

Estado de Alarma y Constitución

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, Diplomado en Estudios de la Defensa Nacional por el Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional – Universidad de Santiago de Compostela. Se integra como investigador en el Instituto de Derecho Parlamentario, Departamento de Derecho Constitucional (Universidad Complutense de Madrid) – Congreso de los Diputados. Varios premios jurídicos, premio extraordinario de doctorado, conferenciante habitual en España y el extranjero. Ha sido Profesor de Derecho constitucional y otras disciplinas jurídicas, habiendo impartido docencia, en España, en las Universidades de Santiago, Complutense, UNED y Europea de Madrid, así como en alguna Escuela de Práctica Jurídica. Coordinador del Comité Consultivo de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional y miembro del Consejo Editorial de la Revista “Direito Publico”, del Instituto de Derecho Público de Brasil. Ejerce como Juez en Madrid desde 1999. Estancias de investigación como profesor e investigador visitante en las Universidades de México (UNAM, con Profesor Fix), Bayreuth (con Profesor Häberle), Friburgo de Brisgovia (con Profesores Hesse y Würtenberger) y Oxford (con Profesor Craig). Becario de investigación del Congreso de los Diputados o del Defensor del Pueblo de Galicia, entre otras instituciones. Profesor visitante de otras universidades y tribunales de México y Brasil y conferenciante en la Suprema Corte de Justicia y el Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de esos dos países. Entrevistador habitual en la Revista “Parlamentos”, editada por todos los Parlamentos (nacional y autonómicos) de España y Latinoamérica y la Fundación Giménez Abad.

Nuestra Constitución cumple hoy 32 años. El 6 de diciembre es una fecha que tiene, o debería tener, eficacia integradora (Smend), esto es, operar como factor simbólico de cohesión de todos los que vivimos bajo el imperio de esta Norma Suprema. Y no hay mejor forma de homenajear a nuestra Constitución que analizando sus preceptos y la observancia o inobservancia (formal o material) de los mismos, especialmente por las restantes normas del ordenamiento jurídico interno, que le están sometidas por completo.

En este sentido, hace apenas dos días, el 04.12.2010, se ha producido un hecho sin precedentes en nuestra historia constitucional, al decretar el Gobierno el estado de alarma, previsto como una de las modalidades, la menos grave en un sistema hasta cierto punto gradualista, de estados excepcionales o “de necesidad” que nuestra Constitución regula en su artículo 116, y ello para luchar ante la situación provocada por los controladores aéreos con el abandono general, colectivo y concertado, de sus funciones en toda España, bien que so pretexto de bajas médicas masivas de los mismos, dando lugar a un cierre virtual del espacio aéreo civil en todo el territorio nacional, en momentos que “coincidían” con un largo puente vacacional, por lo que se dejó a cientos de miles de viajeros sin poder volar y se afectó gravemente a la imagen de España, especialmente como destino turístico internacional.

Desde luego, esta huelga laboral salvaje y encubierta había de tener una respuesta contundente por parte del Gobierno en defensa de los intereses generales de los ciudadanos frente a una huelga tapada, salvaje (“wildcat strike”) y claramente ilegal, además de afectante a un servicio público esencial en fechas vacacionales.

Sin embargo, aun con todo, nadie contaba con la reacción que se produjo por parte del Gobierno: el Real Decreto nº 1.673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

No obstante, una vez anunciado tal Decreto, a forma de ultimatum a los controladores, en las primeras horas de la madrugada del día 4 (en torno a las 2,00 horas), y aprobado en Consejo de Ministros extraordinario a media mañana (publicándose a las 13,00 horas), no se ha formulado censura alguna, ni política ni social ni jurídica, a dicho decreto y basta con leer los editoriales de los más diversos periódicos para comprobar que la declaración del estado de alarma, que impide la disolución de las Cortes (art. 116,5 de la Constitución), no se ha cuestionado más que tímidamente, y en todo caso sin poner en duda su procedencia constitucional y legal.

Ciertamente, en primer lugar, una cuestión es la conveniencia política y otra la constitucionalidad y legalidad del estado de alarma decretado. Y sólo de esto último quiero ocuparme aquí.

La Constitución regula, junto al Derecho constitucional normal, la posibilidad de que, ante situaciones excepcionales, se declaren tres estados excepcionales *lato sensu*, o estados de necesidad estatal: el de alarma, el de excepción y el de sitio. La Ley Orgánica nº 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, desarrolla esa previsión constitucional.

Lo que importa destacar es que estos estados excepcionales sólo pueden decretarse, por su propia naturaleza, ante situaciones completamente extraordinarias.

El principio general al que responden estos institutos es el estado de necesidad, que existe también en todos los demás sectores del ordenamiento (derecho civil, penal, etc.) pero que en Derecho constitucional tiene unos efectos inmensamente más relevantes, lógicamente.

Por ello, más allá de cualquier interpretación formal de los preceptos que los regulan, debemos partir de que sólo es posible adoptarlos cuando el Estado no puede afrontar una situación determinada con los poderes constitucionales ordinarios, sin que aquí sea preciso concretar más lo que esto conlleva.

Y sin que pueda perderse de vista que precisamente la cláusula constitucional de la Constitución alemana de Weimar (1919) que regulaba, con relación al estado de necesidad, las facultades extraordinarias del Presidente del Reich y la suspensión de libertades (art. 48), acabó siendo invocada y utilizada por Hitler para lograr el poder total en 1933.

En España, durante el golpe de estado del 23-F, el entonces general Milans del Bosch también declaró un supuesto estado de sitio en Valencia, completamente inconstitucional (formal y materialmente), mediante bando militar.

Este riesgo de deriva hacia el autoritarismo está siempre detrás de los estados excepcionales, en cuanto que comportan apartarse del Derecho constitucional "normal", aun cuando nuestra Constitución trata de prevenirlo estipulando que el

funcionamiento de los poderes constitucionales no quedará “interrumpido” durante la vigencia de tales estados, pero ese riesgo no es razón suficiente para que las Constituciones no los admitan ni regulen (así, EE.UU.), pues la “necesidad” a que responden no dejará de darse en la realidad simplemente por no preverla en la Constitución, aunque, precisamente en contrapartida, algunas Constituciones como la alemana lo que hacen es reconocer un “derecho de resistencia” de los ciudadanos.

Naturalmente, este peligro es casi inexistente en el caso del estado de alarma que acaba de declararse en España, al menos por ahora; más aún, es un peligro que va ligado más a las otras dos modalidades más agravadas de estados de emergencia: los estados de excepción y sitio, que conllevarán normalmente la suspensión de ciertos derechos fundamentales (art. 55,1 de nuestra Constitución).

Pero este riesgo ha de tenerse en cuenta siempre en la interpretación de los estados de excepción, su procedencia constitucional y su alcance.

Otro riesgo que conlleva la regulación constitucional expresa de los estados excepcionales, como la que existe en España, es la de que en sí misma conlleva una incitación al recurso facilón a los mismos (especialmente, por gobiernos débiles), esto es, a su abuso, como advirtió uno de los grandes constitucionalistas alemanes de la segunda mitad del siglo XX, Konrad Hesse.

Este riesgo se había conjurado en España hasta ahora, e incluso ante situaciones como el Golpe de Estado del 23-F, o los atentados del 11-M, ningún gobierno se planteó recurrir al estado de alarma ni a otro de los estados de emergencia.

Pues bien, volviendo al estado de alarma decretado el 4-12-10 a fin de normalizar el servicio público esencial del transporte aéreo, creo que el mismo resulta ilegal de forma palmaria, y ello por no concurrir el supuesto mismo para acordarlo.

En efecto, la Ley Orgánica nº 4/1981, prevé los supuestos, completamente delimitados y cerrados, en que cabe declarar el estado de alarma por el Gobierno:

El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución podrá declarar el Estado de Alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando 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 28.2 y 37.2 de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

De este precepto se deriva meridianamente que el Gobierno puede decretar el estado de alarma, no ante cualesquiera “catástrofes, calamidades o desgracias públicas”, sino ante “catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud”.

Las leyes no suelen utilizar ejemplos y si lo hacen, como en este caso, es para delimitar su alcance y aquí el sentido delimitador es claro: las catástrofes, calamidades y desgracias públicas habilitadoras del estado de alarma han de ser “naturales” (terremotos, inundaciones, accidentes de gran magnitud, ciertos incendios) o incendios provocados, y no desde luego conflictos laborales.

Ciertamente, otro de los supuestos que habilita el estado de alarma, aparte de las crisis sanitarias o desabastecimiento de productos de primera necesidad que aquí notoriamente no concurren, es la “paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad”, pero esto sólo es así cuando, además, “concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo” (el empleo de la conjunción copulativa “y” es concluyente, máxime cuando el uso de la disyuntiva sería absurdo por ser entonces un supuesto redundante, repetitivo y superfluo).

Pues bien, el Real Decreto nº 1.673/2010, de 4 de diciembre, se fundamenta muy burdamente, puesto que parte de considerar que:

Las circunstancias extraordinarias que concurren por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo, impiden el ejercicio del derecho fundamental mencionado [libertad de circulación por el territorio nacional, garantizada en el artículo 19 de la Constitución], y determinan la paralización de un servicio público esencial para la sociedad como lo es el servicio de transporte aéreo. Todo ello constituye, sin duda, una calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados.

Por supuesto, es indudable que ha habido en este caso una paralización de un servicio público esencial (el transporte aéreo civil), y también que ello conlleva una restricción ilícita de la libertad fundamental de circulación de cientos de miles de ciudadanos y perjuicios gravísimos, pero lo que no puede salvar el Decreto es que lo anterior, si bien puede ser “una calamidad pública” in genere, no es la “calamidad pública” específica que habilita a declarar el estado de alarma, que es la prevista en el art. 4,a) de la Ley Orgánica: “Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud”.

El sentido delimitador de estos ejemplos, aun no siendo ciertamente una lista cerrada, es obvio, pues ninguna ley pone ejemplos si no es con tal finalidad, y mucho más es así cuando estamos hablando de dejar de lado el Derecho constitucional “normal” para aplicar el “excepcional”, que ha de interpretarse de la forma más restrictiva posible.

Dicho de otro modo, no cualquier “calamidad pública”, ligada o no a una paralización de un servicio público esencial, legitima a declarar el estado de alarma, sino sólo las “calamidades públicas” que sean de las enumeradas por el precepto o a ellas asimilables por su naturaleza.

El Decreto también se basa en que concurre el supuesto de “situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad” (art. 4, d), pero el argu-

mento es tan peregrino como inconsistente, pues, de un lado, es claro que el mero desabastecimiento de un producto de primera necesidad no puede justificar que se decrete el estado de alarma; y de otro lado, y en todo caso, el transporte aéreo no se puede considerar, so riesgo de desnaturalizar por completo la previsión legal, un “producto de primera necesidad”.

Por todo ello, entiendo que no era posible declarar el estado de alarma y el Decreto nº 1.673/2010, de 4 de diciembre, es nulo de pleno Derecho por contravenir palmariamente el art. 4, a) y c) de la Ley Orgánica citada.

Es más, de considerarse correcta la anterior conclusión, cabría plantearse si no habría incluso responsabilidades penales.

La propia Constitución proclama que “La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”; y aunque no se refiera a ello expresamente, esto mismo ha de predicarse, en primer lugar, de los supuestos de declaración ilegal de dichos estados, pudiendo ser incluso de aplicación el Código Penal.

Por otra parte, y sin extenderme sobre ello, creo que el Decreto, aun en la hipótesis de considerar que se dictó en un supuesto en que la Ley habilitaba para ello, es desproporcionado y por ello mismo también inconstitucional, pues no puede aceptarse que el Ejecutivo no pudiera, con los poderes constitucionales ordinarios (y es él quien tiene que acreditarlo cumplidamente), hacer frente al desafío que este conflicto colectivo salvaje de los controladores aéreos suponía; es decir, que no se pudiera reconducir la situación a la normalidad con las facultades constitucionales ordinarias, incluyendo el procesamiento por delito común (no militar), los despidos u otras sanciones disciplinarias o la movilización de controladores militares, máxime cuando la situación creada por los controladores, aun siendo insólita en su radicalidad, venía de largo y no era algo en absoluto imprevisible, sino más bien todo lo contrario.

Es decir, había patentemente otras formas de poner fin a la paralización del tráfico aéreo civil sin necesidad de declarar el estado de alarma. Que la empleada pueda ser más efectiva no se pone en principio en duda, aunque sólo el tiempo lo dirá, pero en todo caso en Derecho constitucional el fin no justifica los medios.

También, sea como fuere, puede dejarse apuntado que jurídicamente es muy cuestionable la pretendida aplicación del Código Penal Militar, así como de la competencia de la jurisdicción militar (prevista para el ámbito “no estrictamente castrense” como este, sólo para el estado de sitio, artículo 117,5 de la Constitución), a los controladores civiles a partir del momento de la declaración del estado de alarma, como proclama el artículo 3 del Decreto, e incluso debe destacarse que hasta hoy “la generalidad de la doctrina ha sostenido la inconstitucionalidad” de la medida de “movilización de trabajadores o funcionarios” prevista en el artículo 12,2 de la Ley Orgánica (Álvarez Conde) en un simple estado de alarma, por más que ello sí pueda ser (o haber sido) muy disuasorio.