesto de hecho habilitante para su declaración como respecto de las medidas extraordinarias que pueden adoptar<sup>28</sup>. En los debates constituyentes, los partidarios de su constitucionalización coincidieron en subrayar el carácter apolítico del mismo, para diferenciarlo de los estados de excepción y sitio (que poseen muy diversa naturaleza) lo que finalmente pretendió consagrarse en el artículo 4 c) de la Ley Orgánica<sup>29</sup>. La doctrina hace una valoración muy crítica de su redacción<sup>30</sup>. En relación con el apartado c), sobre todo, pues quizá el legislador pretendiera eliminar del estado de alarma los supuestos de conflictividad social, como pedía la enmienda del Grupo comunista<sup>31</sup>, que abogaba por una supresión total de la referencia a los conflictos colectivos. Pero al aceptarse una fórmula de compromiso, esto no se consiguió totalmente, porque el supuesto de hecho del apartado c) consiste en la imposibilidad de mantener el funcionamiento mínimo de los servicios esenciales para la comunidad en caso de huelga o de

<sup>28</sup> En este sentido, se ha señalado, incluso: “el estado de alarma y la nada son la misma cosa, porque las facultades de la autoridad son las mismas que le corresponden en periodo de normalidad”. CARRO MARTÍNEZ, A. “Comentario al artículo 116 CE”. En: ALZAGA VILLAMIL, O. [Coord.]: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Cortes Generales, Madrid, p. 253.

<sup>29</sup> El cual contempla cuatro supuestos de hecho:

“a) *Catástrofes, calamidades o desgracias públicas como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.* b) *Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves* c) *Paralización de los servicios públicos esenciales de 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.* d) *Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad”.*

<sup>30</sup> Por todos, CRUZ VILLALÓN, P.: *op. cit.*, p. 70.

<sup>31</sup> DSCD, n. 160 (1981), p. 9894.

cierre patronal<sup>32</sup>, bien que se atenúa radicalmente al verse necesitada esta circunstancia de la concurrencia de cualquiera de los otros tres supuestos del artículo 4. Esta adición ha comportado la transformación del apartado c) del artículo 4 en un “no– supuesto”, como se ha dicho expresivamente<sup>33</sup>, salvo que tal situación de conflictividad social supusiera un desabastecimiento de productos de primera necesidad (supuesto del apartado d). En suma, no cabe cuando el desabastecimiento afecte a “servicios”, pues en este caso, el supuesto de hecho ya no pertenece al ámbito del estado de alarma sino del estado de excepción<sup>34</sup>.

La llamada “huelga salvaje” de los controladores derivó en el desabastecimiento del servicio público esencial del transporte aéreo, a lo cual, según la estricta letra de la ley debiera haber seguido la declaración de un estado de excepción. ¿Por qué el Gobierno no optó por esta vía?

No es muy aventurado suponer que fue por una razón de tipo práctico, bastante determinante. La declaración del estado de excepción –y también, la declaración del estado de sitio, que es el que realmente hubiera cubierto las medidas que se aprobaron, como más adelante se expondrá– comporta la convocatoria de un Pleno del Congreso de los Diputados para

---

<sup>32</sup> SERRANO ALBERCA, J.M.: “Comentario al artículo 116”. En: GARRIDO FALLA, F. [Coord.]: *Comentarios a la Constitución*. Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 1782.

<sup>33</sup> CRUZ VILLALÓN, P.: *op. cit.*, p. 70. Señala este autor que el estado de alarma, tal y como aparece configurado en su normativa, es un supuesto de problemática funcionalidad, ya que, de una parte, no pueden adoptarse bajo su vigencia medidas destinadas a suspender derechos como la huelga y la adopción de medidas de conflicto colectivo, por lo que no puede hacer frente realmente a crisis de desabastecimiento que tengan origen en conflictos sociales, y por otro, frente a emergencias naturales o tecnológicas el estado de alarma aparece como escasamente funcional, pues existe legislación sectorial –véase la citada de protección civil, sanidad, incendios– que contempla específicamente medidas propias del estado de alarma con la ventaja de que no es preciso acudir a las formalidades de su declaración. Ello se ha puesto de manifiesto cuando no se ha activado el estado de alarma en ninguna de las catástrofes por incendios, inundaciones o crisis sanitarias por las que ha atravesado nuestro país.

<sup>34</sup> Efectivamente, el art. 13. Uno de la Ley Orgánica dispone:

*“Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de potestades ordinarias fuera insuficiente para establecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción”.*

declarar el estado de sitio, autorizar (o, en su caso, enmendar) las medidas del estado de excepción propuestas por el Ejecutivo, o, al menos, realizar unas directrices (de modo similar a lo que se hace en la técnica de la ley de bases) para que el Gobierno, con estricto respeto a los términos de la autorización parlamentaria, declare el estado de excepción. La dilación temporal que en circunstancias normales supone convocar un Pleno y que este decida efectivamente sobre todos estos extremos, puede llegar a hacer inviable la declaración inmediata del estado excepcional, con el consiguiente daño irreparable para la normalidad constitucional y para la adecuada garantía de los derechos de los ciudadanos.

#### b) Medidas adoptadas: concentración, suspensión de derechos y militarización

Lo primero que hay que constatar es la ausencia a cualquier referencia al estado de alarma en el artículo 55 de la Constitución, de modo que, ya se ha dicho, bajo la vigencia de este estado no cabe en absoluto suspensión de derechos. La suspensión del derecho a la huelga<sup>35</sup> previsto en el artículo 55 sólo cabe, junto con la suspensión de otros importantes derechos fundamentales, bajo la declaración del estado de excepción. Sí que cabe, a tenor de lo establecido en el artículo 116.1, que el legislador establezca limitaciones a los mismos<sup>36</sup>.

En el estado de alarma, como en cualquiera de los estados excepcionales, se produce una concentración del poder, en virtud de la cual, las autoridades civiles, los funcionarios y los trabajadores al servicio de las administraciones públicas quedan “bajo las órdenes directas de la autoridad competente” (artículo 9 de la LO 4/1981). Esta autoridad, además, en este sector, puede ser militar, en aplicación del art. 4.4 de la Ley de Seguridad Aérea.

---

<sup>35</sup> Y ello, con independencia de aseverar que no estamos ante el ejercicio del derecho a la huelga por parte de los controladores, que no acudieron en ningún momento a la formalización del conflicto según su normativa reguladora, sino ante una huelga ilegal, y, por tanto, no cubierta por el manto de protección de dicho derecho fundamental.

<sup>36</sup> La Ley Orgánica recoge asimismo estas diferencias, porque mientras para el estado de alarma habla de “limitar” la circulación o permanencia de personas o vehículos (artículo 11) en el artículo 20, dentro de las medidas del estado de excepción, habla ya de “prohibir”.

Respecto del estado de alarma por conflictividad social que resulte en un desabastecimiento de productos esenciales, es posible, además “*impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo 4*”. (artículo 11. e) de la Ley Orgánica). Asimismo, dispone el artículo 12.dos que

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

Así pues, si nos encontrásemos en el supuesto previsto en el art. 4 c) y d), de la Ley Orgánica, es decir, huelga legal, que hubiese comportado paralización de servicios esenciales que hubiesen llevado a un desabastecimiento de productos de primera necesidad, la movilización estaría legalmente cubierta, además, por aplicación directa de lo establecido en el art. 12.dos de la Ley Orgánica 4/1981. Efectivamente, cabe la movilización, si así lo dispone el decreto de su declaración, bajo la vigencia del estado de alarma, como lo indica el hecho de que en dicho art. 4 de la Ley Orgánica se declara “en todo caso” de aplicación supletoria respecto de lo dispuesto en él, la normativa vigente sobre movilización<sup>37</sup>.

Pero evidentemente, como ya se ha explicado, realmente el supuesto de hecho de la crisis de los controladores aéreos no encaja, según su dicción literal, en el art. 4, apartados c) y d), sino en el art.13.1 de la Ley Orgánica (estado de excepción); además, las medidas adoptadas fueron las propias del estado de sitio. Si la movilización carecía de cobertura legal es porque el estado que correspondía declarar no era, según la ley, el estado de alarma<sup>38</sup>. Esto parece claro.

---

<sup>37</sup> Además, la cobertura legal se produjo asimismo, como se ha señalado anteriormente, en el art. 4.4 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea y el Real Decreto Ley Real Decreto-Ley 13/2010 modificativo del apartado segundo de la Disposición Adicional primera “Medidas extraordinarias” de la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo. Hoy se dispone de una cobertura legal adicional, en la Ley de Seguridad Nacional.

<sup>38</sup> Esta infracción legal no es menor, y en mayor medida puede comprenderse esta si, como señala parte de la doctrina y más adelante se expondrá, para un eventual juicio de

Pero además de infracción legal en la movilización, lo que hubo respecto de la militarización fue, primariamente, una infracción constitucional<sup>39</sup>. A diferencia de lo que ocurrió con el Real Decreto del día anterior, la norma que declaró el estado de alarma supuso una militarización no simplemente operativa, sino la consideración de los controladores como personal militar, sometidos a las órdenes directas de los mandos militares en el control del tráfico aéreo, y, caso de incumplimiento, la sanción con arreglo a las leyes disciplinarias y penales militares. Esto supuso, *de iure*:

- a) Una suspensión del derecho de huelga –caso de que se hubiese querido instrumentar el conflicto por esta vía, de conformidad con su normativa reguladora (suspensión sólo permitida bajo el estado de excepción) puesto que su ejercicio hubiera resultado delictivo bajo la vigencia del estado de alarma, al poseer esta consideración en el Código Penal militar. Prohibición –y no simplemente limitación–, por tanto, de ejercicio del derecho fundamental del artículo 28 CE.
- b) Una extensión de la jurisdicción militar fuera del ámbito estrictamente castrense y de los supuestos de estado de sitio, que es el único ámbito constitucionalmente posible de este orden jurisdiccional (art. 117.5 CE) y la sumisión de los controladores aéreos a las leyes penales y disciplinarias militares, en atención a su consideración como personal militar.

### c) Análisis de legalidad, necesidad y proporcionalidad

Señala el artículo 1.2 de la Ley orgánica 4/1981:

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

Siendo esta la previsión general que habilita para declarar cualquiera de los estados excepcionales, el Real Decreto que declaró el estado

---

inconstitucionalidad, la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio constituye, además, parte del bloque de la constitucionalidad. En este caso, podría sostenerse que esta infracción legal lo es también constitucional.

<sup>39</sup> Conforme, CRUZ VILLALÓN, P.: *op. cit.*, p. 79.

de alarma se detuvo en explicar las circunstancias extraordinarias que concurrían por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo, añadiendo que el servicio de transporte aéreo es un servicio público esencial para la sociedad, invocando el derecho fundamental de libre circulación reconocido en el artículo 19 de la Constitución, el elevado número de ciudadanos afectados y la gravedad de los perjuicios causados. También se invocaba la necesidad de declarar el estado de alarma como *última ratio*: “*Habiendo fracasado todos los intentos para poner fin a la situación de catástrofe pública existente es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma en orden a eliminar los obstáculos que impiden su segura y continuada prestación*”. Por si esto no fuera suficiente, para dar cumplimiento a los principios de necesidad y proporcionalidad que se establecen en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción, Alarma y sitio, la norma se justificaba señalando: “*Las medidas que se contienen en el presente Real Decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación y resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma*”.

El análisis de la necesidad supone examinar si las medidas dictadas y su extensión material, espacial y temporal, eran las imprescindibles y menos lesivas para los derechos en juego, pero al mismo tiempo las realmente eficaces para defenderse de la crisis constitucional desencadenada. Desde este punto de vista, cabe preguntarse: ¿Fue realmente imprescindible declarar el estado de alarma? ¿Fue realmente necesaria su prórroga? ¿Las medidas –recordemos, propias de un estado de sitio– fueron las adecuadas, desde el punto de vista de la necesidad y proporcionalidad? El Congreso de los Diputados, único competente para responder en sede política a estas preguntas, así lo consideró, al autorizar la prórroga en los mismos términos que el estado de alarma decretado por el Gobierno.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico hay que decir que difícilmente puede superarse el test de la necesidad y proporcionalidad de las medidas tomadas, que en teoría deberían ser las menos lesivas para los derechos implicados, ponderando todas las circunstancias concurrentes, si no se ha superado previamente el test de la legalidad. De todo el análisis jurídico-constitucional anteriormente realizado parece desprenderse la nada confortable conclusión (para el Derecho) de que el Gobierno declaró un

estado de alarma, para hacer frente a un supuesto de hecho para el que la Ley requería la declaración de un estado de excepción, y adoptando el Gobierno, unilateralmente, y sin la previa intervención del Congreso de los Diputados que la Constitución exige, medidas propias de un estado de sitio<sup>40</sup>. Por supuesto que hubo razones de prudencia política y de eficacia, muy atendibles. Pero ello no debe hacernos perder una perspectiva valiosa en esta onomástica de la Constitución, que es plantear los retos de futuro que se abren, sin duda, a partir de estas constataciones, en pro de una mayor racionalización de los estados excepcionales, cuestión siempre problemática en las democracias actuales, pero no por ello, precisamente por imperativo democrático, menos digna de emprenderse.

#### 4. *Control jurisdiccional y de constitucionalidad*

Una de las cuestiones más delicadas es el control jurisdiccional de los estados excepcionales, que es lo que precisamente inserta el derecho de excepción dentro de la lógica de los sistemas democráticos, incluso en aquellos ordenamientos constitucionales que optan por el sistema de “dictadura constitucional” o próximo a este.

Los controladores de tránsito aéreo consideraron que la declaración del estado de alarma no se ajustaba a los supuestos previstos por el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981, que la medida de la militarización estaba al margen del Derecho y que la prórroga no estaba justificada, por lo que interpusieron varios recursos contencioso-administrativos ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Esta los inadmitió mediante siete Autos<sup>41</sup>. Se interpuso asimismo Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra el

---

<sup>40</sup> El artículo 35 de la Ley Orgánica 4/1981 señala que “*En la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar*”. Por tanto, sólo al Congreso, y no “a posteriori” de su declaración, como se establece en el estado de alarma, sino mediante la declaración del estado de sitio, que le compete a él en exclusiva, podría señalar, y además, de modo expreso –pues es una exigencia clave del principio de legalidad en materia sancionadora del artículo 25 CE– las conductas de desobediencia por parte de los controladores que pudieran ser tipificadas como delitos sometidos a la jurisdicción militar, que sólo se circunscribe, por otra parte, según el art. 117.5 CE, al ámbito estrictamente castrense y al estado de sitio.

<sup>41</sup> AATS 857/2011, de 10 de febrero, 2985/2011, de 9 de marzo, 3816/2011, de 5 de abril, 5696/2011 y 5698/2011, de 30 de mayo, 6821/2011, de 8 de junio y 6197/2012, de 1 de junio.

acuerdo del Pleno del Congreso de autorización de la prórroga, que fue inadmitido por Auto del Tribunal Constitucional 7/2012, de 13 de enero. Asimismo, se interpuso Recurso de amparo, contra el Auto del Tribunal Supremo 5696/2011 que negó la revisión jurisdiccional del decreto de declaración del estado de alarma, del acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicitaba al Congreso la autorización para prorrogarlo y del decreto de prórroga, recurso que fue admitido, avocado a Pleno y resuelto por la importante STC 83/2016, de 28 de abril.

Los problemas que se plantean en relación al control jurisdiccional de las normas y actos aplicativos del derecho de excepción giran en torno a la problemática y la discusión doctrinal en torno a las “inmunidades del poder”<sup>42</sup>: ¿las normas que declaran y prorrogan los estados excepcionales, son actos políticos o decisiones reglamentarias?<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Según la conocida expresión de E. GARCÍA DE ENTERRÍA.

<sup>43</sup> GARRIDO LÓPEZ, C.: “Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 110, 2017, pp. 51 y ss. De hecho, parte de la doctrina ha caracterizado los decretos previstos en el artículo 116 para poner en marcha los poderes excepcionales, como actos políticos o de gobierno, ajenos a derecho administrativo y exentos de control jurisdiccional, pues en tanto actos del gobierno, carentes de valor de ley, su control no podía residenciarse ante el Tribunal Constitucional, y por otra parte, al adoptarse bajo una habilitación constitucional expresa, tampoco serían susceptibles de revisión contencioso administrativa (FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”. *Revista de Derecho Político*, nº 11, 1981, pp. 98-99; SERRANO ALBERCA, J. M.: “Situaciones excepcionales y fuentes del derecho en la Constitución española de 1978”. En: VV. AA.: *La Constitución española y las fuentes del derecho*. Vol. III. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 1969-1971 y Comentario al art. 116 en GARRIDO FALLA, F., (dir), *op. cit.*, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 1151). Otro sector doctrinal, posteriormente avalado indirectamente por el Tribunal Constitucional (SsTC 196/1990, de 29 de noviembre y 220/1991, de 25 de noviembre), consideró que la naturaleza política de estas decisiones excepcionales no era óbice para controlar sus elementos reglados y su respeto a los derechos fundamentales a través del recurso de amparo (MATEU DE ROS CEREZO, R.: “Estados de alarma, excepción y sitio”. En: VV. AA.: *El Gobierno y Administración en la Constitución*. Vol. I. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, pp. 193-195 y LÓPEZ GUERRA, L.: “La posición constitucional del Gobierno”. En: VV. AA.: *El Gobierno y Administración en la Constitución*. Vol. I. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, p. 26). Algún sector doctrinal se mostró proclive a la extensión de la doctrina del control jurisdiccional de los decretos legislativos “*ultra vires*”, entendiendo que el decreto de prórroga del estado de alarma, y de declaración y prórroga del estado de excepción autorizados por el Congreso, tenían una naturaleza jurídica similar a estos (no en cuanto a ser normas con rango de ley, pero sí como normas autorizadas o emitidas por delegación) por lo que se extralimitarían en la delegación en la medida en que no se ajustaran a las autorizaciones parlamentarias

Esta discusión doctrinal quedó parcialmente sin objeto cuando, tras algunas sentencias del Tribunal Supremo que admitieron la fiscalización contencioso-administrativa de los actos de dirección política en lo relativo a eventuales extralimitaciones en los elementos reglados de la decisión gubernamental<sup>44</sup>, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 2.a) dio “jaque mate”<sup>45</sup> a la doctrina del acto político, sometiendo a esta jurisdicción “los actos y disposiciones del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuere la naturaleza de dichos actos”, en lo relativo a los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de la posible indemnización. No obstante, parte de la discusión, la relativa a la naturaleza jurídica de los decretos de excepción como normas autorizadas o emanadas por delegación, y por tanto, susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto se extralimitasen de la autorización concedida, continuó viva<sup>46</sup>.

También ha tenido un importante recorrido la discusión sobre la naturaleza jurídica de los decretos de excepción, una vez que se ha producido la autorización parlamentaria para la producción de los mismos: ¿constituyen normas con fuerza de ley?<sup>47</sup>.

---

correspondientes (RODRÍGUEZ OLIVER, M.: “Los ámbitos exentos de control por el Tribunal Constitucional español”. En: VV. AA.: *El Tribunal Constitucional*. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 2319-2320. En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, P.: *op. cit.*, p. 115-116 y LAFUENTE BALLE, J. M.: “Los estados de alarma, excepción y sitio (II)”. *Revista de Derecho Político*, nº 31, 1990, pp. 34 y 42, y SERRANO ALBERCA J. M.: *Op. cit.*, pp. 1791 y 1801).

<sup>44</sup> SSTS 28 junio 1994 y 4 abril 1997.

<sup>45</sup> Esta expresión es de JORDANO FRAGA, J.: “¿Jaque mate al acto político?”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 95, 1997, pp. 417-446.

<sup>46</sup> Así lo afirmó con ocasión del estado de alarma declarado el 4 de diciembre de 2010, REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: “Teoría vs. Práctica del estado de alarma en España”. En: VV. AA.: *Constitución y democracia: ayer y hoy, Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Vol. 2, Universitas, Madrid, 2012, pp. 1512-1513.

<sup>47</sup> Parte de la doctrina ha considerado que serían normas con fuerza de ley porque actuarían en aplicación directa de la propia Constitución, y por tanto esta naturaleza es predicable de todos los decretos, incluyendo el de declaración del estado de alarma que no precisa de autorización alguna por el Congreso. Dicha fuerza de ley tendría que ver con la condición de complemento imprescindible para la plena efectividad de preceptos constitucionales, independientemente de su procedencia parlamentaria y el carácter simple o complejo del procedimiento establecido para su adopción. Para este sector doctrinal, los actos con fuerza de ley serían todos aquellos directamente incardinados en la Constitución, que la realizan

Esta discusión doctrinal puede ahora completarse en el análisis jurisprudencial.

¿Cómo resolvieron los Tribunales, en la única ocasión en que se puso en práctica el derecho de excepción en España? Como se ha dicho ya, los Autos del Tribunal Supremo inadmitieron los recursos contencioso-administrativos presentados contra el Real Decreto de declaración y de prórroga del estado de alarma, y contra el acuerdo del Consejo de Ministros en que se decidió solicitar del Congreso autorización para prorrogarlo, siendo, en síntesis, el argumento para la inadmisión, la condición del Gobierno como órgano constitucional que desempeña funciones de dirección política reguladas directamente por la Constitución, como lo son la decisión de declarar el estado de alarma y de solicitar la autorización para su prórroga. Si bien es cierto que en aplicación del artículo 2.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, incluso los actos del Gobierno en relación con las Cortes no quedan exentos de control, sin embargo la impugnación iba dirigida contra un acto cuyo contenido había sido asumido en su integridad por el Congreso de los Diputados desde el momento en que este autorizó la prórroga del estado de alarma en los mismos

---

o desarrollan, razón por la cual no cabe someterlos a control de legalidad sino de constitucionalidad; y ello, sin perjuicio de que en ocasiones la normatividad constitucional deba ser completada por una norma legal a la que aquella se remitía, y que por esta razón se convierte también en canon o parámetro de referencia para el correspondiente juicio de constitucionalidad. Para este sector doctrinal, la Ley Orgánica de los estados de alarma excepción y sitio, por tanto, constituiría parte del bloque de la constitucionalidad (PORRES AZCONA, J.: “La decisión sobre los poderes excepcionales”. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 6, 1983, p. 47; GARCÍA CUADRADO, A. M.: “Aproximación a una teoría de los ‘Actos constitucionales’”. *Revista de Derecho Político*, nº 46, 1999, pp. 44-49; y del mismo autor, “Los actos parlamentarios con fuerza de ley”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 7, 1999, pp. 283-286; GARRIDO LÓPEZ, C.: “Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración”. *Revista de Derecho Político*, nº 68, 2007, pp. 133-139 y del mismo autor, “Sobre la naturaleza jurídica de la declaración de los estados excepcionales previstos en el art. 119 CE y su control jurisdiccional”. En: VV. AA.: *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Profesor Jordi Solé i Tura*. Vol. 2. Cortes Generales y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 1248-1251, y también, GARRIDO LÓPEZ, C.: *op. cit.*, p. 56). Sin embargo, parte de la doctrina confiere fuerza de ley únicamente a aquellos actos de incidencia constitucional en los que el Parlamento o una de sus Cámaras interviene en su procedimiento de adopción, lo que excluiría de esta categoría a los decretos exclusivamente gubernamentales como el de declaración del estado de alarma (CRUZ VILLALÓN, P.: *op. cit.*, p. 140; NAVAS CASTILLO, A.: *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*. Ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 46-50 y ARAGÓN REYES, M.: “Acto con fuerza de ley”. En: ARAGÓN REYES, M. y AGUADO RENEDEO, C.: *Temas básicos de Derecho Constitucional*. Tomo I. Ed. Civitas, Madrid, 2011, p. 433).

términos en que inicialmente fue declarado, “y, por esta razón, esa decisión asumida por la Cámara no es una actuación que pueda ser controlada por este orden contencioso-administrativo” (ATS 857/2011, Fundamento jurídico 4º). La autorización de la prórroga en los mismos términos constituye, para el Tribunal Supremo, una verdadera convalidación de la declaración inicial (ATS 2985/2011, Fundamento jurídico 3). Por los mismos argumentos, que “cobran todavía más fuerza en este caso” el acuerdo del Consejo de Ministros que solicitaba la prórroga queda exento de control, al considerarse “parlamentarizada la decisión gubernamental” (AATS 3816/2011)<sup>48</sup>.

El Tribunal Constitucional inadmitió asimismo el recurso de amparo interpuesto posteriormente por 322 controladores aéreos, contra el acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de diciembre de 2010, mediante ATC 7/2012 de 13 de enero. El Pleno del Tribunal, que avocó el conocimiento del recurso, consideró que las autorizaciones parlamentarias para prorrogar el estado de alarma y para declarar o prorrogar el de excepción, así como de la declaración y prórroga por la propia Cámara del estado de sitio, son decisiones parlamentarias que no adoptan forma de ley, pero configuran el régimen jurídico de cada estado de emergencia y suponen “excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas (...) disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas, si pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria” (Fundamento jurídico 4º). Efectivamente, no se trata de actos autorizatorios de trámite carentes de eficacia externa, sino que tienen un contenido normativo o regulador, puesto que fijan el alcance, las condiciones y los términos a los que deben ajustarse la prórroga del estado de alarma por la declaración y prórroga del de excepción decretados por el Gobierno. Esta es la razón por la que el cauce para residenciar su control ante la jurisdicción constitucional no es el recurso de amparo sino los procesos de declaración de inconstitucionalidad, con la legitimación que les es propia.

---

<sup>48</sup> Esto no ha resultado exento de crítica doctrinal, por cuanto se ha señalado que la declaración del estado de alarma no altera su naturaleza ni se parlamentaria porque el gobierno solicite y obtenga autorización para prorrogarlo. La autorización parlamentaria de la prórroga no ratifica la validez de la declaración porque, en caso contrario, su denegación no significa que la declaración inicial fuera inválida, ni eficaz durante el tiempo de su vigencia. La naturaleza jurídica de los decretos gubernamentales de declaración de un estado de alarma no puede multar en función de la existencia o no de autorización posterior de su prórroga (GARRIDO LÓPEZ, C.: *op. cit.*, pp. 62-63).

Posteriormente se interpuso otro recurso de amparo<sup>49</sup>, esta vez sobre la base de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, en la medida en que los Autos de Tribunal Supremo habían impedido que recayera una sentencia de fondo sobre la concurrencia de los presupuestos habitantes para proceder a la declaración del estado de alarma y su prórroga, y la consiguiente sumisión de los controladores a las leyes penales y disciplinarias militares.

En esta ocasión se admitió el recurso y nuevamente el Pleno abocó su resolución debido a la especial trascendencia constitucional del objeto del mismo. En la importante STC 83/2016, de 28 de abril, se descartó (Fundamento jurídico 12) cualquier control jurisdiccional del acuerdo del Consejo de Ministros, cuya virtualidad es la de activar el procedimiento conducente a la prórroga, y cuyos efectos se agotan en el estricto ámbito de relaciones entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados, sin poseer, por tanto, incidencia sobre los derechos fundamentales. Como acto simple que integra otro complejo, puede considerarse de trámite, y por tanto, no constituye objeto de recurso.

Respecto del Real Decreto de declaración (Fundamento jurídico 11), aunque no se trate de una decisión parlamentaria, posee fuerza de ley, ya que esta no es un atributo que deriva del origen parlamentario de los actos, sino de su contenido y efectos sobre el ordenamiento jurídico, pues es capaz de excepcionar, suspender o modificar la aplicabilidad de ciertas normas legales<sup>50</sup>. Respecto del Decreto de prórroga (Fundamento jurídico 11) que formaliza y exterioriza el acuerdo parlamentario de autorización, al igual que ocurre con el Decreto de declaración, posee eficacia y fuerza para suspender, exceptuar o modificar durante su vigencia la aplicabilidad de ciertas leyes. Por tanto, para el Tribunal Constitucional, quedan excluidas, en razón de su naturaleza, del ámbito de fiscalización de la jurisdicción ordinaria. Ello no supone que resulten inmunes a todo control jurisdiccional, aunque

---

<sup>49</sup> El recurso se presentó por 327 controladores aéreos contra el Auto del Tribunal Supremo 5696/2011, de 30 de mayo, confirmado en reposición por el ATS 6197/2012, de 1 de junio, declarando la inadmisión del recurso interpuesto contra el Real Decreto de declaración del estado de alarma, el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicitaba la autorización al Congreso para su prórroga, y el Real Decreto de prórroga.

<sup>50</sup> Confirmando la doctrina que así lo había considerado, citada anteriormente, nota 47: PORRES AZCONA, J.; GARCÍA CUADRADO, A. M.; GARRIDO LÓPEZ, C.

la legitimación activa para interponer el proceso de inconstitucionalidad sea mucho más limitada, puesto que los actos y disposiciones dictados en aplicación de tales Decretos pueden ser revisados por la jurisdicción ordinaria competente en cada caso (art. 3.2 de la Ley Orgánica) y agotada la vía judicial, las personas afectadas pueden, asimismo, interponer recursos de amparo contra dichos actos cuando se estimen lesivos de los derechos fundamentales, y sin perjuicio de que también pueda darse lugar al planteamiento de una auto-cuestión de inconstitucionalidad por parte del propio Tribunal Alto, si a este se le plantease la necesidad de confrontar, por esta vía, la constitucionalidad de los decretos de declaración o prórroga.

Un extremo que quedó pendiente de análisis en la Sentencia fue la posibilidad de fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa del Decreto de prórroga si se produjese la hipótesis de que se apartase en cualquier extremo de la autorización parlamentaria, porque en este caso, podría señalarse<sup>51</sup>, que estaríamos ante una norma delegada que se extiende “*ultra vires*” del ámbito de la delegación, y quedaría, por tanto, sometido a la jurisdicción ordinaria (art. 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

En conclusión, no cabe impugnación ante la jurisdicción ordinaria de los Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, por ser normas con fuerza de ley. Tampoco cabe, por la vía del recurso de amparo, la impugnación de tales normas, sino únicamente, con la limitada legitimación propia de este tipo de procesos, cabe la declaración de inconstitucionalidad. Por tanto, limitada es la garantía judicial de los derechos de los ciudadanos, que sólo pueden acudir a los Jueces y Tribunales impugnando los actos y disposiciones dictados en ejecución de tales Decretos. Así pues, salvo que los legitimados decidan abrir los procesos de declaración de inconstitucionalidad, las normas por las que se declaran (y prorrogan) los estados excepcionales quedarán sin fiscalización jurisdiccional. Como se ha señalado, no deja de producir una cierta perplejidad esta situación, en que el Gobierno se somete al control de la Cámara y a la dación de cuentas de su responsabilidad

---

<sup>51</sup> En la misma dirección que apunta el sector doctrinal citado al respecto, nota 40: CRUZ VILLALÓN, P.; NAVAS CASTILLO, A.; ARAGÓN REYES, M.

política, pero su responsabilidad jurídica queda muy limitada, si el consenso entre las fuerzas políticas posee la suficiente amplitud<sup>52</sup>.

## V. CONCLUSIÓN Y PERSPECTIVA DE FUTURO

En suma, en la única ocasión en que el derecho de excepción ha sido aplicado en estos cuarenta años de vigencia del texto constitucional, el Gobierno declaró un estado de alarma, cuando debiera haber declarado un estado de excepción, y adoptó medidas propias de un estado de sitio. Esta extralimitación material de los Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma no pudo ser fiscalizada, ni por la jurisdicción ordinaria ni por el Tribunal Constitucional, pues, como señaló la STC 83/2016 de 28 de abril, estos Decretos son normas con fuerza de ley, y sólo cabe la vía del recurso (o la cuestión) de inconstitucionalidad, con la limitada legitimación que estos procesos poseen. Como fue el caso, cuando hay acuerdo mayoritario entre los Grupos parlamentarios, sobre la conveniencia u oportunidad política de lo actuado por el Gobierno, resulta difícil controlar la constitucionalidad de estas normas, pues lógicamente ninguno de los legitimados creará oportuno interponer dicho recurso.

Otra de las conclusiones que parece desprenderse es que cabría plantearse una mejora de la normativa reguladora del estado de alarma, que clarificase su operatividad en relación con los supuestos de conflictividad político-social. Este estado excepcional está orientado a solventar catástrofes naturales y también para atajar crisis derivadas de conflictos sociales, cuando se produce, además, desabastecimiento de productos de primera necesidad –que no servicios esenciales–. Sin embargo, posee en este último ámbito una escasa operatividad, pues el artículo 55 CE, cuando prevé la suspensión general de derechos, no menciona en absoluto al estado de alarma, y no es posible prohibir una huelga que conduzca a dicho desabastecimiento, en la hipótesis de que esta sea legal. Por otra parte, existe normativa sectorial suficiente para evitar la declaración del estado de alarma, con las formalidades que le son propias, cuando se producen otras emergencias propias de tal estado, como lo prueba el hecho de que ninguna de las catástrofes

---

<sup>52</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: “Huelga en servicios esenciales para la comunidad y responsabilidad política. Sobre la declaración del estado de alarma por causa de huelga”. *Revista jurídica de Catalunya*, nº 3, 2014, p. 45.

naturales o crisis sanitarias que se han dado en España ha llevado a los distintos Gobiernos a su declaración.

Ante la escasa operatividad teórica del estado de alarma, cabría preguntarse, ¿Para qué ha servido el estado de alarma, en realidad, desde la perspectiva de cuarenta años de vigencia del texto constitucional? Pues a la vista de lo expuesto, parece que ha sido un expediente de cobertura de una actuación necesariamente urgente e inaplazable al que el Gobierno ha podido acudir por la simplicidad de su procedimiento inicial (que no tienen los estados de excepción ni de sitio) con vistas a atajar una crisis constitucional que, siempre en la cualificada opinión del Gobierno, no hubiera podido ser reconducida de otro modo, por su carácter apremiante, urgente, grave, y desde luego inaplazable, que precisaba una solución en cuestión de horas. Declarar un estado de excepción (y, por supuesto, de sitio) hubiera requerido no sólo reunir el Pleno del Congreso, sino abrir plazo para presentar propuestas de resolución, debatirlas y votarlas. No había tiempo material.

Nuestra Constitución, además, no prevé en el derecho de excepción una vía de urgencia, que sí ha existido tradicionalmente, como se ha expuesto, en nuestro constitucionalismo histórico (Constituciones de 1869 y 1931), que permitía al Gobierno la suspensión de garantías, bajo su exclusiva responsabilidad, en los casos de urgencia graves e inaplazables, debiendo el Parlamento, posteriormente, resolver sobre dicha suspensión. A este respecto, la Constitución de 1931 añadía una garantía adicional, la obligación de convocar al Parlamento en un plazo de ocho días, o, en su defecto, su convocatoria automática al noveno.

La opción del constituyente español de 1978 puede calificarse, a este respecto, de muy garantista. No es de extrañar, por la necesidad de marcar diferencias con el periodo autocrático inmediatamente anterior, huyendo en su regulación de cualquier concentración de poder en el Ejecutivo que comportase una suspensión general de los derechos fundamentales sin contar con la intervención previa del Parlamento. Pero con ello, la Constitución ha imposibilitado su propia aplicación, instaurándose, por circunstancias de apremiante urgencia, una vía de hecho extrajurídica, que es tanto más perjudicial para el Estado de Derecho que su alternativa, la racionalización constitucional de dicha urgencia.

Como a la postre, el intento de control jurisdiccional y, eventualmente, de constitucionalidad de la extralimitación operada por los decretos en cuestión resultó infructuoso, dado el consenso parlamentario que sustentó la conveniencia y oportunidad política de autorizar la prórroga del estado de alarma en sus propios términos, lo que se vino a instaurar fue una suerte de convalidación parlamentaria de la suspensión general de derechos efectuada unilateralmente por el Gobierno, aunque esta careciera de base constitucional y legal. Lo que sucedió en la práctica, por tanto, no queda tan lejos de la solución que hubiera ofrecido, en este mismo supuesto, la Constitución de 1931.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- ABA CATOIRA, A.: “El estado de alarma en España”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 305-334.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *El concepto de necesidad en derecho público*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- ARAGÓN REYES, M.: “Acto con fuerza de ley”. En: ARAGÓN REYES, M. y AGUADO RENEDO, C.: *Temas básicos de Derecho Constitucional*. Tomo I. Ed. Civitas, Madrid, 2011.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: *El Poder del Rey: alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*. Senado, Madrid, 2003.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: *Las instituciones funcionaron: 25 años del golpe*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CARRO MARTÍNEZ, A. “Comentario al artículo 116 CE”. En: ALZAGA VILLAMIL, O. [Coord.]: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Cortes Generales, Madrid, Tomo IX, pp. 210-262.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: “Huelga en servicios esenciales para la comunidad y responsabilidad política. Sobre la declaración del estado de alarma por causa de huelga”. *Revista jurídica de Catalunya*, nº 3, 2014, p. 585-621.
- CRUZ VILLALÓN, P.: *Los estados excepcionales y suspensión de garantías*. Ed. Tecnos, Madrid, 1983.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”. *Revista de Derecho Político*, nº 11, 1981, pp. 83-116.
- GARCÍA CUADRADO, A. M.: “Aproximación a una teoría de los ‘Actos constitucionales’”. *Revista de Derecho Político*, nº 46, 1999, pp. 39-104.
- GARCÍA CUADRADO, A. M.: “Los actos parlamentarios con fuerza de ley”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 7, 1999, pp. 275-288.

- GARRIDO LÓPEZ, C.: “Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 110, 2017, pp. 43-73.
- GARRIDO LÓPEZ, C.: “Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración”. *Revista de Derecho Político*, nº 68, 2007, pp. 107-142.
- GARRIDO LÓPEZ, C.: “Sobre la naturaleza jurídica de la declaración de los estados excepcionales previstos en el art. 119 CE y su control jurisdiccional”. En: VV. AA.: *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Profesor Jordi Solé i Tura*. Vol. 2. Cortes Generales y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 1239-1253.
- JORDANO FRAGA, J.: “¿Jaque mate al acto político?”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 95, 1997, pp. 417-446.
- KHAKKEE, A.: “Security democracy?. A comparative analysis of Emergency Powers in Europe”. *Geneva Centre for the Democratic Control of the Armed Forces. Policy Papers*, nº 30, 2009. Disponible en: [https://www.files.ethz.ch/isn/99550/pp30\\_anna\\_khakee\\_emergency\\_powers.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/99550/pp30_anna_khakee_emergency_powers.pdf) [Consulta: 27/09/2018].
- LAFUENTE BALLE, J. M.: “Los estados de alarma, excepción y sitio (II)”. *Revista de Derecho Político*, nº 31, 1990, pp. 27-68.
- LÓPEZ GUERRA, L.: “La posición constitucional del Gobierno”. En: VV. AA.: *El Gobierno y Administración en la Constitución*. Vol. I. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988
- MATEU DE ROS CEREZO, R.: “Estados de alarma, excepción y sitio”. En: VV. AA.: *El Gobierno y Administración en la Constitución*. Vol. I. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.
- NAVAS CASTILLO, A.: *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*. Ed. Colex, Madrid, 2000.
- PORRES AZCONA, J.: “La decisión sobre los poderes excepcionales”. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 6, 1983, pp. 9-72.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: “Teoría vs. Práctica del estado de alarma en España”. En: VV. AA.: *Constitución y democracia: ayer y hoy, Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Vol. 2, Universitas, Madrid, 2012.
- RODRÍGUEZ OLIVER, M.: “Los ámbitos exentos de control por el Tribunal Constitucional español”. En: VV. AA.: *El Tribunal Constitucional*. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- SCHMITT, C.: *La dictadura*. Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- SEDANO LORENZO, A.: *El estado de alarma y la justicia militar. A propósito de la crisis de los controladores aéreos*. Ed. Liber Factory, Madrid, 2015.

- SERRANO ALBERCA, J. M.: “Comentario al artículo 116”. En: GARRIDO FALLA, F. [Coord.]: *Comentarios a la Constitución*. Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- SERRANO ALBERCA, J.M.: “Situaciones excepcionales y fuentes del derecho en la Constitución española de 1978”. En: VV. AA.: *La Constitución española y las fuentes del derecho*. Vol. III. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
- VV. AA.: “Comentario al artículo 162”. En: RIPOLLÉS SERRANO, M. R. [Coord.]: *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*. Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, pp. 1123-1127.