



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

Trabajo de fin de grado

**ESTUDIO COMPARADO DE LOS ESTADOS DE
EXCEPCIÓN ESPAÑOLES Y FRANCESES**

Philémon Garabiol--Macherey

Bajo la supervisión de Josu de Miguel Bárcena

Grado de derecho

Curso 2018-2019

11 de mayo de 2019

RESUMEN

España y Francia son dos países cuyas historias son muy distintas la una de la otra. Sus historias, como las de los demás países, permiten explicar las preocupaciones que han podido tener los ciudadanos y sus representantes a la hora de establecer la organización política de su país y, a su vez, al prever regímenes excepcionales del derecho. Aquellos estados de excepción, para hacer frente a circunstancias excepcionales que impedirían el goce por los ciudadanos de sus derechos, tendrían como efectos la restricción de los derechos pero al fin, de manera paradójica, de restablecer una situación de normalidad y de permitir, a su vez, un goce pleno de sus derechos por parte de los ciudadanos.

Este Trabajo de Fin de Grado tiene como objetivo permitir tener una visión general del estado del derecho relativo a los estados de excepción por una parte y, por otra parte, de la aplicación práctica que ha podido hacerse de estos estados excepcionales del derecho. El objetivo no únicamente es de desarrollar un panorama meramente descriptivo, sino que también trata de aportar una visión crítica y explicaciones de naturaleza histórica al fin de entender todas las vertientes de dichos estados de excepción siempre desde una perspectiva comparada.

RESUM

Espanya i França són dos països amb històries molt diferents la una de l'altra. Les seves històries, com les dels altres països, permeten explicar les preocupacions que han pogut tenir els ciutadans i els seus representants a l'hora d'establir l'organització política del seu país i, al seu torn, en preveure règims excepcionals del dret. Aquells estats d'excepció, per a fer front a circumstàncies excepcionals que impedirien el gaudi pels ciutadans dels seus drets, tindrien com a efectes la restricció dels drets però a la fi, de manera paradoxal, de restablir una situació de normalitat i de permetre, al seu torn, un gaudi ple dels seus drets per part dels ciutadans.

Aquest Treball de Fi de Grau té com a objectiu permetre tenir una visió general de l'estat del dret relatiu als estats d'excepció d'una banda i, d'altra banda, de l'aplicació pràctica que ha pogut fer-se d'aquests estats excepcionals del dret. L'objectiu no únicament és de desenvolupar un panorama merament descriptiu, sinó que també tracta d'aportar una visió crítica i explicacions de naturalesa històrica a la fi d'entendre tots els vessants d'aquests estats d'excepció sempre des d'una perspectiva comparada.

ABSTRACT

Spain and France are two countries whose histories are very different from each other. Their histories, like those of other countries, make it possible to explain the concerns that citizens and their representatives may have had in establishing the political organization of their country and, in turn, in foreseeing exceptional regimes of law. Those states of exception, in order to deal with exceptional circumstances that would prevent citizens from enjoying their rights, would have the effect of restricting their rights but at the end, paradoxically, of re-establishing a situation of normality and, at the same time, allowing citizens to fully enjoy their rights.

The purpose of this Final Degree Project is to provide an overview of the state of law relating to states of exception on the one hand and, on the other hand, of the practical application that has been made of these exceptional states of law. The objective is not only to develop a merely descriptive panorama, but also to provide a critical vision and explanations of historical nature in order to understand all aspects of these states of exception always from a comparative perspective.

ÍNDEX

Abreviaturas

Introducción

1. Estudio comparado teórico de los estados de excepción españoles y franceses

1.1. Identificación de las normas de previsión de los estados de excepción y estudio de sus orígenes

1.2. Régimen jurídico de los estados de excepción

1.2.1. Supuestos

1.2.1. a) Supuesto general o común

1.2.1. b) Supuestos especiales o propios

1.2.2. Declaración

1.2.2. a) Órgano competente por declarar

1.2.2. b) Contenido de la declaración

1.2.3. Duración y prórroga

1.2.3. a) Duración inicial máxima

1.2.3. b) Prórroga y duración total máxima

1.2.4. Efectos

1.2.4. a) Técnica de suspensión o de limitación de derechos

1.2.4. b) Clasificación de los estados de excepción según sus efectos

1.2.5. Garantías

1.2.5. a) Garantías institucionales

1.2.5. a') Garantías institucionales *a priori*

1.2.5. a') Garantías institucionales *a posteriori*

1.2.5. b) Garantías judiciales

1.2.5. b') Control de los actos de declaración o de prórroga

1.2.5. b') Control de las medidas de aplicación

1.3. Críticas de naturaleza teórica

2. Estudio comparado práctico de los estados de excepción españoles y franceses

2.1. Aplicación de los estados de excepción

2.2. Críticas de naturaleza práctica

Conclusiones

Bibliografía

ABREVIATURAS

ap(s): apartado(s)

art(s).: artículo(s)

BOE: Boletín oficial del Estado

CC: Conseil constitutionnel (Consejo Constitucional: equivalente francés del Tribunal Constitucional español)

CCass.: Cour de cassation (Corte de Casación: jurisdicción suprema del orden judicial francés)

CD: Code de la défense (Código de la Defensa)

CE: Constitución española

CF: Constitution française (Constitución francesa)

Cons. E.: Conseil d'État (Consejo de Estado: jurisdicción suprema del orden administrativo francés)

JO: Journal officiel de la République française (Boletín oficial de la República francesa)

TC: Tribunal Constitucional

LEU: Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (Ley n°55-385 de 3 de abril de 1955 relativa al estado de urgencia)

LOEAES: Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio

INTRODUCCIÓN

“Aquellos que renunciarían a una libertad esencial para comprar un poco de seguridad temporal no merecen ni libertad ni seguridad y acabarán perdiendo ambas”. Esta cita que se atribuye en general a Benjamin Franklin es muy famosa y suele utilizarse hoy a efectos de oponer la libertad a la seguridad y se configura como un argumento que permitiría rechazar toda medida restrictiva de libertad cuyo objetivo sería asegurar la seguridad. Sin embargo este argumento puede estar cuestionado.

En efecto, aun sin tratar en detalles de la circunstancia de que la interpretación que se da, a día de hoy, de esta cita no parece corresponder a lo que quería realmente decir Benjamin Franklin en el siglo XVIII¹, la oposición sistemática entre libertad y seguridad puede ser contestada ya que implicaría necesariamente la afirmación de la imposible coexistencia de las dos. No obstante, al contrario, ¿no son complementarias la libertad y la seguridad?, ¿la primera de las libertades no es vivir en un entorno seguro?, ¿puede gozarse de sus libertades sin tener ningún tipo de seguridad? En realidad, parece que no puede gozarse de libertad alguna sin tener una cierta seguridad. Resultaría más, según creo, adecuado buscar un cierto equilibrio que permitiría gozar de una cierta seguridad que permitiría, a su vez, gozar de sus libertades sin que las medidas cuyo objetivo sería precisamente asegurar dicha seguridad vulneraría las libertades de manera desproporcionada ya que, en este caso, ya no se podría gozar de dichas libertades.

Precisamente, encontrar este equilibrio es todo el reto de los estados de excepción. Aquellos estados podrían definirse como cambios del derecho que estén admitidos y regulados cuando ocurran circunstancias excepcionales que alteren la normalidad y que impidan a los ciudadanos de gozar de sus derechos y libertades. Dichos estados permiten luchar contra aquellas circunstancias excepcionales al efecto de restablecer una situación de normalidad que únicamente podría permitir el goce pleno por los ciudadanos de sus derechos y

¹ Benjamin Franklin no se refería a libertades individuales, sino a la libertad que las colonias, Pensilvania en este caso, debían tener a la hora de gobernarse: no debían aceptar renunciar a su poder de crear normas y especialmente al de imponer tasas (“libertad esencial”) ante una persona que les propondría asegurar su seguridad durante un determinado tiempo (“seguridad temporal”).

libertades. El paradojo es que esta lucha se concretiza con cambios del derecho que realmente consisten en restricciones de derechos y libertades. Es decir que para asegurar una cierta seguridad que únicamente podría permitir el goce de derechos y libertades, se restringe estos mismos derechos y libertades.

Desde la perspectiva del derecho constitucional comparado, podría distinguirse distintas formas que tienen los sistemas jurídicos de tratar del tema de los estados de excepción. Sin embargo, no existe una única clasificación. Será mencionada aquí una distinción que ha podido desarrollar Nicolás Pérez².

Una primera forma de tratar del tema de los estados de excepción sería la imprevisión constitucional. En aquella situación, la Constitución no prevería ningún estado de excepción, ni prevería la imposibilidad de suspender derechos que ella misma protegería. Por lo tanto, el legislador tendría competencia por establecer estados de excepción. Este método de regulación es principalmente contestable por la debilidad de la protección de los derechos constitucionalmente garantizados ya que una mera ley podría suspenderlos.

Una segunda forma de tratar del tema de los estados de excepción sería, al contrario, la previsión constitucional. En aquella situación, la propia Constitución reconocería expresamente estado o estados de excepción y reconocería entonces la posibilidad de suspender unos derechos que ella misma protegería.

Por fin, una tercera forma de tratar del tema de los estados de excepción sería la prohibición por parte de la Constitución de crear estado de excepción alguno. Este método de regulación, o de no-regulación, podría defenderse por el argumento que consistiría en afirmar que el derecho habitual debería ser capaz de hacer frente a cualquier situación y que, por lo tanto, en ningún caso podrían ser restringidos los derechos y libertades al fin de luchar contra circunstancias graves. Este modo de regulación es, por ejemplo, el elegido por la Constitución belga³.

² PÉREZ SOLA, Nicolás. “Los estados de alarma, excepción y sitio: la primera declaración del estado de alarma en aplicación de las previsiones constitucionales”, en: *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2, Madrid: Universitas, 2013, pp. 1540-1541.

³ Art. 187 de la Constitución Belga: “La Constitución no podrá ser suspendida total o parcialmente”.

¿A qué categoría pertenecerían los sistemas español y francés? El sistema español, sin duda, procede a una previsión constitucional de los estados de excepción. En cambio, el sistema francés es, según creo, más complejo. En efecto, si la Constitución Francesa comporta normas que reconocen la existencia de estados de excepción, también está admitido por parte del Consejo Constitucional, según se verá a continuación⁴, la posibilidad por el legislador de crear estados de excepción⁵. Por lo tanto, relativamente a la clasificación anteriormente vista, el sistema francés se ubicaría a la frontera de la primera y de la segunda categorías.

Ahora bien, si esta clasificación permite tener una cierta visión general del estado del derecho de los estados de excepción, no permite entender la medida en la que las regulaciones españoles y franceses establecen el equilibrio entre protección del orden público por una parte, y protección de los derechos y libertades por otra parte.

El objetivo de este trabajo no es de realizar un mero estudio descriptivo de los estados de excepción españoles y franceses, sino de proceder a un estudio comparado tanto descriptivo como crítico. No se trata, por lo tanto, ni estudiar cada uno de los estados de excepción, ni de estudiar los estados de excepción españoles por una parte y los franceses por otra parte, sino que se trata de proceder a un estudio comparado cuyo objetivo sería de entender todas las vertientes de los estados de excepción. Por lo tanto, consistirá en el estudio comparado de dichos estados de excepción partiendo de temas genéricos al fin de entender, sobre cada tema, y en general, cuáles son los enfoques español y francés. El objetivo último sería de intentar de dar explicaciones, es decir de entender las razones por las cuales así son las cosas y, eventualmente, si podría resultar posible, de afirmar cuál es el mejor enfoque.

Además, este trabajo me parece realmente interesante por el hecho de que no consista en una mera recopilación de textos normativos, jurisprudenciales y doctrinales ya que no existe, según creo, texto de este tipo alguno que trataría de

⁴ Véase parte 1.2.4. a), “Técnica de suspensión o de limitación de derechos”, pp. 30-31.

⁵ Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, troisième considérant: “[...] pertenece al legislador de operar la conciliación necesaria entre el respeto de las libertades y la protección del orden público sin el cual el ejercicio de libertades no podría estar asegurado [...]”.

modo comparado de las regulaciones española y francesa de los estados de excepción. Ha requerido, por lo tanto, una búsqueda de informaciones en fuentes varias y diversas como un trabajo de síntesis y de interpretación. Asimismo, la mayoría de las fuentes utilizadas – textos constitucionales, legislativos, reglamentarios, jurisprudenciales y doctrinales – que trataban de los estados de excepción franceses estando escritas en francés, han debido ser traducidas. Al efecto de transcribir los artículos de la propia Constitución Francesa, ha sido utilizada una traducción realizada bajo la responsabilidad de la Dirección de Prensa, Información y Comunicación del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Departamento de Asuntos Europeos de la Asamblea Nacional franceses. Con relación a las otras fuentes, han sido utilizadas en prioridad las traducciones que habían sido hechas en el marco de traducciones de artículos de doctrina franceses y, subsidiariamente, traducciones mías.

Ya que no parecería en ningún caso posible de proceder a la vez a un estudio comparado teórico y a un estudio comparado práctico, parece lógico entonces estudiar sucesivamente los estados de excepción desde una perspectiva teórica y desde una perspectiva práctica. Cabe señalar que, afortunadamente, la experiencia práctica de los estados de excepción es limitada y no permite, por lo tanto, un estudio tan profundizado como lo permiten las disposiciones reguladoras de sus regímenes jurídicos así que, la mayor parte de este trabajo estará dedicado al estudio comparado teórico de los estados de excepción españoles y franceses.

1. Estudio comparado teórico de los estados de excepción españoles y franceses

La primera fase de este estudio teórica es absolutamente imprescindible ya que tratará de identificar las normas de previsión de los estados de excepción y de entender sus orígenes, es decir el contexto de su elaboración y evolución. Posteriormente, será el objeto de un estudio meticuloso el régimen jurídico de los estados de excepción, es decir el propio contenido de las normas anteriormente identificadas. Por fin, se examinará las principales críticas de naturaleza teórica emitidas con respecto a los estados de excepción siempre con una perspectiva comparada.

1.1. Identificación de las normas de previsión de los estados de excepción y estudio de sus orígenes

Esta primera etapa resulta importantísima para el resto del estudio ya que será objeto de estudio posteriormente⁶ el contenido de las normas de previsión de los estados de excepción y que conocer el contexto de su elaboración y de su evolución es absolutamente esencial a la hora de entender las razones históricas que podrían explicar las diferencias que podrían existir entre los enfoques de los dos países estudiados.

Con respecto al modo de proceder a la regulación de los estados de excepción, los métodos elegidos por España y por Francia resultan muy distintos. Calificaría, personalmente, la regulación española de sencilla, la regulación francesa de compleja, por no calificarla de caótica.

En España, esta regulación es bastante reciente. En efecto, después de los desafortunados treinta y seis años de dictadura que ha sufrido España, ha aparecido necesario elaborar una nueva Constitución que se inscribiría en el proceso de una transición democrática. Así, en el año 1978, las Cortes Generales

⁶ Véase parte 1.2., “Régimen jurídico de los estados de excepción”, pp. 17-48.

el 31 de octubre, y el pueblo español por referéndum del 6 de diciembre, aprobaron una nueva Constitución.

Precisamente, esta nueva Constitución, en su artículo 116, prevé la existencia de tres estados de excepción: el estado de alarma, el llamado estado de excepción y el estado de sitio. Cada uno está desarrollado por un apartado de dicho artículo: el apartado 2 está dedicado al estado de alarma, el 3 al estado de excepción, el 4 al estado de sitio. Los otros apartados (aps. 1, 5, 6) consisten en previsiones genéricas que se aplican a los tres estados. El apartado primero, apartado genérico, precisa que “Una ley orgánica regulará [estos tres estados de excepción], y las competencias y limitaciones correspondientes”. Evidentemente, dicha ley orgánica deberá respetar en todo caso los apartados propios a cada estado de excepción que prevén, por sí mismos, competencias y limitaciones. La segunda previsión constitucional que tiene particular relevancia se encuentra en el artículo 55 que prevé la posibilidad de suspender una serie de derechos y libertades cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o la del estado de sitio únicamente. Por lo tanto, cuando está declarado el estado de alarma, no puede haber suspensión de derechos constitucionalmente protegidos alguna.

Así, según el artículo 116 de la Constitución, otra norma que debería tratar del tema de los estados de excepción debería ser una ley orgánica de desarrollo. Sin embargo, dos años después de la entrada en vigor de dicha Constitución, aún no había sido elaborada esta ley orgánica. Esta circunstancia podía estar motivada por el hecho de que, al salir de la dictadura, el enfoque era en la protección de los derechos y que la elaboración de estados de excepción comportando medidas consistentes en suspensiones de derechos fundamentales protegidos a nivel constitucional hubiera sido, seguramente, mal vista. Así las cosas, cuando ocurrió el intento fallido de golpe de Estado el 23 de febrero de 1981 (conocido como el 23F), aún no existía ninguna regulación de los estados de excepción⁷. Seguramente por esta tentativa de golpe de estado, se ha procedido en los meses

⁷ Cabe admitir que aun si ya hubiera sido elaborada dicha regulación, el Gobierno, los Diputados y Senadores habiendo estados secuestrados, no hubiera podido procederse a la declaración de estado de excepción alguno.

siguientes a la elaboración de la ley orgánica que debería, según el apartado primero del artículo 116 de la Constitución, regular los estados de excepción.

Este proceso se concluyó con la promulgación de la ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (posteriormente designada por “LOEAES”) que regula en detalles los estados de excepción como lo preveía el artículo 116 de la Constitución española. Procede de la misma manera que la Constitución, dividiéndose en cuatro partes: una dedicada a normas genéricas que se aplican cualquier sea el estado de excepción declarado y tres otras que se dedican sucesivamente al desarrollo de los regímenes jurídicos de los tres estados de excepción.

Así las cosas, en España, la normativa tiene una estructura bastante sencilla: el artículo 116 de la Constitución así como la ley orgánica que lo desarrolla comporta un régimen jurídico general, común de los tres estados de excepción, y unos regímenes jurídicos especiales dedicados a un determinado estado de excepción cada uno. Además, el artículo 55 de la Constitución determina cuáles son los derechos que pueden suspenderse mientras estén declarados el estado de excepción o el de sitio.

En Francia, la regulación de los estados de excepción es mucho más compleja, por no calificarla de caótica. En efecto, mientras que las normas están centralizadas y ordenadas de manera muy estructurada en España, en Francia, básicamente, cada estado de excepción tiene su propia regulación, sus propias normas. Esta observación puede explicarse por la falta de precisión de la Constitución Francesa y por, a su vez, el contexto en que haya sido elaborada.

La Constitución Francesa vigente que estableció la Quinta República Francesa es más antigua que la Constitución española y, además, ha sido elaborada en un contexto completamente distinto. En aquella época, Francia hacia frente a dos problemas principales. Primero, el problema de la inestabilidad gubernamental que caracterizaba la Cuarta República y que era imputada a un Parlamento demasiado poderoso en frente al poder ejecutivo. Segundo, el problema de lo que solían llamar en aquella época los “acontecimientos de

Argelia”, que se conoce a día de hoy en francés como “Guerra de Argelia” y más en español como “Guerra de Independencia de Argelia”, y el riesgo, en este contexto, de un golpe de Estado en Argelia. Cabe precisar que estos “acontecimientos” no podían oficialmente ser cualificados en aquella época de guerra de independencia de un país colonizado ya que Argelia estaba considerada no como una mera colonia francesa, sino como una región francesa formando parte del propio territorio metropolitano francés. Así las cosas, el general de Gaulle⁸ fue autorizado por el Parlamento a gobernar por ordenanzas para una duración de seis meses y a proponer una nueva Constitución⁹. La Constitución así elaborada fue aprobada por el pueblo francés por referéndum el 28 de septiembre de 1958.

Al contrario de la Constitución española que prevé la existencia de todos los estados de excepción españoles, esta Constitución únicamente reconoce la existencia de dos estados de excepción en sus artículos 16 y 36 aunque existan en Francia, desde 1958, tres estados de excepción. Así las cosas, el estado de urgencia francés es el único estado de excepción de los dos países estudiados que se encuentra completamente creado y regulado por ley.

El primer estado de excepción está regulado por el artículo 16 de la Constitución Francesa. Resulta interesante observar que es el único estado de excepción de los dos países estudiados cuya norma de previsión no le da ningún nombre especial, sino que únicamente procede a su regulación. Aunque no tenga ningún un nombre especial, se tiene la costumbre referirse a él hablando sea del estado del artículo 16, sea de los poderes excepcionales del Presidente, sea aun de los poderes excepcionales del artículo 16. A veces también se habla, y en general con una intención más crítica, de los plenos poderes del Presidente de la República. Este estado de excepción está regulado por la Constitución en todas

⁸ Líder de la “Francia libre” durante el “Estado francés” - nombre oficial del régimen de Vichy dirigido por Philippe Pétain durante la Segunda Guerra Mundial - y figura de lo que suele llamarse en francés “la Liberación”.

⁹ Estableció cinco condiciones: “el sufragio universal es la única fuente de poder”; “el poder ejecutivo y el poder legislativo deben estar efectivamente separados”; “el gobierno debe ser responsable ante el Parlamento”; “la autoridad judicial debe seguir siendo independiente”; “la Constitución debe permitir organizar las relaciones de Francia con los pueblos que le están asociados”.

sus vertientes o, dicho de otra forma, no existe ninguna otra norma que regularía dicho estado de excepción. Es, por lo tanto, el único objeto de estudio que no tiene ningún desarrollo legislativo.

El segundo estado de excepción francés, el estado de sitio, está creado por el artículo 36 de la Constitución. Realmente, este artículo no hace mucho más que prever su mera existencia. En efecto, la inmensa mayoría de su regulación ha sido desarrollada por leyes de 1849¹⁰, de 1878¹¹ y de 1916¹² que todavía no han sido modificadas. Únicamente han sido codificadas por una ordenanza de 2004¹³ ratificada en 2005¹⁴ en el llamado Code de la défense (Código de la defensa) que ahora comporta entonces todo el desarrollo legislativo que estaba previsto por las leyes anteriormente mencionadas. Puesto que la última ley modificando el régimen jurídico del estado de sitio es de 1916, su regulación es antiquísima: es, al menos, más de dos veces y media más antigua que la regulación de todos los estados de excepción españoles. Desde aquella época, el mundo jurídico como extrajurídico ha evolucionado. Con relación al mundo jurídico, ha venido protegiéndose cada vez más desde la Segunda Guerra Mundial los derechos humanos a nivel interno como a nivel internacional con la creación de mecanismos, de instituciones y de tribunales cuyo objetivo constituye en la promoción o el control del respeto de los derechos humanos. Con relación al mundo extrajurídico, unas evoluciones tecnológicas interesan a día de hoy de manera muy particular el derecho, incluso el derecho de los estados de excepción, y puede referirse, por ejemplo, a los datos electrónicos cuya recogida por la policía tiene que estar regulada. Resulta que el estado de sitio francés es tan anticuado que aun parece obsoleto: si se declararía mañana, unas previsiones serían, sin duda, declaradas inconstitucionales ya que vulnerarían de manera excesiva, innecesaria y desproporcionada los derechos reconocidos a nivel constitucional. Otras previsiones faltarían como precisamente las relativas a la

¹⁰ Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège.

¹¹ Loi du 3 avril 1878 relative à l'état de siège.

¹² Loi du 27 avril 1916 relative au fonctionnement et à la compétence des tribunaux militaires en temps de guerre.

¹³ Ordonnance n°2004-1374 du 20 décembre 2004.

¹⁴ Loi n°2005-1550 du 12 décembre 2005.

recogida de datos electrónicos. Por lo tanto, si se querría declararlo, se debería necesariamente proceder a modificaciones legislativas para actualizarlo.

Por fin, el último estado de excepción francés, el llamado estado de urgencia, es el único de ambos países que no está aun mencionado por la Constitución. En efecto, el estado de urgencia ha sido creado por una ley de 1955¹⁵ en el contexto de la guerra de Argelia. Es decir que esta ley y este estado de excepción ya existían cuando ha sido aprobada la Constitución Francesa de 1958. Así las cosas, en 1985, ha sido contestada su constitucionalidad puesto que la Constitución, no mencionando la existencia del estado de urgencia, por una parte, hubiera abrogado dicha ley, y que, por otra parte, no hubiera dado competencia al legislador por establecer el estado de urgencia. El Consejo Constitucional francés ha excluido esta interpretación considerando que “[...] en virtud del artículo 34 de la Constitución la ley determina las reglas sobre las garantías fundamentales acordadas a los ciudadanos para el ejercicio de sus libertades públicas; que, en el marco de esta misión, pertenece al legislador de operar la conciliación necesaria entre el respeto de las libertades y la protección del orden público sin el cual el ejercicio de libertades no podría estar asegurado [...]” y que “si la Constitución, en su artículo 36, menciona expresamente el estado de sitio, tampoco ha excluido la posibilidad para el legislador de prever un régimen de estado de urgencia para conciliar [...] las exigencias de la libertad y de la protección del orden público; que así, la Constitución de 4 de octubre de 1958 no ha tenido por efecto la abrogación de la ley de 3 de abril de 1955 relativa al estado de urgencia”¹⁶. A pesar de que el estado de urgencia haya sido creado en 1955, el legislador lo ha utilizado y ha entonces actualizado su regulación. La aprobación de nuevas leyes dichas de actualización ha dado lugar a un control constitucional importante que ha resultado en muchas declaraciones de inconstitucionalidad que, a su vez, han obligado el legislador a modificar la regulación que venía de actualizar. Así las cosas, su última modificación ha sido

¹⁵ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie.

¹⁶ Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, troisième et quatrième considérants.

realizada desde hace menos de 2 años, el 11 de julio de 2017¹⁷. Por lo tanto, el régimen jurídico del estado de urgencia está mucho más actualizado que el del estado de sitio francés y quizás más aun que los de todos los estados de excepción de los dos países estudiados.

1.2. Régimen jurídico de los estados de excepción

Al fin de realizar el estudio comparado de los regímenes jurídicos de los estados de excepción españoles y franceses, se analizará sucesivamente cada tema de su regulación: los supuestos en los cuales podrían declararse, su declaración, su duración y su prórroga, sus efectos y, por fin, las garantías existentes.

1.2.1. Supuestos

Los supuestos cuyo cumplimiento está exigido para que pueda declararse un estado de excepción corresponden, en realidad, a las circunstancias excepcionales que justifican su uso. Podría distinguirse supuesto general, común a todos los estados de excepción, y supuestos especiales, propios a cada uno.

1.2.1. a) Supuesto general o común

El supuesto general sería un supuesto cuyo cumplimiento sería exigido para que pueda declararse cualquier estado de excepción. Por lo tanto, sería un supuesto común a todos los estados de excepción que se añadiría al supuesto propio a cada estado. El cumplimiento de los dos supuestos sería exigidos al efecto de declarar el estado de excepción. Se configuraría entonces este supuesto general como un supuesto adicional a cumplir y que limitaría por lo tanto las posibilidades de aplicar los estados de excepción. Sin embargo, la existencia de

¹⁷ LOI n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (1).

este tipo de supuesto absolutamente no es necesaria a la regulación de los estados de excepción.

Precisamente, el derecho español sí que prevé que deba cumplirse un supuesto general para que pueda declararse cualquier de los tres estados de excepción. En efecto, el artículo primero de la LOEAES requiere que “circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes”. Implica que existe una condición común a la declaración de los tres estados de excepción españoles: las Autoridades competentes no deben poder, mediante sus poderes ordinarios, mantener la normalidad. Puede destacarse también que esta norma parece ilustrar la finalidad que se atribuye en España a los estados de excepción: el mantenimiento de la normalidad.

Al contrario, el derecho francés no exige el cumplimiento de ningún supuesto general así que, en esta primera fase de estudio, parece más difícil declarar un estado de excepción en España que en Francia. No obstante, el estudio de los supuestos especiales o propios resulta necesario al efecto de confirmar esta primera impresión.

1.2.1. b) Supuestos especiales o propios

Al supuesto general anteriormente estudiado, debería añadirse supuestos especiales, propios a cada estado de excepción. Mientras que el supuesto general español no tiene equivalente francés, los supuestos especiales sí que tienen.

Estudiando con una perspectiva comparada los estados de excepción de los menos graves para los derechos y libertades a los más graves, debería estudiarse, primero, los estados de alarma y de excepción españoles junto con el estado de urgencia francés, luego, los estados de sitio español y francés y por fin, el estado del artículo 16 de la Constitución Francesa.

Para que pueda declararse el estado de alarma español está exigido que “se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad. / a)

Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud. / b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves. / c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución¹⁸, concurra alguna de las demás circunstancia o situaciones contenidas en este artículo¹⁹. / d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad” (art. 4 LOEAES). En cuanto al estado de excepción, está exigido que “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público result[e] tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo” (art. 13 LOEAES). El estado de excepción francés lo más parecido a estos estados de excepción españoles es el estado de urgencia cuya declaración requiere que haya “peligro inminente resultante de ataques graves contra el orden público [o] acontecimientos que presenten, por su naturaleza y su gravedad, el carácter de catástrofe pública” (art. 1 LEU). Dos observaciones principales pueden hacerse. Primero, por, más o menos los mismos supuestos, el derecho francés prevé un único estado de excepción, mientras que el derecho español distingue dos estados de excepción distintos cuyos efectos son, a su vez, distintos. En efecto, cuando las circunstancias exigidas por declarar el estado de alarma no dan lugar a ninguna suspensión de derechos constitucionalmente protegidos, estas mismas circunstancias podrían dar lugar en Francia a la declaración del estado de urgencia que sí que implica una cierta limitación de derechos reconocidos a nivel constitucional²⁰. Segundo, las normas españolas prevén los supuestos a cumplir

¹⁸ Reconociendo respectivamente el “derecho a la huelga” y el “derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo”.

¹⁹ Si podría, a primera vista, parecer jurídicamente sin efecto el c) ya que resulta necesario que se cumpla uno de los demás supuestos, en realidad, sí que tiene uno con relación a los efectos y a las medidas que podrían tomarse mientras esté declarado el estado de alarma (art. 12 LOEAES).

²⁰ Véase parte 1.4.2. b), “Clasificación de los estados de excepción según sus efectos”, pp. 33-34.

con más detalles²¹ que la norma francesa. En efecto, cuando el artículo cuatro de la LOEAES dedicado al estado de alarma propone ejemplos de “Catástrofes, calamidades o desgracias públicas” (“terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud”) y de “Crisis sanitarias” (“epidemias y situaciones de contaminación graves”) y que el artículo trece de la LOEAES dedicado al estado de excepción intenta proponer una definición del orden público o, al menos, menciona unos aspectos del orden público (“el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público”), el artículo 1 de la LEU ni intenta de definir el orden público, ni propone ejemplo alguno de “acontecimientos que presenten, por su naturaleza y su gravedad, el carácter de catástrofe pública”, ni aun precisa sobre qué debe recaer el “peligro” que menciona. En efecto, mientras que para la declaración del estado de excepción español, está exigido que haya una alteración de un aspecto del orden público, para la declaración del estado de urgencia francés, únicamente está exigido que exista un “peligro inminente resultante de ataques graves contra el orden público”, el origen del peligro está precisado, pero no está precisado sobre qué debe recaer este peligro.

En cuanto a los estados de sitio, aunque estén bastante parecidos los supuestos en ambos Estados, pueden apuntarse una diferencia importante. En efecto, cuando se exige en España que “se produzca o amena[zca] producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional” (art. 32 LOEAES), en Francia, está exigido que haya un “peligro inminente resultante de una guerra extranjera o de una insurrección armada” (art. L2121-1 CD). La diferencia principal reside en que mientras que esté previsto en España contra qué debe recaer la insurrección o el acto de fuerza, este no está previsto en Francia. Así, la normativa española resulta, otra vez, más precisa que la normativa francesa.

²¹ Aunque los supuestos previstos para la declaración del estado de alarma hayan podido ser calificados de imprecisos (CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 66).

Por fin, cabe mencionar el estado excepcional del artículo 16 de la Constitución Francesa que permite al Presidente disponer de poderes excepcionales “[c]uando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o²² inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido” (art. 16 CF). Así, deben existir dos circunstancias: una amenaza grave e inmediata que debe recaer sobre algo que, esta vez, está precisado (“las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales”) y un funcionamiento irregular de los poderes públicos constitucionales. Estos supuestos parecen bastante similares a los supuestos exigidos para la declaración del estado de sitio español. Sin embargo, por una parte, el estado del artículo 16 restringe los derechos de modo mucho más fuerte que el estado de sitio español²³ así que, por condiciones parecidas, la respuesta francesa sería más fuerte que la española. Por otra parte, la previsión de supuestos necesarios a la declaración de un estado de excepción es interesante únicamente si existe un control de la existencia fáctica de las circunstancias así previstas. En el caso del estado del artículo 16, este control no existe²⁴.

Así las cosas, puede sintetizar este estudio de los supuestos observando por una parte, que ante condiciones parecidas, la respuesta francesa parece más fuerte que la española, y, por otra parte, que mientras que el sistema español prevé un supuesto común a cumplir y que los supuestos especiales parecen bastante detallados, el sistema francés ni prevé supuesto común alguno, ni está muy preciso con relación a los supuestos especiales. Con una perspectiva práctica, implica que la declaración de un estado de excepción español requerirá el cumplimiento de más condiciones que en Francia y que, por lo tanto, su declaración y su utilización serán más restringidas. En efecto, menos hay de

²² La traducción hecha por el Ministerio de Asuntos Exteriores francés y por la Asamblea Nacional dice “o”, mientras que el texto francés (único texto que da fe) dice “et”, lo que se debería traducir como “y”. Se tratan, por lo tanto, de condiciones no alternativas, sino cumulativas: la amenaza debe ser grave e inmediata.

²³ Véase parte 1.4.2. b), “Clasificación de los estados de excepción según sus efectos”, pp. 34-37.

²⁴ Véase parte 1.2.5. b) a’, “Control de los actos de declaración o de prórroga”, p. 45.

condiciones, más se tiene flexibilidad y posibilidad de declarar los estados de excepción.

En realidad, menos hay de condiciones, más la declaración se convierte en una decisión de naturaleza no jurídica, sino política. Ya que la regulación de los estados de excepción tiene precisamente como objetivo restringir la libertad – o arbitrariedad – del político a la hora de suspender los derechos, esta falta de precisión de la norma francesa podría ser criticada. Sin embargo, prever con demasiados detalles los supuestos resultaría en el hecho de que sería difícil, sino imposible, que estén cumplidos los supuestos y se arriesgaría, por lo tanto, hacer frente a circunstancias excepcionales sin que resultaría posible declarar un estado de excepción lo que, finalmente, resultaría peligroso para los derechos y libertades ya que estos sólo pueden gozarse gracias a una situación de normalidad, gracias a la existencia de una cierta protección del orden público.

1.2.2. Declaración

Dos elementos son fundamentales con respecto de la declaración de los estados de excepción: el órgano competente por declarar y el contenido que debe tener dicha declaración.

1.2.2. a) Órgano competente por declarar

Mientras que, en Francia, todos los estados de excepción deben estar declarados por el poder ejecutivo – los estados de urgencia y de sitio por el Gobierno (arts. 2 LEU y L2121-1 CD), el estado del artículo 16, por el Presidente de la República²⁵ –, en España, únicamente el estado de alarma debe estar

²⁵ El art. 16 CF no prevé que haya declaración alguna, únicamente prevé que ante las circunstancias mencionadas, “el Presidente de la República tomará las medidas exigidas” y que “Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje”. En la práctica, la única vez que ha sido aplicado el art. 16, el Presidente informó a la Nación el 23 de abril de 1961 por medio de un discurso radiotelevisado de su decisión de aplicar el art. 16 y tomó una decisión escrita el mismo día (Décision du 23 avril 1961) constituida de dos artículos, el artículo primero previendo “Está aplicado el artículo 16 de la Constitución”, el segundo estando dedicado a la publicación en el JO.

declarado por el poder ejecutivo – más precisamente por el Gobierno – sin que haya intervención del poder legislativo (art. 116.2 CE). En efecto, los estados de excepción y de sitio requieren para su declaración que el Congreso de los Diputados actué. Si, por su parte, el estado de excepción está declarado por el Gobierno, su declaración requiere la autorización previa del Congreso de los Diputados (art. 116.3 CE). El estado de sitio, por fin, únicamente puede estar declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, pero a propuesta exclusiva del Gobierno (art. 116.4 CE).

Así las cosas, si Francia se satisface de la voluntad única del poder ejecutivo al efecto de declarar cualquier estado de excepción, España, por su parte, únicamente se satisface de esta voluntad para la declaración del estado de alarma y pide que exista una voluntad común de los poderes ejecutivos y legislativos a la hora de declarar los dos estados de excepción españoles que suponer suspensión de derechos constitucionalmente protegidos, es decir los estados de excepción y de sitio. Implica que la propia declaración de un estado excepción es mucho más fácil en Francia que en España porque, por una parte, el acuerdo del Parlamento en sí mismo no es necesario y porque, por otra parte, el procedimiento por declarar es, por consiguiente, más sencillo. Así, el poder ejecutivo francés puede actuar mucho más rápidamente que el poder ejecutivo español cuando intervengan situaciones excepcionales. Precisamente, el procedimiento necesario al efecto de declarar el estado de excepción español ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina que ha podido calificarlo de fórmula innecesariamente complicada²⁶. Sin embargo, implica que haya en España más control parlamentario, más control democrático, más garantías²⁷.

1.2.2. b) Contenido de la declaración

Con relación al contenido de la propia declaración, en Francia, el decreto en Consejo de Ministros declarando el estado de urgencia debe comportar la o las circunscripciones territoriales donde se aplica y otro decreto debe prever las zonas

²⁶ CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, p. 87.

²⁷ Véase parte 1.2.5. a) a', “Garantías institucionales *a priori*”, pp. 37-38.

dentro de dichas circunscripciones donde se aplica (art. 2 LEU), el decreto declarando el estado de sitio debe prever el territorio donde se aplica dicho estado y debe determinar su duración de aplicación (art. L2121-1 CD), la declaración del estado del artículo 16 no requiere contenido alguno.

En cambio, en España, el decreto mediante el cual se declara el estado de alarma debe determinar el ámbito territorial, la duración y los efectos de la declaración (arts. 116.2 CE y 6 LOEAES), el decreto mediante el cual se declara el estado de excepción debe tener como contenido el contenido autorizado por el Congreso de los Diputados (art. 14 LOEAES), autorización que recae sobre los efectos del estado de excepción con mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita, la relación a las medidas a adoptar referidas a los derechos cuya suspensión específicamente se solicita, el ámbito territorial así como la duración del estado de excepción y, por fin, la cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la Autoridad gubernativa puede imponer a quienes contravengan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción (art. 13.2 LOEAES), la declaración del estado de sitio debe determinar su ámbito territorial, duración y condiciones (art. 32.2 LOEAES) y puede autorizar, además de lo previsto para los estados de alarma y excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido previsto por el apartado 13 del artículo 17 de la Constitución (art. 32.3 LOEAES)²⁸. Dos observaciones pueden hacerse. Por una parte, únicamente en Francia existe un estado de excepción cuya declaración no tiene que comportar más contenido que su mera declaración y que es, además el más grave: el estado del artículo 16 de la Constitución. Por otra parte, con una perspectiva más general, las exigencias con relación al contenido de la declaración resultan mucho más importantes en España que en Francia. Mientras que en España, toda declaración de un estado de excepción debe comportar su duración, en Francia, únicamente la declaración del estado de sitio tiene que comportarla. Cuando en España, la declaración de un estado de excepción implicando la suspensión de derechos constitucionalmente protegidos tiene que indicar precisamente cuales son estos derechos suspendidos, en Francia, la declaración implica automáticamente la limitación de derechos que se protegen a nivel constitucional si aquella está

²⁸ Véase parte 1.4.2. b), “Clasificación de los estados de excepción según sus efectos”, p. 33.

prevista por el régimen jurídico del estado de excepción. Así las cosas, mientras que, en España, la regla es que no se suspenda ningún derecho y la excepción, que se prevea la suspensión de determinados derechos, en Francia, la regla es que se limite de manera automática una serie de derechos y realmente, no parece que pueda existir excepción. Es decir que, según creo, la declaración del estado de urgencia o la del estado de sitio no podría comportar una disposición previendo la no aplicación de un artículo de su régimen jurídico que supondría una limitación de un derecho protegido a nivel constitucional ya que, según creo, supondría un irrespeto por parte de una norma con rango de reglamento de una norma con rango de ley. Así las cosas, la regulación española de los estados de excepción con relación al contenido de los estados de excepción se configura como una regulación más respetuosa de los derechos fundamentales que la regulación francesa. Al contrario, implica que el procedimiento de declaración sea más exigente, que se deba proceder a una previsión, dentro de la propia declaración, muy precisa de los derechos que quiere suspenderse y esto podría suponer una falta de flexibilidad que podría posiblemente resultar necesaria ante una situación de excepción.

1.2.3. Duración y prórroga

El tema de la duración y de la prórroga es bastante amplio y parece adecuado distinguir la cuestión relativa a la duración inicial máxima de las cuestiones relativas a la prórroga y a la duración total máxima de los estados de excepción.

1.2.3. a) Duración inicial máxima

Con relación a la duración inicial, parece adecuado estudiar, por una parte, los estados de excepción cuyas declaraciones se hacen por el poder ejecutivo sin que haya intervención del poder legislativo y, por otra parte, los estados de

excepción cuyas declaraciones, al contrario, suponen una intervención del poder legislativo.

En cuanto a los estados de excepción declarados por el poder ejecutivo sin intervención alguna del poder legislativo, la duración inicial máxima tiene un papel importante ya que aún no ha entrado en juego la garantía que constituye el control parlamentario. Resulta que los estados de este tipo son los tres franceses y el estado de alarma español, estado de excepción el menos grave de todos los estados de excepción estudiados. Mientras que la duración inicial máxima de este último estado de excepción es de quince días (art. 116.2 CE), las duraciones iniciales máximas de los estados de urgencia y de sitio francés son de doce días (arts. 2 LEU y 36 CF). Sin embargo, debe acordarse de que estos tres estados de excepción absolutamente no tienen efectos comparables²⁹. En cuanto al estado de excepción francés de los poderes excepcionales del Presidente por fin, no tiene duración inicial máxima alguna ya que tampoco necesita prórroga, ni tiene duración total máxima. La única vez que ha estado declarado en 1961, ha estado puesto fin a su vigencia con una mera decisión cuyo único artículo determinó: “Deja de estar aplicado el artículo 16 de la Constitución”³⁰.

Con relación a los estados de excepción cuyas declaraciones suponen una intervención del poder legislativo, son únicamente los estados españoles de excepción y de sitio. El primero tiene una duración inicial máxima de treinta días (art. 15 LOEAES). El segundo no tiene duración inicial máxima ya que, del mismo modo que el estado francés de los poderes excepcionales del Presidente de la República, no necesita prórroga alguna, ni tiene duración total máxima. Sin embargo, tiene que tomarse en cuenta que la declaración del estado de sitio español tiene que comportar, al contrario de la declaración del estado francés de los poderes excepcionales del Presidente de la República, su duración³¹.

²⁹ Véase parte 1.4.2. b), “Clasificación de los estados de excepción según sus efectos”, p. 32-36.

³⁰ Décision du 29 septembre 1961 mettant fin à l’application de l’article 16 de la Constitution.

³¹ Véase parte 1.2.2. b), “Contenido de la declaración”, p. 24.

1.2.3. b) Prórroga y duración total máxima

La prórroga corresponde para todos los estados de excepción que requieren prórroga – es decir todos los estados de excepción estudiados salvo el estado de excepción francés del artículo 16 y el estado de sitio español – al poder legislativo. Más precisamente, el estado de urgencia francés tiene que ser prorrogado por ley³² (art. 2 LEU), el estado de sitio francés, por el Parlamento (art. 36 CF) y el estado de alarma español (art. 116.2 CE), como el estado de excepción español, únicamente pueden ser prorrogados por autorización del Congreso de los diputados. Cabe mencionar una última posibilidad de prórroga de los estados franceses de urgencia y de sitio. En efecto, el Presidente de la República puede, sin duda, prorrogar, por el mismo, el estado de urgencia mientras hace aplicación del artículo 16 de la Constitución que le permite tomar medidas de naturaleza legislativa³³. Lo ha hecho, sin problema alguno, el general de Gaulle en 1961 dos veces³⁴. La cuestión con relación a la prórroga del estado de sitio es más compleja y puede ser discutida ya que supondría, no únicamente que el Presidente tome una medida de naturaleza legislativa, sino también que tome una medida que debería, por aplicación del artículo 36 de la Constitución, estar tomada por el Parlamento.

Aparte del órgano competente para prorrogar, el estudio de la duración consecutiva a la prórroga resulta interesante. En efecto, por una parte, en Francia, si la ley prorrogando el estado de urgencia francés tiene que prever su duración definitiva (art. 3 LEU), este no está exigido para la ley de prórroga del estado de sitio francés que es, sin embargo, más grave. Por otra parte, en cuanto a la prórroga del estado de alarma español, únicamente está previsto que la autorización del Congreso de los Diputados sea necesaria, pero no está previsto que dicha prórroga deberá prever la duración de aplicación de dicho estado de excepción, al contrario está previsión está exigido para la prórroga del estado de excepción cuyo régimen es, de manera interesante, el único de todos los estados

³² El Gobierno puede, por lo tanto, ser autorizado por el Parlamento a prorrogar el estado de urgencia por ordenanza (art. 38 CF).

³³ Véase parte 1.4.2. b), “Clasificación de los estados de excepción según sus efectos”, p. 36.

³⁴ Décision du 24 avril 1961 relative à la durée de l'état d'urgence; Décision du 29 septembre 1961 relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 de la Constitution.

de excepción estudiados a determinar una duración máxima de treinta días que podría estar prevista por la prórroga. Realmente, no parece posible acudir a una conclusión general con una perspectiva comparada sobre este tema ya que parece mal regulado, es decir sin verdadera lógica, en ambos países.

Así las cosas, podría preguntarse si existe o no una duración total máxima de aplicación de los estados de excepción, es decir un tiempo limitado para restablecer la normalidad. En abstracto, esta duración total máxima podría traducirse en la norma, sea como la mención de un tiempo determinado, sea como la mención de un número máximo de prórrogas. Resulta que, de todos los estados de excepción estudiados, únicamente uno podría, quizás, tener una duración total máxima. Sería, posiblemente, el caso del estado de excepción español y su duración total máxima se configuraría como un número máximo de dos prórrogas correspondientes a una duración máxima de sesenta días. En efecto, está previsto a nivel constitucional que su duración inicial, que no podrá exceder de treinta días, será “prorrogabl[e] por otro plazo igual, con los mismos requisitos” (art. 116.3 CE). Esta “prescripción constitucional planteó serias divergencias doctrinales sobre si sería factible una segunda prórroga”³⁵, de si la expresión “prorrogables por otro plazo igual” implicaba que únicamente podía prorrogarse una única vez o no. Si la respuesta fuera afirmativa, implicaría que el estado de excepción tendría una duración total máxima de aplicación de sesenta días. En el caso de que la respuesta fuera negativa, implicaría, al contrario, que el estado de excepción no tendría una duración total máxima. Sería personalmente partidario de la segunda tesis por dos motivos principales. Por una parte y desde una perspectiva teórica, que haya una duración total máxima implicaría que el estado de excepción tendría una duración total máxima mientras que el estado de alarma, estado de excepción menos grave, no tiene duración total máxima y que parece que, por regla general, más un estado de excepción se declara por circunstancias graves, menos hay exigencias de este tipo. Es verdad que podría discutirse este argumento señalando que el llamado estado de excepción siendo el estado de excepción español que supone una suspensión de derechos la menos grave, sería

³⁵ SEGADO, Francisco Fernández, “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político*, núm. 11 (1981), cit. p. 106.

justificado entonces impedir su aplicación para un cierto tiempo que sería considerado demasiado importante. Pero por otra parte y desde una perspectiva más práctica, parecería imprescindible no imponer un límite en la duración de aplicación del estado de excepción precisamente porque ante circunstancias excepcionales alternando la normalidad, se debería poder aplicar un estado de excepción permitiendo la suspensión de derechos hasta que se haya vencido la anormalidad. “En todo caso, nada hay que prohíba el que el Congreso, al cabo de los sesenta días, en lugar de prorrogar el estado de excepción, autorice la declaración de uno nuevo”³⁶.

Resulta, en todo caso, que casi ninguno, y posiblemente ninguno, de los estados de excepción estudiados tienen un límite en cuanto a su duración total de aplicación. Así, en los dos países, resulta que en caso de que las circunstancias llamadas excepcionales se convertirían en circunstancias normales, el estado llamado de excepción podría convertirse en el estado normal del derecho, la anormalidad de los hechos y del derecho, por lo tanto, podrían convertirse, ambos, en la normalidad.

1.2.4. Efectos

Con relación a los efectos de los estados de excepción, estos son muy numerosos y muy varios así que lo más interesante en este estudio será intentar, directamente, de tener una visión general, sintética y comparada de los efectos de los estados de excepción tomando unos ejemplos, pero sin entrar en el detalle y en la descripción de cada efecto y de cada medida que podría tomarse mientras uno esté declarado. Serán, por lo tanto, estudiados, por una parte, la técnica de suspensión o de limitación de derechos, efecto principal que podría suponer la declaración de algún estado de excepción, y, por otra parte, una proposición de clasificación de los distintos estados de excepción según sus efectos.

³⁶ CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit. p. 91.

1.2.4. a) Técnica de suspensión o de limitación de derechos

Hay que señalar que la técnica de suspensión o de limitación de derechos protegidos a nivel constitucional es fundamentalmente diferente de un país al otro. En efecto, si en España, la propia Constitución prevé en su artículo 55 una serie de derechos que podrían suspenderse mientras estén declarados los estados de excepción y de sitio, el estado de alarma no pudiendo tener como efecto la suspensión de derecho, en Francia, la propia Constitución no podría tener ninguna previsión parecida ya que aun no menciona cuales son los derechos fundamentales.

No obstante, en 1971, el Consejo Constitucional francés ha creado el llamado concepto de “Bloque de constitucionalidad” dando valor constitucional a textos mencionados en el preámbulo de la Constitución de 1958 y más precisamente al Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 16 de agosto de 1789³⁷. Posteriormente, habiéndose modificado el preámbulo de la Constitución de 1958 en 2005, ha sido añadida la Carta del medio ambiente de 2005. Estos textos, sí que reconocen derechos fundamentales que ostentan, por lo tanto, valor constitucional. Sin embargo, como no existe ninguna norma de valor constitucional previendo la suspensión de derechos constitucionalmente protegidos, su suspensión, o mejor dicho su limitación, en el marco de los estados de excepción, se hace por ley. Podría sorprender, parecer ilógico o aun imposible ya que, basándose en la jerarquía de las normas ilustrada por la famosa pirámide de Kelsen, la Constitución, o, en Francia, el bloque de constitucionalidad, está superior a la ley.

En realidad, es posible y aun lógico. En efecto, el Consejo Constitucional francés no ha limitado el bloque de constitucionalidad al mero conjunto de los textos anteriormente mencionados, sino que también, fundándose en dichos textos, ha reconocido la existencia de “objetivos de valor constitucional” que formarían parte del bloque de constitucionalidad. Precisamente, ha creado esta categoría en 1982 y, asimismo, ha reconocido como objetivo de valor

³⁷ Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association.

constitucional, la protección del orden público³⁸. Así las cosas, según una jurisprudencia consolidada, el legislador tiene que buscar un equilibrio cuando dos normas parecen contradecirse como, en caso de circunstancias excepcionales, la protección de derechos o libertades constitucionalmente protegidos y la protección del orden público reconocido como objetivo de valor constitucional. Así, el Consejo Constitucional se ha pronunciado en 1985 sobre la constitucionalidad del estado de urgencia: “[...] en virtud del artículo 34 de la Constitución la ley determina las reglas sobre las garantías fundamentales acordadas a los ciudadanos para el ejercicio de sus libertades públicas; que, en el marco de esta misión, pertenece al legislador de operar la conciliación necesaria entre el respeto de las libertades y la protección del orden público sin el cual el ejercicio de libertades no podría estar asegurado [...]”³⁹. En Francia, por lo tanto, la propia ley prevé para los estados de urgencia y de sitio los derechos que pueden ser limitados al efecto de proteger el orden público. Si dicha ley está controlada por el Consejo Constitucional, este deberá pronunciarse sobre si la conciliación entre, por una parte, el respeto de las libertades y, por otra parte, la protección del orden público, esté correctamente equilibrada.

Sin embargo, el mecanismo de limitación de derechos es distinto para el estado del artículo 16 de la Constitución. En efecto, la propia Constitución únicamente prevé los efectos de la declaración de este estado de excepción en su artículo 16. Precisamente, determina que “el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias”. Ya que una previsión de la propia Constitución daría poder al Presidente de tomar “las medidas exigidas”, resultaría difícil oponerle otra norma de valor constitucional que protegería libertades. Precisamente por eso, ha podido calificarse el artículo 16 de “Constitución dentro de la Constitución”.

³⁸ Décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982.

³⁹ Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, troisième considérant.

1.4.2. b) Clasificación de los estados de excepción según sus efectos

Con relación a los efectos concretos de los estados de excepción, la lógica general parece más o menos la misma en ambos países ya que en los dos existen estados de excepción parecidos que consisten en dar más poderes a las Autoridades civiles y otros parecidos que consisten en dar más poderes a la Autoridad militar y, por fin. Únicamente el estado de excepción del artículo 16 de la Constitución francesa tiene efectos absolutamente únicos.

Primero, existen estados de excepción cuyos efectos consisten en la transferencia de nuevos poderes a las Autoridades civiles.

Aquellos estados de excepción son el estado de urgencia francés, que tiene como efecto la transferencia de nuevos poderes al delegado del Gobierno (arts. 5, 8, 9, 11 LEU), al Ministerio del Interior (arts. 6, 8, 9, 11 LEU) o, más generalmente, al Gobierno (arts. 6-1 y 10 LEU), el estado de alarma español que tiene como efecto la transferencia de nuevos poderes al Gobierno o, por delegación de este, al Presidente de la Comunidad Autónoma (art. 7 LOEAES) y, por fin, el estado de excepción que tiene como efecto principal la transferencia de nuevos poderes a la Autoridad gubernativa (arts. 16.1, 17 a 23, 25 a 27 y 29 LOEAES) – es decir al Delegado o Subdelegado del Gobierno o al órgano de la Comunidad Autónoma con competencia en materia de orden público de conformidad con el Estatuto de Autonomía – que puede coordinar el ejercicio de sus competencias con el Gobierno de la Comunidad Autónoma afectada (art. 31 LOEAES). También están incrementados los poderes del Gobierno que puede adoptar, además de las medidas propias del estado de excepción, las previstas para el estado de alarma (art. 28 LOEAES) y el poder del Juez de decretar la prisión provisional (art. 30 LOEAES).

Con relación al derecho español, si el estado de alarma no tiene como efecto la suspensión de derechos constitucionalmente protegidos, supone de todo modo 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 los demás

funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza” (art. 9.1 LOEAES). Asimismo, están previstas una serie de medidas que podrían adaptarse (arts. 11 y 12 LOEAES) y que “traen consigo evidentes restricciones de derechos”⁴⁰ como la posibilidad de “[l]imitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados” (art. 11.a) LOEAES) o la posibilidad de “[l]imitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad” (art. 11.d) LOEAES).

El estado de excepción es, evidentemente, más fuerte ya que supone una suspensión de derechos constitucionalmente protegidos por el efecto de la propia Constitución (art. 55). Más precisamente, puede suspenderse el derecho a la libertad personal (art. 17, aps. 1, 2 y 4), la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3), la libertad de residencia y circulación (art. 19), la libertad de expresión e información (art. 20, aps. 1, a) y d), y 5), el derecho de reunión y de manifestación (art. 21), el derecho de huelga (art. 28.2) y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2). Determinadas medidas suponiendo suspensiones de derechos están previstas por la LOEAES y únicamente ellas podrían ser tomadas (arts. 16 a 31).

En cambio, como visto anteriormente, el mecanismo de suspensión de derechos es diferente en Francia y, por lo tanto, la LEU prevé directamente medidas que consisten realmente en limitaciones de derechos (arts. 5 a 11) como, por ejemplo, la posibilidad por el Ministerio del Interior francés de pronunciar el arresto domiciliario, en el lugar que determina, de toda persona respecto a quien “existe razones serias de pensar que su comportamiento constituye una amenaza para la seguridad y el orden públicos”. La duración máxima de aquel arresto domiciliario sería de doces meses ampliables por tres meses más por el Ministerio del Interior (art. 6 LEU). Por lo tanto, el Ministerio del Interior francés puede pronunciar el arresto domiciliario de una persona para un total de

⁴⁰ CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Madrid: Fundación Wolters Kluwer España, 2009, cit. p. 1816.

aproximadamente cuatrocientos cincuenta días por el hecho de que “exista razones serias de pensar que su comportamiento constituya una amenaza para la seguridad y el orden públicos”, sin que aquella persona haya sido declarada culpable por haber cometido o por haber intentado cometer un delito. En cambio, mientras esté declarado el estado de excepción español, “[l]a Autoridad gubernativa podrá detener a cualquiera persona [...] para la conservación del orden, siempre que, cuando menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público” (art. 16 LOEAES). Si se trata, en el caso español, no de un arresto domiciliario (que no puede estar pronunciado por el Ministerio del Interior español por no estar previsto por la LOEAES), sino de una verdadera detención, mientras que esta detención no puede exceder de diez días (art. 16 LOEAES), el arresto domiciliario francés puede durar, por la única decisión del Ministerio del Interior, hasta un total de un año y tres meses.

Segundo, existen estados de excepción, que en ambos casos se llaman estado de sitio, cuyos efectos consisten en la transferencia de nuevos poderes a la Autoridad militar.

El estado de sitio español tiene dos efectos principales. Por una parte, implica que haya una suspensión de derechos aun más amplia que la que ocurre mientras esté declarado el estado de excepción ya que se añade la posibilidad de suspender las garantías jurídicas del detenido reconocidas por el apartado 3 del artículo 17 de la Constitución española, es decir el deber de informar inmediatamente a la persona detenida, de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, el derecho a no declarar contra sí mismo y la garantía de asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca. Por otra parte, implica cambios en la distribución de competencias entre los poderes del Estado. Precisamente, “el Gobierno [...] asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la presente ley” y “designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan” (art. 33 LOEAES). El Congreso podrá determinar los delitos que quedan sometidos a la Jurisdicción

Militar (art. 35 LOEAES). Las Autoridades civiles continuarán en el ejercicio de las facultades que no hayan sido conferidas a la Autoridad militar (art. 36 LOEAES).

En cambio, mientras esté declarado el estado de sitio francés, está previsto que “los poderes que fueron atribuidos a la Autoridad civil para el mantenimiento del orden y la policía están transferidas a la Autoridad militar” (art. L2121-2 CD). Tampoco significa que sea aceptado que haya un poder militar descontrolado ya que el Presidente de la República se queda jefe de las armadas (art. 5 CF). No obstante, esta transferencia de poderes es automática: a partir del momento en que se declara el estado de sitio, estas competencias están automáticamente competencias de la Autoridad militar y no está previsto que la propia declaración del estado de sitio pueda derogar a esta regla.

Así las cosas, mientras que, en España, el principio es que las competencias de mantenimiento del orden y de policía se quedan competencias de las Autoridades civiles y que pueda derogarse a esta regla por la declaración atribuyéndolas a la Autoridad militar, en Francia, el principio inderogable por la declaración, puesto que la declaración es un acto administrativo sometido a la ley, es que dichas competencias sean de la Autoridad militar. Con relación a los delitos de que conocen las jurisdicciones militares, en Francia, está prevista una serie de delitos de que pueden automáticamente conocer las jurisdicciones militares en caso de declaración del estado de sitio (art. L2121-3 CD). En cambio, en España, como anteriormente visto⁴¹, el Congreso tiene que determinar los delitos cuyo conocimiento está transferido a la jurisdicción militar. Por otra parte, mientras que el régimen jurídico del estado de sitio español prevé que las Autoridades civiles puedan tener los mismos poderes que los que tienen mientras esté declarado el estado de excepción (art. 32.3 LOEAES), el régimen jurídico del estado de sitio francés prevé, a su vez, medidas de policía administrativa que pueden tomarse (art. L2121-7 CD). No obstante, la regulación del estado de sitio francés estando antiquísima, muchas de estas medidas serían declaradas inconstitucionales como la posibilidad, sin límite alguno, por parte de la

⁴¹ Véase parte 1.2.2. b), “Contenido de la declaración”, pp. 24.

Autoridad militar de proceder a entradas y registros de domicilios de día como de noche (art. L2121-7 CD). En efecto, esta posibilidad, mientras estaba previsto por el régimen jurídico del estado de urgencia, había sido declarado inconstitucional por el Consejo Constitucional que consideró en su decisión que “el legislador no ha asegurado una conciliación equilibrada entre el objeto de valor constitucional de protección del orden público y el respeto de la vida privada”⁴².

Por fin, cabe tratar de los efectos absolutamente únicos del estado de excepción del artículo 16 de la Constitución francesa. Es el único de los estados de excepción estudiados cuyo régimen jurídico no prevé en detalles las medidas que podrían tomarse mientras esté declarado. En efecto, según el texto constitucional, el Presidente puede tomar “las medidas exigidas” por las circunstancias (art. 16 CF). Concretamente, significa que el Presidente acumularía sus poderes, los del Gobierno – dispondría entonces de las fuerzas armadas (art. 20 CF) – y, sobre todo, los del Parlamento.

Dos límites principales existen a la hora de tomar estas medidas. Por una parte, únicamente puede tomarse las medidas “exigidas” por las circunstancias. Estas medidas deberían entonces tener como objeto reaccionar a las circunstancias. Por otra parte, dichas medidas “deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión” (art. 16 CF). Esto no implica que las medidas “deberían permitir” de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión, sino que “deberán estar inspiradas” por la voluntad de garantizarlo. Creo que una parte de la doctrina hace una interpretación equivocada al afirmar que las medidas deberán de perseguir una determinada finalidad. En efecto, realmente, únicamente está prevista la inspiración que debe motivar la toma de dichas medidas. Por lo tanto, medidas que realmente no tendrían como finalidad o como efecto concreto de garantizar a los poderes públicos constitucionales los medios para cumplir su misión, podrían tomarse a partir del momento de que dichas medidas estén inspiradas por la voluntad de perseguir esta finalidad.

⁴² Décision n°2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, paragraphe 8.

Por lo tanto, el estado de poderes excepcionales del Presidente es un estado singular y resulta muy difícil encontrar equivalentes contemporáneos. Únicamente suele comprarlo al estado de excepción previsto por el artículo 48 de la Constitución de Weimar. Evidentemente, en España, puesto el contexto post-dictadura de elaboración de la Constitución de 1978, nunca hubiera podido imaginarse prever un estado de excepción parecido. Por estos efectos ha podido decirse que el artículo 16 era una Constitución dentro de la Constitución.

Frente a estos estados de excepción que tienen efectos muy graves, es necesario que existan garantías para evitar potenciales abusos.

1.2.5. Garantías

Con relación a las garantías, dos tipos pueden ser distinguidas: las garantías institucionales (a), y las garantías judiciales (b).

1.2.5. a) Garantías institucionales

A su vez, dos tipos de garantías institucionales pueden distinguirse: las garantías institucionales *a priori* y las garantías institucionales *a posteriori*.

1.2.5. a) a' Garantías institucionales *a priori*

Con respecto de las garantías institucionales *a priori*, el Congreso de los Diputados tiene un papel importantísimo en España cada vez que hay suspensión de derechos. En efecto, la declaración del estado de excepción por el Gobierno requiere autorización previa del Congreso de los diputados, autorización que no sólo debe recaer sobre su mera declaración, sino también sobre su contenido (arts. 116.3 CE y 13 y 14 LOEAES). Asimismo, la declaración del estado de sitio es única y exclusivamente competencia del Congreso de los diputados (art. 116.4 CE).

En cambio, en Francia, el Parlamento no se configura en sí mismo como una garantía institucional *a priori*. Tiene que destacarse, por una parte, que no existe ningún tipo de garantía institucional *a priori* para las declaraciones de los estados de urgencia y de sitio mientras que suponen ciertas limitaciones de derechos y que son respectivamente parecidos a los estados de excepción y de sitio españoles que sí tienen una garantía institucional *a priori* con el control del Congreso de los Diputados. Por otra parte, la única garantía institucional *a priori* que existe en Francia es relativa al estado de los poderes excepcionales del Presidente. En efecto, su declaración requiere consulta oficial previa del Primer Ministro, de los Presidentes de las Cámaras así como del Consejo Constitucional (art. 16.1 CF). Sin embargo, estas garantías son bastante débiles ya que, por una parte, son consultas que, como sus nombres lo indica, no vinculan al Presidente y que, por otra parte, únicamente la consulta del Consejo Constitucional da lugar a un anuncio motivado y publicado en el JO (art. 53 de l'Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

1.2.5. a) b' Garantías institucionales *a posteriori*

Las garantías institucionales *a posteriori* son, afortunadamente, mucho más numerosas que las garantías institucionales *a priori*. Se concretizan de distintas formas y son, según su naturaleza, más o menos eficaz. Así, existen garantías a nivel internacional, que sea en las Naciones Unidas⁴³ con el Comité de Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos, que sea en el Consejo de Europa, como a nivel nacional con las figuras del Defensor del Pueblo español y del Defensor de los Derechos frances. Sin embargo, no parece adecuado estudiar todas estas garantías en el marco de este estudio. En efecto, por una parte, la mayoría de estas garantías, especialmente las que existen por el derecho internacional, es común a los dos países estudiados. Asimismo, la mayoría de estas garantías es muy débil y carece de eficacia. Por eso, parece más adecuado enfocarse en las garantías que existen a nivel nacional y que tienen una eficacia

⁴³ Véase, por ejemplo, el art. 4, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

particular y, realmente, el órgano institucional principal encargado de asegurar un cierto control es el órgano que es el órgano el más democrático: el Parlamento.

Una primera garantía consistiría en el hecho de que la prórroga sea competencia del Parlamento y no del Gobierno. Como visto anteriormente⁴⁴, todos los estados de excepción estudiados tienen esta garantía salvo el estado francés de los poderes excepcionales del Presidente ya que es el único que se declara por el poder ejecutivo sin que tenga una duración inicial máxima y, por lo tanto, sin que tenga que ser prorrogado. Con relación a los otros estados de excepción declarados inicialmente por el Gobierno – el estado de alarma español y los estados de urgencia y de sitio franceses – resulta importante tomar en consideración la duración inicial máxima ya estudiada ya que durante esta duración no ha habido ningún control parlamentario ni previo a la declaración, ni posterior a la declaración. Podría parecer, a primera vista, proteger menos los derechos el sistema español ya que la duración inicial máxima del estado de alarma español es de quince días, mientras que las duraciones iniciales máximas de los estados de urgencia y de sitio franceses son de doce días. No obstante, debe tomarse en consideración los efectos de dichos estados de excepción. Ya que el estado de alarma no supone que haya suspensión de derechos constitucionalmente protegidos y que los estados de urgencia y de sitio franceses sí que suponen limitaciones de dichos derechos – del mismo modo que los estados de excepción y de sitio españoles que ellos sí que tienen garantía institucional *a priori* –, parecería impropio afirmar que, con respecto a las duraciones iniciales máximas, el derecho español tiene menos garantías que el sistema francés.

Una segunda garantía institucional *a posteriori* consistiría en la reunión inmediata y una tercera en la indisolubilidad del Congreso de los Diputados español y de la Asamblea Nacional francesa mientras esté declarado un estado de excepción. En España, el artículo 116, apartado 5 de la Constitución impone estas garantías de modo general: “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

⁴⁴ Véase parte 1.2.3. b), “Prórroga y duración total máxima”, pp. 27.

período de sesiones". En cambio, en Francia, estas garantías no existen siempre. En efecto, si son claramente afirmadas para el estado de los poderes excepcionales del Presidente (art. 16, aps. 4 y 5 CF), el estado de excepción el más grave, no lo son ni a nivel constitucional, ni a nivel legislativo para el estado de sitio y la única previsión legislativa relativa al estado de urgencia que podría acercarse a estas garantías sería el hecho de que la ley prorrogando el estado de urgencia está caduca después de quince días a partir de la fecha de dimisión del Gobierno o de la disolución de la Asamblea Nacional (art. 4 LEU). Por lo tanto, en Francia, un Gobierno podría declarar el estado de urgencia o el estado de sitio y disolver inmediatamente la Asamblea Nacional o, aun, disolverla después de que haya prorrogado uno de estos estados. En este último caso, únicamente la ley prorrogando el estado de urgencia sería caduca después de quince días después de la disolución, la ley prorrogando el estado de sitio no lo sería.

Una cuarta garantía institucional *a posteriori* consistiría en la información que debería transmitirse al Parlamento. Podría parecer sorprendiendo que esta garantía únicamente esté prevista en cada país para el estado de excepción el menos grave. En el caso del estado de alarma español, la información debe transmitirse al Congreso de los Diputados y resulta ser una obligación de valor constitucional (art. 116.2 CE) y legislativo (art. 8 LOEAES). En el caso del estado de urgencia francés, la información debe transmitirse a las dos cámaras legislativas, es decir a la Asamblea Nacional y al Senado y resulta ser una obligación de valor legislativo (art. 4-1 LEU). Sin embargo, debe destacarse que los estados de excepción y de sitio españoles implican respectivamente que haya autorización previa a la declaración y que haya declaración por parte del Congreso de los Diputados (garantía institucional *a priori*), así que el hecho de que no se deba necesariamente transmitir al Congreso de los Diputados ninguna información particular *a posteriori* puede ser entendido. En cambio, no existe ninguna garantía institucional *a priori* que sería tan fuerte para los estados franceses de sitio y de poderes excepcionales del Presidente ya que están declarados por el poder ejecutivo y que tampoco existe esta obligación de facilitar informaciones al Parlamento. Puede entenderse cuando se sabe que la obligación de facilitar informaciones mientras esté declarado el estado de urgencia es muy

reciente. En efecto, el artículo 4-1 de la LEU que la prevé ha sido introducido por la ley del 20 de noviembre de 2015⁴⁵, primera ley de prórroga del estado de urgencia votada después de los atentados del 13 de noviembre. Si la obligación de facilitar informaciones al Parlamento ha sido introducida únicamente en 2015 para el estado de urgencia, no es tan sorprendente que nunca haya sido introducida para los estados de sitio y de poderes excepcionales del Presidente ya que estos no han sido declarados respectivamente desde 1945 y 1961.

Una quinta garantía institucional *a posteriori* consistiría en las responsabilidades del Gobierno (moción de censura (arts. 113 CE y 49 CF) y del Presidente de la República francés (destitución (art. 68 CF)) ante el Parlamento. Sobre este tema, las normas no resultan tan claras. Por una parte, en España, si el apartado 6 del artículo 116 de la Constitución determina que “La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”, no resulta evidente de qué responsabilidad se trata. Interpretando este apartado a las luces del apartado 5 que dispone que el “funcionamiento [de las Cámaras], así como de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados”, sería personalmente partidario de la tesis según la cual podría ser sometido el Gobierno español a mecanismos de exigencia de responsabilidad. Esta interpretación me parece también apoyada por el apartado cuatro del artículo primero de la LOEAES que prevé que “La declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado”. Por otra parte, en Francia, si no hay ningún género de duda sobre el hecho de que podrían utilizarse mecanismos de exigencia de responsabilidad mientras estén declarados el estado de urgencia, por ser una construcción legislativa, o el estado de sitio por ser considerado que “[n]ormalmente, la activación de un régimen de crisis no obstaculiza en sí mismo el ejercicio, por el Parlamento, de sus prerrogativas legislativas o de control”⁴⁶, el debate doctrinal en Francia se concentra en la

⁴⁵ LOI n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions (1).

⁴⁶ LAMY, Francis, *État d'urgence*, Paris: Economica, 2018, cit. p. 82.

posible o imposible utilización de un mecanismo de exigencia de responsabilidad con respecto al Presidente el usa de los poderes excepcionales que le confiere el artículo 16 de la Constitución Francesa. En efecto, ya que, según el artículo 16, “el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por [las] circunstancias”, no resulta claro saber si la propia Constitución confiere al Presidente, en su artículo 16, el poder de tomar la decisión de denegar la aplicación de otros artículos de la Constitución, como del artículo 68 dedicado a su destitución. Lo que parece claro, no obstante es que no puede tomar la decisión de modificar la Constitución ya que, precisamente, las medidas tomadas “deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión”. Con relación a la denegación de la aplicación de otros artículos de la Constitución por parte del Presidente, esta posibilidad parece excluida por parte de la doctrina que admite, por lo tanto, que el Presidente de la República pueda ser destituido en aplicación del artículo 68 de la Constitución “en caso de incumplimiento de sus deberes manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato”. Esta destitución “será acordada por el Parlamento constituido en Alto Tribunal de Justicia”. Así las cosas, la destitución se configura como la única garantía fuerte asociada al estado de poderes excepcionales del Presidente y como la “arma última dentro de las manos del Parlamento para restablecer el orden constitucional”⁴⁷.

Une sexta y última garantía institucional *a posteriori* consistiría en un el posible examen, por iniciativa parlamentaria, de las condiciones que permiten la declaración del estado de excepción por parte del Tribunal Constitucional. Su naturaleza institucional o jurisdiccional puede ser discutida, pero dada la composición del Consejo Constitucional francés⁴⁸, se lo dará, en el marco de este trabajo, la calificación de institucional. Esta garantía es muy particular y únicamente existe para el estado del artículo 16 de la CF. Es muy reciente ya que

⁴⁷ LAMY, *État d'urgence*, cit., p. 82.

⁴⁸ Compuesto por los antiguos Presidentes de la República, por tres miembros nominados por el Presidente de la República, por tres miembros nominados por el Presidente del Senado y por tres miembros nominados por el Presidente de la Asamblea nacional (art. 56 CF). No hay requisito alguno con relación a las nominaciones.

ha sido introducida por reforma constitucional en 2008⁴⁹. Ya que, como se verá a continuación⁵⁰, el Presidente de la República es completamente soberano en su decisión de hacer uso del artículo 16 de la Constitución y que este último artículo era objeto de muchas críticas, ha parecido necesario introducir una garantía suplementaria que sería menos política que la garantía de la destitución. Consiste en la posibilidad “[t]ras treinta días de ejercicio de los poderes excepcionales [...] por el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores [de solicitar el Consejo Constitucional] a efectos de examinar si se siguen cumpliendo las condiciones enunciadas en el primer párrafo”, condiciones que corresponden en los supuestos exigidos a la hora de decidir de aplicar el artículo 16. El Consejo Constitucional “[s]e pronunciará lo antes posible mediante anuncio público”. Además, “[p]rocederá de pleno derecho a este examen y se pronunciará en las mismas condiciones al término de sesenta días de ejercicio de los poderes excepcionales y en cualquier momento pasado este plazo”. Como el texto lo indica, el Consejo Constitucional no procede a un control, sino a un examen que, por lo tanto, no tiene carácter vinculante. Sin embargo, esta nueva garantía, dado el carácter público del anuncio, la autoridad y el lugar del Consejo Constitucional en las instituciones, tiene una “fuerza particular”⁵¹.

Puede concluirse este estudio afirmando que el derecho español prevé garantías institucionales muchas más fuertes que el francés. El Congreso de los Diputados tiene un papel *a priori* importantísimo para los estados de excepción y de sitio que absolutamente no tiene equivalente alguno en Francia. Sin embargo, la amplia variedad de garantías institucionales *a posteriori* en ambos países permite siempre tener una solución última ante posibles abusos.

⁴⁹ LOI constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République (1).

⁵⁰ Véase parte 1.2.5. b) a', “Control de los actos de declaración o de prórroga”, p. 45.

⁵¹ LAMY, *État d'urgence*, cit., p. 105.

1.2.5. b) Garantías judiciales

Del mismo modo que en la parte anterior, este trabajo se enfoca en las garantías judiciales nacionales y no internacionales ya que estas, como el recurso interpuesto ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, son, por su mayoría o aun por su totalidad, comunes a los dos países. Aun a nivel nacional, existen un número bastante elevado de garantías judiciales así que, en el marco de este trabajo, lo más adecuado sería proceder a una selección y enfocarse, por una parte, en el control de los actos declarativos o prorrogativos y, por otra parte, en el control de las medidas tomadas en aplicación del estado de excepción.

1.2.5. b) a' Control de los actos de declaración o de prórroga

Con relación al control que podría hacerse de los actos declarativos o prorrogativos de los estados de excepción, las posiciones de las jurisprudencias española y francesa son distintas.

Por una parte, la jurisprudencia francesa ha considerado que la declaración del estado de urgencia era un acto administrativo que no pertenecía a la categoría de los llamados actos de gobierno – categoría equivalente a la categoría española de los actos políticos cuya inmunidad jurisdiccional, al contrario de la inmunidad jurisdiccional de los actos de gobierno franceses, ha sido suprimida en 1998⁵² – y que podía, por lo tanto, recurrirse ante el juez administrativo⁵³. Si los supuestos exigidos para que pueda declararse el estado de urgencia no se cumplen, el decreto en Consejo de Ministros declarando el estado de urgencia sería declarado inconstitucional. No obstante, una vez prorrogado, el decreto declarando el estado de urgencia ya no puede estar recurrido ante el juez administrativo⁵⁴. En este caso, el Consejo Constitucional podría proceder a un control de constitucionalidad *a priori* (art. 61.2 CF) – si la constitucionalidad de la ley de prórroga esta contestada por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la

⁵² Art. 2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

⁵³ Cons. E., Ass. 24 mars 2006, Rolin et Boisvert.

⁵⁴ Cons. E., ordonnance, 21 novembre 2005, Boisvert.

Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados⁵⁵ o sesenta senadores⁵⁶ – o *a posteriori* (art. 61-1 CF) – si la constitucionalidad de la ley de prórroga esta contestada a instancia de parte, y únicamente a instancia de parte, dentro de un proceso – de la ley de prórroga. Con relación a la declaración del estado de sitio y a su prórroga, ya que “la jurisprudencia es rara y antigua”⁵⁷, cabría pensar que el control jurisdiccional establecido en el marco del estado de urgencia sería aplicado, de la misma manera, al estado de sitio⁵⁸. Por lo tanto, puede suponerse que si se procedería a la declaración del estado de sitio, esta podría estar recurrida ante el juez administrativo hasta que sea prorrogada y, a partir de este momento, debería procederse a la impugnación de la ley de prórroga ante el Consejo Constitucional en el marco de un control de constitucionalidad *a priori* o *a posteriori*. En cuanto a la decisión por la que el Presidente de la República decide recurrir a los poderes excepcionales que le confiere el artículo 16 de la Constitución, el Consejo de Estado la ha calificado de acto de gobierno⁵⁹ así que no puede ser controlado en ningún caso por vía jurisdiccional el cumplimiento de los supuestos previstos por el artículo 16.

Por su parte, la jurisprudencia española ha debido pronunciarse sobre la posibilidad de interponer un recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto por el que se declara el estado de alarma. Al contrario de la posición de la jurisprudencia francesa, el Tribunal Constitucional ha considerado que “aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativa y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley” así que, “sólo cabe impugnarlos [...] ante [el] Tribunal Constitucional a través de los procesos constitucionales previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con

⁵⁵ Sobre un total de 577 diputados.

⁵⁶ Sobre un total de 348 senadores.

⁵⁷ LAMY, *État d'urgence*, cit., p. 158.

⁵⁸ LAMY, *État d'urgence*, p. 161.

⁵⁹ Cons. E., Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens.

fuerza o valor de ley [arts. 161 y 163 CE, 27.2 b) LOTC]”⁶⁰. Así las cosas, en España entonces, ya que las declaraciones de los estados de excepción y de sitio suponen intervención del Congreso de los Diputados y que la prórroga de los tres estados de excepción supone también intervención del Congreso, todos los actos de declaraciones o de prórroga de los estados de excepción pueden impugnarse ante el Tribunal Constitucional en el marco de un recurso de inconstitucionalidad (art. 161, 1, a) CE) o, sobre todo, de un recurso de amparo (art. 161, 1, b) CE), el órgano judicial considerando, en algún proceso, que la declaración pueda ser contraria a la Constitución pudiendo plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE).

Finalmente, todos los actos de declaración y de prórroga, salvo el acto declarando la aplicación del artículo 16 de la CF, pueden ser controlados por los tribunales sea administrativos, sea constitucionales según los casos.

1.2.5. b) b' Control de las medidas de aplicación

Con relación al control de las medidas tomadas en aplicación de los estados de excepción, este está parecido en Francia y en España.

En efecto, en Francia, el derecho habitual se aplica por el control de las medidas tomadas en aplicación de los estados de urgencia y de sitio. Por lo tanto, las medidas tomadas en aplicación del estado de urgencia están sometidas al control del juez administrativo (art. 14-1 LEU) y las decisiones tomadas por la Autoridad militar en el ejercicio de las competencias de policía pueden ser recurridas ante el juez administrativo⁶¹. Asimismo, en España, el derecho habitual se aplica en cuanto a las medidas tomadas en aplicación de los estados de excepción. Precisamente, la LOEAES determina que “[l]os actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes” (art. 3.1 LOEAES). El Tribunal Constitucional ha

⁶⁰ STC 83/2016 de 28 de abril de 2016, párrafos 10 y 11.

⁶¹ Cons. E., 6 août 1915, Delmotte et Senmartin.

precisado que “los actos y disposiciones que puedan dictarse en [la] aplicación [de la declaración del estado de alarma] puedan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente [...] y los órganos judiciales puedan, al enjuiciarlos, promover cuestión de constitucionalidad contra los actos, decisiones o resoluciones con valor de ley de los que son aplicación, cuando consideren que pueden ser contrarios a la Constitución”⁶². En ambos países entonces, como regla general, el control las medidas tomadas en aplicación de los estados de excepción se hace con arreglo a las reglas habituales.

Únicamente el control de las medidas tomadas por el Presidente aplicando el artículo 16 de la CF es más complejo ya que una figura del poder ejecutivo resulta tener competencia por tomar decisiones que debería, en tiempo normal, tomar el Parlamento. Precisamente, el Consejo de Estado ha considerado que las medidas tomadas en materias atribuidas a la ley por el artículo 34 de la CF tenían el carácter de acto legislativo de que no podía conocer el juez administrativo⁶³. Al contrario, ha admitido implícitamente, que las medidas tomadas en materias atribuidas al reglamento – dicho de otra forma, materias no atribuidas a la ley⁶⁴ – podían recurirse ante el juez administrativo. Con relación a las medidas tomadas en materia legislativa, no podrían estar recurridas en el marco de un control de constitucionalidad *a priori* ya que este únicamente está previsto para “las leyes” (art. 61 CF), pero sí que podrían, afortunadamente, estar recurridas en el marco de un control de constitucionalidad *a posteriori* ya que este está previsto para las “disposicion[es] legislativa[s]”. No obstante, estas últimas medidas únicamente podían ser objeto de un control de convencionalidad antes de 2009 puesto que el control de constitucionalidad *a posteriori* ha sido introducido por reforma constitucional de 2008⁶⁵ entrada en vigor el primer de marzo de 2009. Antes de

⁶² STC 83/2016 de 28 de abril de 2016, párrafo 11.

⁶³ Cons. E., Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens.

⁶⁴ Art. 37 CF: “Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley”.

⁶⁵ LOI constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République (1).

1975, no podían aun ser objeto de control de convencionalidad ya que el juez judicial únicamente ha reconocido su competencia sobre este tema en 1975⁶⁶.

1.3. Críticas de naturaleza teórica

Las críticas de naturaleza teórica son muy numerosas, así que este trabajo tendría que enfocarse en el estudio de las críticas que son, según creo, las más importantes. Parece realmente que en cada país, un estado de excepción es principalmente objeto de críticas teóricas importantes.

En Francia, la crítica de naturaleza teórica parece enfocarse, evidentemente, en el estado de excepción establecido por el artículo 16 de la Constitución que confiere al Presidente el poder de tomar las “medidas exigidas” por las circunstancias. En efecto, resulta, como ha podido observarse a lo largo de este trabajo, que siempre tiene un régimen jurídico excepcional dentro de los regímenes jurídicos por naturaleza excepcionales de los estados de excepción. Es el único estado de excepción cuya declaración, que no tiene que comportar contenido mínimo alguno, se hace por parte del poder ejecutivo sin que el poder legislativo tenga que actuar ni anteriormente, ni posteriormente para que siga siendo vigente. Es el único estado de excepción para el cual el cumplimiento de los supuestos en los cuales puede ser declarado no puede ser controlado por ningún órgano jurisdiccional, ni puede ser controlado por ninguna institución. Se configura como el estado de excepción que tiene, por una parte, los efectos los más graves y, por otra parte, las garantías las menos importantes. Por el conjunto de estas razones, ha sido criticado el artículo 16 de la Constitución ya que permitiría una especie de dictadura temporal. Por estas razones, está propuesta frecuentemente la supresión del artículo 16. Figuraba, por ejemplo, en el llamado “programa común de la izquierda” en los años setenta y en proyectos de revisiones constitucionales de dos candidatos a las elecciones presidenciales de 2007 quienes reunieron, juntos, 44,44% de los votos expresados en la primera ronda: Ségolène Royal (Partido Socialista) y François Bayrou (Unión para la

⁶⁶ CCass., 24 mai 1975, Jacques Vabre.

Democracia Francesa). En realidad, la única garantía fuerte cuya existencia está reconocida por parte de la doctrina es la posible destitución por el Parlamento del Presidente “por incumplimiento de sus deberes manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato” (art. 68 CF). En realidad, aun esta garantía puede parecer, a día de hoy, demasiada débil. En efecto, desde la reforma constitucional de 2000 llamada “reforma del quinquenio” adoptada por referéndum⁶⁷, el Presidente de la República está elegido cada 5 años y cada vez, un mes antes de las elecciones legislativas. Resulta que este nuevo sistema electoral permite evitar cohabitaciones que habían podido producirse en el pasado dando, cada vez, una mayoría absoluta al partido del Presidente en la Asamblea Nacional. Por lo tanto, el Parlamento podría estar tentado, por lealtad política, de tener una actitud pasiva ante un Presidente que utilizaría de manera abusiva el artículo 16 de la Constitución.

En España, la crítica teórica parece enfocarse en el estado de excepción pero, al contrario de lo que ocurre por el estado de excepción previsto por el artículo 16 de la CF, por el hecho de que su procedimiento sería demasiado complejo, innecesariamente complicado⁶⁸ que no permitiría una velocidad y una agilidad que resultaría absolutamente necesaria mientras ocurren circunstancias que justificarían su uso.

Resulta particularmente interesante comparar estas principales críticas que son, según creo, muy ilustrativas de cómo son las regulaciones de cada país y de cuáles son sus defectos: si en Francia, la tendencia es a la previsión de estados de excepción muy fuertes capaces de hacer frente a toda circunstancia y que la crítica se enfoca precisamente en el hecho de que estos serían demasiados peligrosos para los derechos, en España, la tendencia es a la previsión de estados de excepción muy respetuosos de los derechos y de las exigencias democráticas y la crítica se enfoca, por lo tanto, en el hecho de que estos serían demasiados débiles antes circunstancias excepcionales. En los dos casos, el equilibrio perfecto buscado por la regulación de los estados de excepción no sería alcanzado.

⁶⁷ Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 constitutionnelle relative à la durée du mandat du Président de la République.

⁶⁸ CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, p. 87.

2. Estudio comparado práctico de los estados de excepción españoles y franceses

Desde una perspectiva práctica, parece imprescriptible proceder a un estudio de la aplicación que se ha hecho de los estados de excepción y de tratar, después, del tema las críticas de naturaleza práctica, siempre de forma comparada.

2.1. Aplicación de los estados de excepción

Puede tenerse una primera visión general y comparada de la aplicación que se ha hecho de los estados de excepción mencionando unas cifras. Primero, puede mencionarse el número de días durante los cuales haya sido aplicado un estado de excepción: 1505 días en 60 años en Francia, 42.5 días en 40 años en España. En media por lo tanto, ha habido 25 días de aplicación de estados de excepción cada año en Francia, mientras que ha habido 1 día de vigencia de estados de excepción cada año en España. También resulta muy ilustrativo mencionar el número de veces que se ha aplicado estados de excepción: siete veces en Francia, una de aquellas correspondiendo a la aplicación simultanea de dos estados de excepción distintos, una única vez en España.

Al fin de entrar más en los detalles, debe mencionarse cuáles han sido los estados de excepción aplicados y cuáles fueron las razones por las cuales han sido aplicados.

En Francia, dos de los tres estados de excepción han sido declarados: el estado de excepción del artículo 16, una única vez, y el estado de urgencia, siete veces.

El artículo 16 fue el primer estado declarado de la Quinta República. El general de Gaulle decidió aplicarlo el 23 de abril de 1961 en reacción al putsch de Argel, también conocido en francés como el putsch de los generales, tentativa de golpe de Estado cometida por militares franceses en Argelia el 21 de abril de 1961. Haciendo aplicación del artículo 16, el general de Gaulle declaró el estado de urgencia este mismo día y lo prorrogó dos veces: una primera vez, el 24 de

abril y una segunda vez el 29 de septiembre, día durante el cual también tomó la decisión de declarar el fin de la aplicación del artículo 16 después de 159 días de ejercicio de los poderes excepcionales.

El estado de urgencia ha sido el estado de excepción francés el más aplicado durante la Quinta República: siete veces. Aparte de su aplicación anteriormente mencionada, también ha sido declarado cuatro veces en los territorios de ultramar entre 1985 y 1987 por enfrentamiento entre independentistas y anti-independentistas y por disturbios y violencias cometidos en el marco de conflictos sociales, una vez por los disturbios de 2005 en los suburbios franceses y una última vez entre 2015 y 2017 después de los terribles atentados terroristas del 13 de noviembre. Esta última aplicación del estado de urgencia ha sido la aplicación la más larga de un estado de excepción en Francia desde la Segunda Guerra Mundial y de la última aplicación del estado de sitio: ha durado 718 días. También es la única aplicación de un estado de excepción en todo el territorio nacional de la Quinta República. La aplicación del estado de urgencia es frecuentemente evocada en Francia y su última mención ha sido hecha en el contexto del movimiento de los chalecos amarillos y de violencias cometidas en su marco. Christophe Castaner, Ministerio del Interior, indicó el 3 de diciembre de 2018 ante una Comisión de la Asamblea Nacional sobre el estado de urgencia: “No tengo tabú sobre los medios jurídicos. Todo lo que permite luchar contra los riesgos debe ser utilizado. Pero no considero que el estado de urgencia reforzaría nuestros medios de intervención. No excluyo nada, pero no es una invitación a aplicarlo”. Finalmente, no ha sido declarado.

En cambio, aunque España haya conocido atentados terroristas aun más mortíferos como los atentados del 11 de marzo de 2004, nunca ha sido tomada la decisión de declarar un estado de excepción por el motivo del riesgo terrorista. En realidad, el único estado de excepción que ha sido declarado era el estado de excepción el menos grave, el estado de alarma, que ha sido declarado el 4 de diciembre de 2010⁶⁹ por la llamada crisis de los controladores aéreos, es decir en

⁶⁹ 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.

un contexto de conflicto laboral derivado de errores de una sociedad aeroportuaria en el cómputo de la jornada laboral de controladores aéreos.

2.2. Críticas de naturaleza práctica

Resulta, en realidad, que todos los estados de aplicación que han sido aplicados han visto al menos una de sus aplicaciones criticada.

En Francia, la crítica se enfoca en la duración de aplicación de los estados de excepción que han sido declarados. Por una parte, la aplicación por el general de Gaulle en 1961 del artículo 16 de la Constitución ha sido criticada ya que, si todos estaban de acuerdo por decir que estaban reunidas las circunstancias que justificaban la aplicación del artículo 16 el 23 de abril cuando fue declarada su aplicación, “algunos días apena después de la aplicación del artículo 16, los poderes públicos habían encontrado su funcionamiento normal. La duración de su aplicación ha, por lo tanto, sido prolongada de forma abusiva. El mayor parte del periodo ha, en realidad, sido utilizado por el Presidente de la República para crear instrumentos permitiéndole de asegurar la vuelta al orden en Argelia (por ejemplo, la creación de tribunales de excepción)”⁷⁰. Por otra parte, el estado de urgencia ha también sido criticado por su duración de aplicación y especialmente cuando fue aplicado por última vez para un total de dos años en todo el territorio nacional entre noviembre 2015 y noviembre 2017. El debate fue tan importante que la mayoría de los candidatos a las elecciones presidenciales de 2017 se ha pronunciado sobre el tema del estado de urgencia. No obstante, los dos candidatos que han llegado en primeros no se habían pronunciado sobre el tema. Los dos siguientes se habían pronunciado respectivamente por fortalecer el estado de urgencia (François Fillon, Les Républicains) o por dejar de aplicar el estado de urgencia (Jean-Luc Mélenchon, La France Insoumise). El candidato finalmente elegido, Emmanuel Macron tomó la decisión de poner fin al estado de urgencia haciendo votar una ley modificadora del derecho común⁷¹. Ha podido decirse que

⁷⁰ Sitio internet vie-publique.fr, “Les pouvoirs exceptionnels du Président”, 2018.

⁷¹ LOI n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (1).

esta ley “introducía el estado de urgencia en el derecho común”. Sin embargo, la honestidad obliga a reconocer que únicamente ha introducido el estado de urgencia en el derecho común en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Es decir que podrían adoptarse las medidas del estado de urgencia mientras no esté declarado cuando se trata de luchar contra el terrorismo. Esta evolución puede defenderse porque única y exclusivamente permite limitar los derechos de los ciudadanos que están sospechados de estar involucrados en actividades terroristas. Al contrario, puede criticarse por el hecho de que, en una democracia, no deberían suspenderse los derechos de una persona sobre la base de sospechas, sino únicamente sobre la base de una condena. Cabe señalar que estas nuevas medidas de derecho común no podrán ser aplicadas posteriormente al 31 de diciembre de 2020, salvo que el Parlamento las prolongue o las haga permanentes.

En España, con relación a la declaración del estado de alarma de 2010, ha sido principalmente mencionado el posible incumplimiento de los supuestos exigidos por declarar el estado de alarma. En efecto, si la crisis de los controladores aéreos había tenido, sin duda, el efecto de paralizar servicios públicos esenciales para la comunidad, uno de los supuestos previstos por declarar el estado de alarma (art. 4 c) LOEAES), este supuesto tiene que ser acompañado de otro previsto en este mismo artículo. La situación, obviamente, no correspondería ni a una crisis sanitaria (b)), ni a una situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad (d)). Por lo tanto, ha sido defendido que existía una calamidad pública (a)), lo que era discutible especialmente cuando se interpretan los supuestos de “Catástrofes, calamidades o desgracias públicas” a las luces de los ejemplos siguientes “tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud”. “Resulta evidente que la calamidad pública que se considera existente nada tiene que ver con las que expresamente se mencionan en la Ley orgánica, vinculadas a catástrofes naturales o tecnológicas”⁷². En realidad, “la situación parece encajar mejor en la que se describe en el Art. 13.1 de la Ley orgánica como detonante

⁷² REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Teoría vs. práctica del estado de alarma en España”, en: *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2, Madrid: Universitas, 2013, cit. p. 1502.

para poder declarar un estado de excepción”⁷³. Por una parte, la declaración del estado de alarma podría verse positivamente ya que no ha sido declarado el estado de excepción que, él, habría implicado una suspensión de derechos. Por otra parte, puede criticarse esta declaración ya que, si el Gobierno había querido declarar el estado de excepción, hubiera debido obtener autorización previa del Congreso de los Diputados, así que hubiera resultado posible que el Congreso se haya opuesto y que, por lo tanto, no hubiera podido declararse ningún estado de excepción.

⁷³ REQUEJO RODRÍGUEZ, “Teoría vs. práctica del estado de alarma en España”, cit. p. 1503.

CONCLUSIONES

Situaciones distintas dan lugar a elecciones distintas: así podría resumirse este estudio. La regulación de los estados de excepción que ha sido desarrollada en cada país parece ser la mera expresión de la situación en la que se ha encontrado cada país y de las preocupaciones que han podido tener los ciudadanos y sus representantes al establecer dicha regulación.

En España, después de casi cuarenta años de dictadura, la primera prioridad ha sido la protección de los derechos de los ciudadanos. Por lo tanto, el establecimiento de estados de excepción que podríamos calificar de fuertes, absolutamente no era una opción imaginable. La concentración de poderes en una única figura era completamente descartada. Un control democrático, por el Parlamento, y fuerte del Gobierno era considerado esencial. Realmente, si todo eso era verdad al establecer la Constitución Española en 1978, sigue siendo, según creo, anclado en la tradición política española y precisamente por eso está evitado, lo más posible, el uso de estados de excepción.

En cambio, a la hora de establecer la Constitución Francesa en 1958, o aun antes, el estado de urgencia en 1955, la prioridad era reforzar el poder ejecutivo y evitar absolutamente la situación en la cual el Parlamento podría impedir al Gobierno de desarrollar una política de protección del orden público fuerte que podría resultar necesaria ante un potencial golpe de Estado que se hubiera producido en el contexto de la guerra de Argelia. Asimismo, el hecho de que la nueva Constitución había sido elaborada por el General de Gaulle quien fue, además, el primer Presidente de la Quinta República inspiraba confianza así que no ha sido descartado permitir una concentración de los poderes tal como la ha previsto el artículo 16 de la Constitución aplicado únicamente, hasta ahora, por el General de Gaulle en 1961. Realmente, parece que en la tradición política francesa, al contrario de la española, suele pensarse que si los estados de excepción existen y son regulados, es precisamente para que sean utilizados.

Por lo tanto, varía de un país al otro la determinación de cuál debería ser el equilibrio buscado por los regímenes jurídicos de los estados de excepción entre,

por una parte, permitir una protección del orden público que resultaría necesaria ante circunstancias alterando la normalidad y, por otra parte, asegurar que no sean vulnerados de forma excesiva y desproporcionada los derechos y libertades de los ciudadanos,

Realmente, cada regulación en su conjunto podría ser criticada sea por no permitir una respuesta suficientemente fuerte ante circunstancias graves, sea por no asegurar una protección suficiente de los derechos y libertades de los ciudadanos, así que parecería muy pretencioso, según creo, afirmar la superioridad de un cierto modelo que tendría que ser aplicado por el número el más importante de países.

Quisiera acabar este trabajo con una cita de Francis Lamy que me parecía muy interesante así como magníficamente escrita en su versión original. Espero que su calidad habrá sobrevivida a mi traducción.

“En 1961, el artículo 16 ha funcionado como un verdadero régimen de plenos poderes. Era por cierto claramente la intención del constituyente de 1958.

Era también la época, una época bien diferente de la nuestra.

El Preámbulo de la Constitución y las convenciones internacionales no tenían, en los procedimientos jurisdiccionales, administrativos como judiciales, el lugar que es el suyo a día de hoy en Francia y en todas las otras grandes democracias.

En 1961 Francia era a un hito de su historia. Liberada de las insuficiencias de la Cuarta República, en plena crisis argelina pero en el camino de la recuperación, hacia confianza en el general de Gaulle.

Y aquello bastaba.”⁷⁴

⁷⁴ LAMY, *État d'urgence*, cit., p. 180.

BIBLIOGRAFIA

I. Normas

A. Españolas

Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-12774>

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16718>

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.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-18683>

B. Francesas

Constitution Française du 4 octobre 1958.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT00000607119>

4

Constitución Francesa de 4 de octubre de 1958, traducción castellana realizada bajo la responsabilidad conjunta de la Dirección de Prensa, Información y Comunicación del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Departamento de Asuntos Europeos de la Asamblea Nacional.

https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf

Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 constitutionnelle relative à la durée du mandat du Président de la République.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-revisions-constitutionnelles/loi-constitutionnelle-n-2000-964-du-2-octobre-2000>

LOI constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République (1).

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-revisions-constitutionnelles/loi-constitutionnelle-n-2008-724-du-23-juillet-2008>

1. Dedicadas al estado de urgencia

Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000031504662&dateTexte=20110518>

Décision du 24 avril 1961 relative à la durée de l'état d'urgence

https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000320044

Décision du 29 septembre 1961 relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 de la Constitution

https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?numJO=0&dateJO=19610930&pageDbut=08963

LOI n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions (1)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031500831&categorieLien=id>

Décision n°2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016

https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016567_568QPC.htm

LOI n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (1)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00003516816&categorieLien=id>

Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (1)

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/10/30/INTX1716370L/jo/texte>

Code de la Défense, article L2131-1

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006166914&cidTexte=LEGITEXT000006071307&dateTexte=20190206>

Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000695350&categorieLien=cid>

2. Dedicadas al estado de sitio

Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070693>

Loi du 3 avril 1878 relative à l'état de siège.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=B52461AB673DE6A584B49053BE02738A.tplgfr25s_3?cidTexte=JORFTEXT000000877113&dateTexte=20190511

Loi du 27 avril 1916 relative au fonctionnement et à la compétence des tribunaux militaires en temps de guerre.

Ordonnance n°2004-1374 du 20 décembre 2004.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=79C64870190FA49995D74CD2CA246162.tplgfr29s_2?cidTexte=JORFTEXT00000238564&dateTexte=20041221&categorieLien=cid#JORFTEXT00000238564

Loi n°2005-1550 du 12 décembre 2005.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=79C64870190FA49995D74CD2CA246162.tplgfr29s_2?cidTexte=JORFTEXT000000419821&idArticle=JORFARTI000001076340&dateTexte=20051213&categorieLien=cid#JORFARTI000001076340

Code de la Défense, articles L2121-1 à L2121-8.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=BB98EB6CB0442B22F9BB54F2CCEF9F8C.tplgfr29s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006166913&cidTexte=LEGITEXT000006071307&dateTexte=20190206

3. Dedicada al estado del artículo 16

Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069199>

Décision du 23 avril 1961.

https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?numJO=0&dateJO=19610424&pageDebut=03874

Décision du 29 septembre 1961 mettant fin à l'application de l'article 16 de la Constitution.

https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?numJO=0&dateJO=19610930&pageDebut=08963

C. Otras

Constitución Belga de 7 de febrero de 1831.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1057149.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

II. Jurisprudencia

A. Española

STC 83/2016 de 28 de abril de 2016

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-5195

B. Francesa

Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>

CCass., 24 mai 1975, Jacques Vabre

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT0000069946>

25

Décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82141DC.htm>

1. Dedicada al estado de urgencia

Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85187DC.htm>

Cons. E., ordonnance, 21 novembre 2005, Boisvert

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008255120>

Cons. E., Ass., 24 mars 2006, Rolin et Boisvert

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008239595>

Décision n°2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016

https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016567_568QPC.htm

2. Dedicada al estado del artículo 16 de la Constitución

Cons. E., Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007636269>

II. Doctrina

A. Española

CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Madrid: Fundación Wolters Kluwer España, 2009, pp. 1814-1820.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984, 199p.

LAFUENTE BALLE, José María, “Los Estados de Alarma, Excepción y Sitio”, *Revista de Derecho Político*, núm. 30 (1989), pp. 23-54.

PÉREZ SOLA, Nicolás. “Los estados de alarma, excepción y sitio: la primera declaración del estado de alarma en aplicación de las previsiones constitucionales”, en: *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2, Madrid: Universitas, 2013, pp. 1539-1555.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Teoría vs. práctica del estado de alarma en España”, en: *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2, Madrid: Universitas, 2013, pp. 1499-1513.

SEGADO, Francisco Fernández, “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político*, núm. 11 (1981), pp. 83-116.

B. Francesa

BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure, *État de droit et états d'exception : Une conception de l'État*, Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

CARCASSONNE, Guy, GUILLAUME, Marc, *La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassonne et Marc Guillaume*, 12.^º edición, Paris: Éditions du Seuil, 2014.

LAMY, Francis, *État d'urgence*, Paris: Economica, 2018.

PIERRÉ-CAPS, Stéphane, “El fracaso del proyecto de ley constitucional “de protección de la Nación” para incluir en la constitución francesa el estado de urgencia y la privación de la nacionalidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Trad.: GILBAJA CABRERO, Estela, núm. 38 (2016), pp. 507-528.

ROUDIER, Karine; GESLIN, Albane; CAMOUS, David-André, *L'état d'urgence*, Paris: Dalloz, 2016.

TROPER, Michel, “El estado de excepción no tiene nada de excepcional”, Trad.: GUILLÉN LOPEZ, Enrique, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 27 (2017), en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/08_TROPER.htm [visitado el 11.05.2019].

III. Otras fuentes

Le Monde, Élections présidentielles 2017, *Comparateur de programmes*, L'état d'urgence, en: <https://www.lemonde.fr/programmes/terrorisme-et-renseignement/l-etat-d-urgence> [visitado el 11.05.2019].

Vie-publique.fr, *Les pouvoirs exceptionnels du Président*, 2018, en <https://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/pouvoirs-exceptionnels-du-president.html> [visitado el 11.05.2919].