



U N I V E R S I D A D
COMPLUTENSE
M A D R I D

Facultad de Ciencias Políticas y Sociología
Facultad de Derecho

Doble Grado en Derecho y en Ciencias Políticas

TRABAJO FIN DE GRADO
(Premio Extraordinario)

Crisis constitucionales

*El derecho de emergencia y sus consecuencias
para el sistema político*

Jaime Fernández-Paíno Sopena

TUTORES

Prof. Dra. Consuelo Laiz Castro
Prof. Dr. José María Coello de Portugal

Curso 2016/2017
Revisión de abril de 2018

Crisis constitucionales

El derecho de emergencia y sus consecuencias para el sistema político

Jaime Fernández-Paíno Sopena

Nota del Autor. *Este trabajo fue entregado para su defensa el 15 de junio de 2017. Esta revisión, con fecha de 1 de abril de 2018, pretende, de un lado, subsanar cuestiones menores, como erratas, errores u omisiones; y de otro, actualizar y ampliar la información relativa al derecho de emergencia español, que en este lapso de tiempo ha experimentado un cambio notable. Para mantener a la vez la integridad y estado original del trabajo, y esta intención de actualización, se ha optado por introducir un Anexo más y preservar, pese a su adquirida incorrección, todas las partes de la primera versión (aunque todas ellas anotadas, para no inducir a error). El original del trabajo está publicado en el repositorio de la Universidad Complutense, con el mismo título y número de referencia 44781.*

Crisis constitucionales

El derecho de emergencia y sus consecuencias para el sistema político

Índice analítico

Capítulo 1. Introducción: La protección de la Constitución.....	5
Capítulo 2. Derecho de emergencia: definiciones y estado de la cuestión	15
2.1 Constitución y control constitucional	15
2.2. Derecho de emergencia.....	20
2.2.1. Rango normativo del derecho de emergencia.....	21
2.2.2. Transitoriedad y estado de necesidad	26
2.2.3. El concepto de emergencia	29
2.3. El estado de la cuestión: debates teóricos en torno al derecho de emergencia	31
2.3.1. De los clásicos a Schmitt y a las Constituciones tras la II Guerra Mundial	31
2.3.2. Modelos teóricos tras el 11 de septiembre.....	32
Capítulo 3. El derecho de emergencia en España.....	36
3.1. Antecedentes históricos	36
3.2. La Constitución de 1978 y el régimen de la LOEAES	37
3.3. El estado de alarma de 2010	47
3.4. La suspensión de la autonomía: el artículo 155	51
Capítulo 4. El derecho de emergencia en perspectiva comparada.....	53
4.1. El derecho de emergencia en Alemania.....	53
4.2. El derecho de emergencia en Francia	59
4.3. El derecho de emergencia en Estados Unidos	64
Capítulo 5. Repercusiones del derecho de emergencia en el sistema político.....	71
5.1. Refuerzo del poder ejecutivo: liderazgo	71
5.2. Refuerzo del poder legislativo: autorización y control	74
5.3. Refuerzo del poder judicial: enjuiciamiento de la emergencia.....	76
5.4. Reacción del electorado: el público ante la emergencia	77
Capítulo 6. Conclusiones	79

Anexo I. Disposiciones constitucionales de emergencia	81
A1.1. Disposiciones históricas.....	81
A1.1.1. Constitución de Weimar de 1919. Artículo 48	81
A1.2. Disposiciones en vigor.....	82
A1.2.1. Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. Artículo 116.....	82
A1.2.2. Constitución Francesa de 4 de octubre de 1954. Artículo 16.	83
A1.2.2. Ley Fundamental de Alemania de 1949. Artículos 91 y 115A a 115L	85
Anexo 2. Figuras de distribución del poder	88
Anexo 3. La aplicación del artículo 155 de la Constitución española	104
Bibliografía	111
Fuentes primarias / Normas jurídicas	111
Obras científicas.....	112

Índice de abreviaturas

BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CE	Constitución Española de 28 de diciembre de 1978
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
FJ	Fundamento Jurídico
LFA	Ley Fundamental de Alemania de 23 de mayo de 1949
LOEAES	Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RD	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España.
TC	Tribunal Constitucional de España
TS	Tribunal Supremo de España
US PATRIOT	Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001

Índice de tablas y figuras contenidas en los Anexos II y III

Tabla 1	Los estados de emergencia en España: el régimen de la LOEAES	39
Figura 1	Sistema de distribución del poder en España. Estado de normalidad	41
Figura 2	Sistema de distribución del poder en España. Estado de alarma nacional	42
Figura 3	Sistema de distribución del poder en España. Estado de excepción nacional	43
Figura 4	Sistema de distribución del poder en España. Estado de sitio	44
Figura 5	Estado de alarma con ámbito territorial autonómico	46
Figura 6	Estado de excepción con ámbito territorial autonómico	46
Figura 7	Sistema de distribución del poder en Alemania. Estado de normalidad	54
Figura 8	Sistema de distribución del poder en Alemania. Estado de emergencia	56
Figura 9	Sistema de distribución del poder en Alemania. Estado de tensión	57
Figura 10	Sistema de distribución del poder en Alemania. Estado de defensa	58
Figura 11	Sistema de distribución del poder en Francia. Estado de normalidad	60
Figura 12	Sistema de distribución del poder en Francia. Estado de urgencia	62
Figura 13	Sistema de distribución del poder en Francia. Dictadura presidencial	63
Figura 14	Sistema de distribución del poder en EE. UU. Estado de normalidad	64
Figura 15	Sistema de distribución del poder en EE. UU. Estado de emergencia	67
Figura 16	Sistema de distribución del poder en EE. UU. Ley marcial	68
Figura 17	Sistema de distribución del poder en España. Suspensión de la autonomía	109

Capítulo 1. Introducción: La protección de la Constitución

En su histórico alegato a favor del texto constitucional elaborado en 1787 por la Convención de Filadelfia para los futuros Estados Unidos de América, los padres fundadores Alexander Hamilton, James Madison y John Jay defendieron así (Hamilton, et al., 1961: 153) los amplios poderes reservados a la Presidencia que habían ideado:

«Es imposible prever o definir el alcance y variedad de las exigencias nacionales, y el correspondiente alcance o variedad de las medidas necesarias para satisfacerlas. Las circunstancias que ponen en peligro la seguridad de las naciones son infinitas, y por esta razón no sería sabio imponer grilletes constitucionales al poder al que se haya encargado su cuidado»¹.

Menos de un siglo más tarde, el estallido de la Guerra de Secesión entre la Unión y la Confederación en 1861 supuso la primera y posiblemente más importante prueba de resistencia a las crisis de la Constitución americana y su sistema de distribución del poder. Las palabras del presidente Abraham Lincoln, en su carta del 4 de abril de 1864 a un amigo y editor, revelan la trascendencia histórica de su decisión de asumir poderes extraordinarios para preservar la Unión:

«Mi juramento de preservar la Constitución a mi mejor habilidad impuso sobre mí el deber de preservar, por medio de toda medida indispensable, ese gobierno –esa nación– de la que esa Constitución era ley orgánica. ¿Era posible perder la nación, y aun así preservar la Constitución? [...] Sentí que las medidas, de otra forma inconstitucionales, podrían convertirse en legales

¹ En inglés en el original: «It is impossible to foresee or to define the extent and variety of national exigencies, and the correspondent extent and variety of the means which may be necessary to satisfy them. The circumstances that endanger the safety of nations are infinite, and for this reason no constitutional shackles can wisely be imposed on the power to which the care of it is committed». Traducción propia.

*al convertirse en indispensables para la preservación de la Constitución, a través de la preservación de la nación. Acertado o equivocado, asumí entonces esta base, y así lo mantengo ahora».*²

Desde su mismo nacimiento, hace milenios, la democracia ha afrontado ataques dirigidos a acabar con ella. Ningún período de la historia democrática de la humanidad ha estado libre de amenazas que, fructíferas en algunas ocasiones, persiguen la caída de un sistema político que fue ideado para controlar el poder. Probablemente por eso, desde sus propios inicios se han creado mecanismos diseñados para proteger la democracia de cualquier situación que pueda poner en duda su continuidad, o en el peor de los casos, busque su desaparición. La tiranía, la autocracia o el totalitarismo son formas de gobierno que existen desde que el ser humano se organiza a sí mismo, y la amenaza que suponen es una realidad que todo régimen político conoce y acepta como plausible. Es esa consciencia la que genera un deseo natural de defensa, traducido en mecanismos que permitan adoptar las medidas necesarias para evitar la desaparición del régimen mismo y su sustitución por otro. En el moderno Estado de derecho, estos mecanismos se conocen como derecho de emergencia³.

² En inglés en el original: «My oath to preserve the Constitution to the best of my ability, imposed upon me the duty of preserving, by every indispensable means, that government –that nation– of which that Constitution was the organic law. Was it possible to lose the nation, and yet preserve the Constitution? [...] I felt that measures, otherwise unconstitutional, might become lawful, by becoming indispensable to the preservation of the Constitution, through the preservation of the nation. Right or wrong, I assumed this ground, and now avow it». Traducción propia. Carta de Abraham Lincoln a Albert Hodges del 4 de abril de 1864. Citada en Gross y Aloáin (2006: 50).

³ La terminología «derecho de emergencia» es preferible a otras como derecho de excepción, derecho de crisis, poderes excepcionales u otras, porque ayuda a diferenciar mejor el todo (el derecho de emergencia) de las partes más comunes (el estado de excepción, los poderes excepcionales, el estado de guerra, etc.). También es preferible porque la bibliografía en inglés apuesta mayoritariamente por la fórmula «emergency law», por lo que para evitar confusión, se ha apostado por esta fórmula en detrimento de otras como las referidas, todas ellas comunes en la doctrina en castellano.

La existencia de estas normas no es extraña a los ordenamientos jurídicos desde la República romana, y ha suscitado preguntas clave cuyas respuestas determinan la supervivencia de los regímenes en los que se integran. Sea cual fuere el sistema a proteger de las amenazas externas – o internas–, el derecho de emergencia se erige como el último bastión entre la supervivencia y la desintegración del Estado. Y es precisamente esta posición la que pondera su importancia. Interrogantes relativos a los límites del poder, al precio de salvar el Estado a cambio de limitar temporalmente la libertad de sus ciudadanos para garantizarla, son inevitables a la hora de diseñar un sistema de derecho de emergencia y se vuelven trascendentales a la hora de analizar los existentes. ¿Cómo dotar a los gobiernos de discrecionalidad, flexibilidad y poder para hacer frente a emergencias manteniendo, a la vez, límites y control que eviten cualquier abuso? La decisión constituyente sobre la supervivencia última de la Constitución determina no sólo el futuro del Estado, sino los principios más básicos en los que éste descansa. Y tal decisión se produce con base en una simple asunción: de nada sirve que el Estado que garantiza los derechos de los ciudadanos perezca por la noble intención de respetarlos en el momento más crítico (Carro Martínez, 1998). Es aquí donde reside el concepto de necesidad política, presente en toda la bibliografía del campo: la necesidad de que el Estado sobreviva para poder seguir ejerciendo sus funciones, la necesidad de preservarlo como un bien jurídico y político superior a la momentánea pérdida de principios como la separación de poderes o los derechos fundamentales, que arriesgan también su supervivencia si el todo que los sustenta cae.

Sin embargo, y pese a la trascendencia que demuestra tener, la doctrina moderna ha prestado escasa atención al derecho de emergencia durante la segunda mitad del siglo XX (Gross y Anoáin, 2006; Carro Martínez, 1998), en los modelos constitucionales surgidos tras la Segunda Guerra Mundial –lo que es paradójico, ya que todo estudio de derecho de emergencia se refiere,

inevitablemente, al abuso perpetrado por el canciller Adolf Hitler del artículo 48 de la Constitución de Weimar, que le proporcionó el poder ilimitado que requería para proclamar el Tercer Reich (Gross y Anoáin, 2006: 83-85)—. Los textos universitarios de Derecho Constitucional así lo atestiguan, relegando el derecho de emergencia a breves capítulos relacionados con la suspensión de garantías o meros apéndices a las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo (Alonso de Antonio, 2015; Alzaga, 2012; entre otros.). El punto de inflexión (Loevy, 2015; Gross y Aloáin, 2006; Lynch, 2015), no obstante, llegó el día que cambió el mundo⁴: los atentados contra los símbolos de la hegemonía estadounidense, el World Trade Center y el Pentágono, en la mañana del 11 de septiembre de 2001 reavivaron el interés académico por la capacidad de respuesta del Estado democrático ante el nuevo terrorismo. El largo invierno de terror que ha seguido en Europa, con los atentados en las ciudades de Madrid, Londres, Oslo, París, Bruselas, Niza, Berlín o Estocolmo, algunas de ellas por partida doble, ha devuelto definitivamente el derecho de emergencia al primer plano.

Lo mismo puede decirse respecto de los estudios de política comparada y sistemas políticos. La excepción, la emergencia y la crisis del sistema han sido excluidas de los más relevantes estudios de sistemas políticos (Lijphart, 2012; Gallagher, 2011; entre otros muchos), considerando quizás que el hecho de ser temporales, de tener vocación momentánea, las convierte en irrelevantes para el estudio de las estructuras de poder en tiempos ordinarios.

El propósito de este trabajo es, pues, poner de relieve la importancia de las disposiciones de derecho de emergencia tanto para el Derecho Constitucional como para la Ciencia Política. Para ello se pretende analizar, desde una perspectiva comparada, el derecho de emergencia de España,

⁴ Sobre esta calificación del 11S, véase Gross y Anoáin, 2006: 1.

Alemania, Francia y los Estados Unidos, y observar las modificaciones que dichas disposiciones, cuando entran en funcionamiento, introducen en sus sistemas políticos.

Para clarificar esta intención, es necesario antes explicar varios de los extremos que implica. Debe comenzarse por la separación entre sistema político y derecho constitucional. La frontera entre ambos es difusa; como lo es la que hay entre cualquier ser y su deber ser. Evitando una visión excesivamente positivista, podemos decir que la Constitución conforma el sistema político tanto como el sistema político determina en cada momento lo que es la Constitución. No obstante, mientras que la Constitución establece las instituciones desde un punto de vista estático, el sistema político permite observar las interacciones (Easton, 1992: 224) entre estas instituciones y otros actores. Continuando ahora con el concepto de Constitución, Carl Schmitt (2011) la definió en su teoría constitucional como «una codificación cerrada que regula exhaustivamente el proceso de formación de la voluntad estatal». La Constitución en sentido positivo surge de una decisión política constituyente de un *demos* (Tushnet, 2014) que no es inamovible ni absoluta, pues no surge de sí misma, sino que nace de una determinada voluntad política, que conforma el *ethos* de la sociedad que rige y que es en todo momento, como decisión en sí misma, Constitución (en el mismo sentido, Cruz Villalón, 1984: 16-17). En la línea del autor alemán, pero con las palabras de Mark Tushnet (2014), es probablemente la única expresión disponible para cristalizar una unidad nacional.

Sin embargo, el propio Schmitt (2011) delimitó su meta-concepto al destacar que no se pueden equiparar el artículo de la Constitución que proclama el Estado de Derecho y el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular, con el artículo que reconoce al funcionariado el derecho de acceso al expediente personal (*ibid.*). Es decir, no se puede comparar un precepto fundamental y casi ontológico, como el primero, con una garantía que, por razones quizá meramente

codificadoras o de otra índole práctica, se incluye en la norma constitucional. Cabe pues plantear: ¿es el derecho de emergencia parte de esta Constitución *primaria*, o es por el contrario un juego más de normas procedimentales? La respuesta, para Schmitt –que va mucho más allá, como veremos más adelante– y todos los que le han sucedido en el estudio constitucional, no admite duda: el derecho de emergencia forma parte del núcleo constituyente del Estado al que protege, precisamente por esa ya aludida condición de última barrera. La Comisión Europea para la Democracia a través de la Ley del Consejo de Europa, conocida como Comisión de Venecia (1995), reconoce en su informe sobre poderes de emergencia que la mayoría de las Constituciones del mundo contienen disposiciones en este campo y que, incluso en las que carecen de unas reglas de emergencia específicas, existen previsiones relacionadas con tiempos de guerra o calamidades públicas.

Desde un punto de vista politológico, autores como Vallès (2006: 171) definen la Constitución como la definición, sintetizada en un cuerpo legal, de las reglas «de juego», las pautas que siguen las relaciones entre instituciones; definidas éstas últimas, a su vez, como una serie de conductas de diversos actores. La institucionalización, dice Vallès, consiste en hacer permanente un comportamiento. Así, el análisis sistémico, no sólo jurídico, en los términos de Easton (1992) nos permite observar cómo se comportan esas reglas del juego cuando entran en funcionamiento.

¿Por qué, entonces, se pretende analizar al mismo tiempo el sistema político y los efectos que en él se producen cuando se aplica el derecho de emergencia? La respuesta es consecuencia lógica del razonamiento previo. El derecho de emergencia consiste, como remarca la Comisión de Venecia (1995), fundamentalmente en dos aspectos: la suspensión de derechos fundamentales y la alteración de algunas de las características y procesos que definen un sistema de toma de decisiones –el proceso de formación de la voluntad del Estado, en las palabras de Schmitt– para lograr una respuesta adecuada a la crisis que se le presenta (Gross y Anoáin, 2006: 58-59). El ejemplo de los

poderes presidenciales durante la Guerra de Secesión que ha servido como introducción bien lo atestigua. La interpretación constitucional del presidente Lincoln implicó que la Constitución, por sí misma, modificaba la posición y el poder de la Presidencia en circunstancias en las que la unidad de la nación o la supervivencia de la federación estuvieran en riesgo; cambiaba, por tanto, la relación entre las ramas del gobierno, y con ella, el propio sistema político. La asunción de poderes de guerra hecha por Lincoln fue refrendada por partida triple, al obtener el visto bueno del Congreso, del Tribunal Supremo y de la historia⁵ (Gross y Anoáin, 2006: 47). Es por todo ello que aquí se intentará tender un puente bien asentado en cada una de las dos disciplinas, el Derecho y la Ciencia Política, para analizar un fenómeno que nace de ambas, discurre entre ellas y les afecta por igual.

La terminología adoptada tampoco es caprichosa. Pese al abusivo uso del término «crisis» en los últimos años, aplicado a toda suerte de procesos, disciplinas y campos, una crisis constitucional como las que ponen en marcha los mecanismos de derecho de emergencia no puede ser definida de otra manera. Una crisis es por definición un proceso que comienza de forma más o menos abrupta, pero con un punto inevitable de no retorno, un pico; y que está asimismo llamado a finalizar, a la mayor brevedad posible, evitando al máximo las pérdidas y daños que provoca. Una crisis constitucional, pues, es una situación no deseada y que debe ser atajada para evitar que se convierta en definitiva y suponga, así, un cambio de régimen. La transitoriedad es, por tanto, la

⁵ Lincoln reunió al Congreso en Sesión Especial el 4 de julio de 1861 para explicar las órdenes que había dado *usurpando* atribuciones de las Cámaras. Acto seguido, el parlamento americano promulgó varios actos que legalizaron todas las órdenes dadas por el Presidente desde el comienzo de su mandato; el 5 de agosto siguiente aprobó por mayoría cualificada una ley retroactiva estableciendo que todos los actos de Lincoln habían de considerarse como previamente autorizados por el Congreso (Patrick, 2009). Varias de sus órdenes, como el bloqueo de puertos de la Confederación, fueron recurridas ante el Tribunal Supremo, que las ratificó; no obstante, acabada la guerra, el Tribunal dio la razón a un detenido en virtud de la suspensión del *habeas corpus* hecha por proclamación presidencial (y luego autorizada *ex post* por Ley del Congreso) en su sentencia *Ex Parte Milligan*. Abraham Lincoln ha sido tres veces considerado por los historiadores americanos el mejor Presidente de la Historia de los Estados Unidos (C-SPAN, 2017).

nota característica que nos obliga a hablar de crisis, y no de proceso constitucional, de cambio constitucional o de reforma. Idéntica terminología utiliza, entre otros, Pedro Cruz Villalón (1984: 17-20); pero también Torres del Moral (2004), Carro Martínez (1998), Gross y Anoáin (2006), o Ramraj (2008). La alusión al «funcionamiento» del sistema político y los «cambios» que en éste se producen es igualmente precisa: nos referimos tanto a la norma como a los actores, a lo que se establece y a lo que sucede. El derecho de emergencia introduce unos cambios determinados en el sistema político en el que se inserta; apoyándonos en el concepto de sistema político de David Easton (1992: 223), que lo define como «las interacciones por medio de las cuales se asignan autoritariamente⁶ valores en una sociedad», podemos decir que esos cambios se producen tanto en la vertiente de los *outputs* como en la retroalimentación y los consiguientes *inputs* que se generan.

Es así como se plantea la hipótesis que responda a la pregunta de investigación, cuya fórmula indicativa ya hemos mencionado y que en interrogativa se traduciría en **¿cómo afectan las disposiciones de derecho de emergencia al funcionamiento del sistema político?** La sola asunción de lo expuesto hasta ahora demuestra que el derecho de emergencia efectivamente introduce cambios y afecta al sistema político, por lo que un interrogante meramente afirmativo o negativo sería tan fácil de responder –ya estaría respondido a estas alturas, de hecho– como irrelevante. Si la pregunta fuera, por otra parte, «qué» cambios se producen, estaríamos ante un estudio meramente descriptivo, pero la idea es ir un solo paso más allá. De ahí que la clave sea el «cómo» se produce esa afectación. La hipótesis desde la que trabajamos, pues, es que los cambios que produce el derecho de emergencia se introducen *según* el modelo de sistema político en el que se

⁶ «Autoritariamente» podría haber sido traducido, quizás, como «con autoridad», dadas las connotaciones negativas del primer término.

encuentran –parlamentario, presidencial o semipresidencial como las tres grandes familias de sistemas políticos (Gallagher, et al., 2011)–, de forma que esos cambios serán distintivos en cada modelo de sistema.

Esto nos acerca mejor a la definición de las variables que entran en juego: la variable independiente, conformada por las propias disposiciones de emergencia que existen en cada caso; y la variable dependiente, que serán los cambios que se producen en el sistema político y las diferencias que se observan entre los casos.

Los cuatro países objeto de estudio y comparación cobran así sentido. Analizar el derecho de emergencia en el sistema parlamentario español es el punto de partida de este trabajo; y para contrastar la hipótesis planteada, se introducen Estados Unidos como sistema presidencial, Francia como sistema semipresidencial, y Alemania como modelo parlamentario⁷. Estos países nos permitirán hacer el estudio caso por caso que requerimos para afirmar la hipótesis de que, en función del modelo de sistema político, los cambios introducidos por el derecho de emergencia son diferentes. Dado que España y Alemania son sistemas parlamentarios, podríamos también desvelar diferencias entre sistemas del mismo tipo, en un segundo estadio de la comparación, en el que cabría analizar las diferencias dentro de sistemas semejantes.

La estructura del trabajo, intencionadamente sistemática, consiste en cuatro partes bien diferenciadas. En el Capítulo 2 se emprenderá un estudio más teórico sobre el objeto de estudio, el

⁷ El Reino Unido es, probablemente, el caso paradigmático de sistema político de modelo parlamentario, al igual que los Estados Unidos y Francia lo son de los otros dos grandes modelos respectivamente. No obstante, las peculiaridades de su sistema legal hacen de él un caso cuyo análisis es extremadamente más complejo. Analizar el derecho de emergencia británico implica, como bien ponen de manifiesto autores como Gross y Anóain (2006) o Ramraj (2008), analizar un cuerpo legal que no está codificado y en el que, además de aspectos complejos referidos a la soberanía parlamentaria y a la Corona, hay que tener en cuenta principios que no siempre están escritos. Teniendo en cuenta las características de este trabajo, se ha optado por sustituir el Reino Unido por la República Federal de Alemania, que además de un enfoque más asequible, ofrece precedentes históricos de capital importancia.

derecho de emergencia, con las definiciones esenciales y algunos antecedentes históricos útiles para el análisis de las disposiciones actuales, así como los grandes modelos de derecho de emergencia en el marco de los sistemas políticos y el actual debate teórico que los rodea, según las obras de referencia en la materia. Tras la exposición del marco teórico y conceptual, en los capítulos 3 y 4 analizaremos la variable independiente de nuestro estudio, a saber, las disposiciones que rigen los sistemas de derecho de emergencia de los países seleccionados. Empezaremos por España, a cuya normativa dedicaremos el Capítulo 3, y seguiremos con Alemania, Francia y los Estados Unidos, que ocuparán cada uno una sección del capítulo 4. Estos análisis encontrarán soporte en las representaciones gráficas que los acompañan. En el capítulo 5, analizaremos la variable dependiente: los cambios que se producen en los sistemas políticos, así como algunos ejemplos que los ilustren. Se observarán los cambios que se producen en los poderes del Estado y las relaciones entre ellos. Por último, en el Capítulo 6 se dará respuesta a la pregunta de investigación y se comprobará la hipótesis planteada, con una serie de conclusiones derivadas del estudio, y se plantearán las posibles líneas de investigación futura.

Capítulo 2. Derecho de emergencia: definiciones y estado de la cuestión

El estudio del derecho de emergencia es un campo eminentemente jurídico, como demuestra la nómina de autores de referencia en la materia. Los trabajos de mayor relevancia en la cuestión poseen un evidente enfoque legal que los aparta, en cierto sentido, de una perspectiva integral como la que se pretende utilizar aquí a través del análisis conjuntamente jurídico y politológico. Sin embargo, el objetivo de este trabajo es integrar ambas disciplinas, el derecho y la ciencia política; por ello, vamos a tratar de definir los conceptos básicos de ambas ramas de una forma integral, que sea práctica para comprender el objeto que nos ocupa.

2.1 Constitución y control constitucional

Si el título de este trabajo se compone de dos palabras, y de la primera de ellas –crisis– ya hemos dado cuenta en la Introducción, el primer concepto que debemos definir aquí es el de Constitución. No son pocas las obras de derecho constitucional que arrancan obviando la primera y más obvia de las preguntas: ¿qué es una Constitución?

La respuesta, por supuesto, no cabe en la mayor de las bibliotecas. Nos vamos a limitar, por tanto, a definir el concepto –una vez más– en la medida que resulte útil a nuestra investigación. Y por ello, precisamente por el objeto de este trabajo, nos conviene empezar por Carl Schmitt. El autor alemán es el padre de una de las teorías constitucionales más influyentes del siglo XX, además de sentar las bases teóricas del estudio del derecho de emergencia en su *Teología Política* con la universalmente conocida sentencia: «soberano es aquél que decide en la excepción» (Schmitt, et al., 2010: 5). Según Schmitt, como hemos recogido antes, debemos diferenciar la Constitución

formal de la Constitución positiva. Recuperando el ejemplo comparativo entre el artículo de la Constitución de Weimar en el que se proclaman el Estado de derecho y la República federal y el que protege el derecho de acceso al expediente del funcionario, Schmitt excluye del concepto positivo este segundo tipo de disposiciones procedimentales o técnicas, pues entiende que la constitucionalización no puede ser un método para proteger determinadas disposiciones de mayorías cambiantes, ya que se pervierte con ello el sentido positivo de la Constitución. El derecho de un funcionario a acceder a su expediente será, por tanto, Constitución formal, pero no Constitución positiva, puesto que no entra en la lógica constitucional que se requiera una mayoría cualificada y un refrendo popular para modificarlo, mientras que esos requisitos sí son imprescindibles para abandonar, por ejemplo, el federalismo como forma de distribución territorial del poder.

¿Qué es, pues, la Constitución positiva? Para Schmitt, es el núcleo de la decisión política del *demos* constituyente al que también hacíamos referencia antes. Constitución positiva es el conjunto de principios inalienables y supremos, que engarzan el orden legal del que son fundamento, y que son consciente y deliberadamente elegidos para diferenciarse de otros. Para Schmitt, el concepto ideal de esta Constitución positiva incluye la definición de las clásicas garantías liberales – derechos fundamentales, libertades públicas– o la separación de poderes. La Constitución formal y la Constitución positiva se diferencian, por supuesto, en que sólo esta última es intangible e inmune al estado de excepción. La Constitución en sentido positivo permanecería, por tanto, inalterable durante la emergencia. De esta asunción se desprende otra: la emergencia no se sale del orden constitucional, pues precisamente éste la prevé y provee las medidas necesarias –en el caso de la República de Weimar, los poderes presidenciales– para que la Constitución no se vea amenazada. Se «normaliza» por tanto la emergencia, convirtiéndola en un supuesto dentro de la nor-

malidad constitucional. Cruz Villalón (1984: 13-14) lo sintetizó diciendo que el concepto de garantías constitucionales es «un elemento característico de la Constitución racional-normativa» ya que «refuerzan las posibilidades de realización y consolidación» de ese «proyecto de racionalización del poder político» que es la Constitución.

Este marco teórico nos resulta útil porque establece el derecho de emergencia como un elemento clave para entender el concepto de Constitución. El hecho de que Schmitt coloque la inviolabilidad ante la excepción como la característica diferenciadora entre el núcleo de la decisión constituyente y el resto del cuerpo constitucional da una idea de hasta qué punto la excepción y los poderes de emergencia ocupaban un papel primordial en todo su pensamiento político. Nos ayuda, por tanto, a poner de relieve el papel del derecho de emergencia. El pensamiento de Schmitt, si bien rebatido en buena medida por la doctrina moderna, prevalece en ciertos aspectos; ahí está, a título de ejemplo, el debate constituyente sobre si hubiera sido procedente insertar el actual artículo 116 de la Constitución española en el mismo Título en el que se encuentra regulado el Tribunal Constitucional, bajo la rúbrica de «la Defensa de la Constitución» (Carro Martínez, 1998: 247).

Por supuesto, y en esta misma línea, la teoría constitucional de Schmitt –con un pie en el derecho y el otro en la más pura filosofía política–, pese a ser uno de los referentes universales en su ámbito, ha encontrado críticas de toda índole. El detractor contemporáneo por excelencia del autor alemán es el austríaco Hans Kelsen. En *El Guardián de la Constitución*, un ensayo directamente dirigido a Schmitt, Kelsen negó al presidente del Reich –el depositario del poder de declarar el estado de excepción, en virtud del artículo 48 de la Constitución de Weimar– el estatus soberano que le atribuía Schmitt, defendiendo la que pasaría a la historia como su mayor contribución al

constitucionalismo europeo: la revisión judicial. Kelsen otorgaba la guardia última de la Constitución a un tribunal constitucional, siguiendo los pasos de la experiencia federal de los Estados Unidos y la posición del Tribunal Supremo norteamericano tras la también histórica sentencia en el caso *Madison vs Madbury*, en la que la corte más alta del país se definió a sí misma como la última juez de la constitucionalidad de los actos del poder.

Huelga decir que el modelo kelseniano ha triunfado en la mayor parte del mundo, y es el recogido en la inmensa mayoría de las constituciones que hoy rigen la vida de casi todos los habitantes del planeta que viven en sistemas democráticos. La revisión jurisdiccional de las decisiones de los órganos del Estado ha quedado otorgada a órganos específicamente diseñados al efecto, o bien confiada a los Tribunales Supremos actuando en capacidad constitucional y no de apelación –caso de los Estados Unidos, por ejemplo–. Soluciones mixtas, con Tribunales Supremos que cuentan con Salas Constitucionales *ad hoc*, son también relativamente frecuentes. En los casos de nuestro estudio, España y Alemania cuentan con un Tribunal Constitucional –*Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Federal, en alemán– responsable de juzgar la constitucionalidad de las leyes y los actos emanados por los tres poderes del Estado, así como la resolución de disputas federales y los recursos de amparo de ciudadanos que entienden vulnerados sus derechos constitucionales.

Francia constityó una histórica diferencia en este aspecto, hoy en día desaparecida. El Consejo Constitucional –*Conseil Constitutionnel*– es el órgano que posee la capacidad de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes y otras disposiciones. La reticencia histórica de Francia a crear un Tribunal Constitucional que pudiera anular las leyes emanadas del Parlamento encontró su fin en la redacción de la Constitución de la V República de 1958, a manos del general Charles de Gaulle, debido a que el Parlamento anterior había sobrepasado repetidamente

sus competencias, y se entendió que era necesario un órgano que mantuviera bajo control la labor legislativa de la Asamblea (Boyron, 2013: 150-151). Con todo, el Consejo Constitucional no se ideó en 1958 como un órgano de control constitucional similar a los modelos alemán o americano, pues se pretendía limitar su intervención a asegurar que el Legislativo y el Ejecutivo no invadían las competencias del otro, y no establecer mecanismos que pudieran ir directamente contra los actos de éstos (*ibid.*). Sin embargo, a lo largo de los años se ha asentado como una instancia de constitucionalidad asimilable a los ejemplos antes citados. En cualquier caso, una reforma constitucional de 2009 creó las figuras análogas a lo que en España son esos mecanismos directos, el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad, dotando definitivamente al Consejo de las capacidades habituales de control constitucional.

En suma: podemos definir Constitución como el núcleo de las decisiones del constituyente que definen y estructuran el Estado al que están llamadas a ordenar y que incluyen la respuesta del sistema ante las emergencias que amenacen su continuidad –sea esta respuesta la que sea, incluido el silencio–. Y podemos definir el control constitucional como la capacidad de un determinado órgano independiente para juzgar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes. Será materia de discusión posterior si ese juicio afecta también, o cómo puede afectar, al derecho de emergencia y los actos dictados en su virtud.

Esta definición de Constitución sería incompleta, sin embargo, si no incluyera otro principio fundamental: el principio de legalidad. El hecho de que los Estados democráticos se doten de una Constitución sólo tiene sentido en tanto sus instituciones se comprometen a respetarla: a gobernar de acuerdo a la ley, a no romper las reglas de juego y a actuar conforme a «unas reglas claras, consistentes, estables y previsibles que son observables y de hecho fielmente aplicadas por

los servidores públicos» (Ramraj, 2008: 4). El imperio de la ley es la base y la esencia del gobierno a través de una Constitución.

Así lo explica Vallès (2006: 171-173), como ya citábamos al inicio, que al definir la Constitución como el texto legal que define las reglas que señalan el campo de juego de las instituciones del Estado y sus ciudadanos, establece el imperio de la ley como el acuerdo ‘marco’ sobre el que se funda la visión contractual constitucionalista, que entiende la norma fundamental como un acuerdo colectivo de los miembros de la comunidad. En una definición más politológica que jurídica, Vallès (*ibid.*) entiende que la Constitución contiene siempre tres dimensiones que la convierten en tal, a saber, la configuración de cada una de las instituciones, las relaciones recíprocas entre dichas instituciones y la posición del ciudadano ante todas ellas. El derecho de emergencia, por consiguiente, impregnaría las tres dimensiones: es una característica de ciertas instituciones –por ejemplo, quién lo pone en funcionamiento–, modifica las relaciones entre instituciones –que es nuestra hipótesis– y además modifica la posición de los ciudadanos frente a las instituciones –pues afecta a sus derechos fundamentales–. Pasemos, por tanto, a definir en sí mismo el derecho de emergencia.

2.2. *Derecho de emergencia*

Continuando con el hilo argumental de Schmitt, el derecho de emergencia es fácilmente definible como las normas que proveen al Estado de herramientas para hacer frente a situaciones en las que el normal funcionamiento de las instituciones se considera insuficiente para garantizar la permanencia del régimen político.

No obstante, esta definición sería superficial. Hay una serie de características que requieren una delimitación mucho más precisa del objeto de este estudio: el rango legal, la transitoriedad, el estado de necesidad y el propio concepto de emergencia.

2.2.1. Rango normativo del derecho de emergencia

La primera de estas características es, pues, la formal. El derecho de emergencia de Schmitt formaba parte indispensable de la Constitución positiva, pero la realidad contemporánea ha demostrado la escasa practicidad de ese enfoque.

La Constitución, como expresaba Alexander Hamilton, no puede prever todas las variedades de exigencias nacionales y circunstancias que se pueden producir en el devenir de la vida política (Gross y Anoáin, 2006: 66), entre otras cosas, porque es una obra humana. Pero también porque es necesario que el derecho de emergencia tenga un sentido lo suficientemente amplio y flexible para permitir a las instituciones utilizarlo con eficacia en los momentos de peligro (*ibid.*). La codificación de catástrofes, al igual que la previsión de toda forma de devastación constitucional (Carro Martínez, 1998) no es algo que se pueda exigir razonablemente al constituyente. Del mismo modo lo entendieron incluso los padres fundadores americanos, como demuestra la primera de nuestras citas. Sin embargo, la realidad es que una inmensa mayoría de Estados ha optado por incluir provisiones constitucionales para hacer frente a situaciones de emergencia, ya sea porque su estructura de división de poderes hace poco probable una gestión eficaz de la crisis, o porque directamente desconfía de la capacidad del Parlamento, como poder constitucional, para hacerlo (Ferejohn y Pasquino, 2008: 341).

En un impresionante estudio de los datos proveídos por *Constitute* (CCP, 2013), una herramienta web que almacena, cataloga y compara los textos constitucionales de 198 Estados soberanos, Cheibub, Elkins y Ginsburg concluyen (Gross, 2015: 786) que «casi todas las constituciones presidencialistas contienen provisiones de emergencia, mientras que el 73,6% de las parlamentarias y el 81% de las semipresidenciales las contienen»⁸. Es decir, la decisión constituyente mayoritaria es, efectivamente, establecer al menos una provisión constitucional que *altera* de alguna forma el flujo del poder. Pero, como se ha dicho, esa provisión no tiene por qué ser –y de hecho a menudo no es– exhaustiva.

De ahí que los constituyentes de muchos países dejen en manos de los legisladores *ordinarios* –es decir, en legislación no constitucional, pero cuya aprobación puede ser realizada mediante mayoría reforzada, como en el caso de la legislación orgánica de España– para desarrollar las provisiones generales que sí se incluyen en la Constitución. Por ello, es también derecho de emergencia la Ley francesa de 1955 que establece un estado de urgencia, como lo es la *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio* (en adelante, LOEAES). Son todas ellas derecho de emergencia por cuanto proveen cambios en la estructura institucional del Estado y reparten determinadas competencias que, en períodos de normalidad, no existen o se encuentran concentradas en otros órganos.

Antes de continuar, en cualquier caso, debe hacerse referencia a ese minoritario grupo de países que carecen de derecho de emergencia; es decir, aquellos que han renunciado al dualismo constitucional (Ferejohn y Pasquino, 2008:335-336) entre situaciones de normalidad y situaciones de emergencia para establecer la normalidad constitucional como única posibilidad (Cruz Villalón,

⁸ En inglés en el original: «almost all presidential constitutions contain emergency provisions, whereas 73,6% of parliamentary and 81% of semi-presidential constitutions do». Citado en Gross (2015), nota al pie número 8 (página 786). Traducción propia.

1984: 28-29). La razón conceptual que descansa tras esa decisión constituyente, de forma mayoritaria pero no unánime, es la soberanía parlamentaria (Ferejohn y Pasquino, 2008: 340), que implica que la soberanía –la misma que Schmitt situó en quien decide la excepción– reside sola y exclusivamente en el Parlamento; de lo que se deduce por una parte que el Gobierno siempre va a estar bajo la estricta supervisión del Parlamento –y por tanto no son necesarios cambios en el sistema político–, y por otra que el hecho de que el Parlamento ejerza cualquier poder que considere oportuno –una declaración de emergencia, una suspensión de derechos o una delegación de facultades en el Ejecutivo– es un acto soberano y por ende válido, legal y constitucional, que no se sale de la *normalidad*. Es decir, no se produce la dualidad constitucional de la que hablábamos. Si ésta es una asunción válida, práctica o efectivamente funcional, es algo que no corresponde analizar ahora. Es el caso, por supuesto, del Reino Unido.

La soberanía parlamentaria no es la única razón para evitar el dualismo constitucional. Por su parte, los constituyentes de los Estados Unidos decidieron –con la justificación que ya hemos señalado– no atribuir poderes excepcionales a ninguna de las ramas del Gobierno. Sin embargo y como veremos, eso no ha significado que el derecho de emergencia haya quedado al margen del desarrollo constitucional americano. Siguiendo el ejemplo y la doctrina sentada por la asunción de poderes de guerra de Lincoln y hasta la Presidencia post 11-S, la bibliografía en la materia es extensa y pormenorizada a la hora de detallar las capacidades que el inquilino de la Casa Blanca puede desplegar en la gestión de una crisis nacional. Los países escandinavos –Noruega, Suecia y Dinamarca– comparten la característica común de carecer de disposiciones constitucionales de emergencia; en los tres reinos, la única regulación constitucional al respecto otorga al Gobierno competencias limitadas en tiempo de guerra siempre que, respectivamente, el *Storting*, el *Risikdag* o el *Folketing* no puedan reunirse, y sólo en esa circunstancia (Comisión de Venecia, 1995: 3-4).

Las Constituciones de Japón o Luxemburgo no hacen ninguna referencia a tiempo de guerra o de emergencia (*ibid.*: 7).

Regresando a los Estados que sí contemplan la dualidad, y aclarado el alcance a menudo limitado de las disposiciones de rango constitucional, nos referiremos ahora a la legislación de emergencia, es decir, las disposiciones de derecho de emergencia que, aunque previstas en la Constitución, no tienen rango constitucional. La primera y primordial función de la legislación de emergencia en la mayoría de los países es concretar las condiciones en las que la emergencia debe ser declarada, pues como antes se recordaba, la mayoría de los modelos que se observan optan por no constitucionalizar las situaciones específicas de la emergencia, sino sólo sus tipos.

El propio artículo 116 de la Constitución española nos sirve como un ejemplo excelente de este modelo que Gross y Anoáin (2006: 66-72) califican como «de ajuste legislativo», en lugar del «ajuste constitucional»⁹. El modelo de ajuste legislativo, lugar común de las democracias parlamentarias, se limita a establecer en el texto constitucional los distintos estadios de la emergencia y los derechos que son susceptibles de ser suspendidos –o, en versión negativa, los que no lo son–, y quizá alguna de las variaciones en la relación entre instituciones. Sin embargo, tanto las circunstancias a las que deben obedecer los estados de emergencia como las efectivas limitaciones o ampliaciones de facultades que, respectivamente, sufren los poderes del Estado, son decisiones concretas que se toman por legislación no constitucional. Así, como decíamos, el artículo 116 de la Constitución española se limita a diferenciar entre los estados de alarma, excepción y sitio, y establece el procedimiento para la declaración de cada uno de ellos. Sin embargo, no establece en qué

⁹ «Constitutional accomodation» y «legislative accomodation», entre otras, son las formulas utilizadas en Gross y Anoáin (2006) para definir los modelos que se observan en el establecimiento formal del derecho de emergencia. Dado que la traducción literal –acomodación o acomodamiento– no aporta mucha calidad conceptual, se optará por referirse a estos modelos como «ajuste constitucional», «ajuste legislativo», etcétera.

situaciones debe declararse cada uno y tampoco recoge todos los cambios que se producen en la relación entre poderes, o en la propia distribución del poder. Es la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, la encargada de especificar en qué circunstancias debe declararse cada uno de los estadios de emergencia.

No es el caso del artículo 16 de la Constitución Francesa de 1958, en el que se establecen los plenos poderes –la «dictadura constitucional» en términos, parece que exagerados, pero inusualmente comunes (Cruz Villalón, 1984: 33-34; Alonso de Antonio, 2015: 458; Boyron, 2013: 60; Gross y Anoáin, 2006: 196; Rossiter, 1949)– del presidente de la República, siendo sólo el presidente quien decide que las circunstancias que concurren son las previstas en el propio artículo para invocar «todos» los poderes del Estado, pero estando esas circunstancias tasadas. Francia cuenta por otro lado, como ya se ha señalado, con la Ley 55-385, de 3 de abril de 1955, relativa al estado de urgencia, pero no es asimilable al artículo 16 de la Constitución; se trata de un estadio previo de emergencia, como veremos. No obstante, otra solución es optar por mantener la discrecionalidad del encargado de declarar la excepción y no legislar al respecto. Es lo que más adelante estudiaremos como el «modelo extra-legal».

Queda pues acreditado que la primera característica definitoria del derecho de emergencia es que se reparte entre disposiciones constitucionales y disposiciones de rango menor. Una última cuestión que cabría plantearse es si cabe legislar, por parte del legislador ordinario, disposiciones *ex novo* en este campo, en el caso de que no existieran ni en la Constitución ni en su legislación derivada. La respuesta a esa pregunta, pura interpretación constitucional, dependería del marco competencial del Parlamento del país en cuestión.

2.2.2. Transitoriedad y estado de necesidad

La segunda característica definitoria del derecho de emergencia es su transitoriedad. Todos los cambios que introduce la excepción están pensados, diseñados e implementados con la finalidad de *devolver* el Estado a la situación de normalidad prescrita por el orden constitucional. En las palabras de Cruz Villalón (1984: 13), «el orden público configurado por la Constitución no solo tiene vocación de ser sino también de mantenerse; no sólo pretende ser sino, además, asegurar su existencia». La temporalidad es un elemento sustancial que evita que nos encontremos ante un cambio de régimen, en los términos de Morlino (1988). Más bien al contrario, el régimen se adapta para hacer frente a una circunstancia que amenaza su continuidad, con la plena vocación de mantenerse.

Eso no necesariamente significa que las disposiciones de derecho de emergencia establezcan un marco temporal tras el cual la normalidad institucional vuelva a instaurarse por razón de la ley. Es el caso, nuevamente, de Francia, cuya Constitución no prevé el fin del ejercicio de los poderes excepcionales del artículo 16, pero establece que el Consejo Constitucional debe revisar la necesidad de tales poderes pasados sesenta días desde su invocación (Boyron, 2013: 72). En España los estados de alarma y excepción están limitados por la Constitución, pero el Congreso tiene plena libertad para establecer el marco temporal del estado de sitio (Garrido López, 2007: 133). En Alemania, la Constitución tampoco establece un marco temporal para ninguno de sus estados de emergencia (Heun, 2011: 154). Y la Constitución americana, como ya hemos mencionado, carece de disposiciones expresas en la materia.

La transitoriedad intrínseca al derecho de emergencia está estrechamente vinculada a los principios en los que éste descansa. Si el derecho de emergencia existe es porque pretende asegurar la *permanencia* del Estado y del ordenamiento jurídico *por encima* de las circunstancias que los

amenazan (Cruz Villalón, 1984: 18-19). En el momento en el que esas circunstancias cesan y la amenaza deja de serlo, la emergencia decae y el derecho de emergencia deja espacio al ordenamiento de la normalidad (Sedano Lorenzo, 2015). En definitiva, el dualismo constitucional vuelve a rotar, esta vez para regresar a su posición original.

Por supuesto, la transitoriedad se convierte en un elemento clave si desaparece. El informe del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, ECOSOC, sobre poderes de emergencia y sus implicaciones para los derechos humanos (ECOSOC, 1982) hace referencia a que los «estados de emergencia permanentes» que se perpetúan –ya sea debido a una extensión *de facto* o a una declaración sistemática del estado de emergencia, o porque la Constitución no ha previsto ningún límite temporal a priori (*ibid.*: 28)– tienden a convertir en norma la excepción, con el consiguiente declive del principio de legalidad (*ibid.*: 33). El estado de excepción que deja de ser transitorio ya no es, por tanto, un recurso del Estado de derecho para su protección, sino la sustitución de ese Estado de derecho por un nuevo régimen. Habitualmente, lo que se conoce como «autogolpes» de Estado se amparan en la perpetuación de un estado de emergencia sobre el que actuar legítimamente en los primeros compases del cambio de régimen.

Íntimamente ligado al concepto de transitoriedad está el de necesidad. El aforismo latino *necessitas non habet legem* –la necesidad no conoce de ley– se convierte en el gran principio inspirador del derecho de emergencia en su embrión, la dictadura romana. El estado de necesidad puede remontarse a John Locke para encontrar soporte en la teoría legal y la filosofía política, con el concepto de la prerrogativa. También Carl Schmitt lo consideraba, como el elemento legitimador para que el soberano declarara la excepción: si se declara una excepción, es exclusivamente porque hay necesidad; sin necesidad, el ordenamiento jurídico normal no tiene por qué ser sustituido.

En la mayor parte de los casos, la necesidad ha sido codificada, como explicábamos más arriba. Esto se traduce en que, para ser proclamado un estado de emergencia, deben cumplirse los requisitos que el constituyente o el legislador haya establecido, y que considera que son los que requieren poderes extraordinarios (Sedano Lorenzo, 2015). Así, no cabrá declarar el estado de sitio en España mientras no «se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios», conforme al artículo 32 de la LOEAES; del mismo modo que sólo podrá el presidente de la República francesa asumir poderes excepcionales cuando «las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus obligaciones internacionales estuvieren bajo seria e inminente amenaza, y cuando el correcto funcionamiento de las autoridades constitucionales públicas sea interrumpido». Son casos, todos ellos revestidos de la mayor gravedad, en los que el constituyente o el legislador considera *necesario* acudir a la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

De nuevo nos remitimos a Cruz Villalón (1984: 28-29) para explicar que cuando lo que falta no es necesidad, sino derecho de emergencia, es precisamente la necesidad la que sustituye a la opción del constituyente de contemplar la posibilidad del dualismo constitucional. Para el constituyente belga de 1831, por poner su mismo ejemplo, la Constitución no podía ser suspendida ni en todo ni en parte –artículo 187– (Alonso de Antonio, 2015).

Para terminar debe quedar claro que a falta de necesidad, es decir, a falta de las circunstancias o presupuestos habilitantes –lo que no quiere decir necesariamente que la situación del Estado sea una balsa de aceite; simplemente, que no se llega a los extremos previstos–, la declaración de la emergencia se convierte en un abuso y, por tanto, en inconstitucional. Como se ha mencionado antes, estaríamos ante lo que es habitualmente denominado «autogolpe» de estado, en el que el

poder –habitualmente el Ejecutivo– se excede en sus funciones hasta el punto de quebrar los principios constitucionales básicos y acabar con la separación de poderes y, con ella, con el imperio de la ley y el principio de legalidad. Fue la consecuencia de la incesante aplicación del artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919, que resultó –no como único factor, pero sí uno importante– en la fatal proclamación del III Reich a través de los poderes especiales del canciller.

2.2.3. El concepto de emergencia

Mark Tushnet provee una definición simple de lo que cabe considerar emergencia: aquella circunstancia en la que el régimen ordinario de la ley es sustituido por otra cosa (Tushnet, 2008: 146-147). Por supuesto, esa «otra cosa» es lo que llamamos derecho de emergencia. Pero la emergencia es una circunstancia, un hecho sobrevenido que el propio estado de derecho ha calificado previamente como el hecho diferenciador que despliega los efectos del derecho de emergencia. Esta asunción, por supuesto, choca con la «paradoja de Schmitt» (Loevy, 2015: 17): dado que es imposible prever todas las circunstancias posibles, no existe ley alguna que pueda prever de antemano todos los casos en los que es aplicable el derecho de emergencia.

Definir qué es una emergencia es lo mismo que definir hasta dónde llega el estado de Derecho y a partir de dónde debe ser modificado para hacer frente a las circunstancias que lo amenazan. De ahí que la definición de emergencia suponga el meollo del debate teórico.

En suma, y para no adelantar el contenido de la siguiente y última sección de este capítulo, dos modelos chocan en este punto. Por un lado, el modelo que podemos llamar neorrealista, heredero de la teoría de Schmitt, defiende que la ley no puede prever las circunstancias y que por ello, debe evitar poner barreras al uso de la autoridad del Estado cuando tal autoridad esté en peligro,

con la finalidad –la necesidad– de mantenerlo. Opuesto a este, encontramos el modelo de la legalidad, según el cual toda emergencia debe estar tipificada para evitar abusos por parte del poder que puede declarar la excepción. Entre ambos modelos, soluciones mixtas abogan por definir, por ejemplo, emergencias menos graves y dejar una cláusula abierta como última ratio. Este debate se puede encontrar desarrollado en profundidad en el trabajo de Victor Ramraj y sus colaboradores (Ramraj, 2008).

La opción de definir las emergencias es de cada constituyente, y encontramos sistemas tanto constitucionales como legislativos que adoptan los modelos referidos. En el caso de España, por ejemplo, el legislador ha optado por tipificar las emergencias en la ley orgánica que regula los estados de alarma, excepción y sitio, indicando qué circunstancias son presupuesto habilitante de cada estado de emergencia. En Alemania esta tipificación es menos clara, y sólo el estado de defensa, que requiere de una invasión armada del territorio federal, está claramente definido. En Francia, finalmente, la emergencia está relativamente tipificada en el artículo 16, pero su interpretación descansa en el propio presidente y por tanto, su margen de actuación es amplio.

En el plano internacional, diversas convenciones –CEDH, PIDCP o CADH– establecen que la emergencia definida como «guerra o emergencia pública que amenace la vida de la nación» es la única circunstancia legitimadora en la suspensión de derechos fundamentales (Comisión de Venecia, 1995: 22).

2.3. El estado de la cuestión: debates teóricos en torno al derecho de emergencia

2.3.1. De los clásicos a Schmitt y a las Constituciones tras la II Guerra Mundial

La institución romana de la dictadura es, sin duda, el punto de partida de todos los debates teóricos al respecto del derecho de emergencia. Durante la República, los cónsules tenían el poder de proponer el nombramiento de un dictador, por un período de seis meses, que reuniría todo el poder del Estado para hacer frente a un peligro inminente y grave. Al finalizar este período, el dictador devolvía sus poderes al Senado y a los cónsules y cesaba en su magisterio (Plessis, et al., 2016: 91). Este sistema es fundamental para el desarrollo del derecho de emergencia porque inauguró el principio más básico del mismo: el dualismo constitucional, que implica que hay dos realidades posibles bajo el régimen existente, la normalidad y la excepción (Ferejohn y Pasquino, 2008: 336).

Schmitt, como ya hemos mencionado, considera éste un modelo extraordinario por su utilidad, pero no fue el primero en hacerlo. Nicolás de Maquiavelo, en sus *Discursos sobre Tito Livio*, afirmó que ninguna República podría considerarse perfecta sin proveer una institución como la dictadura de Roma y que, de hecho, las que no lo hicieran perecerían ante las catástrofes (Loevy, 2015: 33; Ferejohn y Pasquino, 2008: 335-336). El pensamiento de Maquiavelo tuvo su efecto también en John Locke, con su teoría de la prerrogativa, que descansa en una relación fiduciaria entre pueblo y rey, de tal forma que, si ésta es abusada, se enfrenta al derecho a la resistencia –la «llamada al cielo»– (Loevy, 2015: 27).

Schmitt –cuya postura, por ser central en la doctrina sobre el derecho de emergencia, ya hemos relatado ampliamente– fue un paso más allá al indicar que la declaración de la emergencia

era el acto más soberano, por cuanto suponía un cambio trascendental en el ordenamiento constitucional. Para Schmitt, la declaración de la emergencia no es sino la reafirmación más clara del orden constitucional, que se blindó a sí mismo en la figura de aquél llamado a restituir las circunstancias que permitan regresar a la normalidad (Schmitt, 2014). Así, la excepción se convierte en la prueba de la existencia misma de la normalidad, pues a juicio de Schmitt, la norma no prueba nada y la excepción lo prueba todo, y por tanto, la normalidad deriva de la excepción. Otros autores como Clinton Rossiter continuaron defendiendo las tesis de Schmitt tras la Segunda Guerra Mundial, especialmente en el contexto de la guerra fría y la amenaza nuclear; un poder destructivo sin precedentes en la historia cuyo control siempre se ha atribuido de forma indiscutida, respectivamente, a los presidentes de las dos superpotencias (Rossiter, 1949).

2.3.2. Modelos teóricos tras el 11 de septiembre

El dualismo legal al que hemos hecho referencia ya es el modelo que se puede considerar universal en el mundo que ha seguido a los atentados del 11 de septiembre de 2001, en los que perdieron la vida más de tres mil personas. Ese día señaló el inicio de una era marcada por la amenaza¹⁰ del terrorismo global que hoy sigue acechando el régimen de derechos y libertades establecido por el moderno Estado de derecho. Y marcó también el inicio de un torrente académico de estudio de los poderes de emergencia como respuesta a la amenaza terrorista. De ahí que sea reseñable ese primer consenso entre la inmensa mayoría de los autores: hay tiempo de normalidad, y tiempo de emergencia. La diferencia, por supuesto, reside en todo lo demás.

¹⁰ Considerar al terrorismo global una «amenaza» es, probablemente, una posición política; otras lo consideran un enemigo, o un bando de una guerra aún por librar. En este caso, a los efectos que aquí se persiguen, el terrorismo global es un factor que «da indicios de ir a sufrir algo malo o dañino».

Podemos distinguir dos grandes escuelas que se corresponden con los dos grandes modelos a los que hemos hecho referencia en el apartado sobre el concepto de emergencia.

El primer modelo, realista o neorrealista, heredero de la tradición de Schmitt, es el modelo extra-legal, cuyo principal referente es el profesor Oren Gross. En su vasta obra sobre poderes de emergencia, repetidamente citada en este trabajo, Gross defiende un modelo en el que la ley no es suficiente para prever las circunstancias que pueden amenazar su imperio (Gross y Anoáin, 2006: 95-136). Por ello, las autoridades deben contar con una cláusula de extra-legalidad por la cual las acciones que realicen en caso de necesidad e insuficiencia de sus competencias ordinarias podrán ser convalidadas a posteriori por los órganos correspondientes, sin importar las circunstancias o la gravedad de tales medidas adoptadas. En caso de que la convalidación *ex post* no se produjera, el funcionario o cargo público se sometería a todo el peso de la ley por la ilicitud de sus actos. Gross, además, establece como punto esencial del sistema la ética de la responsabilidad política (Gross, 2008), enfatizando que ante la perspectiva de no obtener la ratificación de sus actos, el cargo público se cuidará de no abusar de esta cláusula de extra-legalidad. El modelo extra-legal ha sido estudiado en castellano por autores como Carro Martínez (1998: 220-221), que define este tipo de situaciones como «emergencias anticonstitucionales».

El contrapunto al modelo extra-legal de Gross lo ofrecen una gran variedad de autores encabezados por el profesor Dyzenhaus (2008), que entiende que lo extra-legal es, por definición, una brecha inaceptable del ordenamiento jurídico. Este enfoque legalista se resume muy bien en Ramraj (Ramraj, 2008: 54) con una sola frase: «una defensa exitosa [del Estado de Derecho] no

legaliza una ilegalidad anterior, sino que hace que ésta no sea ilegal en primer lugar»¹¹. Los modelos legalistas afirman, por tanto, que la ley puede y debe, en efecto, regular las emergencias a las que deberá enfrentarse y que, en todo caso, la democracia descansa en el Estado de derecho y el imperio de la ley, lo que hace imposible admitir que acciones ilegales sean la solución para la salvaguarda del sistema. El constitucionalismo descansa en la idea del gobierno limitado, en la limitación del ejercicio del poder a través de la ley (Heringa y Kiiver, 2012: 2) y por ello, un modelo en el que el poder puede actuar de forma imprevista e imprevisible con el sólo límite de una ética de la responsabilidad no es aceptable.

Otros autores como Mark Tushnet abogan por una *tercera vía*. Como el propio Tushnet admite (Tushnet, 2008), el principio de responsabilidad del modelo extra-legal no reconoce el hecho de que un funcionario *siempre* puede optar por actuar fuera de la ley asumiendo las consecuencias de sus actos. La política, defiende, es la obvia alternativa a la ley a la hora de regular los poderes de emergencia (*ibid.*: 147). Tushnet, junto con otros académicos como Dicey, aceptan que en tiempos de emergencia puede ser necesario que el Ejecutivo actúe primero (*ibid.*: 17), pero advierten de que lo que en realidad hace la ratificación *ex post* es devolver a la legalidad a aquellos que hicieron lo que deberían haber estado autorizados para hacer, si hubiera habido tiempo para que se consumara tal autorización *ex ante* (*ibid.*: 47), no como un mecanismo a utilizar discrecionalmente sino como una excepción fruto de unas circunstancias determinadas y exigentes.

Los puntos clave del actual debate teórico son, por tanto, dos vértices esenciales del problema: la autorización *ex ante* o *ex post* de las medidas extraordinarias a tomar en caso de emergencia; y la revisión y control de las medidas que efectivamente se tomen, bien sea por parte del

¹¹ En inglés en el original: «A successful defense do not legalise a past illegality but finds it not to be illegal in the first place». Traducción propia.

poder Legislativo o por el Judicial. En resumidas cuentas: cómo están diseñadas las estructuras de decisión, y cómo se produce el *feedback* que convierte los *outputs* del sistema político en nuevos *inputs*.

Capítulo 3. El derecho de emergencia en España

3.1. Antecedentes históricos

El derecho de emergencia en España ha seguido una pauta más o menos uniforme desde la Constitución de Cádiz de 1812. Todos los textos constitucionales de nuestro país contienen en alguna medida disposiciones de derecho de emergencia, si bien las tres primeras Constituciones de 1812, 1837 y 1845 –que comparten una formulación prácticamente idéntica en sus respectivos artículos 308, 8 y 8– se refieren exclusivamente a una suspensión del *habeas corpus* y de la inviolabilidad del domicilio, previa autorización de las Cortes (Pascua Mateo, 2011). En la Constitución de 1869 se amplían los derechos fundamentales que pueden ser objeto de suspensión y se prevé una ley de orden público. En el texto fundamental de 1876 se imitó el modelo precedente, pero se introdujo la importante novedad de que, si las Cortes no se encontraran reunidas, el Gobierno podría decretar las suspensiones previstas, con posterior ratificación parlamentaria (*ibid.*).

Mención aparte merece el régimen de derecho de emergencia establecido en la Segunda República española, cuya Constitución de 9 de diciembre de 1931 incluyó una Disposición Transitoria que mantenía en vigor la Ley para la Defensa de la República, promulgada por el Gobierno Provisional y que le otorgaba amplios–por no decir plenos– poderes (Carro Martínez, 1998: 241), que siguió en vigor hasta que se promulgó la Ley de Orden Público de 1933 (Pascua Mateo, 2011). En cualquier caso, la tradición de preeminencia del legislativo –a través de un sistema de ratificación obligatoria y convocatoria automática del Congreso o de su Diputación Permanente si estuviera disuelto– se mantiene en la letra de la Constitución; la práctica demostró, a través de las declaraciones del estado de guerra de 1932 y 1933 y las infinitas declaraciones de estados de emergencia hasta el fin de la República (Carro Martínez, 1998), que esa no era la realidad.

Finalmente, la dictadura de Franco se basó en los plenos poderes del jefe del Estado, por lo que hacer referencia a las disposiciones que pudieran existir –nueva Ley de Orden Público, leyes orgánicas como la del Estado de 1967, etcétera– y los estados de emergencia a los que se pudiera llegar es referirse a una mera modulación de lo férreo de la dictadura (Cruz Villalón, 1984: 44) y, por tanto, carecen de mayor interés para este trabajo.

3.2. La Constitución de 1978 y el régimen de la LOEAES

La Constitución de 1978 establece en su artículo 116¹² tres estadios de derecho de emergencia, en lo que se corresponde con un modelo mixto de ajuste constitucional y legislativo –ya que dichos estadios se prescriben en la Constitución, pero las condiciones de cada uno se detallan en la LOEAES– y un modelo diversificado de derecho de emergencia (Comisión de Venecia, 1995: 8) al establecer tres niveles diferentes, cada uno de ellos diseñado para cada tipo de emergencia (Cruz Villalón, 1984: 47). Asimismo, el artículo 55.1 de la Constitución establece –con cierta-mente escasa claridad expositiva– qué derechos fundamentales son susceptibles de ser suspendidos durante la vigencia de cualquiera de los tres estados de emergencia. Estos derechos *pueden* ser suspendidos, lo que no necesariamente quiere decir que efectivamente lo sean; descansa en el Gobierno y en el Congreso –en el Gobierno proponerlo y en el Congreso autorizarlo– qué derechos se suspenden y qué derechos permanecen en vigor, de forma que la declaración de cualquiera de los estados previstos en el artículo 116 no implica, necesariamente, la suspensión de todos los derechos fundamentales listados en el artículo 55.1. De hecho, la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio puede hacerse sin suspender ningún derecho fundamental, aunque esta

¹² Ver Anexo 1, sección 2.2, para encontrar una transcripción literal del artículo 116. También se recogen los artículos relevantes del resto de casos, que se irán citando en adelante.

posibilidad parece poco probable ya que los poderes del Estado son difícilmente expandibles sin chocar con los derechos de los ciudadanos.

La Constitución, en cualquier caso y como ya se ha explicado, no define qué circunstancias han de concurrir en cada uno de los estados que prescribe. Se limita a enumerarlos y establecer los procedimientos para la declaración¹³ de cada uno de ellos, del más ligero del estado de alarma hasta el reforzado del estado de sitio, dando a entender una «escala» en emergencias en función de las cautelas impuestas para la declaración de cada estado, y, sobre todo, reafirmando la preeminencia del Legislativo en la materia (Cruz Villalón, 1984: 47; Carro Martínez, 1998: 250; Pascua Mateo, 2011). Además, la Constitución establece tres disposiciones más en los dos últimos apartados del artículo: la imposibilidad de disolver el Congreso de los Diputados –no así el Senado– y la reafirmación del normal funcionamiento del resto de los poderes del Estado; la reserva de que las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente si éste estuviera disuelto o expirado su mandato –reiterativo del artículo 78.3 de la propia CE–, y la especificación de que la declaración de los estados descritos no modificará en ningún caso la responsabilidad del Gobierno y sus agentes.

Es en la LOEAES donde encontramos la tipificación de las emergencias que darán lugar a cada uno de los estados previstos en el artículo 116 CE, así como provisiones más específicas

¹³ La Constitución, en el apartado 3 del artículo 116, establece que «El estado de excepción será *declarado* por el Gobierno [...] La autorización y *proclamación* del estado de excepción deberá determinar...» [énfasis añadidos]. Tanto el estado de alarma como el estado de sitio son «declarados», vid. apartados 2 y 4, por lo que parece incongruente hablar de «proclamación» y no de «declaración» para el de excepción; además, el uso constitucional de la proclamación se reserva a la Corona, pues «proclamado» es el Rey ante las Cortes Generales (artículo 61.1), y a la voluntad constituyente de la Nación, que se «proclama» en el Preámbulo. La LOEAES, en su artículo 14, utiliza el verbo «declarar» para expresar la acción del Gobierno respecto del estado de excepción, una vez autorizado por el Congreso («el Gobierno, obtenida la autorización [...], procederá a *declarar* el estado de excepción»), como también utiliza el sustantivo «declaración» en las disposiciones comunes a los tres estados (artículos 1.4 y 2). Por ello, a efectos de claridad, en adelante se utilizarán las expresiones «declarar» y «declaración» y se evitarán en todo caso «proclamar» y «proclamación».

respecto a las formas de su declaración y su efecto sobre los derechos fundamentales susceptibles de suspensión. Como breve introducción legislativa, el Proyecto de Ley que dio origen a la LOEAES fue remitido al Congreso de los Diputados en septiembre de 1979¹⁴, como un Proyecto de Ley Orgánica integral de Seguridad Ciudadana. La tramitación se vio interrumpida en varias ocasiones, y fue después del fallido golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 cuando se rescató el Proyecto; en abril de ese año, la Ponencia¹⁵ de la Comisión Constitucional del Congreso retomó el articulado del Gobierno referente a los estados de alarma, excepción y sitio; y la Cámara los tramitó como Ley Orgánica independiente. La Tabla 1 recoge el régimen de la LOEAES.

	Estado de alarma	Estado de excepción	Estado de sitio
<i>Circunstancias que concurren</i>	Alteraciones graves de la normalidad: a. Catástrofes, calamidades o desgracias públicas. b. Crisis sanitarias c. Paralización de servicios públicos esenciales d. Desabastecimiento	Alteración grave del libre ejercicio de los derechos fundamentales, del funcionamiento de las instituciones, de los servicios públicos esenciales. Insuficiencia del ejercicio de las potestades ordinarias.	Se produce o amenaza producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía y la independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios.
<i>Órgano que declara la emergencia</i>	Gobierno.	Gobierno, previa autorización del Congreso, por mayoría simple.	Congreso de los Diputados, por mayoría absoluta.
<i>Instrumento de declaración</i>	Real Decreto.	Real Decreto, con el contenido autorizado por el Congreso.	Declaración del Congreso de los Diputados.
<i>Limitaciones a los derechos fundamentales y las libertades, acumulativamente</i>	1. La circulación de personas y vehículos. 2. Propiedad privada (requisas temporales y prestaciones obligatorias). 3. Libre mercado; movilización 4. Suministro de bienes y servicios	5. Derecho a la libertad personal, <i>habeas corpus</i> . 6. Inviolabilidad del domicilio. 7. Secreto de las comunicaciones. 8. Circulación. 9. Libertad de expresión y derecho de información. 10. Huelga y conflicto colectivo.	11. Derechos de los detenidos.
<i>Autoridad</i>	Gobierno, o por delegación de éste, el presidente de la CA afectada.	Autoridad gubernativa (civil) designada por el Gobierno.	Autoridad militar designada por el Gobierno.
<i>Duración y finalización</i>	Quince días, prorrogables por el Congreso. El Gobierno puede finalizarlo en cualquier momento.	Máximo de treinta días, prorrogables otros treinta por el Congreso. El Gobierno puede finalizarlo en cualquier momento.	Indefinidas.

Tabla 1. Estados de emergencia en España: el régimen de la LOEAES. Elaboración propia

¹⁴ BOCG 21 de septiembre de 1979, páginas 357-382.

¹⁵ BOCG 14 de abril de 1981, páginas 382/23-382/34.

La segunda vertiente de los tres estados de emergencia, tras la suspensión de derechos fundamentales –que, como ya se ha dicho, es posible, pero no estrictamente necesaria– es la variación en las relaciones entre poderes del Estado y, particularmente, entre las distintas instancias del poder Ejecutivo. Ya hemos mencionado que la doctrina jurídica es unánime al situar al Legislativo, y más concretamente al Congreso de los Diputados en el centro del sistema de emergencia –por todos, Cruz Villalón (1984) y Alzaga (2012)– debido a que es el encargado de autorizar la prórroga del estado de alarma ya declarado, de autorizar la declaración del estado de excepción y de declarar el estado de sitio. Además, el artículo 116.5 CE *blinda* al Congreso al prohibir su disolución durante la vigencia de cualquiera de los tres estados, si bien no aclara en qué medida se prolonga su mandato.

La retirada al presidente del Gobierno del poder de disolución es el cambio más sustancial en el sistema político por cuanto sitúa al Legislativo en una posición teóricamente hegemónica; además, el hecho de que el Congreso no pueda ser disuelto no implica que éste no pueda exigir la responsabilidad del Ejecutivo vía moción de censura, ya que el Gobierno responde solidariamente de su gestión ante el Congreso de los Diputados (artículo 108 CE) y éste puede exigirle dicha responsabilidad política en cualquier momento (artículo 113.1 CE). Hecho sustancial es que la prohibición de disolución no afecta, curiosamente, al Senado, que, a la luz del texto constitucional, sí podría ser disuelto.

No obstante, el Ejecutivo ve, más que reforzadas (Sedano Lorenzo, 2015), *concentradas* (Alzaga, 2012) las competencias de la Administración. Así lo establecen las propias disposiciones de la LOEAES, que en cada estado de emergencia van determinando la concentración de poderes que se produce en «la Autoridad competente».

Las figuras 1 a 4 ilustran esta concentración de poderes, representando de forma gráfica las modificaciones en el sistema de distribución del poder. La Figura 1 representa la situación de normalidad en la que cada Administración conserva sus competencias naturales.

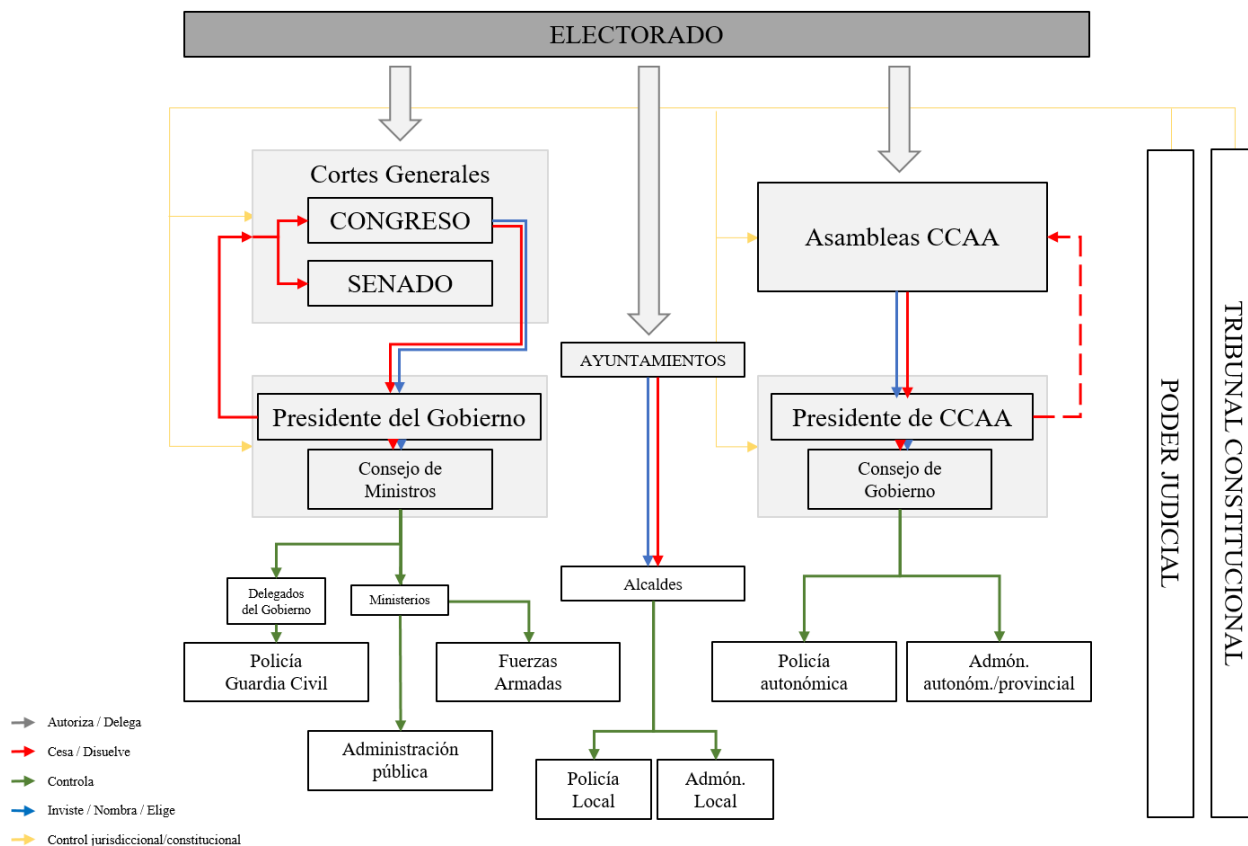


Figura 1. Sistema de distribución del poder en España. Estado de normalidad.¹⁶ Elaboración propia

¹⁶ La flecha discontinua de «Disolución» que se traza entre el presidente de Comunidad Autónoma y su Asamblea indica las diferencias que existen entre las CCAA. Así, el presidente del Gobierno de Canarias carece de la facultad de disolución. El Congreso de los Diputados se encuentra tramitando una reforma del Estatuto de Autonomía que sí le conferiría esa facultad.

Los presidentes de las Comunidades Autónomas del Principado de Asturias, Cantabria, La Rioja, la Región de Murcia, Castilla-La Mancha, la Comunidad de Madrid y Castilla y León tienen varias restricciones en sus prerrogativas de disolución de las respectivas Asambleas.

Y, finalmente, los alcaldes-presidentes de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla carecen de la facultad de disolución de sus respectivas asambleas.

Ni los presidentes de las CCAA ni el presidente del Gobierno pueden disolver respectivamente las Asambleas o las Cámaras de las Cortes Generales cuando se encuentra en trámite una moción de censura, ni antes de que transcurra un año desde la disolución anterior. Sirvan estas notas para las cuatro figuras.

A continuación, la Figura 2 refleja los cambios en caso de estado de alarma en el ámbito de todo el territorio nacional, una vez éste es declarado por el Gobierno mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros.

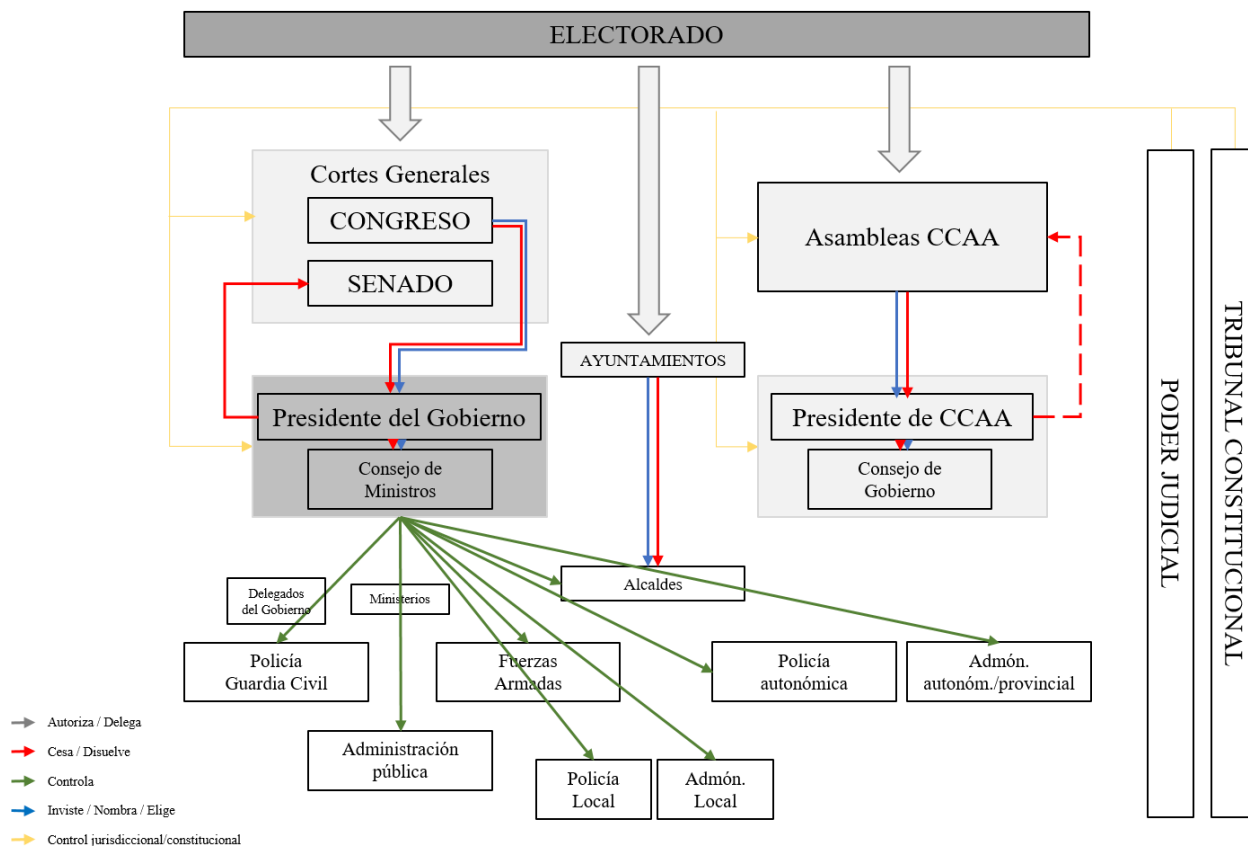


Figura 2. Sistema de distribución del poder en España. Estado de alarma: ámbito territorial nacional. Elaboración propia

La concentración de poderes que se aprecia es evidente, al pasar el control de las ramas ejecutivas a la Autoridad competente (art. 9 LOEAES), que en el caso del estado de alarma, es el Gobierno (art. 7 LOEAES). Dicha concentración se traduce, como dice el artículo 9, en que «todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales y demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes

directas de la Autoridad competente». Además, el presidente del Gobierno pierde la facultad de disolver el Congreso de los Diputados. En el caso de que la emergencia se circunscribiera a una única Comunidad Autónoma, el Gobierno podría delegar en el presidente de ésta su autoridad.

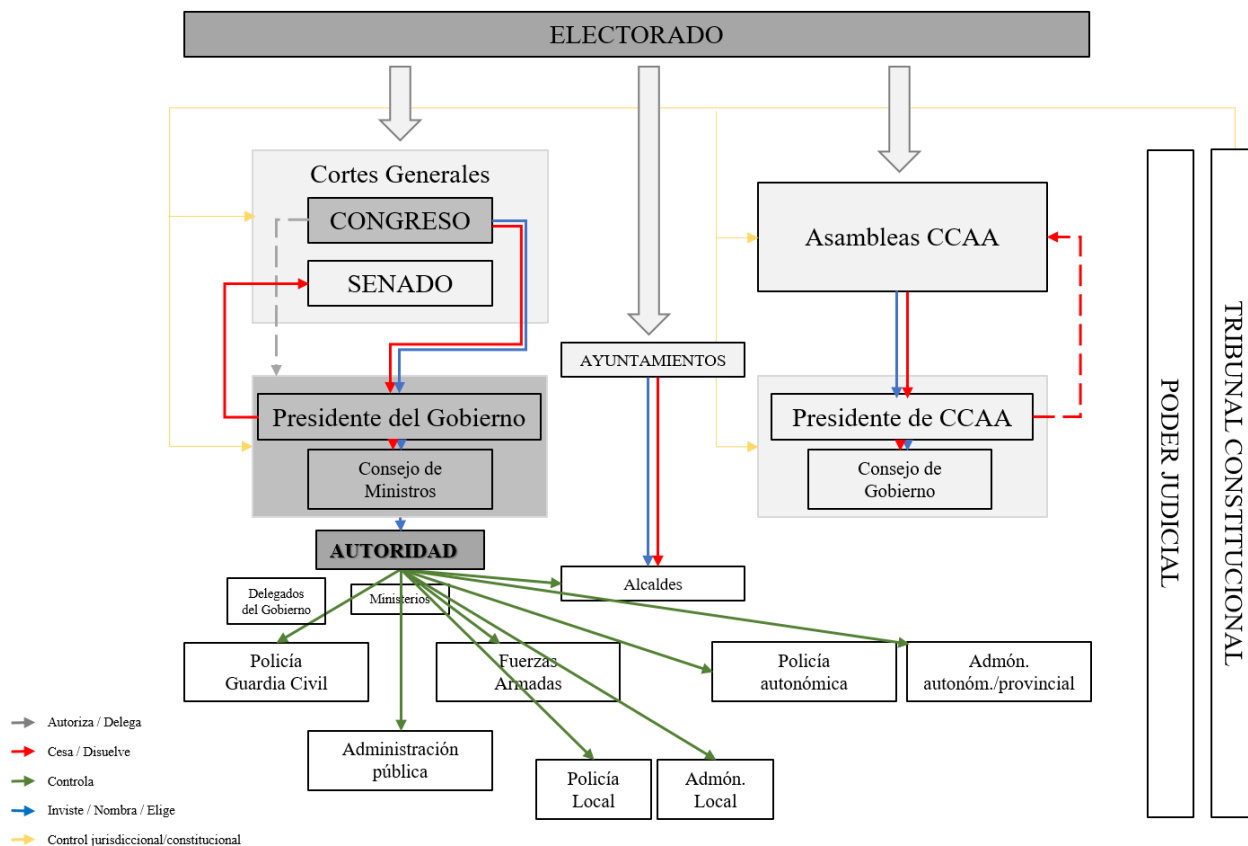


Figura 3. Sistema de distribución del poder en España. Estado de excepción: ámbito territorial nacional. Elaboración propia

La Figura 3 pasa a ilustrar el estado de excepción. En este caso, como se aprecia, el Gobierno nombra a una Autoridad gubernativa –civil, en principio, aunque a su total discreción–. El matiz es importante porque, respecto del estado de alarma –en el que el Gobierno centraliza la autoridad–, en el estado de excepción la LOEAES prevé múltiples medidas que implican suspensiones de derechos fundamentales. Tales medidas parten de una Autoridad específica con la finalidad de ser claramente diferenciadas de las que dictaría el Gobierno en situación de normalidad,

como ocurre en el estado de excepción. Se destaca, asimismo, que el Poder Judicial verá modificada su jurisdicción en virtud del artículo 117 de la Constitución, cuyo apartado 5 establece la jurisdicción militar en caso de estado de sitio.

Precisamente, respecto de la actuación del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional cabe hacer una aclaración. La LOEAES prevé que las medidas del Ejecutivo en la vigencia de los estados de emergencia quedan bajo la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria –art. 3.1–, por lo que las facultades del Poder Judicial permanecen intactas, sin sufrir modificaciones durante la vigencia de los estados de alarma y excepción; y con la mencionada jurisdicción militar del estado de sitio. Otro tanto de lo mismo ocurre con el TC. En su sentencia de 2016 sobre el estado de alarma de 2010, estableció que sólo él es competente para juzgar la constitucionalidad de las declaraciones de los estados de alarma, excepción y sitio, por cuanto son actos, emanados del Ejecutivo o del Legislativo, con fuerza y valor de Ley (STC 83/2016, FJ 10).

En este punto es necesario mencionar la posibilidad de que cualquiera de los tres estados de emergencia sea declarado no en todo el territorio nacional, sino en localizaciones más específicas; como disponen la CE y la LOEAES, en todo o parte del territorio de una Comunidad Autónoma. En el caso de que la emergencia efectivamente tuviera un alcance territorial muy limitado, se ahorraría la afectación a todo el resto del territorio, restringiendo el despliegue del derecho de emergencia a lo estrictamente necesario. En estos casos, la delimitación territorial vendría determinada por el instrumento de declaración correspondiente.

Para el caso del estado de alarma, si la emergencia afecta a todo o parte de «una» Comunidad Autónoma, la LOEAES prevé que «la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el presidente de la Comunidad Autónoma» (art. 7), lo que implicaría que las Administraciones de esa Comunidad pasarían a ser controladas por el Ejecutivo autonómico. En esa

circunstancia, además, el presidente autonómico podría requerir la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pero sin llegar a ponerlos a sus órdenes (art. 9.2). Pese a que de la letra de la Ley no queda claro si tal delegación es voluntaria o debida, parece lógico entender que es enteramente voluntaria, por cuanto es el Gobierno central el que declara el estado de alarma y quien decide las implicaciones que puede tener, dentro de los límites constitucionales.

En caso de que sea el estado de excepción lo que afecta exclusivamente al todo o la parte de una Comunidad Autónoma, la Autoridad competente seguirá siendo la que designe el Consejo de Ministros, pero «podrá coordinar» sus actuaciones con el Gobierno de dicha Comunidad (artículo 31 LOEAES). Estas dos variaciones ‘autonómicas’ de los estados de alarma y excepción incluirían leves cambios en los esquemas anteriores, que resultarían en las figuras 5 y 6. En la primera se observa la modificación de la dependencia de las Administraciones, y el recurso a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado; en la segunda se aprecia la posible línea de colaboración entre la Autoridad y Ejecutivo autonómico.

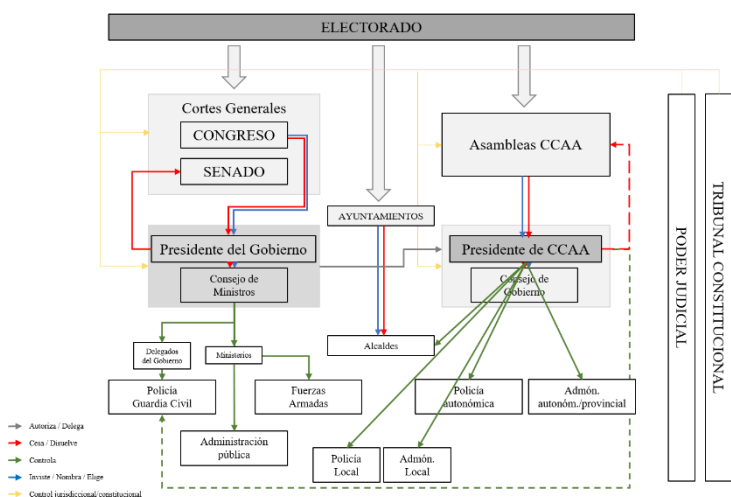


Figura 5. Estado de alarma con ámbito territorial autonómico. Elaboración propia

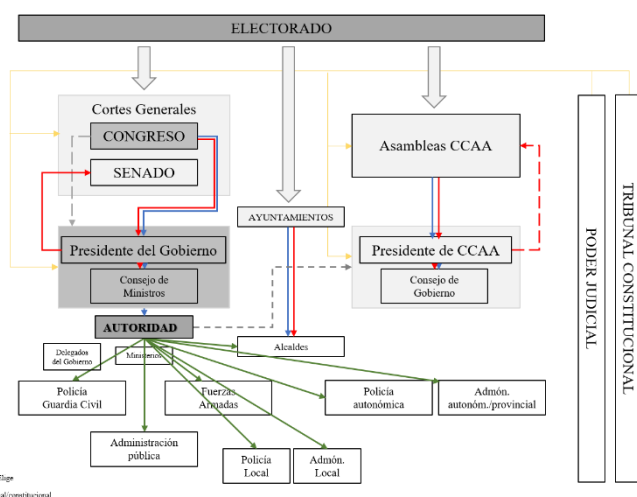


Figura 6. Estado de excepción con ámbito territorial autonómico. Elaboración propia

Desde la aprobación de la Constitución, en España sólo se ha declarado uno de los estados de emergencia, el de alarma, en una ocasión. Indudablemente, el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, al que ya nos hemos referido, hubiera calificado como una grave alteración del funcionamiento de las instituciones democráticas o, incluso, un acto de fuerza contra el orden constitucional. No obstante, en aquel momento el artículo 116 no había sido desarrollado y por tanto, al margen de las obvias limitaciones constitucionales que supuso el asalto al Congreso de los Diputados, el «Gobierno provisional de subsecretarios» que se formó no pudo ni quiso hacer uso de ninguna de las situaciones que contempla.

No fue hasta casi treinta años después cuando se produjo una nueva situación de emergencia, que derivó en el estado de alarma que a continuación analizaremos.

3.3. El estado de alarma de 2010

El 4 de diciembre de 2010, el Consejo de Ministros reunido de forma extraordinaria, previa consulta a los servicios jurídicos del Estado y con presencia del propio director de los mismos, aprobó el *Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo*. La medida había sido adelantada por el Vicepresidente del Gobierno la tarde del día anterior, cuando tras la aprobación de un Real Decreto-Ley que modificaba sus condiciones laborales, los controladores aéreos civiles comenzaron a abandonar sus puestos de trabajo. La situación devino en un colapso y posterior cierre del espacio aéreo español al comienzo de un puente de cinco días festivos, provocando que cientos de miles de pasajeros quedaran atrapados en los aeropuertos de todo el país, según informó el Gobierno. El Ejecutivo aprobó un Real Decreto militarizando a los controladores en la tarde del

mismo día 3 –el *Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control del tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA*–, pero a las dos de la madrugada del día 4, cuando el Vicepresidente volvió a comparecer ante los medios, la medida no había dado resultado. Así, poco antes de las 11 de la mañana del día 4 de diciembre, el Boletín Oficial del Estado publicaba en un número extraordinario, el 294, el *Real Decreto 1673/2010*.

La declaración del estado de alarma presentó varias notas características. La primera y más llamativa, la remarcable ausencia formal del Presidente del Gobierno en el proceso. El preámbulo del Real Decreto reza «a propuesta del Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro del Interior, de la Ministra de Defensa y del Ministro de Fomento», y se encuentra refrendado por el Ministro de la Presidencia. Además, fue el vicepresidente Alfredo Pérez Rubalcaba quien compareció en todo momento –en su doble condición de Vicepresidente Primero y Ministro Portavoz del Ejecutivo– para informar de las sucesivas medidas; y, por último, fue el Ministro de la Presidencia quien acudió al Congreso a defender la solicitud de prórroga que la Cámara, efectivamente, concedió. El presidente Zapatero sólo intervino en la comparecencia del 9 de diciembre ante el Pleno del Congreso, en la que explicó las razones que habían llevado a su Gobierno a poner en marcha el artículo 116.2 de la Constitución.

La segunda característica fue su ámbito «territorial y material», tal y como reza la rúbrica del artículo 2 del RD de declaración, que dice afectar «en todo el territorio nacional, a la totalidad de las torres de control de los aeropuertos de la red y a los centros de control» gestionados por AENA. Es decir, parece que la intención del Gobierno es aquí limitar al máximo posible la aplicación del estado de alarma, pese a que la situación, al afectar a todo el territorio nacional, no puede ser controlada en una sola comunidad autónoma –como, por ejemplo, podría haber sido el

caso en Madrid—. El hecho de que se limite la declaración del estado de alarma a las torres y centros de control no obsta, en cualquier caso, para que el estado de alarma despliegue todos sus efectos constitucionales y legales, a saber: la imposibilidad de disolver el Congreso y la automática convocatoria de la Cámara —en este caso, se encontraba en período de sesiones—, así como el paso a las órdenes del Gobierno de las autoridades que cita el artículo 9 de la LOEAES.

Dicho esto, la declaración del estado de alarma no supuso, en la práctica, una toma de control por parte del Gobierno de Ayuntamientos, policías locales o autonómicas u otras administraciones. No hubo instrucciones directas del Gobierno a todas las Administraciones que la LOEAES ponía a su disposición.

La huelga de los controladores llegó a su fin a las pocas horas de desplegar sus efectos el estado de alarma, regresando los trabajadores a las torres de control, y resultando en la apertura del espacio aéreo a lo largo del día siguiente.

Sin embargo, el Gobierno decidió solicitar la prórroga debido a la proximidad de las fechas navideñas y al riesgo de que los controladores aéreos volvieran a protagonizar una huelga que pudieran paralizar de nuevo el espacio aéreo. Con ese argumento, el Congreso aprobó por mayoría absoluta la solicitud de autorización y el Ejecutivo decretó, en el *Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre*, la prórroga de la situación de emergencia, que decayó finalmente a las cero horas del 16 de enero de 2011, poniendo así fin a la primera y única aplicación del artículo 116 desde la aprobación de la Constitución de 1978.

Por último, cabe reseñar brevemente el control jurisdiccional al que se sometió el estado de alarma, y que ya ha sido mencionado antes. Los controladores aéreos interpusieron recurso

contencioso-administrativo contra el Real Decreto del Gobierno que los militarizó y contra la propia declaración del estado de alarma. Sin embargo, en sendos Autos de la misma fecha, 30 de mayo de 2011, de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se inadmitieron ambos recursos señalando los dos Autos que la declaración del estado de alarma no era una actuación reglamentaria del Gobierno como órgano de la Administración sino un ejercicio de potestades constitucionales, quedando por tanto fuera de la jurisdicción del TS. En recurso de amparo, el TC dictaminó en su STC 23/2016 (FJ 10) que el TS estaba en lo cierto y que la declaración del estado de alarma tenía un indudable valor de ley y, por tanto, sólo era susceptible de control por parte del TC. No obstante, ambos tribunales insisten en sus resoluciones en que el control último del acto de declaración reside en el Congreso, que conserva intactas todas sus herramientas de control parlamentario. Además, concluyen los magistrados, el hecho de que el Congreso aprobara la prórroga en los mismos términos de la declaración inicial supone que la Cámara «hace suya» la declaración del Ejecutivo y la convierte, por tanto, en totalmente ajena a la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa.

Tanto los Autos del Tribunal Supremo como la sentencia del Tribunal Constitucional evitan entrar en el fondo del asunto –los estados de emergencia– y se limitan a poner de relieve los problemas existentes en cuanto al escasamente desarrollado control jurisdiccional de los mismos. Si no ha existido sentencia del Tribunal Constitucional sobre el fondo del asunto y la constitucionalidad del estado de alarma es porque el procedimiento empleado fue el de recurso de amparo, por el que los controladores exigían que las desestimaciones del Tribunal Supremo fueran anuladas en virtud de su derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Al no existir recurso de inconstitucionalidad alguno respecto de los acuerdos del Consejo de Ministros y la autorización del Congreso para la prórroga, por parte de ninguno de los legitimados para interponer tal recurso –el

presidente del Gobierno, lo que hubiera tenido poco sentido, pero también 50 diputados, 50 senadores, la Defensora del Pueblo en aquel momento interina, o las comunidades autónomas–, era jurídicamente imposible que el Tribunal Constitucional se pronunciara al respecto.

3.4. La suspensión de la autonomía: el artículo 155

De todos los textos y autores citados, sólo Cruz Villalón (1984: 58-61) se detiene en el artículo 155 de la Constitución al estudiar el derecho de emergencia en España. Ni las sinopsis del Congreso de los Diputados a los artículos 55 o 116 –tampoco la del propio artículo 155–, ni los comentarios consultados han querido incluir la llamada suspensión de la autonomía en el esquema del derecho de emergencia español. Lo cierto es que tanto la citada sinopsis como los comentarios o los manuales, en los espacios de distribución territorial del poder en España, califican la aplicación del artículo 155 como una *ultima ratio* en el control de los actos de las Comunidades Autónomas por parte de los poderes del Estado. El precepto está casi copiado de la Ley Fundamental alemana –que recoge la «coerción federal» en su artículo 37– (*ibid.*) pero nunca ha sido ni puesto en funcionamiento ni desarrollado legalmente, pese a los múltiples debates a los que ha sido sometido a cuenta de tensiones territoriales o incumplimientos financieros.

El artículo 155 de la Constitución contempla que una Comunidad Autónoma «no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España». Tal situación no puede sino ser considerada como excepcional, grave y –cuando menos– amenazadora para el orden constitucional.

Determinar si tal situación constituye un cese del normal funcionamiento de las instituciones democráticas, de los servicios públicos esenciales o del libre ejercicio de derechos y libertades –los supuestos del estado de excepción– o incluso se tradujera en un acto de fuerza que pusiera en

riesgo la soberanía e independencia de España o su integridad territorial –estado de sitio–, excede el alcance de este trabajo, y corresponde a la academia y la jurisprudencia. Lo que resulta evidente es que el artículo 155 reúne las características de lo que hemos definido como derecho de emergencia: se trata de una cláusula diseñada para una situación excepcional previamente tasada y que sólo puede activarse cuando sea necesario, con efecto sobre el sistema político al establecer nuevas relaciones –en este caso, a priori, de distribución horizontal del poder, aunque no necesariamente–, y que está pensada para ser temporal y en ningún caso definitiva.

La suspensión de la autonomía, en cualquier caso, parece un estadio anterior a los estados de alarma, de excepción o de sitio. El hecho de que sea el Senado –que representa a la soberanía nacional tanto como el Congreso, pero es cámara de representación *territorial* por mandato del artículo 69.1 CE– y no el Congreso de los Diputados el órgano que tutela su aplicación y puede autorizarla, sumado al hecho de que la ejecución del artículo 155 no es supuesto para suspender ningún derecho fundamental, confirma que no se puede equiparar al régimen de emergencias de la LOEAES.

No obstante, como ya hemos dicho, la suspensión autonómica presenta todas las características definidas del derecho de emergencia y tiene una evidente incidencia en el sistema político; en consecuencia, debe ser tenida en cuenta como un mecanismo más en este campo, y por esa razón se incluye aquí. Sin embargo, debido a que el artículo 155 no ha sido desarrollado legislativamente, ni tampoco invocado –con lo que carece de jurisprudencia constitucional que lo interprete–, no es posible analizarlo paralelamente al resto de estados de emergencia¹⁷.

¹⁷ Este trabajo fue entregado para su defensa el 15 de junio de 2017. El artículo 155 de la Constitución fue invocado por el Gobierno de Mariano Rajoy el 11 de octubre de 2017 contra la *Generalitat* de Cataluña. Para no alterar el cuerpo del trabajo, pero a la vez mantener la intención de hacer de esta revisión una actualización íntegra de su contenido, lo que indudablemente afecta a este punto, se ha optado por incluir un Anexo III en el que se aborda, con la cautela propia del análisis de acontecimientos aún en curso, la aplicación del artículo 155.

Capítulo 4. El derecho de emergencia en perspectiva comparada

Tras la presentación del caso español, resumiremos ahora las características fundamentales que revisten los sistemas de derecho de emergencia en vigor en Alemania, en Francia y en los Estados Unidos. Como se ha indicado en la introducción, la selección de estos países no es casual y responde al ánimo de comprobar las diferencias entre los tres grandes modelos de democracia representativa, a saber, el parlamentarismo, el presidencialismo y el semi-presidencialismo.

La exposición descansa eminentemente en los gráficos explicativos, de forma similar al régimen de la LOEAES en España, para facilitar al máximo posible la comparación. No obstante, unas notas generales sobre cada uno de los países parecen necesarias para una mejor comprensión de los casos que estamos analizando.

4.1. *El derecho de emergencia en Alemania*

Alemania es una república federal *parlamentaria*, a diferencia de los Estados Unidos. Entre sus notas características, a los efectos del derecho de emergencia, podemos destacar la posición del presidente y el modelo de Estado federal. El presidente federal es uno de los más débiles jefes de Estado de Europa (Gallagher, et al., 2011: 34) debido a los amplios poderes que retiene el Canciller tanto en su gabinete como frente al *Bundestag* (Heun, 2011: 134). La figura ceremonial del presidente, no obstante, retiene ciertos poderes que son relevantes para asegurar la estabilidad del sistema, lo que se conoce como poderes de reserva (Gallagher, et al., 2011: 41): el control de la constitucionalidad de las leyes o la disolución del Parlamento para la convocatoria de elecciones anticipadas –restringida, no discrecional– son algunos de ellos.

Por otro lado, hay que destacar el modelo territorial. Alemania tiene un fuerte sistema de división de poder territorial que descansa esencialmente en el gobierno autónomo de los *länder* y

que garantiza dicha autonomía. Así, la existencia y las características de los *länder* afectan, por supuesto, al derecho de emergencia que establecen la LFA de 1949 y la legislación de desarrollo. Lo demuestran los cuatro estados de emergencia, cuyas principales características comunes son la preeminencia del Legislativo federal y la debilitación de la independencia de los estados federados.

La Ley Fundamental diferencia de forma bastante compleja (Heun, 2011: 154) los diferentes estados de emergencia, en los artículos 80 y 91 y en el conjunto 115A a 115L. Dichos estados son el estado de tensión, el estado de emergencia interna y el estado de defensa.

A continuación, la figura 7 ilustra el estado normal de distribución del poder en la República Federal de Alemania.

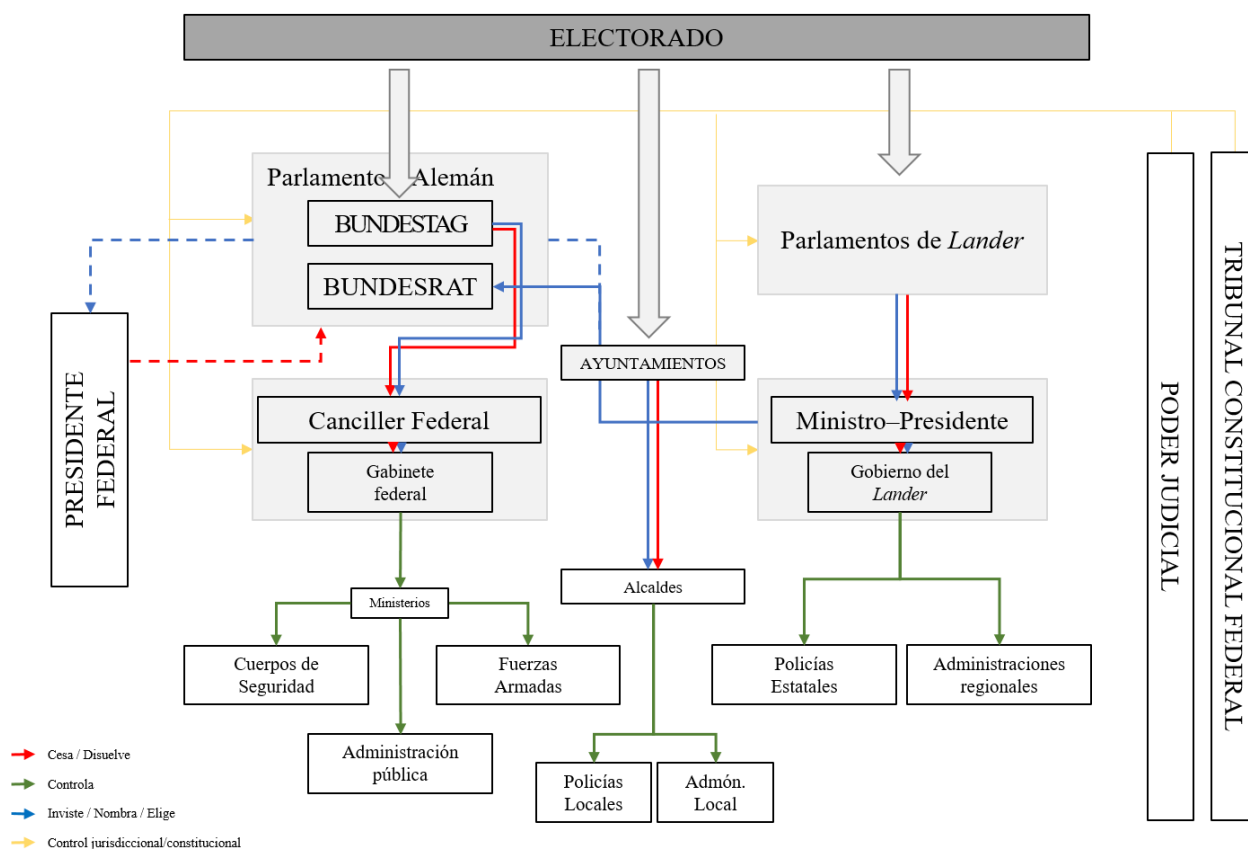


Figura 7. Sistema de distribución del poder en Alemania. Estado de normalidad. Elaboración propia

Dos observaciones deben tenerse en cuenta respecto de las relaciones entre el Parlamento y el presidente federal, destacadas por líneas discontinuas; por un lado, éste es elegido por una Convención que aglutina no sólo a las Cámaras sino también a representantes de los *länder*; y por otro, su capacidad de disolución parlamentaria está limitada, tanto por las circunstancias en las que se puede producir como por la frecuencia de dicha disolución –no inferior a un año–.

Respecto de los estados de emergencia que ahora pasaremos a analizar, son tres: el estado de emergencia interna, el estado de tensión y el estado de defensa. Su nivel de regulación es irregular, como se ha dicho, ya que el estado de defensa se puede encontrar absolutamente detallado en la LFA, mientras el de emergencia interna está apenas mencionado.

La primera nota característica del sistema alemán es la fortaleza del Parlamento en el control de las emergencias. Así, tanto el estado de tensión como el de defensa ponen en marcha una Comisión Mixta –*Gemeinsame Ausschuss*– con miembros de ambas Cámaras, excluidos quienes sean ministros del Gobierno federal. Esta Comisión, en caso de imposibilidad de reunión de los respectivos Plenos, asume todos los poderes parlamentarios y controla exhaustivamente las acciones del Ejecutivo. Los únicos límites al poder de esta Comisión Mixta son la transferencia de soberanía nacional y la modificación de la Ley Fundamental (Comisión de Venecia, 1995: 18).

Asimismo, la gran *víctima* de los estados de emergencia en el modelo alemán son las competencias federales, que se resienten mucho más que los derechos fundamentales, cuya restricción es absolutamente mínima. Dado que los *länder* tienen competencia en materia de orden público, las emergencias pueden ser internas –es decir, afectando sólo a un *land*– o externas –afectando a varios, a la nación o proveniente del exterior–. Así, de los tres estados de emergencia, el de emergencia interna responde a la primera descripción, y los de tensión y defensa a la segunda (Rosenfield y Sajó, 2012: 449).

A continuación, la figura 8 representa el estado de emergencia interna, que está muy poco desarrollado en la Ley Fundamental, y podría ser asimilable al estado de alarma en España, pero con una ausencia remarcable del concepto de Autoridad de emergencia. El estado de emergencia interna no requiere de una aprobación por parte del *Bundestag* (*ibid.*: 10), y está previsto para casos de desastres naturales, accidentes graves o amenazas serias para el orden público (*ibid.*: 7). Los cambios que se aprecian son básicamente la ayuda por parte del Gobierno Federal al *lander* afectado y la ayuda, si fuera requerida, de las Fuerzas Armadas.

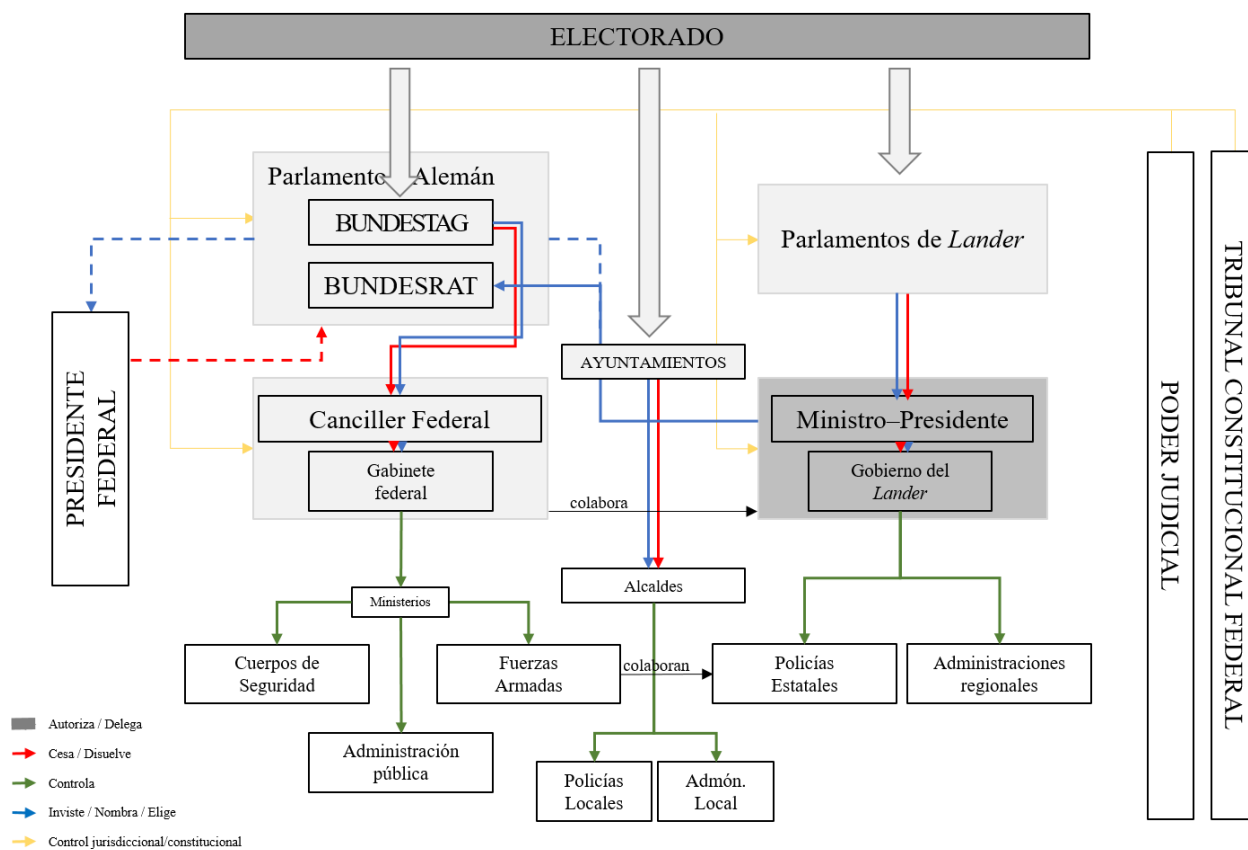


Figura 8. Sistema de distribución del poder en Alemania. Estado de emergencia interna. Elaboración propia

El estado de tensión es aquel cúmulo de circunstancias que preceden a un estado de defensa, es decir, la amenaza grave de una invasión armada o de un desorden que amenace la supervivencia

del Estado democrático. Es una situación federal, que no contempla la posibilidad de que un *lander* la gestione en solitario. Debe ser declarado por dos tercios del *Bundestag* –lo cual es una mayoría cualificada mucho más significativa que la del modelo español, por ejemplo, que exige mayoría simple para la autorización del estado de excepción o absoluta para declarar el de sitio– con concurrencia del *Bundesrat*. El principal efecto del estado de tensión es ilustrado por la Figura 9, y consiste en la toma de control de las administraciones de los *länder* afectados por parte del Gobierno federal. Además, el Tribunal Constitucional Federal ve reafirmada su competencia de revisar todas las decisiones adoptadas en virtud del estado de tensión, así como la existencia de las circunstancias que dan lugar a la declaración del mismo.

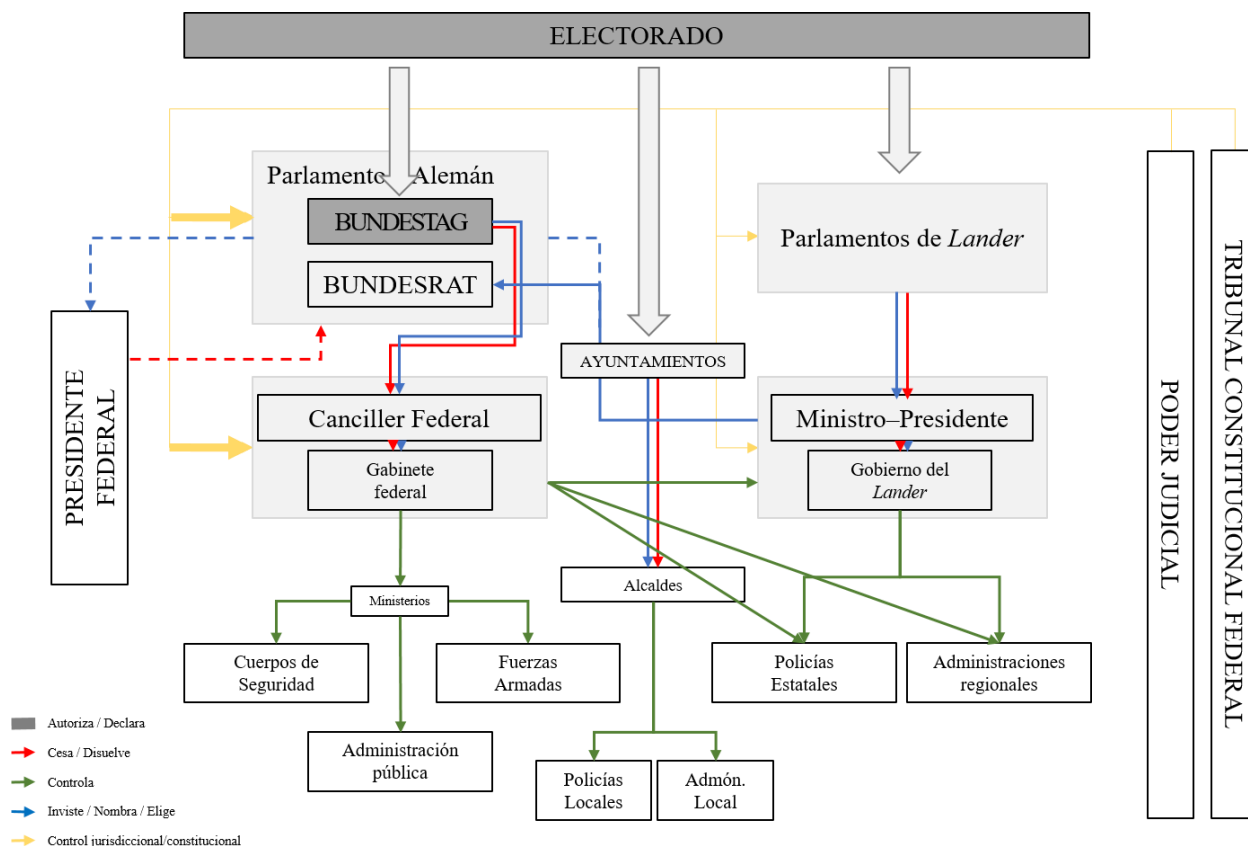


Figura 9. Sistema de distribución del poder en Alemania. Estado de tensión. Elaboración propia

de disolver el *Bundestag*, mientras que éste —o la Comisión Mixta que vela por sus poderes— sigue pudiendo ejercer todas las funciones que le encomienda la Ley Fundamental salvo la reforma de la misma o la cesión de soberanía. Por otra parte, se dispone que el mando de las fuerzas armadas pasa del Ministro de Defensa federal al Canciller —si bien se podría decir que ésta es una disposición más simbólica que efectiva, ya que es difícilmente imaginable una discrepancia entre el responsable de Defensa y el jefe del Gobierno—.

La segunda secuela del estado de defensa en el entramado institucional, no menor, es la prórroga de los mandatos de las instituciones federales: el presidente y el Tribunal Constitucional Federal ven automáticamente prorrogados sus mandatos hasta seis meses después de que cese el estado de defensa. Lo mismo ocurre con los Parlamentos de los *länder*.

Hasta la fecha, ninguno de los estados de emergencia contemplados en la Ley Fundamental ha sido declarado en la República Federal de Alemania. Tampoco se ha activado nunca el artículo 37 de la LFA, el precursor del artículo 155 de la Constitución española y que introduce la denominada coerción federal, es decir, la intervención por parte del Gobierno central del Ejecutivo de un *Lander*. Como se explicó en el caso español, este sería también, formalmente, un mecanismo de derecho de emergencia al cumplir los requisitos de excepcionalidad, temporalidad y modificación de las relaciones entre los órganos del estado, aunque tampoco en el caso alemán comporta suspensión alguna de derechos fundamentales.

4.2. *El derecho de emergencia en Francia*

Como ya se ha mencionado, el derecho francés de emergencia viene marcado por el artículo 16 de la Constitución de 1958 y el profundo espíritu gaullista que de él se desprende (Carro Martínez, 1998: 224). La «dictadura constitucional» del presidente de la República (Boyron, 2013:

159) se traduce en una asunción de poderes extraordinarios que encuentra pocas similitudes en los ordenamientos jurídicos europeos, ajenos al presidencialismo tradicional americano.

El sistema de distribución del poder en Francia, basado en una República unitaria y con poca descentralización –en comparación con modelos federales como Alemania y España– ofrece una mayor flexibilidad a la hora de adaptarse a las emergencias, ya que el principio competencial pierde el papel protagonista que posee en otros países. La activación del derecho de emergencia, en términos de distribución territorial del poder, sólo refuerza las competencias del gobierno central y agiliza la toma de decisiones, sin colisionar de forma notable con un sistema de competencias como el que podría tener un sistema federal. La figura 11 refleja el sistema de distribución del poder francés en estado de normalidad.

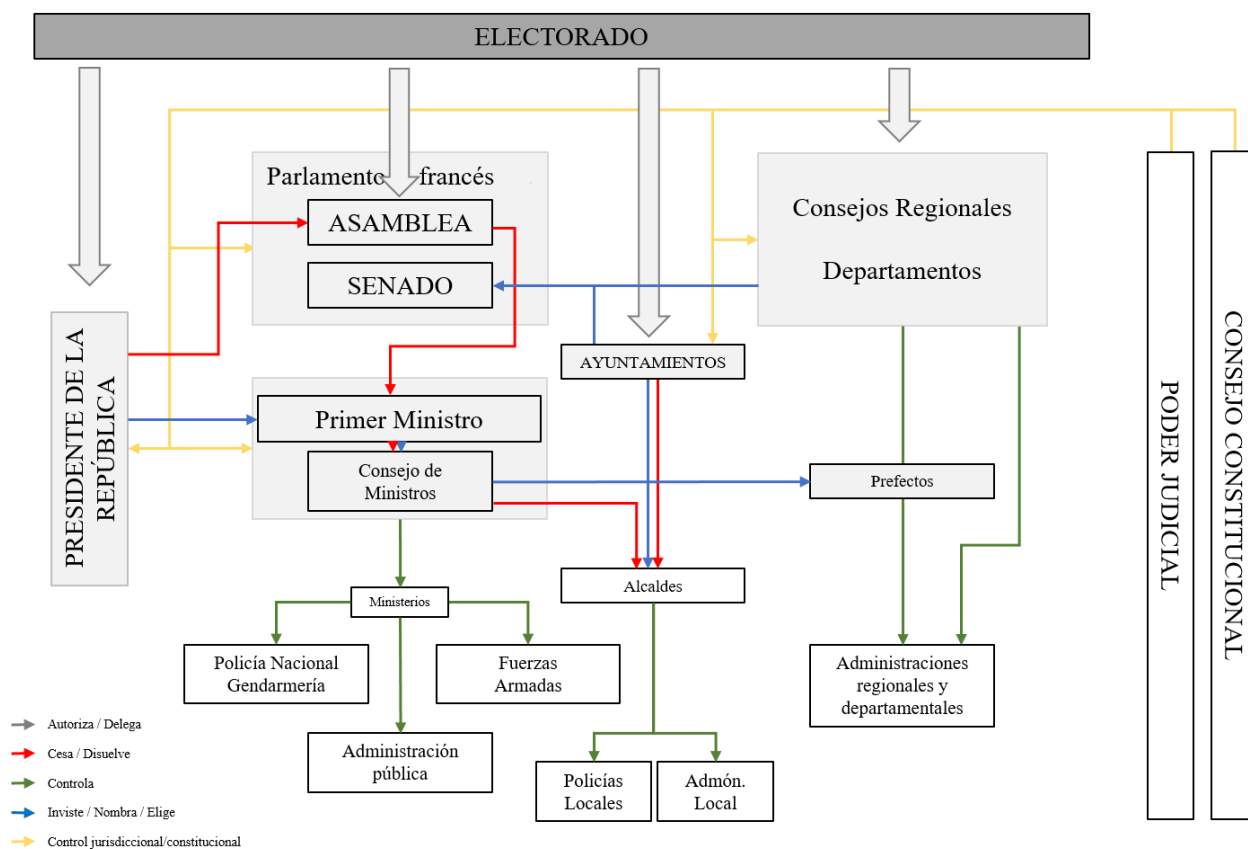


Figura 11. Sistema de distribución del poder en Francia. Estado de normalidad. Elaboración propia

Así, Francia diferencia dos estados de emergencia, uno establecido en la Constitución –los poderes especiales del presidente– y otro establecido por ley –el estado de urgencia–.

El estado de urgencia se estableció en 1955, antes de la entrada en vigor de la Constitución de la V República, pero la Ley 58-385 se mantuvo en vigor como un estadio previo a los poderes presidenciales de emergencia. Fue aplicado en varias ocasiones, con motivo de desordenes públicos de mayor o menor importancia. No obstante, su aplicación más reciente, y aún en vigor un año y medio después, se produce a consecuencia de los atentados terroristas de París la noche del 13 de noviembre de 2015, en los que 130 personas perdieron la vida tras varios ataques simultáneos perpetrados por terroristas yihadistas en distintas partes de la ciudad. Al ataque de París le había precedido el atentado contra la revista satírica *Charlie Hebdo* a comienzos de ese mismo año, y le siguió una brutal masacre en Niza el 14 de julio de 2016, en la que un camión conducido por otro fundamentalista islámico acabó con la vida de más de 80 personas durante la celebración de la fiesta nacional francesa.

El grave daño que la barbarie terrorista causó a la moral francesa se reflejó en un duro ajuste del derecho de emergencia, que con la renovación *sine die* del estado de urgencia de 2015 y la máxima alerta terrorista han convertido las calles de Francia en una constante patrulla del Ejército y la recientemente creada Guardia Nacional. La Ley del estado de urgencia fue ampliamente reformada a principios de 2017 y se incluyeron en ella mayores límites a los derechos fundamentales. En abril y mayo de 2017, los franceses acudieron a votar en las primeras elecciones presidenciales durante un estado de urgencia, y en junio volvieron a hacerlo para elegir su Parlamento.

Además de las mencionadas limitaciones de derechos fundamentales, que son equiparables en cierta medida a las que se establecen en España para el estado de excepción, la principal nota característica del estado de urgencia es que no requiere de autorización parlamentaria previa, si bien es la Asamblea Nacional quien conserva el poder de prorrogar temporalmente la declaración, que inicialmente no se puede extender más allá de doce días. Con el estado de urgencia, el Gobierno pone a su propia disposición todos los recursos del Estado y, a través de los prefectos en caso de emergencias territoriales y no nacionales que se circunscriban a un área o territorio concretos, asume el control de las administraciones regionales y departamentales, así como un control derivado de los ayuntamientos y las administraciones locales.

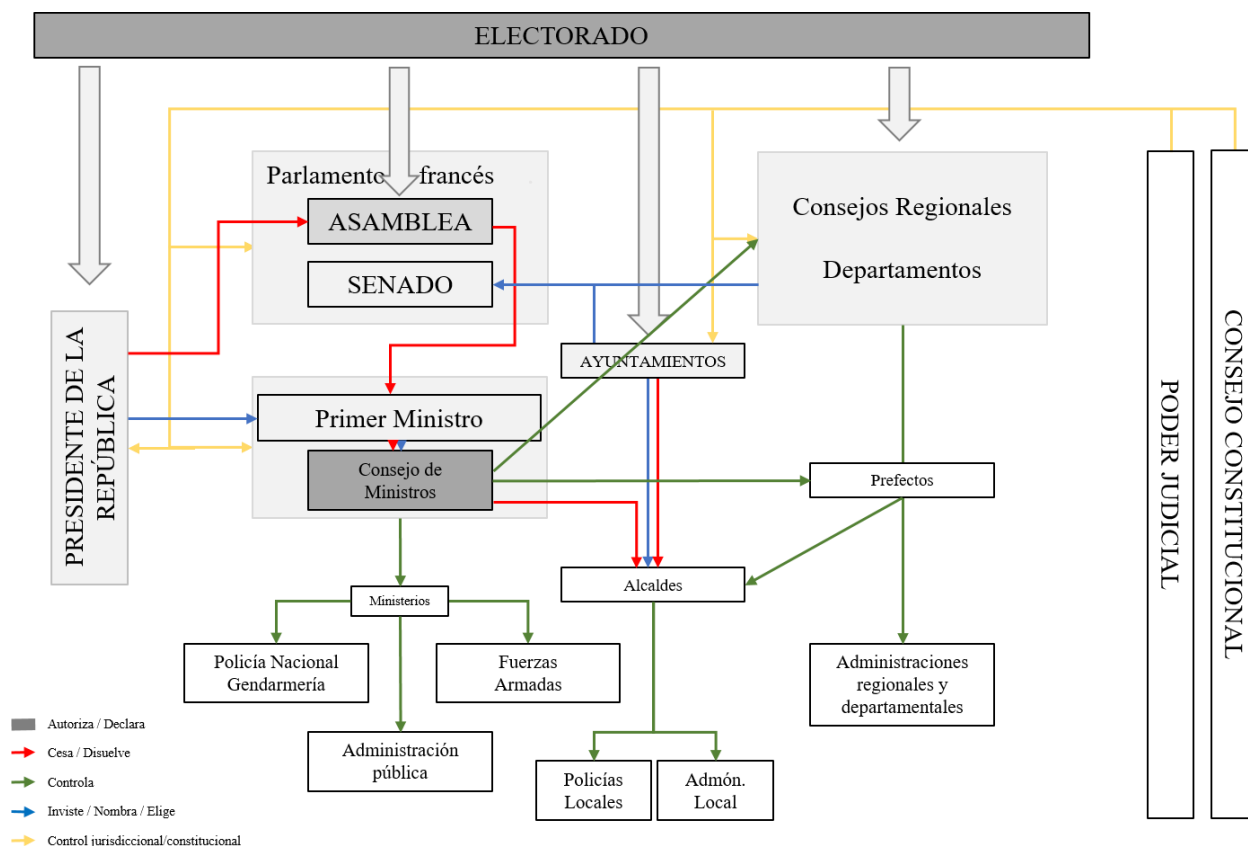


Figura 12. Sistema de distribución del poder en Francia. Estado de urgencia. Elaboración propia

A continuación, la figura 13 ilustra el estado en el que queda el sistema de distribución del poder en el caso de invocación del artículo 16 de la Constitución, con la puesta en marcha de la dictadura presidencial. Varias referencias se han hecho ya a los amplios poderes de este artículo, que deposita en el presidente *todo* el poder que requiera para poner fin a cualquier amenaza seria e inmediata contra «las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus obligaciones internacionales».

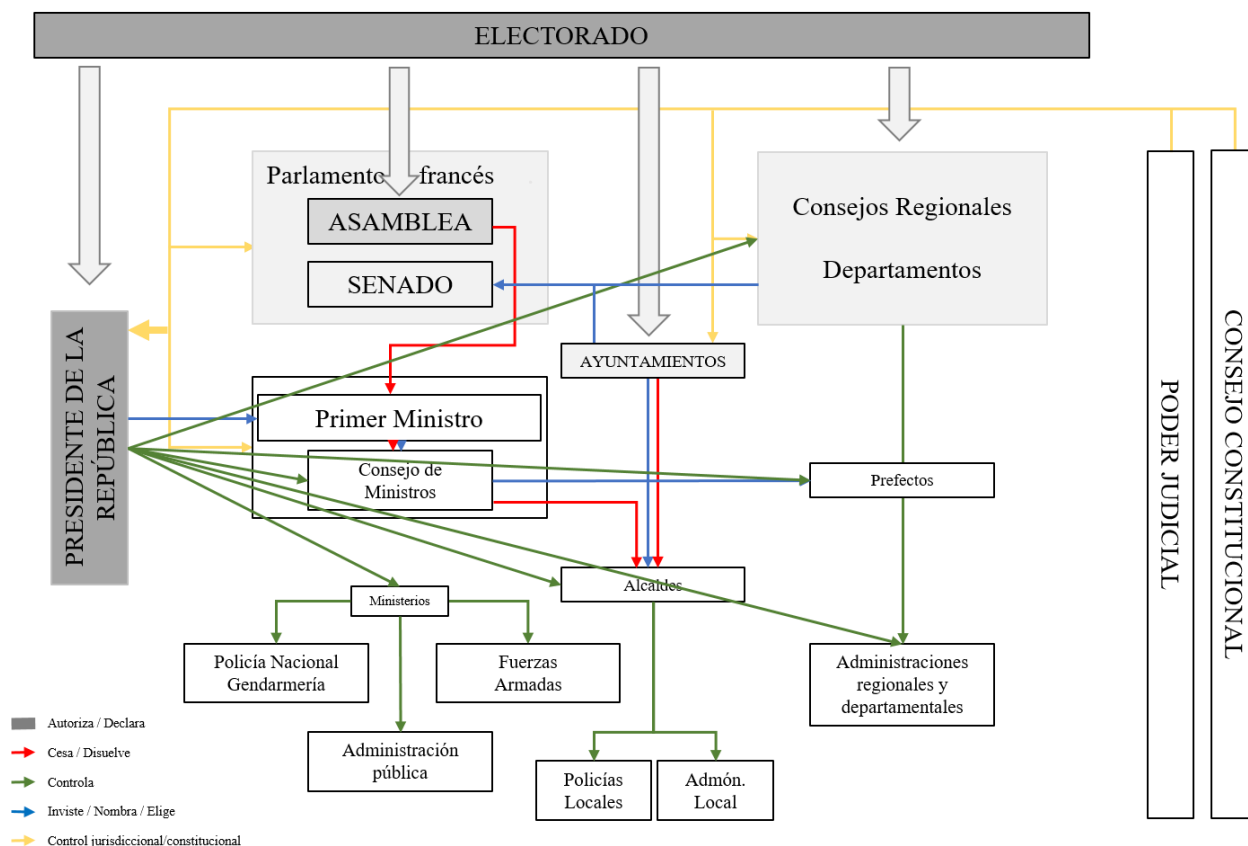


Figura 13. Sistema de distribución del poder en Francia. Dictadura presidencial. Elaboración propia

Las implicaciones políticas del artículo 16, como no puede escapar a nadie, son muy profundas y afectan al núcleo de conceptos como la separación de poderes. El hecho de que el presidente tenga la ilimitada capacidad de declarar inicialmente el estado de emergencia requerido para la asunción de poderes es revelador de hasta qué punto la Constitución descansa en la persona elegida para ostentar la más alta magistratura –que es también comandante en jefe y guardián de

la independencia de la justicia—. Sólo tras treinta o sesenta días, según los casos, puede el Consejo Constitucional revisar y dictaminar hasta qué punto las circunstancias descritas en el artículo 16 se cumplen; y la Asamblea Nacional tiene directamente prohibido pronunciarse sobre la materia. Se aprecia así, claramente, el choque de legitimidades inherente a la V República, en el que sale victorioso el presidente como el individuo que ha sido investido de la confianza de la nación para liderarla.

4.3. El derecho de emergencia en Estados Unidos

Para finalizar, el análisis del derecho de emergencia en Estados Unidos debe llevarse a cabo con varias ideas iniciales. EE. UU., para empezar, posee un sistema legal de *common law* – con la exótica excepción del estado de Luisiana– mientras que España, Francia o Alemania son baluartes del derecho civil. Analizar en profundidad las consecuencias de esta diferencia excedería con mucho el ámbito de este trabajo, aunque sería sin duda interesante para el objeto del derecho de emergencia; como mero apunte, en la relevancia que cobra el control jurisdiccional, absolutamente descentralizado. Además, el principio de la separación de poderes es mucho más rígido en EE. UU. que en Alemania o España, modelos parlamentarios, o en Francia. Frente a los países europeos, en los que los ministros pueden ser miembros del parlamento y dependen de su confianza, el Ejecutivo y el Legislativo de EE. UU. están separados por fuertes barreras que impiden cualquier mezcla difusa de competencias, como la que se puede dar en un sistema parlamentario. A esta estricta separación se une, como acabamos de mencionar, la descentralización del poder judicial, que pese a tener su cúspide en el Tribunal Supremo, habilita a toda la judicatura federal –con las consecuencias que esto conlleva– para tomar todo tipo de medidas respecto de los actos de las otras dos ramas del poder, especialmente los del Ejecutivo.

se convierte en central. Como explica con precisión Oren Gross en su trabajo sobre poderes de emergencia en EE. UU. (Gross, 2015: 788-790), los presidentes son los intérpretes de la vida política del país, actúan antes y más rápido que el Congreso y son capaces de acaparar por sí mismos los ojos y los oídos de la nación. Y la combinación de emergencia y liderazgo en la respuesta asegura, dice Gross, tanto el apoyo como la aquiescencia popular, lo que da legitimidad a las medidas que adopte.

Evidentemente, esta situación da lugar a múltiples discusiones legales relativas a los poderes del Ejecutivo y su dirigente. Los defensores de la existencia de poderes de emergencia se basan en la condición de comandante en jefe que ostenta el presidente, en los poderes implícitos de la Presidencia y en la posición que ocupa en la cima de todas las estructuras de defensa nacional (Smith, et al., 2014: 296-297). Su capacidad para actuar de forma rápida, eficaz, contundente y secreta si fuera necesario está fuera de toda duda y muy por encima de la del Congreso.

El ejemplo de Abraham Lincoln que abre este trabajo ilustra la determinación de los presidentes a la hora de erigirse en los guardianes de la unión para asegurar su supervivencia. La asunción de poderes de guerra del primer presidente republicano fue inmediata y total, pues durante las doce semanas que transcurrieron entre el comienzo de la guerra y la primera reunión del Congreso, Lincoln ejerció amplísimas autoridades que sobrepasaban con mucho los límites impuestos por la Constitución. El Presidente ordenó la movilización general y amplió la Armada y el Ejército por encima de los límites establecidos por el Congreso, impuso un bloqueo a los estados rebeldes, suspendió el derecho de *habeas corpus* y utilizó fondos federales sin autorización parlamentaria, todas ellas medidas como mínimo discutibles, cuando no abiertamente inconstitucionales (Gross, 2015: 795-796).

Con todo esto, la evolución histórica estadounidense ha llevado a las diferentes Administraciones a evitar grandes debates constitucionales como los que caracterizaron la posguerra, y procedieron a desarrollar diversas disposiciones de derecho de emergencia sin rango constitucional. El más claro ejemplo fue la *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001*, aprobada seis semanas después de los ataques terroristas del 11 de septiembre y que fue internacionalmente criticada por las graves invasiones de derechos fundamentales que autorizaba, así como por los amplios poderes que reservó al Ejecutivo en la lucha antiterrorista (*ibid.*: 802). La Resolución del Congreso sobre poderes presidenciales de guerra de 1973 y la Ley Nacional de Emergencias de 1976 también destacan en la regulación de este tipo de calamidades.

Así, teniendo en cuenta las disposiciones legales al respecto, EE. UU. distingue sólo dos estadios de emergencia: el estado de emergencia, y la ley marcial. Diferente a esos dos estadios, aunque cercano a la ley marcial, sería el estado de guerra; no obstante, este último tendría su base en la ley marcial, que sería de alguna forma ampliada por el Congreso en el acto de la declaración, y por el presidente en su actuación. Habida cuenta de esa condición tan variable del estado de guerra, se ha optado por no incluirlo aquí, considerando suficiente la ley marcial a los efectos de este trabajo. Así, ambas situaciones, estado de emergencia y ley marcial, se reflejan a continuación, como en los casos anteriores, en las figuras 15 y 16.

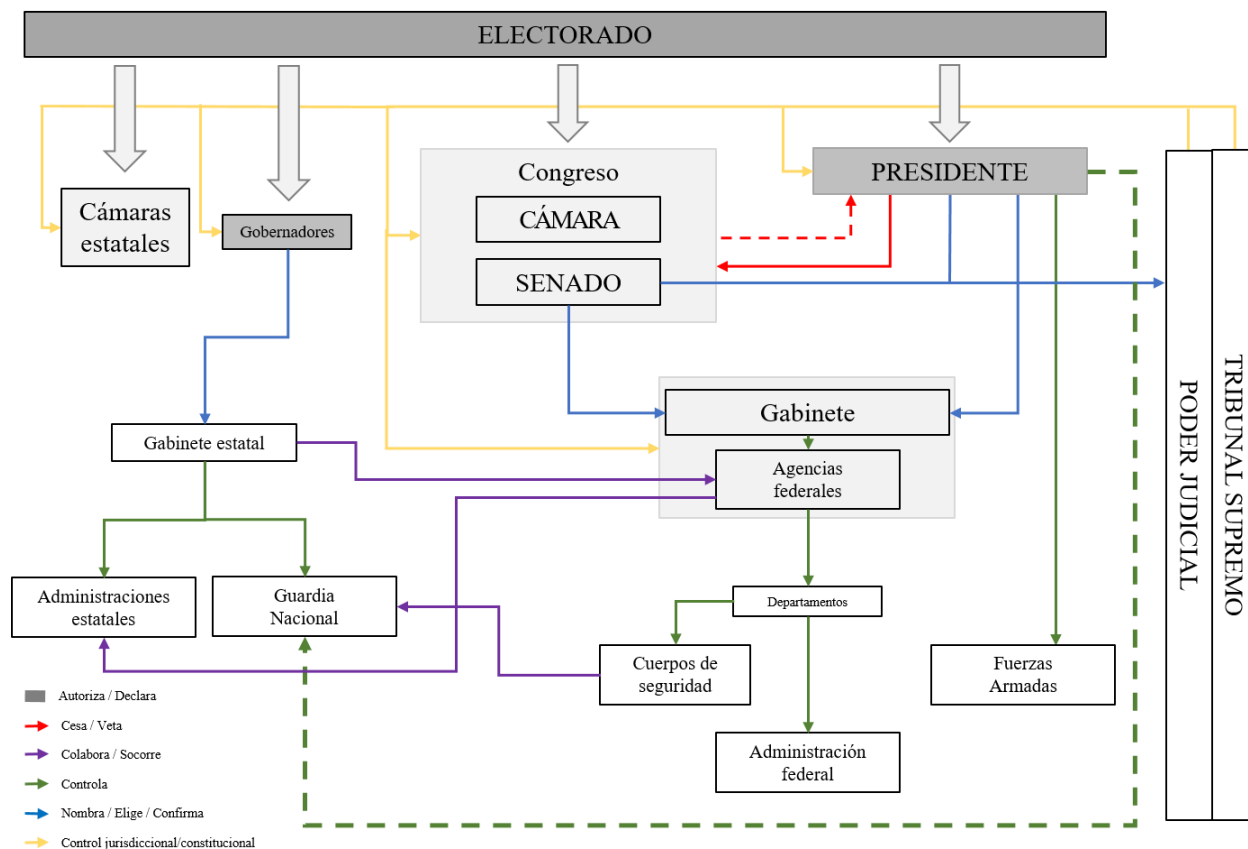


Figura 15. Sistema de distribución del poder en EE. UU. Estado de emergencia. Elaboración propia

Como se puede observar, la principal consecuencia de la declaración de un estado de emergencia es la ampliada colaboración entre cuerpos estatales y federales. La emergencia puede ser declarada por un gobernador y confirmada por el presidente, o directamente declarada por el jefe del Ejecutivo. Puede afectar a uno, a varios estados o a todo el país. Y puede, aunque no necesariamente, cambiar el mando de la Guardia Nacional, de manos de los gobernadores a las del presidente. El estado de emergencia está contemplado esencialmente para casos de desastres naturales e incluye muy destacadamente la ayuda financiera necesaria para hacerles frente (Robbers, 2007: 992). El estado de emergencia no provoca ninguna modificación a los derechos fundamentales y no afecta a los mandatos de ningún órgano constitucional; y carece de control por parte del Congreso o de las legislaturas estatales.

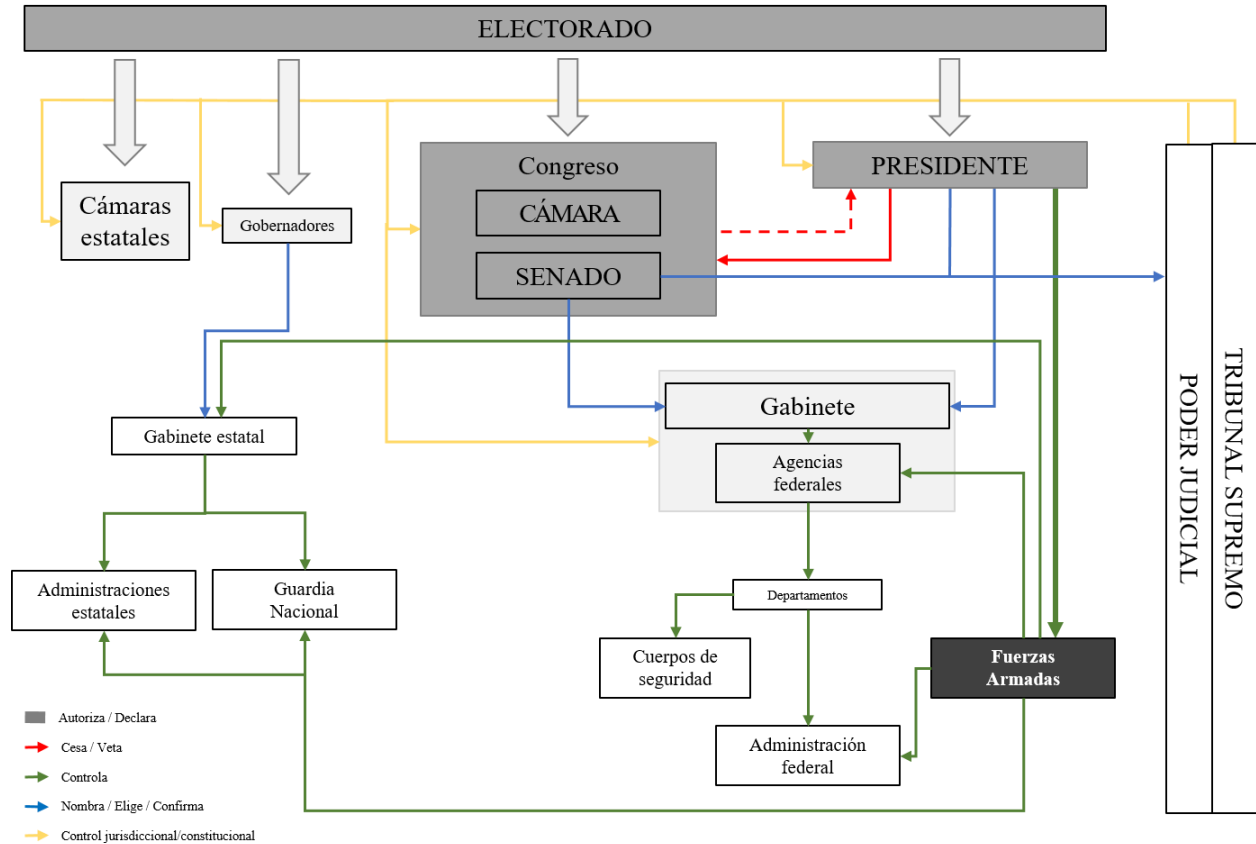


Figura 16. Sistema de distribución del poder en EE. UU. Ley marcial. Elaboración propia

Finalmente, la ley marcial, que se representa en la Figura 16, puede ser declarada por el Congreso, a través de una resolución conjunta, o por el presidente; aunque algunas constituciones estatales prevén la declaración por los gobernadores, como ocurrió en el estado de Hawái tras el ataque al Pearl Harbor en 1941. El Congreso nunca ha utilizado su poder para declarar la ley marcial, mientras que Abraham Lincoln declaró la única ley marcial que tuvo efecto en todo EE. UU. La ley marcial de 1941 se extendió a los estados de la costa oeste por orden del presidente Roosevelt ante el temor a más ataques de Japón, pero no se aplicó en el centro o el este del país (*ibid.*). La ley marcial implica la militarización de las autoridades civiles en el territorio en que se declare y la entrada en vigor de jurisdicción militar, así como la suspensión de los derechos fundamentales

que la declaración determine, y entre los que están la libertad de expresión y de asociación, el *habeas corpus* o la propiedad privada. La ley marcial elimina también el principio del *posse comitatus*, un principio de derecho público anglosajón que permite a los oficiales conferir autoridad a otros ciudadanos para asistirles en el ejercicio de sus funciones, y que en este caso implica que los militares adquieren capacidad para ejercer labores de policía dentro del territorio nacional, cosa que en una situación de normalidad está específicamente prohibida. Todo esto, a efectos prácticos, supone una concentración de poderes en el comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, es decir, el propio presidente.

Capítulo 5. Repercusiones del derecho de emergencia en el sistema político

A continuación, vamos a analizar las repercusiones que se pueden observar en el sistema político tras la exposición de los sistemas de derecho de emergencia en los países de nuestro estudio. Aunque durante la exposición ya se han introducido múltiples referencias a esos cambios – por cuanto no es posible hablar de parlamentos y ejecutivos sin hablar de sistema político –, en esta sección se intentará hacer un análisis más específico de las relaciones entre los actores del sistema. Para ello, analizaremos las cuatro fuerzas principales de los cuatro sistemas que hemos diseccionado: el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial, así como el electorado; y varios casos de aplicación de derecho de emergencia.

5.1. Refuerzo del poder ejecutivo: liderazgo

Una de las asunciones más primarias en las que se apoya el derecho de emergencia es aquella según la cual el Ejecutivo es la rama del poder mejor preparada para actuar con la rapidez, eficacia y contundencia suficientes como para atajar el problema que se presenta. El Gobierno presenta características que lo convierten en un actor más eficaz a la hora de tomar decisiones: su organización jerárquica, su capacidad de tomar decisiones basadas en autoridad en lugar de en procedimientos deliberativos, o la menor duración de sus procesos de decisión, entre otros.

Si observamos todas las figuras que han ido ilustrando los diferentes sistemas de distribución del poder, los cambios que resultan más llamativos son aquellos que afectan a la interdependencia de los distintos órganos respecto del Ejecutivo, ya sea su cabeza o el órgano superior del Gobierno. Así, los poderes de emergencia de Francia son el paradigma, al concentrar la autoridad

en una sola magistratura que, por sí o a través de los cauces que considere, controla el resto de la maquinaria estatal.

Son varias las consecuencias lógicas de esta concentración de poder, especialmente en el modelo francés y americano, en el que la figura del presidente sobresale de manera mucho más notable que los jefes de Gobierno parlamentarios de España y Alemania. La primera es la situación de liderazgo indiscutido en la que se posiciona la persona que ocupa esta responsabilidad. El liderazgo de crisis, bien gestionado, genera un ingente capital político (Boin, et al., 2010: 229). Al mismo tiempo, una mala gestión de crisis tiene un coste político muy elevado.

En Estados Unidos, la Presidencia de George W. Bush se vio indeleblemente marcada por dos crisis: los atentados del 11 de septiembre de 2001, y el huracán *Katrina*. En las horas siguientes al 11S, la respuesta del Gobierno estadounidense fue considerada un ejemplo de gestión eficaz de crisis (*ibid.*), tanto en el liderazgo por parte del Presidente como en lo que a las respuestas se refiere. Al día siguiente a la masacre, el diario español *El País* titulaba a toda página «El mundo en vilo a la espera de las represalias de Bush»¹⁸, una demostración evidente de que todo giraba en torno al comandante en jefe. La emergencia nacional declarada entonces por el presidente Bush sigue aún en vigor, prorrogada cada año por su Administración primero y por la de Barack Obama después. Bush logró un inmenso apoyo político que incrementó considerablemente su índice de aprobación hasta alcanzar el 90% según el índice Gallup, el más alto jamás registrado, y le permitió, además de lograr la reelección, obtener mayorías parlamentarias muy estables –y, por supuesto, bipartitas– para aprobar legislación relacionada con la seguridad nacional y la Guerra contra el Terror, la más importante la ya citada *USA PATRIOT Act*.

¹⁸ Disponible en http://elpais.com/diario/2001/09/12/internacional/1000245601_850215.html.

Mientras tanto, el estado de emergencia declarado tras el huracán *Katrina* se percibió como una respuesta lenta e ineficaz de la que el gobernante republicano nunca llegó a recuperarse (*ibid.*). No es lo mismo el patrón de simpatía por un gobierno que sufre un ataque terrorista, es decir, con un enemigo sobre el que dibujar una diana, que una catástrofe natural cuyos efectos, si bien habitualmente inevitables, sí podrían haber sido mitigados o minimizados. Es el caso del huracán *Katrina*.

Francia ofrece otro caso de poderes de emergencia en el que el Gobierno, o su Presidente, resultan a la larga desgastados por el uso de dichos poderes. La declaración del estado de urgencia que siguió a los ataques de París en noviembre de 2015 continúa en vigor, y el país persiste en un clima de amenaza. Sin embargo, el presidente Hollande ni siquiera optó a la reelección en las elecciones de 2017, con un índice de aprobación que no llegaba a las dos cifras. Su gestión de la crisis, que incluyó acción militar contra DAESH en territorio sirio, nunca obtuvo el completo respaldo del pueblo francés.

La gestión de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004 en Madrid es otro ejemplo claro de una factura elevada a un Gobierno que fracasa a la hora de liderar en un momento de crisis. El resultado electoral del 14 de marzo así lo atestigua: el Gobierno que el día 10 tenía, según todos los sondeos, asegurada la victoria en las urnas veía desaparecer su mayoría parlamentaria cuatro días después.

En definitiva, el Ejecutivo se sitúa en el epicentro de todas las estructuras de decisión durante la gestión de una crisis, pero no siempre tiene garantizado el salir reforzado una vez cesa la emergencia, pese a que la doctrina habitualmente subraya la capacidad del Gobierno para generar apoyo o simpatía durante la gestión de una emergencia nacional (Ramraj, 2008: 264-267). El mal uso de los inmensos recursos de poder que pone a su disposición el derecho de emergencia puede

resultar caro en lo que a capital político se refiere, lo que generará, en términos de Easton (Easton, 1992), una importante diferencia entre los *inputs* que recibirán las instituciones una vez la emergencia haya sido percibida como superada por parte del electorado. No obstante, son muchas las circunstancias que entran en juego a la hora de gestionar una crisis, y las variables que pueden interferir en el resultado, muy amplias.

5.2. Refuerzo del poder legislativo: autorización y control

La contraposición obvia a la presunción de eficacia del poder Ejecutivo es la presunción de ineficacia en el Legislativo, al menos para resolver una situación de emergencia. Si el Gobierno está considerado como la rama eficaz, el Parlamento es un cuerpo de movimientos lentos y pesados. Ninguno de los sistemas estudiados aquí ha optado por concentrar el poder en manos de la sede de la soberanía. Alemania, como mucho, puede presumir de un estricto control parlamentario a través de la Comisión Mixta del estado de defensa, pero ni la Asamblea Nacional francesa ni ninguna de las Cámaras del Congreso de EE. UU. deben ser consultadas para la declaración de emergencias o incluso de ley marcial. Mientras que, precisamente por su condición de depositarios de la soberanía, en los regímenes parlamentarios es a ellos a quien se encomienda la función de declarar y cesar la emergencia.

Esto no es así, como decimos, en EE. UU. o Francia, países en los que el Ejecutivo goza de legitimidad directa y por tanto, su posición es menos endeble que la de un Ejecutivo sujeto a la confianza de la Cámara para sobrevivir. La competencia de legitimidades se hace evidente, al ser el *Bundestag* o el Congreso de los Diputados quienes pueden declarar las máximas emergencias constitucionales, revisarlas y terminarlas; mientras que son los presidentes o los gobiernos los que se dotan de los poderes que creen necesarios en caso de ataque o amenaza, sin participación de las

Cámaras. Hay que tener en cuenta, no obstante, que el Ejecutivo es, por utilizar las palabras de la Constitución española, el encargado de «dirigir la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado» (art. 97).

A menudo mencionado en la bibliografía, especialmente la anglosajona, encontramos el llamado síndrome del «*rally around the flag*», la carrera alrededor de la bandera. Es una expresión utilizada para describir un movimiento de unidad nacional en torno a quien está encargado de tomar decisiones (Gross, 2008; Ramraj, 2008), usualmente vinculado al presidente de Estados Unidos pero que es homologable a otros modelos. Este fenómeno pone a los parlamentos en una posición en la que, políticamente, les conviene o bien autorizar o efectuar la declaración de la emergencia, o bien delegar sus poderes en el Ejecutivo para no ser percibidos como obstruccionistas (Ramraj, 2008: 265). Ya sea en modelos parlamentarios o presidencialistas, personificar el liderazgo en un individuo o un grupo reducido de individuos es más sencillo que hacerlo sobre un colectivo de 300 o 400 miembros cuyas decisiones y lealtades, en ocasiones, los ciudadanos pueden no entender del todo (*ibid.*: 260). La retórica política del ejecutivo siempre será más sencilla, reducible a axiomas simples y de fácil comprensión. Por el contrario, los debates parlamentarios son difícilmente resumibles o sintetizables en los mensajes que demanda un electorado ansioso de respuestas.

El hecho de que los Parlamentos vean reforzado su poder —el Congreso de los Diputados español, el *Bundestag* alemán o la Asamblea Nacional francesa no pueden ser disueltos en caso de emergencia— no se traduce en un inmediato aumento de su preponderancia en el mapa del sistema. Con la delegación de poder en el Ejecutivo o la autorización de sus acciones, el Legislativo adopta un rol de control, pero no de liderazgo; mientras que su actuación, es decir, su consentimiento, es clave para dotar de legitimidad a todo el sistema cuando entra en funcionamiento el derecho de

emergencia. En cualquier caso, ni siquiera la poderosa Comisión Mixta de Alemania, con capacidad para todo menos para ceder soberanía o cambiar la Ley Fundamental, parece diseñada para ser un órgano decisorio: el canciller federal asume ese papel.

Queda por tanto claro que, pese a que las disposiciones constitucionales a menudo refuerzan al Parlamento como poder controlador, no se puede deducir de esto que las Cámaras adopten el papel primordial en la gestión de las emergencias.

5.3. Refuerzo del poder judicial: enjuiciamiento de la emergencia

El propio papel que adoptan los Legislativos, como acabamos de ver, mina la participación del poder Judicial en el desarrollo de las emergencias. Por supuesto, su posición es indiscutida, cuando no reforzada, en el control jurisdiccional y constitucional de los actos del poder, pues ése es el fundamento del Estado de derecho. Pero el efecto antes referido de unidad en torno al liderazgo del Ejecutivo tiene el mismo efecto que para los Parlamentos: un liderazgo fuerte y cohesionado, en un momento de dramatismo y crisis identitaria, son condicionantes lo suficientemente fuertes como para que el Judicial tienda a convalidar las acciones emprendidas por el Ejecutivo, especialmente si además han sido o son susceptibles de ser avaladas por el Legislativo. Una judicatura que bloquee la respuesta del Estado frente a una amenaza factible y evidente para el electorado es una víctima fácil de la desconfianza, el descontento y la rabia (Ramraj, 2008: 264).

Sólo cuando la emergencia ha acabado y el peligro no es ni inminente ni constituye una amenaza seria, los Tribunales serán más proclives a constatar ilegalidades y exigir responsabilidades por ellas. Es el ejemplo del ya citado caso *Ex parte Milligan*, en el que el Tribunal Supremo de EE. UU. declaró inconstitucional la detención de un ciudadano en virtud de la suspensión del

habeas corpus declarada por Lincoln. Para cuando la sentencia se dictó, la Guerra de Secesión ya había tocado a su fin.

Hay además un factor que condiciona totalmente el control jurisdiccional durante la aplicación del derecho de emergencia: la llamada «cláusula de decisión política» (Gross, 2015; Cruz, 1984; Ramraj, 2008; Dyzenhaus, 2008) según la cual los Tribunales no pueden ni deben entrar a enjuiciar el fondo de una decisión política, como puede ser la declaración del estado de emergencia. Pueden juzgar su ajuste a Derecho o la existencia de las circunstancias que la posibilitan –como de hecho debe hacer el Consejo Constitucional francés–, pero no decidir sobre el fondo político, el núcleo de la decisión clave de decretar un estado de emergencia y activar el derecho que le acompaña. Esta cláusula es arma de doble filo al poder ser esgrimida por los Tribunales para evitar entrar en disputas partidistas, pero también como defensa de un Ejecutivo que no desee que sus actos pasen por las manos de la Justicia.

El control jurisdiccional es un aspecto clave en el derecho de emergencia, especialmente en lo referente al abuso de las disposiciones legales. La actuación de los Tribunales se convierte en esencial una vez la emergencia cesa y toca asignar responsabilidades o compensaciones por las medidas adoptadas. Pero los órganos jurisdiccionales difícilmente entrarán en la contienda política durante la crisis, pues su posición no reúne las cualidades que requiere para levantarse frente al ejercicio del poder político del Ejecutivo en esas circunstancias.

5.4. Reacción del electorado: el público ante la emergencia

Finalmente, el análisis de la respuesta popular al uso del derecho de emergencia es fundamental para entender qué le ocurre al sistema político cuando éste entra en vigor. Algunos apuntes

ya se han introducido, como el «*rally around the flag*» o los picos de popularidad presidencial en tiempos de ataques contra la nación.

Sin embargo, también hemos hecho referencia a crisis mal gestionadas que han llevado a dramáticas cotas de aprobación o, incluso, a cambios de gobierno. Estudiar el comportamiento electoral no es objeto de este trabajo, pero mencionar que los ciudadanos no permanecen, ni mucho menos, inermes ante el uso de las disposiciones del derecho de emergencia es imprescindible.

En primer lugar, porque las primeras víctimas y afectados por cualquiera de las emergencias de las que hemos hablado son los ciudadanos; sean catástrofes naturales, atentados terroristas o invasiones, son los electores quienes primero sufren las consecuencias de estos eventos.

En segundo lugar, porque los procesos de *feedback* del sistema político no se detienen por el hecho de existir una emergencia. Buen ejemplo es el francés, cuyas elecciones presidenciales y legislativas se celebran en 2017 bajo la estricta aplicación de un estado de urgencia reforzado en el que el Gobierno mantiene un duro control de los asuntos concernientes a la seguridad, y las Fuerzas Armadas siguen desplegadas por las calles del país. El hecho de que el estado de urgencia haya sido declarado no hace insoluble la Asamblea Nacional –como sí ocurre con los poderes presidenciales, o en Alemania y España– pero tampoco prorroga el mandato del Elíseo. Eso ha provocado una campaña especialmente agresiva y centrada en la materia, pero no ha generado, por otro lado, un debate sobre la necesidad de las amplísimas medidas de seguridad, como tampoco ha elevado a la arena política la eterna dicotomía entre libertad y seguridad.

Capítulo 6. Conclusiones

A raíz de todo lo expuesto, podemos presentar una serie de conclusiones que nos llevan a dar respuesta a nuestra pregunta de investigación. Así, el derecho de emergencia **afecta al sistema político** en cuanto introduce cambios sustanciales en él, que influyen tanto en las relaciones entre las diferentes instituciones y actores como en la forma en que los ciudadanos perciben la toma de decisiones y reaccionan a ellas:

1. El poder Ejecutivo encuentra, en todos los modelos estudiados, muy reforzada su posición de liderazgo y de preeminencia en el sistema, como director de la política del Estado. Además, las dinámicas de las crisis fortalecen esta posición y hacen probable una alineación de los otros poderes y actores con la actuación del Ejecutivo, ya sea en forma de autorización *ex ante* o de ratificación *ex post*.
2. El poder Legislativo ve reforzada su posición constitucional en los modelos parlamentarios, pero no en el presidencial. En ninguno de los dos adopta un rol activo en la gestión de las emergencias.
3. El poder Judicial no ve sustancialmente modificadas sus posiciones o características, pero el control jurisdiccional posee una importancia capital en todo sistema de derecho de emergencia.
4. A la luz de los casos estudiados, no se puede establecer que el modelo parlamentario posea un derecho de emergencia sustancialmente diferente al modelo semipresidencial o presidencial, por cuanto las diferencias entre los tres regímenes de emergencia no son tan marcadas como lo son en el régimen de normalidad.

5. Estas diferencias son menores debido a que la preeminencia del Ejecutivo, que no tanto *asume* como *concentra* facultades, es característica común a los tres tipos de sistemas políticos: parlamentario, presidencial y semipresidencial.

Un estudio más amplio de las dos variables en los diferentes modelos, incluyendo más casos, podría ayudar a determinar si existe un patrón identificable que pueda determinar un derecho de emergencia característico de cada modelo de sistema político. Además, como consecuencia de la quinta y última conclusión, podría estudiarse si las diferencias existen en las estructuras de ejecución, en lugar de en las de decisión. Esta perspectiva podría servir para un futuro estudio de las importantes consecuencias del derecho de emergencia en el Estado democrático de derecho y los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Anexo I. Disposiciones constitucionales de emergencia

A1.1. Disposiciones históricas

A1.1.1. Constitución de Weimar de 1919. Artículo 48

«1. Si un Estado no cumpliera con los deberes que le imponen la Constitución o las leyes del Reich, el Presidente del Reich podrá hacer uso de la fuerza armada para compelerle a ello.

2. Si la seguridad y el orden público en el territorio alemán son seriamente alterados o amenazados, el Presidente del Reich podrá adoptar las medidas necesarias para su restauración, interviniendo, si fuera necesario, con la asistencia de las Fuerzas Armadas. Para este propósito, podrá suspender temporalmente, por completo o en parte, los derechos fundamentales recogidos en los artículos 114 [habeas corpus], 115 [inviolabilidad del domicilio], 117 [secreto de las comunicaciones], 118 [libertad de expresión], 123 [derecho de reunión], 124 [derecho de asociación] y 153 [derecho a la indemnización por expropiación].

3. El Presidente del Reich deberá informar de forma inmediata al Reichstag de todas las medidas adoptadas en virtud de los párrafos 1 y 2 de este artículo. Estas medidas serán revocadas a solicitud del Reichstag.

4. Si el peligro es inminente, el Gobierno de un Estado podrá, en el ámbito de su propio territorio, tomar las medidas temporales previstas en el párrafo 2 de este artículo. Estas medidas serán revocadas a solicitud del Presidente del Reich o del Reichstag.

5. Una ley del Reich determinará los detalles»¹⁹.

¹⁹ Los corchetes indican el derecho fundamental al que se refiere cada artículo citado. En inglés en el original: «1. If a State does not fulfil the obligations laid upon it by the Reich Constitution or the Reich laws, the President of the Reich may use Armed Force to cause it to oblige.

A1.2. Disposiciones en vigor.

A1.2.1. Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. Artículo 116.

«1. Una ley orgánica²⁰ regulará los estados de alarma, excepción y sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación²¹ del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

2. In case public safety is seriously threatened or disturbed, the President of the Reich may take the measures necessary to re-establish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim he may suspend the civil rights described in Articles 114, 115, 117, 18, 123, 124 and 154, partially or entirely.

3. The President of the Reich must inform the Reichstag immediately about all measures undertaken which are based on paragraphs 1 and 2 of this Article. These measures have to be suspended immediately if Reichstag demands so.

4. If danger is imminent, the State government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps have to be revoked if so demanded by the President of the Reich or the Reichstag.

5. Further details are provided by law of the Reich». Traducción propia. Citado en Ferejohn y Pasquino (2008: 338).

²⁰ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (BOE del 5 de junio de 1981).

²¹ Como ya se ha mencionado (nota 13), el constituyente utiliza el sustantivo «proclamación», pero la coherencia normativa nos indica que no se trataría de una *proclamación* (proclamados son los deseos de la Nación en el Preámbulo, y proclamado es el Rey ante las Cortes Generales, vid. art. 61) sino de una *declaración*, al igual que en los párrafos anterior y siguiente.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

6. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

7. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y las leyes».

A1.2.2. Constitución Francesa de 4 de octubre de 1954. Artículo 16.

«1. Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus obligaciones internacionales estuvieren bajo seria e inminente amenaza, y cuando el correcto funcionamiento de las autoridades constitucionales públicas sea interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas que las circunstancias requieran, tras consultar formalmente con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional.

2. El Presidente dirigirá un mensaje a la Nación para informar de dichas medidas.

3. Las medidas adoptadas buscarán la restauración, en el menor tiempo posible, de la capacidad de las autoridades constitucionales públicas para cumplir su deber. El Consejo Constitucional será consultado en lo que a tales medidas respecta. La Asamblea Nacional será convocada.

4. La Asamblea Nacional no podrá ser disuelta durante el ejercicio de los poderes de emergencia.

5. Cumplidos treinta días del ejercicio de los poderes de emergencia, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta miembros de la Asamblea o sesenta senadores podrán elevar cuestión al Consejo Constitucional para que éste decida si las circunstancias previstas en el párrafo 1 siguen existiendo. El Consejo hará pública su decisión en el menor tiempo posible. El Consejo podrá efectuar de oficio el referido examen, con la misma publicidad de su decisión, a partir de los sesenta días de ejercicio de poderes de emergencia.»²².

²² En inglés en el original: «Where the institutions of the Republic, the independence of the Nation, the integrity of its territory or the fulfilment of its international commitments are under serious and immediate threat, and where the proper functioning of the constitutional public authorities is interrupted, the President of the Republic shall take the measures required by these circumstances, after formally consulting the Prime Minister, the Presidents of the assemblies and the Constitutional Council. // He shall inform the Nation of these measures in a message. // The measures must stem from the desire to provide the constitutional public authorities, in the shortest possible time, with the means to carry out their duties. The Constitutional Council shall be consulted with regard to such measures. Parliament shall convene as of right. // The National Assembly shall not be dissolved during the exercise of emergency powers». Traducción propia. Citado en Ferejohn y Pasquino (2008: 338).

El quinto párrafo no se encuentra citado en el trabajo anterior, pero está disponible en inglés en la web de la Asamblea Nacional de Francia: «After thirty days of the exercise of such emergency powers, the matter may be referred to the Constitutional Council by the President of the National Assembly, the President of the Senate, sixty Members of the National Assembly or sixty Senators, so as to decide if the conditions laid down in paragraph one still apply. The Council shall make its decision publicly as soon as possible. It shall, as of right, carry out such an examination and shall make its decision in the same manner after sixty days //of the exercise of emergency powers or at any moment thereafter». Traducción propia. Consultada por última vez el 28/04/2017.

A1.2.2. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. Artículos 91 y 115A a 115L

«Artículo 91.

1. Para prevenir un peligro inminente para la existencia del orden democrático básico de la Federación o de un *Land*, un *Land* puede requerir la asistencia de las fuerzas policiales de otro *Land*, del personal e instalaciones de otras autoridades administrativas, o de la Policía Fronteriza Federal.

2. Si el *Land* el en que este peligro fuera inminente no quisiera o no pudiera combatirlo, el Gobierno Federal puede poner la policía de ese *Land* y las policías de otros *Land* bajo sus órdenes y desplegar unidades de la Policía Fronteriza Federal. Cualquier orden en tales circunstancias deberá ser rescindida una vez el peligro ha sido eliminado, o en cualquier momento si así lo demanda el *Bundesrat*. Si el peligro se extiende más allá del territorio de un solo *Land*, el Gobierno Federal, en la medida en que sea necesario para combatir el peligro, podrá emitir instrucciones a los gobiernos de los *Lander*; la 1ª y la 2ª frases de este párrafo no podrán ser afectadas por esta provisión».

«Artículo 115A.

1. Cualquier determinación de que el territorio federal se encuentra bajo ataque por parte de una fuerza armada o que la amenaza de tal ataque es inminente (estado de defensa) deberá ser hecha por el *Bundestag* con el consentimiento del *Bundesrat*. Tal determinación deberá hacerse a solicitud del Gobierno Federal y requerirá una mayoría de dos tercios, con la mayoría de los miembros del *Bundestag* presentes,

2. Si la situación exige imperativamente acción inmediata, y obstáculos infranqueables impiden la reunión a tiempo del *Bundestag*, o el *Bundestag* encuentra imposible alcanzar el quorum,

la Comisión Mixta podrá tomar la decisión por mayoría de dos tercios de sus miembros, debiendo estar presente la mayoría de ellos. [...]

4. Si el territorio federal se encontrara bajo ataque de fuerza armada y las autoridades federales competentes no se encuentran en una posición de adoptar la declaración prescrita en el párrafo 1 de este artículo, tal declaración se tendrá por adoptada y promulgada en el momento en el que comience el ataque. El presidente federal deberá anunciar ese momento tan pronto las circunstancias lo permitan.

5. [...] Bajo las circunstancias especificadas en el párrafo 2 de este artículo, la Comisión Mixta deberá actuar en lugar del *Bundestag*.

Artículo 115B.

Tras la promulgación del estado de defensa, el mando de las Fuerzas Armadas pasará al Canciller Federal.

[...] Artículo 115 E.

1. Si, durante la vigencia del estado de defensa, la Comisión Mixta por mayoría de dos tercios con mayoría de sus miembros presentes determina que existen obstáculos infranqueables que impiden al *Bundestag* reunirse o alcanzar su quorum, la Comisión Mixta podrá asumir las competencias del *Bundestag* y del *Bundesrat* y ejercerá sus poderes como un órgano único.

2. Esta Ley Fundamental no podrá ser modificada, derogada o suspendida, en todo o en parte, por una ley aprobada por la Comisión Mixta. La Comisión Mixta no podrá aprobar leyes relativas al párrafo 1 del artículo 23 [membresía de la Unión Europea], al párrafo 1 del artículo 24 [transferencia de soberanía a organizaciones internacionales] o al artículo 29 [territorio federal].

[...] Artículo 115 G.

Ni el estatus constitucional ni el ejercicio de las funciones de la Corte Constitucional Federal

o sus jueces podrá ser afectado. La ley que regula la Corte Constitucional Federal sólo podrá ser enmendada por la Comisión Mixta en la medida en que la Corte acuerde que tal modificación es necesaria para su normal funcionamiento. [...]

Artículo 115H.

1. Cualquier mandato del *Bundestag* o de los Parlamentos de los *Land* que deba expirar durante el estado de defensa se extenderá hasta seis meses tras la terminación de dicho estado de defensa. El mandato del Presidente federal que deba expirar durante el estado de defensa, y el ejercicio de sus funciones por el Presidente del *Bundesrat* en caso de vacante prematura del cargo, deberán terminar nueve meses después de la terminación del estado de defensa. El mandato de los miembros de la Corte Constitucional Federal que deba terminar durante un estado de defensa se extenderá hasta seis meses después de terminado dicho estado de defensa.

2. Si fuera necesario que la Comisión Mixta eligiera a un nuevo Canciller Federal, deberá hacerlo con los votos de la mayoría de sus miembros, a propuesta del Presidente Federal. La Comisión Mixta podrá expresar la retirada de su confianza al Canciller Federal sólo mediante la elección de su sucesor por mayoría de dos tercios de sus miembros.

3. El *Bundestag* no podrá ser disuelto mientras exista un estado de defensa.

[...] Artículo 115 L.

1. El *Bundestag*, con el consentimiento del *Bundesrat*, podrá en cualquier momento derogar leyes aprobadas por la Comisión Mixta. [...]

2. El *Bundestag*, con el consentimiento del *Bundesrat*, podrá en cualquier momento, por decisión promulgada por el Presidente Federal, declarar el fin del estado de defensa. [...] El estado de defensa debe ser declarado extinto sin demora si las condiciones que dieron lugar a su declaración dejaran de existir.

Anexo 2. Figuras de distribución del poder

A continuación, se reproducen las Figuras 1 a 16, incluidas en el texto.

Figura 1. Sistema de distribución del poder en España. Estado de normalidad

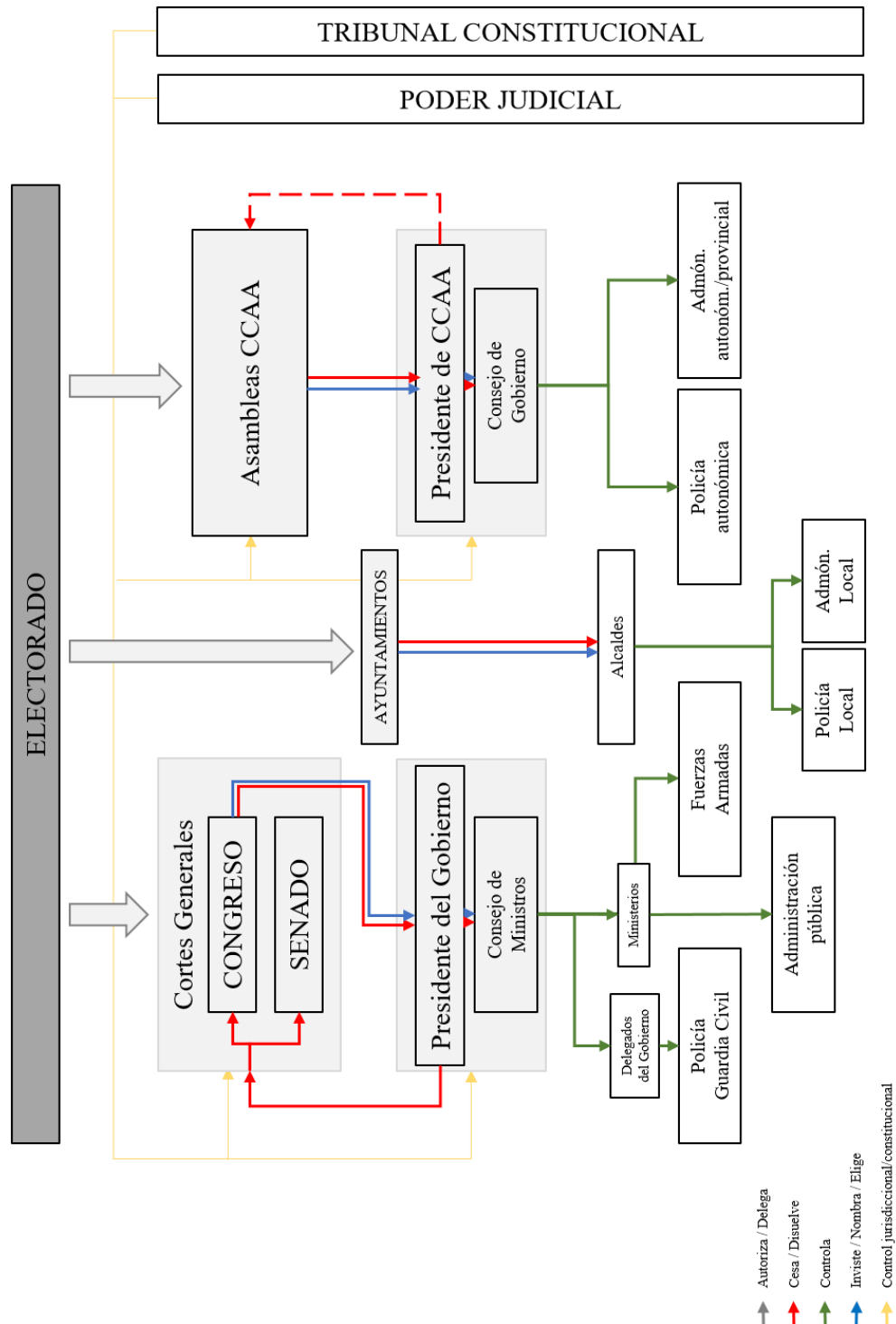


Figura 2. Sistema de distribución del poder en España. Estado de alarma nacional

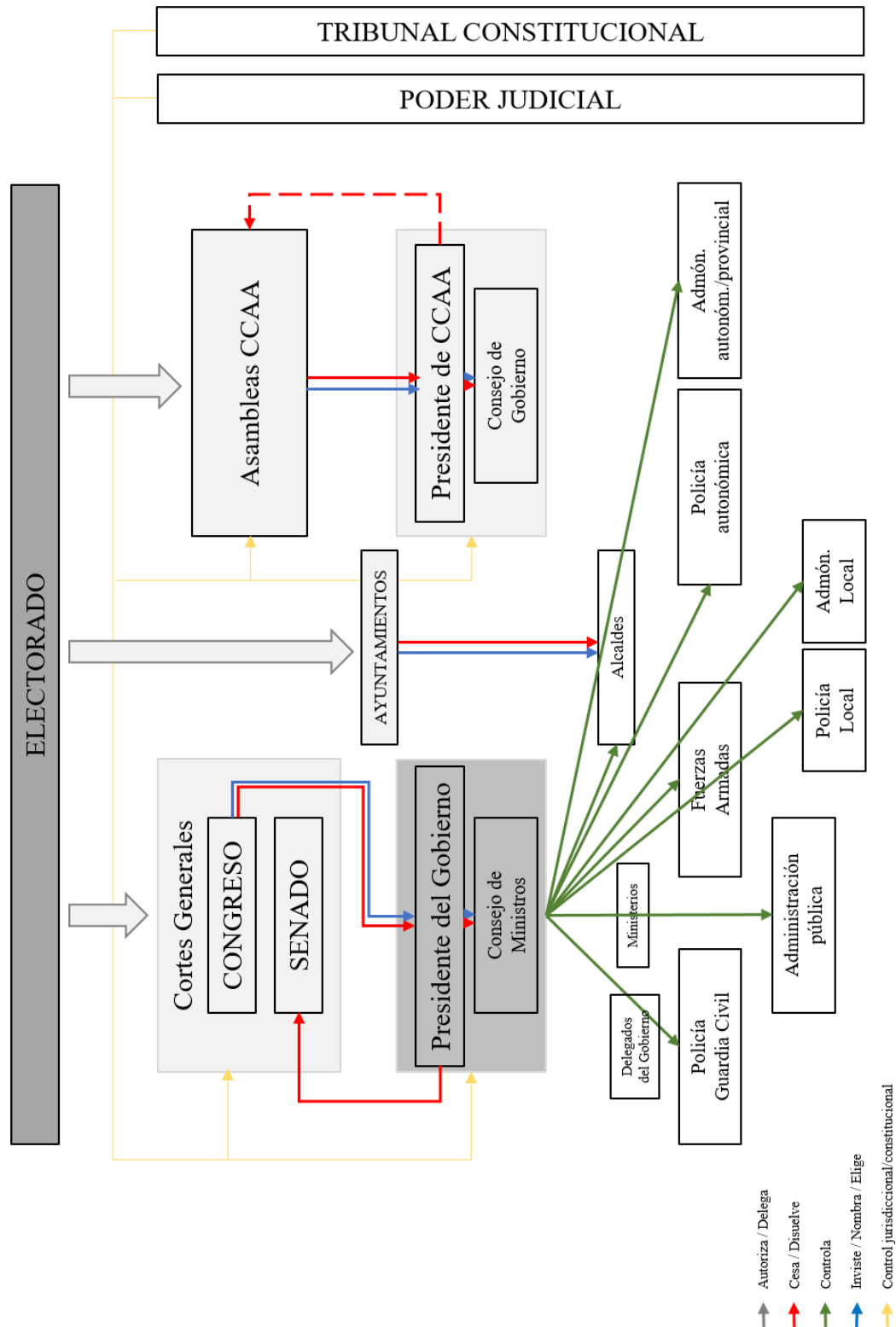


Figura 3. Sistema de distribución del poder en España. Estado de excepción nacional

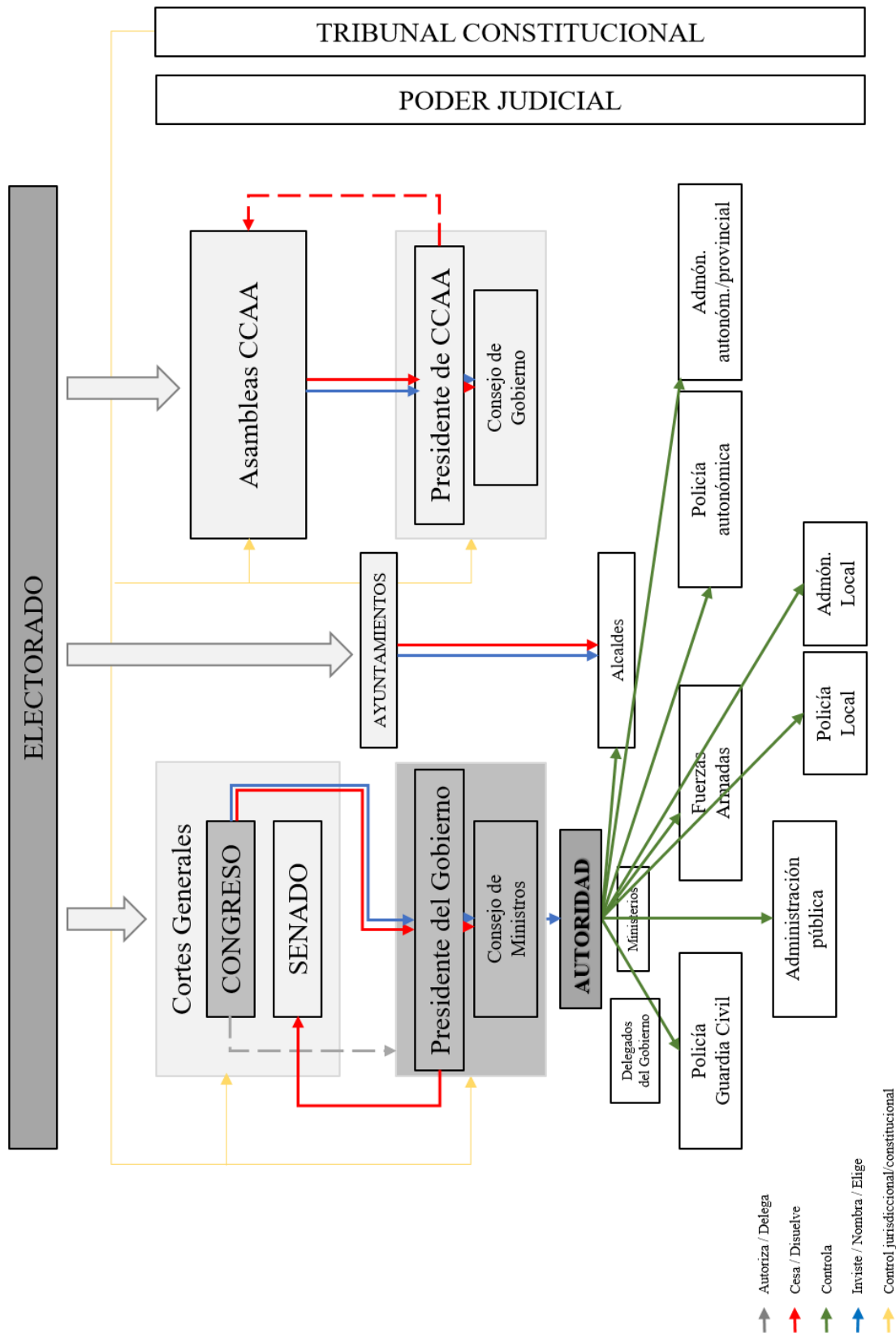


Figura 4. Sistema de distribución del poder en España. Estado de sitio

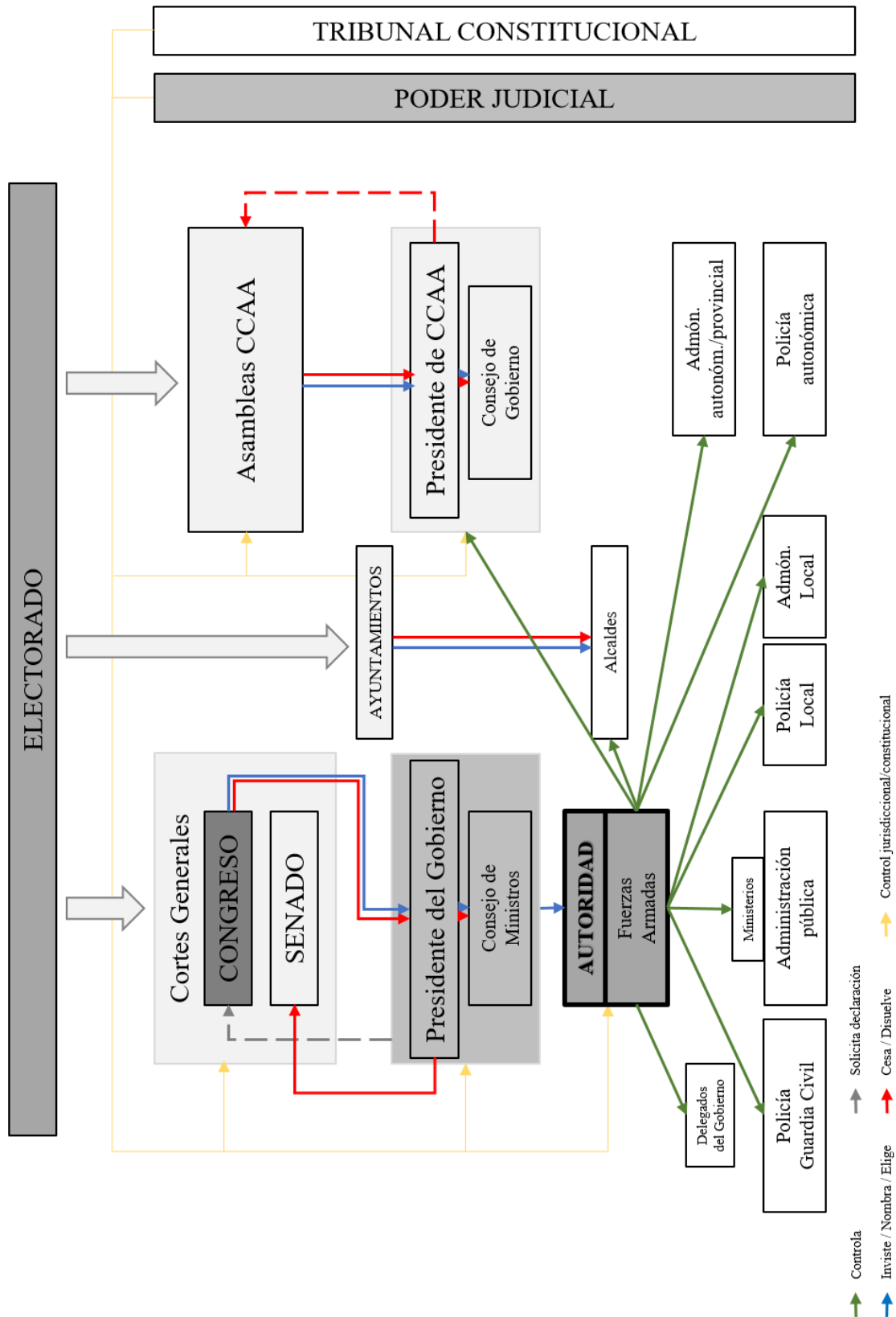


Figura 5. Estado de alarma con ámbito territorial autonómico

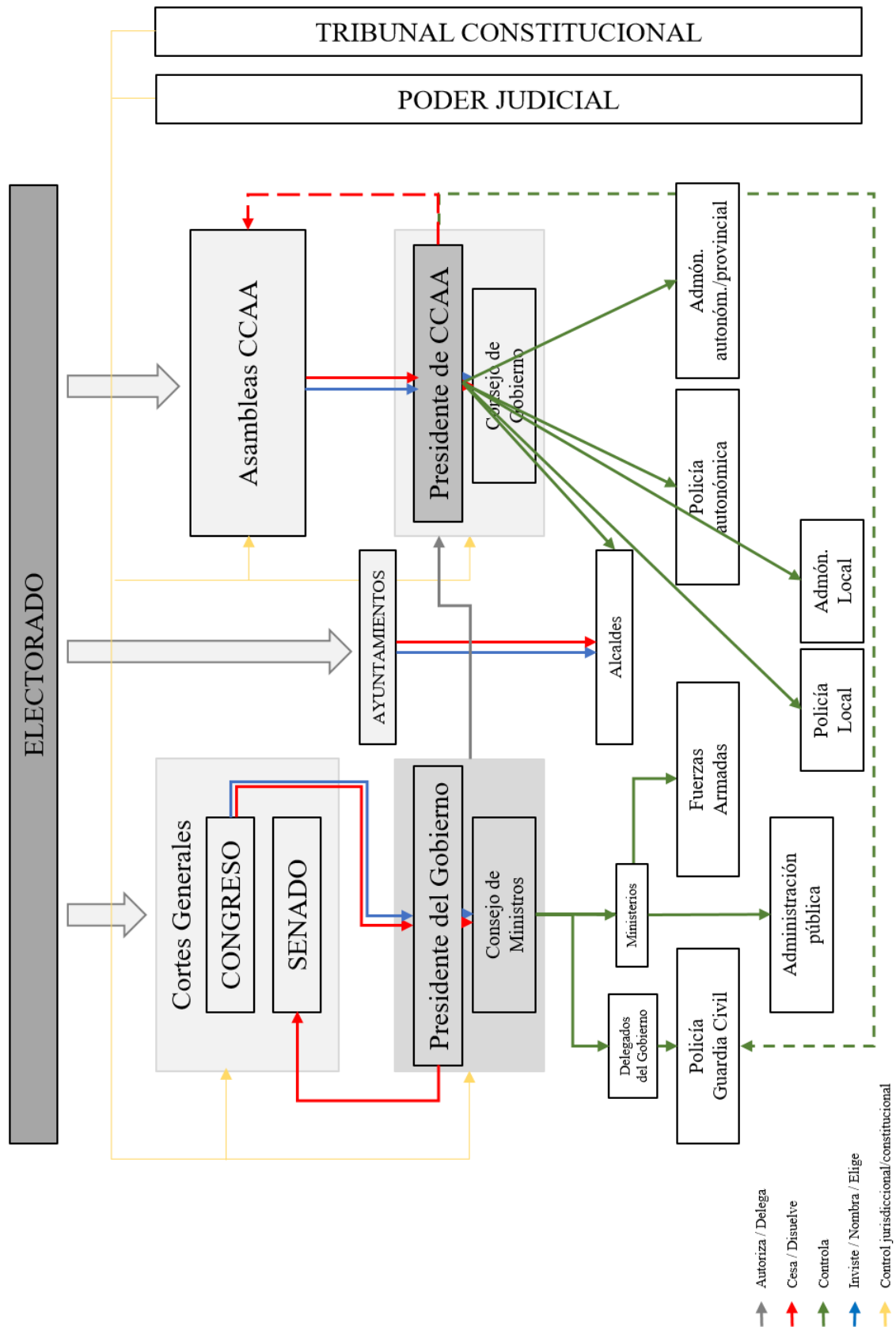


Figura 7. Sistema de distribución del poder en Alemania. Estado de normalidad

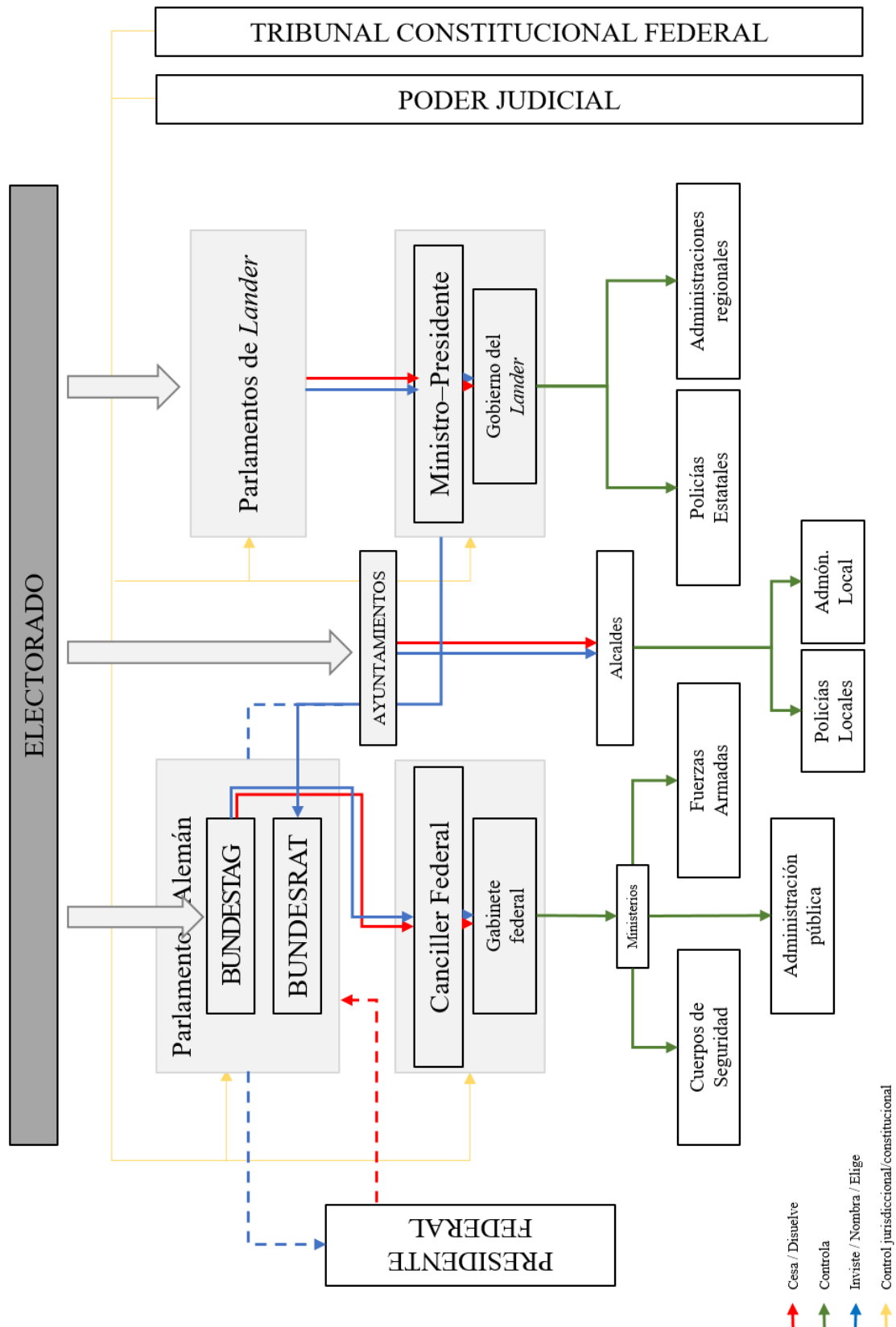


Figura 8. Sistema de distribución del poder en Alemania. Estado de emergencia

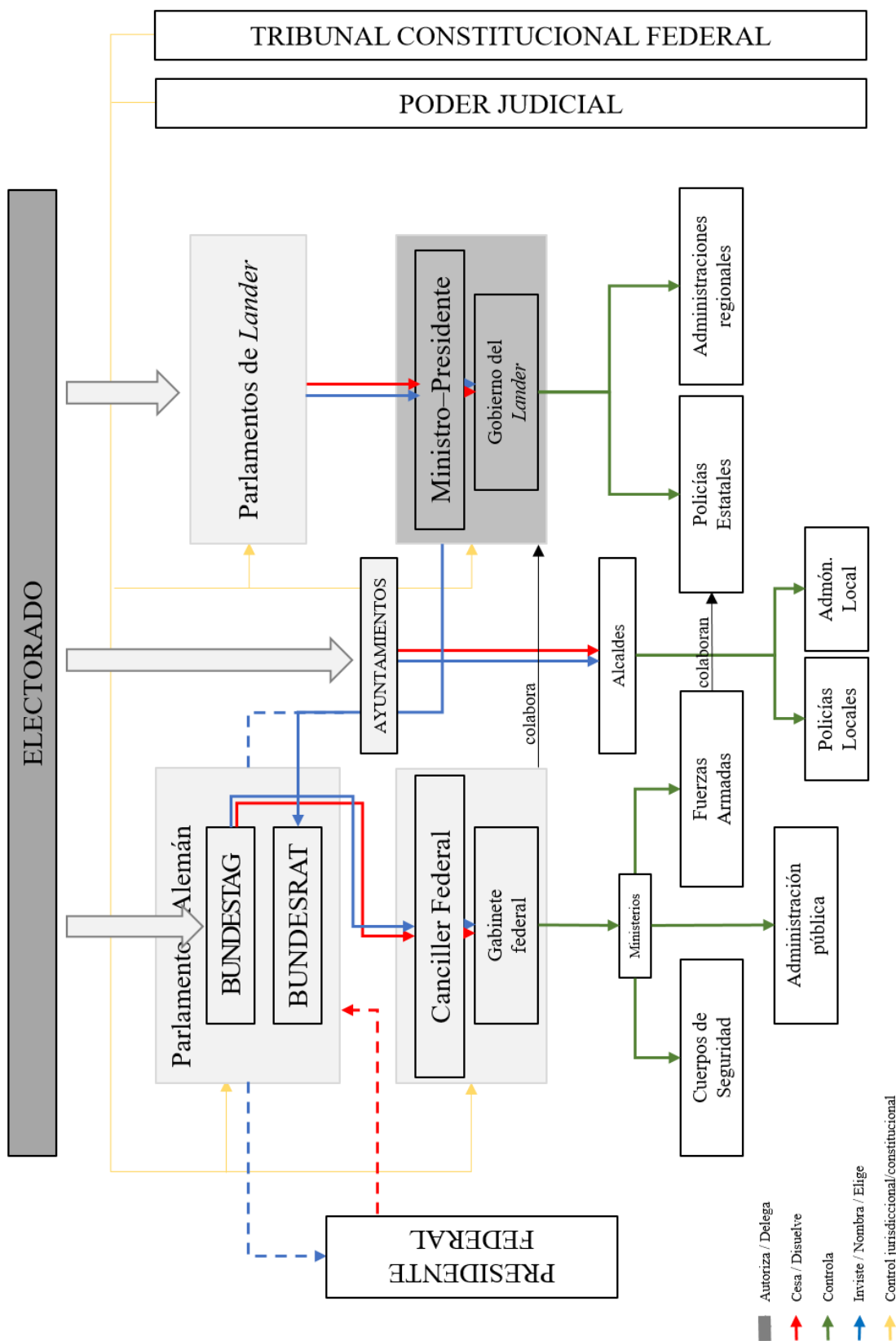


Figura 9. Sistema de distribución del poder en Alemania. Estado de tensión

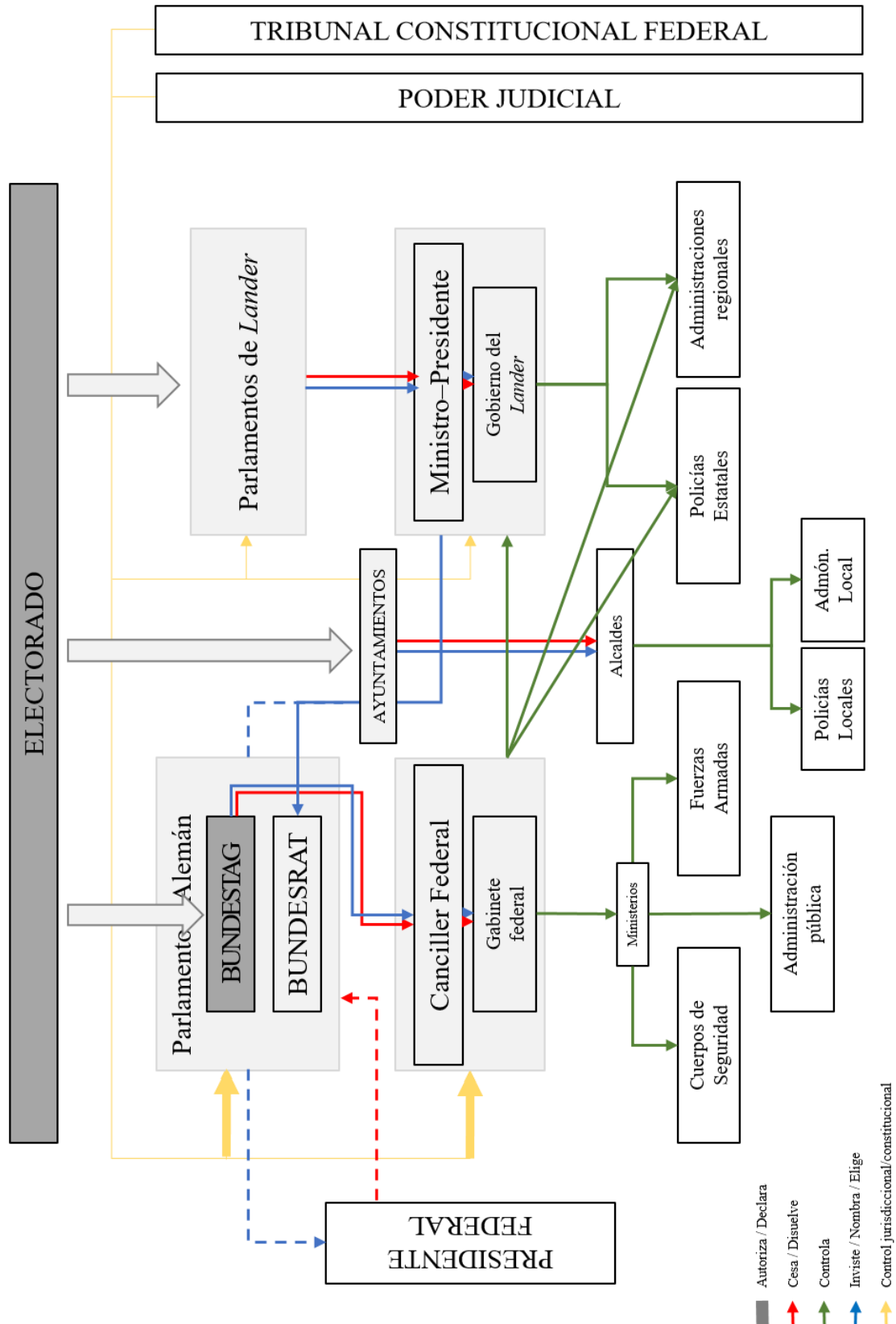


Figura 10. Sistema de distribución del poder en Alemania. Estado de defensa

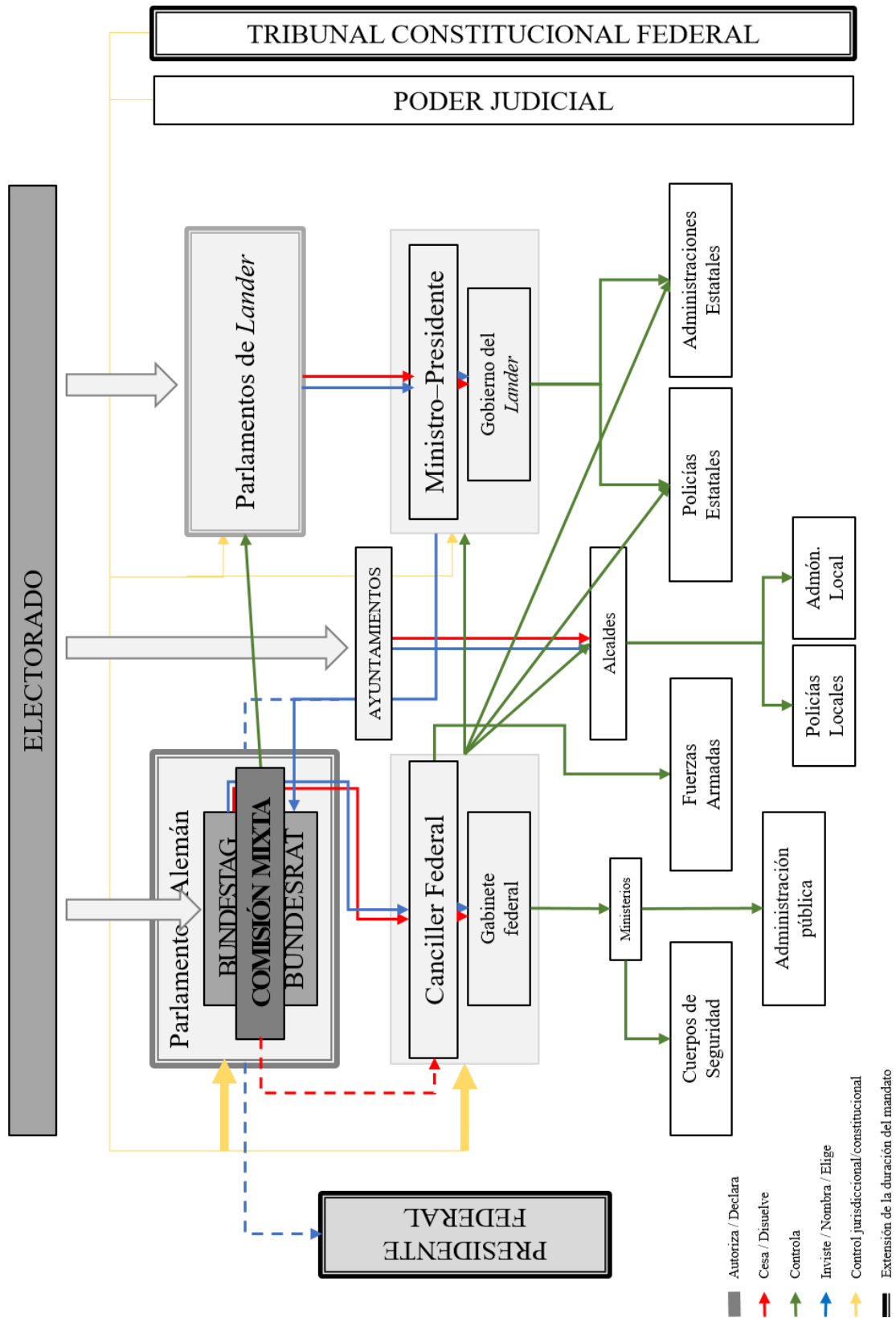


Figura 11. Sistema de distribución del poder en Francia. Estado de normalidad

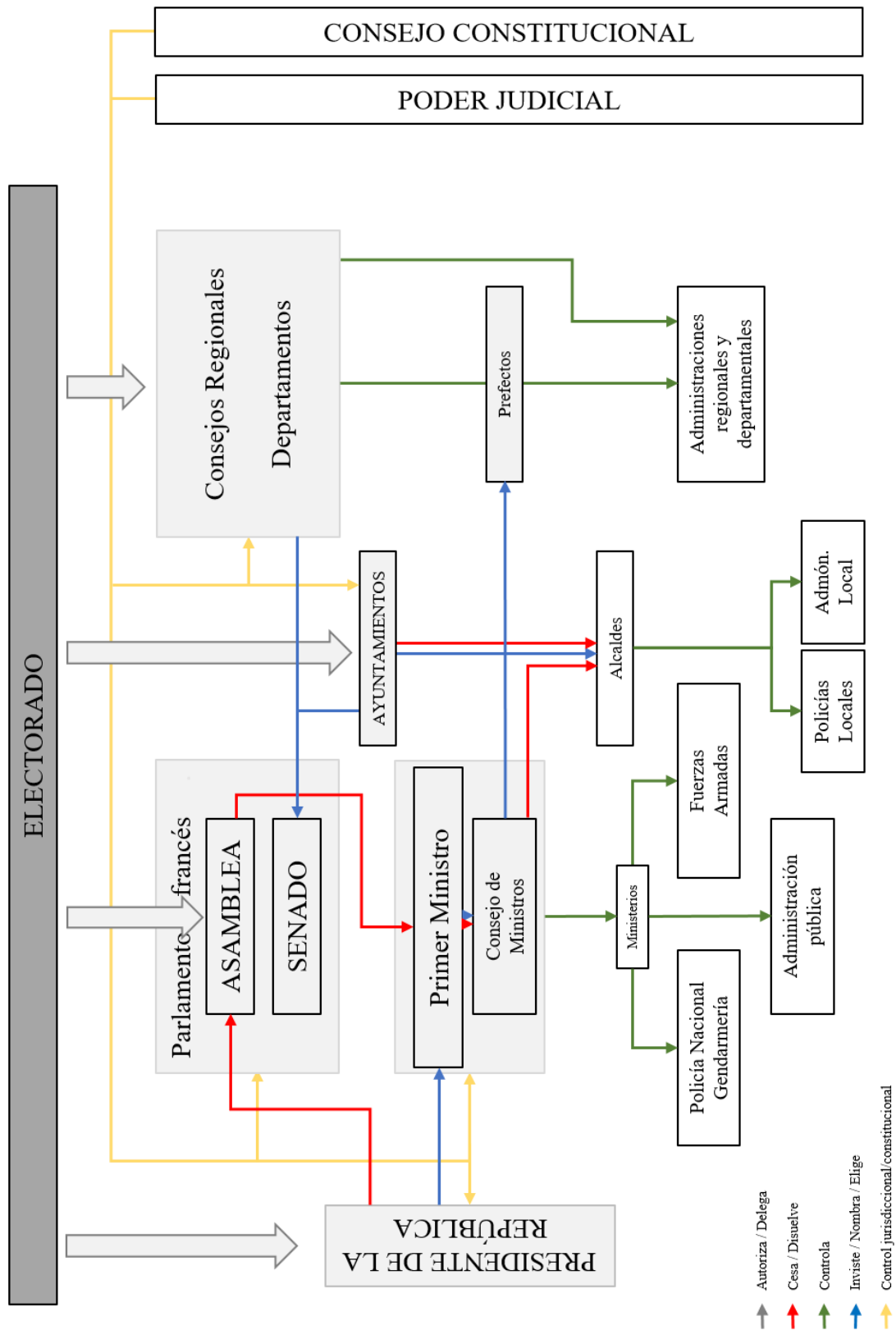


Figura 13. Sistema de distribución del poder en Francia. Dictadura presidencial

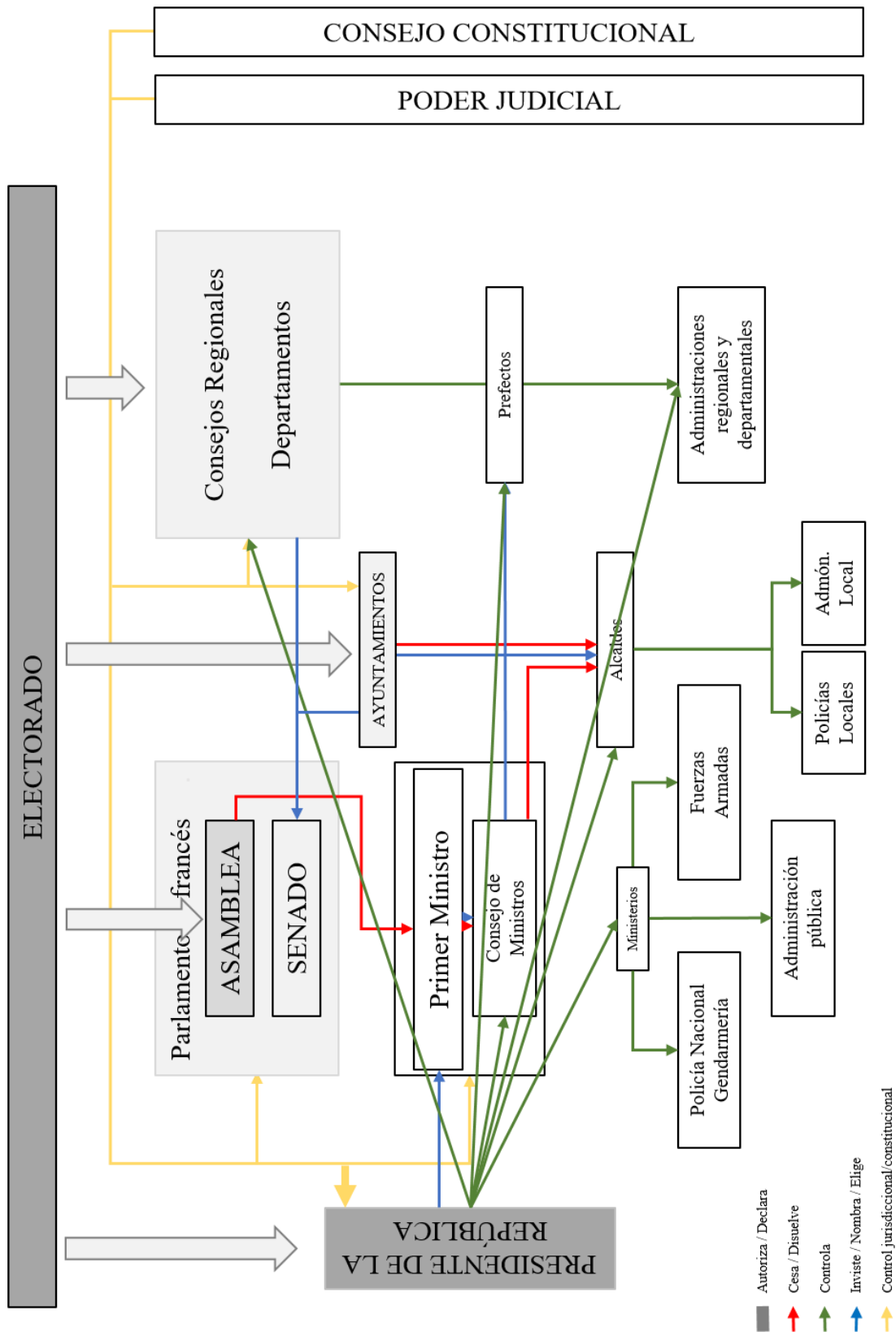


Figura 14. Sistema de distribución del poder en EE. UU. Estado de normalidad

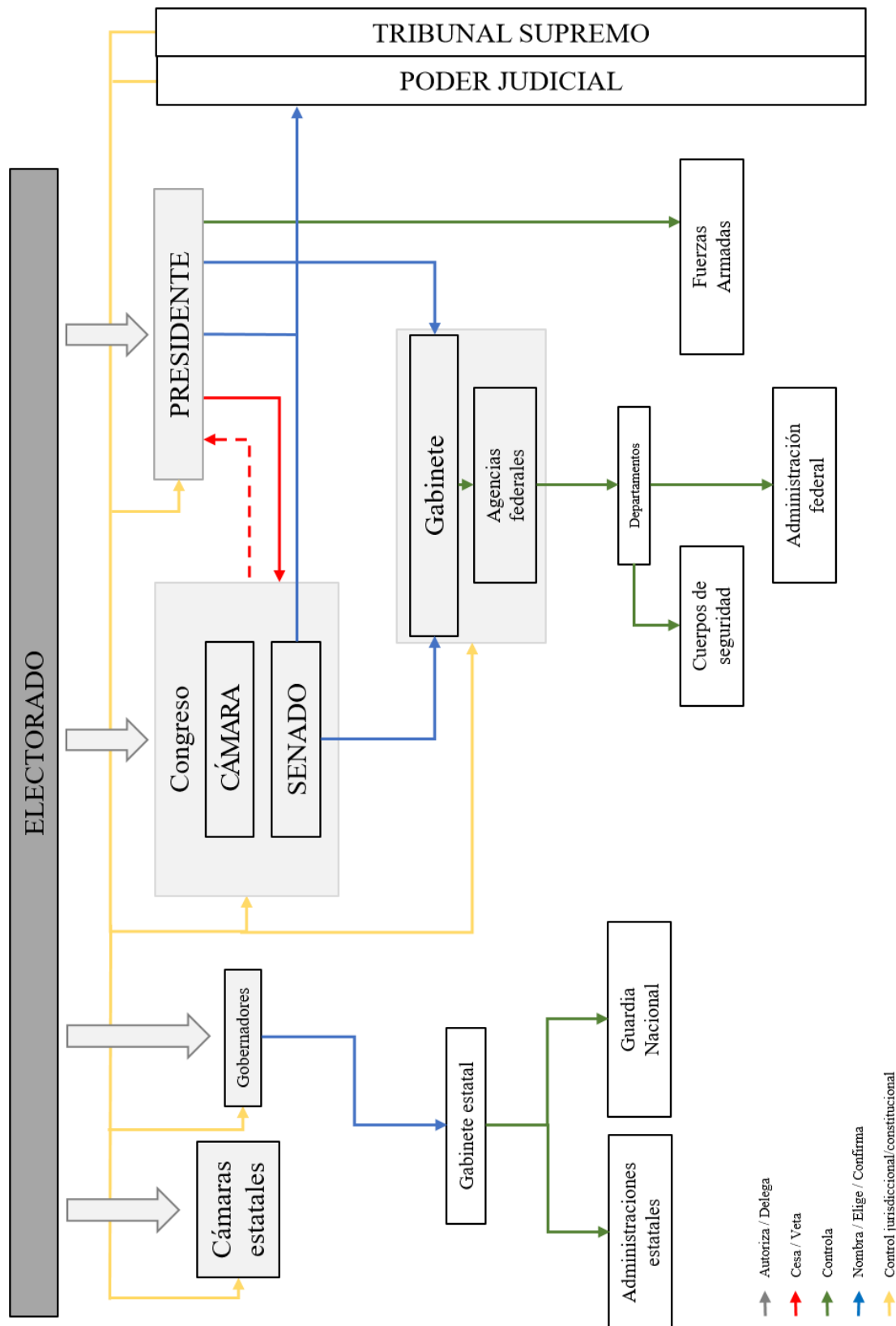


Figura 15. Sistema de distribución del poder en EE. UU. Estado de emergencia

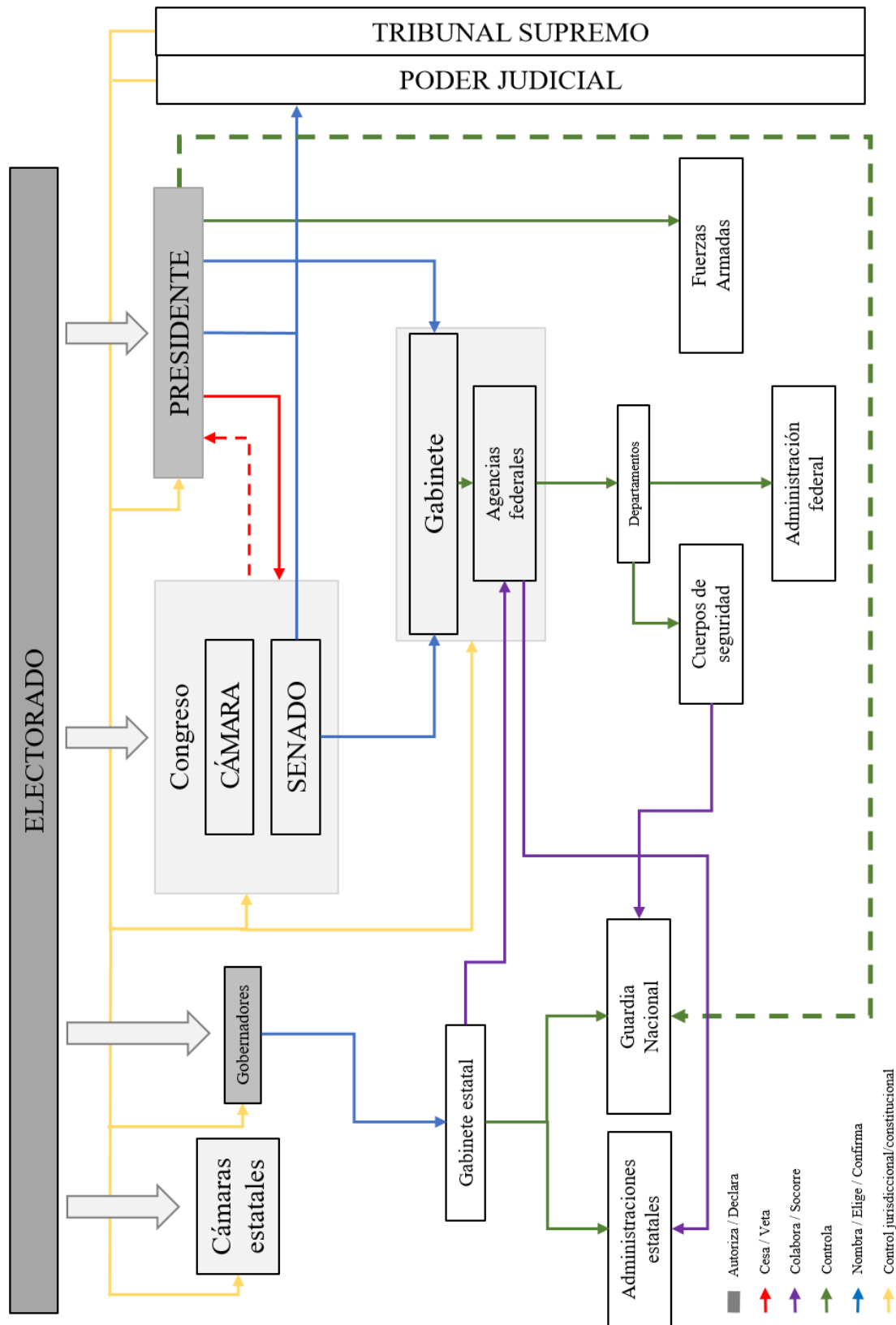
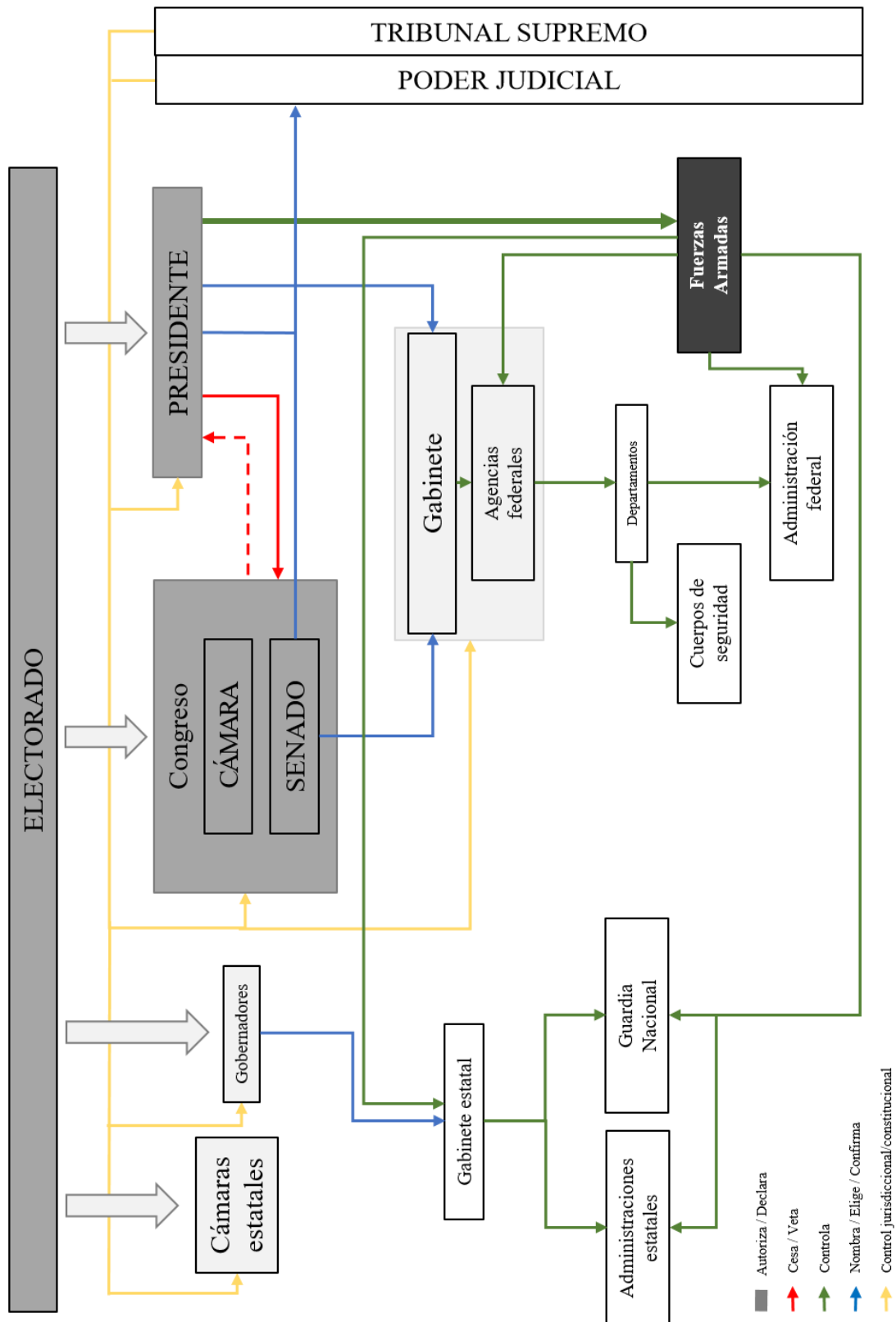


Figura 16. Sistema de distribución del poder en EE. UU. Ley marcial



Anexo 3. La aplicación del artículo 155 de la Constitución española

En el Capítulo 3, dedicado al derecho de emergencia español, se incluye una breve referencia al artículo 155 de la Constitución, que regula la llamada suspensión de la autonomía para el caso de que una Comunidad Autónoma incumpliera sus obligaciones o atentara contra el interés general. Este precepto no había sido aplicado, ni desarrollado en modo alguno por el legislador orgánico u ordinario –más allá de una referencia puntual en la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, que en su artículo 26 incluye el artículo 155 CE como medida de cumplimiento forzoso de las prescripciones presupuestarias; tampoco en este ámbito se había puesto en funcionamiento—. El citado artículo reza como sigue:

«1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.»

La suspensión autonómica fue puesta en marcha por el Gobierno de Mariano Rajoy el 11 de octubre de 2017, mediante un requerimiento al Presidente de la *Generalitat* de Cataluña acordado en un Consejo de Ministros extraordinario en esa misma fecha, en el que se le solicitaba que

aclarara si el día anterior, en un discurso en el Parlamento de Cataluña, había declarado la independencia; y, en su caso, para que depusiera su actitud, rectificara tal declaración y acatará las resoluciones del Tribunal Constitucional, que en repetidísimas ocasiones y con máxima contundencia había advertido a las autoridades catalanas de la ilegalidad de sus actos. Efectivamente, en un Pleno del *Parlament* de Cataluña celebrado el 10 de octubre, Carles Puigdemont había dado cuenta a la Cámara de los ‘resultados’ del intento de referéndum ejecutado el 1 de octubre –prohibido también por el Constitucional– y, de forma ambigua, declaró: «Llegados a este momento histórico, y como presidente de la *Generalitat*, asumo, al presentar los resultados del referéndum ante todos ustedes y ante nuestros conciudadanos, el mandato del pueblo de que Cataluña se convierta en un Estado independiente en forma de república» para acto seguido añadir que «el *Govern* y yo mismo proponemos que el *Parlament* suspenda los efectos de la declaración de independencia»²³ para negociar con España los términos de la misma.

El Ejecutivo central consideró éste el punto en el que iniciar la activación del artículo 155 de la Constitución, y al día siguiente se envió a la Generalitat un documento de ocho páginas aprobado en Consejo de Ministros, en el que se detallaban los incumplimientos de resoluciones del Tribunal Constitucional por los órganos de autogobierno de Cataluña y se requería de forma personal a Carles Puigdemont para que «confirme si alguna autoridad de la Generalidad de Cataluña ha declarado la independencia de Cataluña y/o si en su declaración del 10 de octubre de 2017 ante el pleno del Parlamento implica la declaración de independencia, al margen de que esta se

²³ En catalán en el original del Diario de Sesiones: «Arribats a aquest moment històric, i com a president de la Generalitat, assumeixo, en presentar-los els resultats del referéndum davant de tots vostès i davant dels nostres conciudadans, el mandat del poble que Catalunya esdevingui un estat independent en forma de república», y posteriormente, «el Govern i matix proposem que el Parlament suspengui els efectes de la declaració d’independència». Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, número 83, página 8. Disponible en <https://www.parlament.cat/document/dspcp/236781.pdf>. Traducción propia.

encuentre o no en vigor. 2. Comunique de forma fehaciente al Gobierno de la Nación su respuesta afirmativa o negativa antes de las 10:00 horas del próximo 16 de octubre». Añadía: «[...] a estos efectos la ausencia de contestación y/o cualquier contestación distinta a una simple respuesta afirmativa o negativa, se considerará confirmación»²⁴.

Tras considerar que el requerimiento –exigido por la Constitución– no había sido atendido, otro Consejo de Ministros extraordinario el día 21 de octubre solicitó la autorización para suspender la autonomía. En el acuerdo del Consejo²⁵, remitido inmediatamente al Senado, el Ejecutivo de Rajoy solicitaba de la Cámara autorización para asumir prácticamente *todas* las competencias estatutarias reconocidas a los órganos de la *Generalitat* –el Consejo de Gobierno y el Parlamento– con la única excepción de las de naturaleza netamente parlamentaria (aprobación de leyes autonómicas e investidura).

La tramitación de la solicitud se realizó por una Comisión mixta del Senado en un procedimiento muy ágil, y fue debatida en Pleno durante la mañana del 27 de octubre. La Cámara alta aprobó, muy por encima de la mayoría absoluta requerida –214 votos a favor, 47 en contra y una abstención– con algunas modificaciones menores, la autorización de las medidas propuestas por el Ejecutivo. Desde la publicación en un BOE extraordinario del acuerdo del Senado²⁶, el Gobierno tenía a su disposición todos los resortes de la *Generalitat* de Cataluña.

²⁴ Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en la reunión celebrada el día 11 de octubre de 2017, hecho público por la Presidencia del Gobierno en <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Documents/11102017-requerimiento.pdf>.

²⁵ Publicado en un Boletín del Estado Extraordinario, el número 260, de 27 de octubre de 2017, por Orden ministerial del Ministerio de la Presidencia PRA/1034/2017: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/27/pdfs/BOE-A-2017-12328.pdf>.

²⁶ Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución (BOE número 260): <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/27/pdfs/BOE-A-2017-12327.pdf>.

Durante la noche del 26 al 27 de octubre, los medios informaron de que el presidente Puigdemont se disponía a disolver el *Parlament* y convocar elecciones autonómicas para abortar la crisis institucional. El anuncio se esperaba en una comparecencia simultánea al fin del debate en el Senado; anuncio que finalmente nunca se produjo. Por la tarde, concluidos el debate y la votación en Madrid, el Parlamento de Cataluña aprobó por mayoría absoluta –en una votación en la que no estaban presentes ni los Grupos de la oposición ni los Letrados de la Cámara– una propuesta de resolución que rezaba:

«[...] En virtud de todo lo que se acaba de exponer, nosotros, representantes democráticos del pueblo de Cataluña, en el libre ejercicio del derecho de autodeterminación, y de acuerdo con el mandato recibido de la ciudadanía de Cataluña,

Constituimos la República catalana, como independiente y soberano, de derecho, democrático y social.

Disponemos la entrada en vigor de la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República.

Iniciamos el proceso constituyente, democrático, de base ciudadana, transversal, participativo y vinculante. [...]»²⁷.

Los acontecimientos se sucedieron y se celebró un nuevo Consejo de Ministros extraordinario –ya autorizado por el Senado para tomar las medidas propuestas– a las 18:00 horas. Poco

²⁷ Así lo recoge el Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, dado que la Presidenta, Carme Forcadell, a instancias del Diputado Roger Torrent, leyó la parte dispositiva de la Resolución. La página web del Parlament no almacena copia alguna oficial de esta declaración ni la Resolución de la que forma parte. En el original del Diario de Sesiones, en catalán: «En virtut de tot el que s'acaba d'exposar, nosaltres, representants democràtics del poble de Catalunya, en el lliure exercici del dret d'autodeterminació, i d'acord amb el mandat rebut de la ciutadania de Catalunya, »Constituïm la república catalana, com a estat independent i sobirà, de dret, democràtic i social. »Disposem l'entrada en vigor de la Llei de transitorietat jurídica i fundacional de la república. »Iniciem el procés constituent, democràtic, de base ciutadana, transversal, participatiu i vinculant». Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, número 85, página 28. Disponible en <https://www.parlament.cat/document/dspscp/238145.pdf> . Traducción propia.

después, el Presidente del Gobierno compareció en el Palacio de la Moncloa y anunció, en virtud del artículo 155 de la Constitución, la suspensión de la autonomía de Cataluña, el cese del Presidente y del *Govern* de la Generalitat –asumiendo su propio Gobierno la totalidad de las competencias del cesado Ejecutivo autonómico– y la disolución inmediata del *Parlament*, convocando al mismo tiempo nuevas elecciones autonómicas, utilizando para ello las facultades del presidente de la *Generalitat* que, en virtud del acuerdo del Senado, se había auto transferido²⁸.

Las elecciones se celebraron el 21 de diciembre de 2017. Durante todo el período de aplicación del artículo 155 –antes, durante y aún después de los comicios–, el despacho ordinario de los asuntos de la *Generalitat* se ha realizado mediante Consejos de Ministros extraordinarios, normalmente subsiguientes a los ordinarios. Celebradas las elecciones, no obstante, los ministros del Gobierno no han ejercido todas las prerrogativas que poseen como consejeros autonómicos, absteniéndose, por ejemplo, de acudir a los Plenos del nuevo *Parlament*.

Las medidas de ejecución del artículo 155 de la Constitución no decaerán hasta la toma de posesión de un nuevo *Govern*; a comienzos de abril de 2018, el *Parlament* sigue sin haber investido

²⁸ En el Boletín Oficial del Estado número 261, también extraordinario, con fecha de 28 de octubre, se publicaron cinco reales decretos, haciendo efectivas las decisiones del Gobierno, por este orden: primero, *Real Decreto 942/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del M.H. Sr. Presidente de la Generalitat de Cataluña, don Carles Puigdemont i Casamajó*; segundo, *Real Decreto 943/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del Vicepresidente de la Generalitat de Cataluña y de los Consejeros integrantes del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña*; tercero, *Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, por el que se designa a órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalitat de Cataluña, autorizadas por acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución*; cuarto, *Real Decreto 945/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, la adopción de diversas medidas respecto de la organización de la Generalitat de Cataluña, y el cese de distintos altos cargos de la Generalitat de Cataluña*; y, finalmente, *Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución*.

un Presidente. Su plazo para hacerlo terminará el 22 de mayo, día en el que quedará disuelto de nuevo de forma automática al haberse producido ya un intento de investidura fallido.

Atendiendo a la forma de aplicar el artículo 155 elegida por el Gobierno central –nada impide que otra intervención tome otra manera–, podemos observar cómo la distribución horizontal del poder, tal y como la ilustrábamos en el cuerpo del trabajo, cambiaría as:

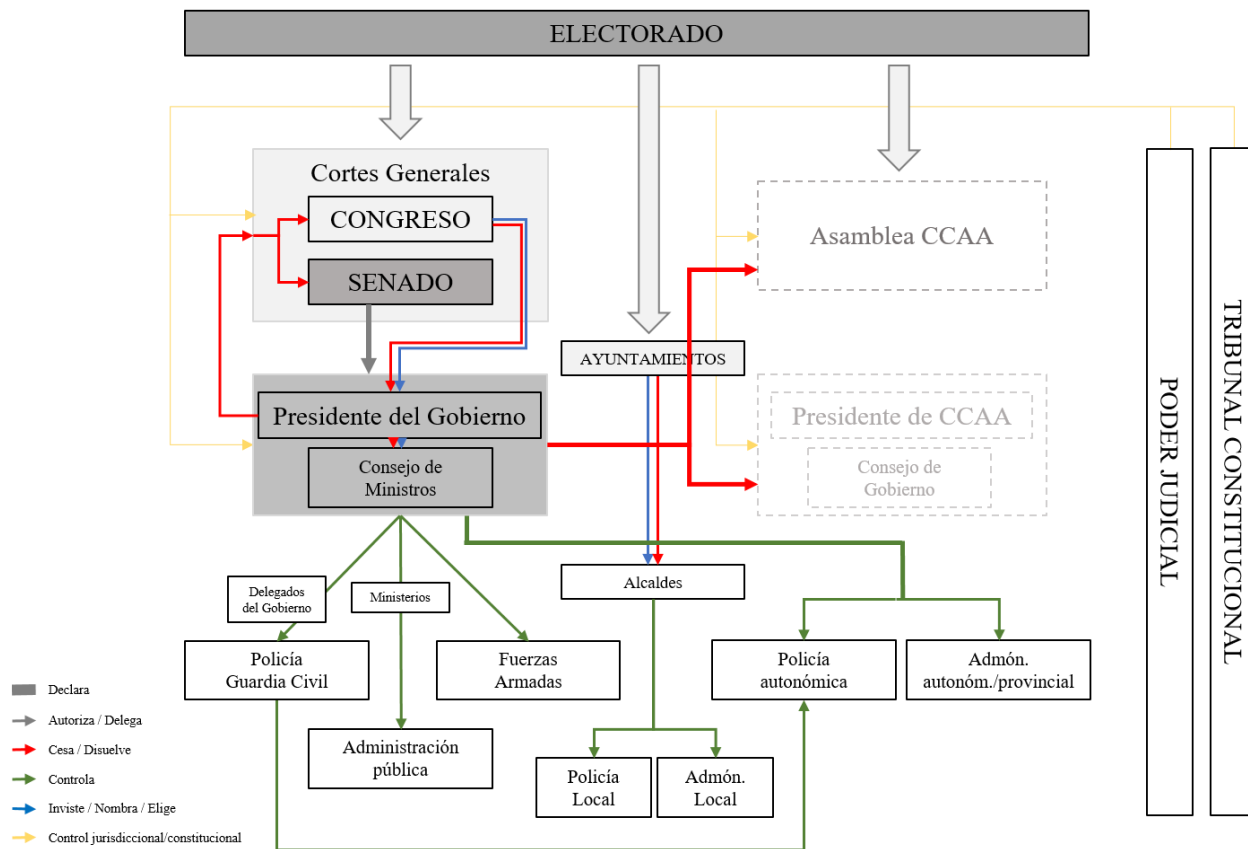


Figura 17. Sistema de distribución del poder en España. Suspensión de la autonomía (art. 155CE) de 2017. Elaboración propia

Como se puede observar, la incidencia de la aplicación de la suspensión de la autonomía tiene consecuencias gravísimas en el funcionamiento de sistema político: a diferencia de lo que ocurre en los estados de alarma, excepción y sitio, en este caso es una instancia del poder la que *sustituye*, de forma completa, a otra; hasta el punto de que ésta última deja de existir. No se produce un mero trasvase de competencias o una concentración de autoridades, sino que el Gobierno de la Nación pasa a *ser* el Gobierno de la Comunidad Autónoma. Las implicaciones son severas; la

primera de ellas, la ruptura de la legitimidad democrática directa establecida entre los electores de una Comunidad y su Asamblea Legislativa, que es disuelta por quien no está sometido a su confianza.

No es posible, en este ya demasiado extenso Anexo, entrar a señalar los detalles de la suspensión de la autonomía –la relevancia del Senado; la posición inerme del Presidente del Gobierno, que conserva todas sus facultades de disolución de las Cortes Generales; el papel de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lo referente a la policía autonómica si existe, como en el caso de Cataluña; o la nula incidencia en la esfera jurídica del Tribunal Constitucional—. Además, las circunstancias obligan a guardar la mayor cautela. Gracias al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario de Unidos Podemos en el Congreso de los Diputados, ya admitido a trámite, el Tribunal Constitucional va a tener la oportunidad de analizar minuciosamente el conjunto de medidas de aplicación del artículo 155, la procedencia de su aplicación y su encaje en el marco de la suspensión de la autonomía.

En cualquier caso, sí conviene diferenciar en un factor esencial el artículo 155 de los estados de emergencia previstos en el artículo 116. En el caso de la suspensión autonómica, el supuesto de aplicación está tasado: la actuación de la Comunidad de forma que atentare gravemente al interés general de España, y lo que no se desarrolla es la forma de aplicación. Es decir, al revés de lo que ocurre con los estados de alarma, excepción y sitio, para los que no se prevén sus presupuestos habilitantes sino que se dejan a regulación de la Ley Orgánica correspondiente. Esto debería dar una idea de que lo que se esconde detrás del artículo 155, además de un mecanismo claro de derecho de emergencia, es también una cláusula de cierre del sistema de distribución territorial del poder, en el que entra en juego de forma esencial la única instancia con legitimidad para ello: las Cortes Generales como sede y depositarias de la soberanía nacional.

Bibliografía

Fuentes primarias / Normas jurídicas

Constitución de los Estados Unidos de América.

Texto oficial original disponible en la página web del Senado de los Estados Unidos:
http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Último acceso: 28 de abril de 2017.

Constitución de la República Francesa.

Texto oficial en inglés disponible en la página web de la Asamblea Nacional de Francia:
<http://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly>. Último acceso: 28 de abril de 2017.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

Texto oficial en inglés disponible en la página web del Bundestag: <https://www.bundestag.de/en/documents/legal>. Último acceso: 28 de abril de 2017.

Constitución del Reino de España.

Texto oficial disponible en la página web del Boletín Oficial del Estado:
<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Último acceso: 28 de abril de 2017.

Constituciones en vigor en 196 estados soberanos: *Constitute*: www.constituteproject.org, web elaborada por el Comparative Constitutions Project (CCP) (2013). Último acceso: 5 de mayo de 2017.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. I Legislatura. Sección Congreso de los Diputados, 21 de septiembre de 1979. Número 73-I, Serie A, páginas 357-382. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/BOCG/A/A_073-I.PDF. Último acceso: 15/05/2017.

Informe de la Ponencia para la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. I Legislatura. Sección Congreso de los Diputados, 14 de abril de 1981. Número 73-I ter, páginas 382/23-382/34. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/BOCG/A/A_073-I-T.PDF. Último acceso: 15/05/2017.

Obras científicas

Alonso de Antonio, J. A. y. Á. L., 2015. *Derecho Constitucional Español*. Madrid: Universitas.

Alzaga, Ó. (., 2012. *Derecho Político Español*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Boin, A., McConell, A. y Hart, P., 2010. Crisis Leadership. En: R. Couto, ed. *Political and civic leadership. A reference handbook*. Los Angeles: SAGE Reference, pp. 229-238.

Boyron, S., 2013. *The Constitution of France. A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing.

Carro Martínez, A., 1998. Artículo 116. En: Ó. Alzaga y F. Fernández Segado, edits.

«Comentarios a la Constitución», Tomo IX. Madrid: Cortes Generales: Edersa, pp. 210-262.

CCP, C. C. P., 2013. *Constitute*. [En línea]

Disponible en: <https://www.constituteproject.org/>

[Último acceso: 05 05 2017].

Comisión de Venecia, Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, 1995.

Emergency powers, Estrasburgo: Council of Europe Publishing.

- Cruz Villalón, P., 1984. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.
- Dyzenhaus, D., 2008. The Compulsion of Legality. En: V. V. Ramraj, ed. *Emergencies and the limits of legality*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 33-59.
- Easton, D., 1992. Categorías para el análisis sistémico de la política. En: A. Batlle i Rubio, ed. *Diez textos básicos de ciencia política*. Barcelona: Ariel, pp. 221-230.
- ECOSOC, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 1982. *Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege and emergency*, Nueva York: Naciones Unidas.
- Ferejohn, J. y Pasquino, P., 2008. Emergency Powers. En: J. S. Dryzek, B. Honig y A. Phillips, edits. *The Oxford Handbook of Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, pp. 333-348.
- Gallagher, M., Laver, M. L. y Mair, P., 2011. *Representative Government in Modern Europe*. New York: McGraw-Hill.
- Garrido López, C., 2007. Sobre el Estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración. *Revista de Derecho Político*, Número 68, pp. 102-142.
- Gross, O., 2008. Extra-legality and the Ethic of Political Responsibility. En: V. V. Ramraj, ed. *Emergencies and the limits of legality*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 60-93.
- Gross, O., 2015. Emergency powers. En: M. Tushnet, M. Graber y S. Levinson, edits. *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press, pp. 785-804.
- Gross, O. y Anóáin, F. N., 2006. *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., 1961. *The Federalist*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.

- Heringa, W. y Kiiver, P., 2012. *Constitutions compared. An introduction to comparative constitutional law*. Cambridge: Intersentia.
- Heun, W., 2011. *The Constitution of Germany. Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing.
- Loevy, K., 2015. *Emergencies in Public Law. The Legal Politics of Containment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Morlino, L., 1988. *Cómo cambian los regímenes políticos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pascua Mateo, F., 2011. *Sinopsis del Artículo 116 de la Constitución*. [En línea]
Disponible en:
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=116ytipo=2>
[Último acceso: 2015 05 09].
- Patrick, J., 2009. Supplementary Lesson: Abraham Lincoln and executive Power. En: *We, The People: The Citizen and the Constitution*. s.l.:Center for Civic Education of the United States.
- Plessis, P., Ando, C. y Tuori, K., 2016. *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Ramraj, V. V. (ed.), 2008. *Emergencies and the limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Robbers, G., 2007. *Encyclopedia of World Constitutions*. New York: Facts on File.
- Rosenfield, M. y Sajó, A., 2012. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Rossiter, C. L., 1949. Constitutional Dictatorship in the Atomic Age. *The Review of Politics*, 11(4), pp. 395-418.

- Schmitt, C., 2011. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Schmitt, C., 2014. *Dictatorship*. Cambridge: Polity.
- Schmitt, C., Schwab, G. y Strong, T. B., 2010. *Political Theology*. Chicago: University of Chicago Press.
- Sedano Lorenzo, Á., 2015. *El Estado de Alarma y la Justicia Militar*. Madrid: Liber Factory.
- Smith, S. S., Roberts, J. M. y Vander Wielen, R. J., 2014. *The American Congress*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Torres del Moral, A., 2004. *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo I: Sistema de Fuentes. Sistema de los Derechos*. Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.
- Tushnet, M., 2008. The political constitution of emergency powers. En: V. V. Ramraj, ed. *Emergency powers and the limits of legality*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 145-155.
- Tushnet, M., 2014. *An advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Vallès i Casadevall, J. M., 2006. *Ciencia Política: una introducción*. Sexta ed. Barcelona: Ariel.

