

LA DEFENSA EXTRAORDINARIA DEL ESTADO

SUMARIO

I. Introducción.—II. La Constitución y las situaciones excepcionales: II.1 Justificación de la suspensión; II.2 El estado de necesidad: II.2.1 El art. 16 de la Constitución francesa de 1958; II.2.2 El art. 10 *d*) de la Ley Orgánica del Estado de 1967; II.3 El rechazo del estado de necesidad: estado de excepción, *the martial law* y los plenos poderes; II.4 El silencio constitucional: la Constitución italiana de 1947; II.5 La prohibición constitucional de suspender la Constitución: la Constitución belga.—III. Condiciones del recurso a los poderes extraordinarios. Planteamiento general: III.1 Imposibilidad de revisar la Constitución y límites a la suspensión; III.2 Condiciones de fondo; III.3 Condiciones de forma; III.4. Carácter temporal de la medida.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de prevenir mecanismos extraordinarios de defensa del Estado surge dificultosamente a comienzos del siglo XIX con la aparición del Estado constitucional (1). Con anterioridad la concentración de poder en el monarca del Estado absoluto no requería medidas especiales. Las primeras constituciones son sumamente reticentes ante dichos poderes ya que éstos entrañan, en principio, un debilitamiento de los dogmas liberales de la separación de poderes y la defensa de la libertad individual. Incluso hoy en día es frecuente calificar estas medidas como antidemocráticas (2), sentimiento vigente tal vez como rechazo del artículo 48 de la Constitución de Weimar

(1) G. CAMUS: *L'état de nécessité en démocratie*, París, 1965, págs. 28 y sigs.

(2) *Ibid.*, págs. 44 y sigs., si bien CAMUS defiende la tesis contraria: «La democracia no puede evitar el recurso al estado de necesidad y este recurso está en relación estrecha y constante con el carácter democrático del Estado» (*op. cit.*, pág. 175).

que permitió la consolidación jurídica del poder de Hitler. No es extraño así que inicialmente la Ley federal de Bonn no recogiera este tipo de medidas (3) y que ocurra lo mismo en la actual Constitución italiana (4).

Las razones de quienes se oponen al reconocimiento constitucional de los poderes de excepción giran en torno al riesgo de la «dictadura constitucional» (5). Si, por un lado, estos poderes extraordinarios se justifican como *salvaguarda del Estado*, la prevención surge primordialmente porque son los órganos del Estado y no los ciudadanos quienes suspenden la Constitución. Detrás del recurso a la salvación del Estado se ocultan muy a menudo intereses absolutamente privados que pueden ser fácilmente defendidos por el recurso a los poderes extraordinarios (6). Si el fin es la salvaguarda del Es-

(3) Junto a estas reticencias no podemos olvidar la situación alemana al acabar la segunda guerra mundial. Las facultades que se reservaban los gobernadores militares de las potencias ocupantes no hacían urgente ni necesario definir poderes excepcionales. Cesado el estatuto de ocupación, la cuestión iba tomando otro sesgo, teniendo en cuenta además que, como veremos, el silencio constitucional no significa sin más que dichos poderes queden excluidos. En el momento actual, el tema se plantea en términos absolutamente diferentes. La ley de 28 de junio de 1968 ha admitido poderes de excepción, aunque evitando dejarlos absolutamente en manos del Ejecutivo o de la mayoría parlamentaria al exigir un *quorum* cualificado para declararlos en vigor.

(4) Sin embargo, las razones de su no inclusión fueron casuales. La Primera Subcomisión de la Asamblea Constituyente había considerado un artículo que preveía la suspensión de derechos en caso de peligro para la República. A su vez, Crispo propuso una enmienda en la que señalaba los casos en que era legítima la suspensión de la Constitución. Tupini, presidente de la Subcomisión, aun mostrándose de acuerdo con dicho enmienda, propuso posponer su discusión al momento en que se trataran las garantías del Parlamento en caso de guerra y disolución. Posteriormente se renunció a regular esta cuestión, con lo que los poderes excepcionales corrieron la misma suerte. El texto del artículo y de la enmienda pueden encontrarse en MORELLI: *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Milán, 1966, pág. 308, notas 1 y 2.

(5) Así se dice que estas situaciones plantean graves atentados al orden jurídico o que son un ataque a los derechos del Parlamento o a la soberanía de la nación; otros insisten en el peligro de personalización del poder que conlleva la concentración —CAMUS lo restringe a la «personalización excesiva» y DUVERGER presenta el riesgo de un «presidente sin escrúpulos»—. En esta misma línea, se dice que es una situación fácil y cómoda y, por tanto, una auténtica tentación para que los titulares del poder consoliden una situación antidemocrática en base a la apariencia de legalidad.

(6) Como dice L. PARAMIO: «Los procesos mitagógicos no son negativos solamente por obstaculizar la resolución real de los problemas. En el caso del mito del Enemigo, el odio a lo extraño puede ser un primer paso en el odio hacia las minorías, hacia los discrepantes, hacia los diferentes. El mito del Enemigo puede convertirse, con gran facilidad, en los mitos de la Conspiración interior y de la Agresión exterior. Los ejemplos contemporáneos de tales mitos son muy obvios. Cuando un grupo con-

tado hay que preguntarse en cada momento por el fin realmente perseguido y por el carácter del poder político (7) en cada Estado; por ello Camus dirá que «la defensa de las instituciones políticas por el recurso al estado de necesidad es inaceptable cuando el régimen no es democrático. Pero la situación cambia a partir del momento en que los órganos constitucionales descansan sobre la voluntad popular, es la amenaza contra las instituciones la que es antidemocrática, es la defensa de las instituciones la que se convierte en democrática» (8); en sentido parecido Barthelemy y Duez señalan que «la legitimidad de la excusa política reclama un peligro verdaderamente nacional y no simplemente político» (9).

El estudio de dichos poderes no puede agotarse, como a veces se pretende, en un análisis exclusivamente lógico-formal. Hay que remontarse a las propias características del régimen político y a las características que en él revisten la protección de las libertades y la defensa de los mecanismos de dominación del grupo en el poder. No podemos olvidar, incluso desde una perspectiva puramente formal, que, sin necesidad de suspender formalmente la Constitución, las libertades formales pueden ser hermosas palabras vacías de contenido. Para desnaturalizar la libertad basta utilizar los mecanismos de control del proceso de creación de la ley, identificando legitimidad con legalidad, o establecer procedimientos administrativos de constatación caso por caso de la conformidad del ejercicio de las libertades con la ley. Por éstos

sigue alcanzar el poder suele hacerlo en nombre de una doctrina que, según sus portavoces, resolverá todos los problemas. Cuando la doctrina en cuestión es plenamente irracional —caso frecuente— los problemas manifiestan una extraña terquedad en continuar existiendo, en no dejarse resolver. Al grupo en el poder esto le conduce a un raro dilema: si poseen la fuerza para dominar a la sociedad, ¿cómo no pueden dominar los problemas que esta sociedad tiene planteados? Su palabra es ley para los hombres, pero no para los precios, para el producto nacional bruto y para el nivel de desempleo. Esto resulta seriamente perturbador, y la única explicación posible es la existencia de enemigos interiores o exteriores que conspiran en la sombra» (*Mito e ideología*, Madrid, 1971, págs. 106-107).

(7) Para MIRKINE-GUETZEVITCH, el estado de necesidad «presenta el mayor interés para la comprensión del sentido de todo régimen político, por referirse a la extensión de derechos y de poderes de la Administración, militar y civil, encargada de limitar las libertades individuales y al mismo tiempo por definir el procedimiento de declaración del estado de necesidad, es decir, precisar la competencia de la institución que establece esta restricción temporal» (*La théorie générale de l'Etat soviétique*, París, 1928, pág. 101).

(8) *L'état de nécessité...*, pág. 251.

(9) *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1933, pág. 244.

y otros caminos podemos encontrarnos en un Estado de excepción permanente.

Desde un punto de vista constitucional, el análisis de estas situaciones puede mostrarnos quién es el titular real de la soberanía. Como señala Pierre Avril, «las situaciones extremas tienen la ventaja de mostrar en el gran día lo que está oscuro en el curso cotidiano de las cosas; muestran sin equívocos el representante supremo de la soberanía aparentemente repartida por el funcionamiento normal de las instituciones» (10). Carré de Malberg, enemigo de la admisión de estos poderes, aún es más explícito: «la autoridad, investida de la facultad de dictar en tiempo de crisis normas basadas en su sola voluntad, se erige así en estos momentos en el órgano supremo en lugar del cuerpo de los ciudadanos» (11). La misma tesis es mantenida por C. Schmitt cuando dice que «quien domine el estado de excepción, domina con ello al Estado, porque decide cuándo debe existir este estado y qué es lo que la situación de las cosas exige» (12). Por todo ello hay que rechazar la idea frecuentemente mantenida de que la decisión sobre el órgano competente para declarar el alcance y la entrada en vigor de dichos poderes es *sólo* un problema de eficacia.

El mismo Schmitt ha descrito mejor que nadie, desde esta perspectiva, el alcance concreto de los poderes de excepción en el marco de lo que denomina *plusvalías políticas adicionales* (13): «En tiempos tranquilos y normales, esta prima política es relativamente calculable, pero en una situación anormal es completamente incalculable e imprevisible. Siempre es de tres clases. En primer lugar, surge del empleo y aplicación de conceptos indeterminados y discrecionales, tales como «seguridad y orden público», «peligro», «estado de necesidad», «medidas necesarias», «hostilidad al Estado y a la Constitución», «espíritu de paz», «intereses vitales», etc. Tales conceptos,

(10) *L'évolution politique et constitutionnelle de V^e République, 1959-1960*, París, 1964, pág. 223.

(11) *Contribution à la théorie générale de l'État*, tomo I, París, 1920, pág. 610, nota 24, y págs. 619-620.

(12) *La dictadura* (trad. esp. José Díaz García), Madrid, 1968, pág. 49. Páginas más adelante, comentando a PUFENDORE, vuelve a insistir, «todos afirman representar lo mejor general: el bien público, el derecho y la justicia, pero la cuestión es de quién es la resolución que decide en última instancia. No es el fin lo que importa, sino la decisión sobre los medios para este fin» (págs. 54-55).

(13) «Por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal produce una *plusvalía política adicional*, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una *prima supralegal a la posesión legal del poder legal*», en *Legalidad y legitimidad* (trad. esp. de José Díaz García), Madrid, 1968, pág. 49.

sin los cuales no puede pasarse ningún Estado, tienen la propiedad de estar ligados inmediatamente a la situación del momento, del que reciben todo su contenido concreto de las circunstancias concretas a que son aplicados (...). En segundo lugar, el titular legal del poder del Estado tiene siempre de su parte, en los casos dudosos, la presunción de legalidad (...). En tercer lugar, finalmente, sus ordenanzas también son ejecutables inmediatamente» (14). Todo ello viene a significar que, en estos casos, las circunstancias hacen legales (15) medidas que en otro momento serían ilegales e ilegítimas; el titular de los poderes de excepción, al interpretar el alcance de las circunstancias, interpreta el propio alcance de su poder optando entre distintos sistemas de legalidad.

Las situaciones excepcionales plantean así los problemas más graves en torno a la organización de los poderes y la defensa de la libertad. Estas situaciones dan lugar a una concentración de poderes, modificando las reglas normales de la competencia (principio de legalidad) y atenuando los controles interorgánicos e intraorgánicos, al tiempo que vienen a reforzar la idea de la remisión del ejercicio de los derechos y libertades a las condiciones de hecho en que se ejercen. En ningún caso aparece más claro el carácter unitario del poder.

II. LA CONSTITUCIÓN Y LAS SITUACIONES EXCEPCIONALES

II.1. *Justificación de la suspensión constitucional*

En situaciones excepcionales para la vida del Estado, éste tiene el derecho y el deber de defenderse, lo que supone la aplicación en Derecho constitucional del principio de legítima defensa elaborado en otras ramas del Derecho. Si hasta este punto casi todos se muestran de acuerdo, la disparidad de criterios aparece en el modo como ha de articularse constitucionalmente dicha defensa, llegándose incluso a negar legitimidad democrática a la suspensión

(14) *Ibid.*, págs. 49-50.

(15) El derecho anglosajón se presenta en términos radicalmente distintos. Así, cuando el Ejecutivo invade la reserva legislativa en situaciones excepcionales, la ilegalidad de principio de la medida debe ser compensada con un *bill of indemnity*, que, al legalizar la actuación, exonera de culpas. No todos se muestran de acuerdo con este planteamiento. Así M. HAURIOU al afirmar que no cabe aplicar al *bill of indemnity* la lógica de la amnistía, *Precis de Droit Constitutionnel*, París, 1929, pág. 453, nota 81.

de la Constitución y la consiguiente concentración de poderes (16) que constituye el efecto más característico de estas situaciones.

Los tipos de medidas varían de unos países a otros. Así, los países sajones se inclinan por las leyes de plenos poderes: el Parlamento debe acordar la modificación temporal del alcance de los derechos y de las libertades así como de las normas que fijan la competencia. En España es tradicional la suspensión tasada y limitada en el tiempo de determinadas garantías, suspensión que anteriormente correspondía a las Cortes y en el Fuero de los Españoles al Gobierno. El caso más extremo lo plantea el estado de necesidad definido por Camus en los siguientes términos: «Se entiende por estado de necesidad en Derecho Constitucional aquellas circunstancias urgentes e imprevistas que hacen indispensable, para salvaguardar el Estado, la concentración de poderes bajo la sola decisión del órgano llamado a beneficiarse» (17). Estos tres tipos de medidas muestran por sí solos una clara gradación tanto de su posible alcance como del eventual control sobre su titular.

Se ha discutido teóricamente la razón que justifica la concentración de poderes. El problema tiene menor relevancia en aquellas constituciones que han previsto esta medida y adquiere toda su importancia cuando la Constitución no la reconoce de modo expreso. En todas las justificaciones ofrecidas subyace de varias maneras una cierta identificación entre Estado, entendido como aparato político de Estado, y Constitución; para luego afirmar, en una aparente contradicción, que para salvar al Estado, entendido ahora como la totalidad de los ciudadanos y como garante del ejercicio de sus derechos, hay que infringir la Constitución cuando los poderes constitucionales ordinarios son ineficaces. A su vez se entiende la Constitución en sentido formal y material. A un lado la polémica sobre el alcance de esta última distinción, podemos entender por constitución material del Estado liberal el concepto ofrecido por el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Toda sociedad en la cual la garantía de estos derechos no está asegurada y la separación de poderes determinada, no tiene Consti-

(16) Como el mismo HAURIOU señala, «la moderación del poder político, obtenida por la separación de poderes, produce una cierta debilitación del poder. Esta debilitación no ofrece peligros en los períodos tranquilos y normales, pero sí en los períodos de agitación debidos a una guerra extranjera o a una revolución interna. Se ve en el Gobierno una tendencia a concentrarse para revestirse de energía, aun a riesgo de convertirse en tiránico. Se prescinde más o menos de la separación de poderes y éstos se concentran en una Asamblea legislativa o en un jefe ejecutivo» (*Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad. esp. de C. Ruiz del Castillo, Madrid, 1927, pág. 121.)

(17) *L'état de nécessité...*, pág. 25.

tución.» Así la infracción, si existe, se produce tanto si las medidas están previstas en la Constitución formal como si no lo están.

Generalmente se relaciona esta cuestión con el concepto alemán *Staatsnotstandrecht* (18), definido como la competencia de determinados órganos estatales para infringir o suspender la Constitución a fin de hacer frente a peligros inminentes para la vida del Estado. Como dice Bluntschli, «el Estado es una persona moral tan elevada que la necesidad de su conservación, primer deber de gobierno, puede autorizar una violación real del derecho individual y del orden establecido. *Salus populi, suprema lex esto*. De ahí el poder excepcional del Gobierno en virtud del derecho de proceder según la necesidad que pertenece a la nación. Sin duda este poder es peligroso para las libertades públicas. Erigirle en regla es dar paso a la tiranía. Pero es indispensable como excepción. ¿Para salvar un navío vacilaría el capitán en arrojar la carga al mar?» (19).

A partir de aquí se concluye, de distintas maneras, que determinadas circunstancias excepcionales para el Estado (20) se convierten en fuente de De-

(18) Sobre el tema, HESSE: *Ausnahmezustand und Grundgesetz*, DöV, 1955, página 741 y sigs.; HAMANN: *Zur frage eines Ausnahme oder Staatsnotstandrecht*, DVBL, 1958, págs. 309 y sigs.; GROSSHUT: *Staatsnot, Recht und Gewalt*, Nuremberg, 1962. Si la utilidad del concepto no puede discutirse, al menos en principio, lo que resulta más complejo es su precisión. Como indica MORELLI: «Parece claro que para definir tal concepto es preciso definir previamente, como *conditio sine qua non*, qué es el Estado, la necesidad y el Derecho», conceptos que figuran entre los más discutidos de la ciencia jurídica.

(19) Citado por GARCÍA OVIEDO en *El constitucionalismo de posguerra*, Sevilla, 1931, pág. 131.

(20) Podemos hacer notar que se ha trazado una distinción entre la teoría de las circunstancias excepciones y el estado de necesidad. En términos generales, podemos decir que no hay diferencia, desde el punto de vista material, pues en ambos casos su efecto es justificar la ruptura de determinadas garantías de los derechos y la modificación de las reglas ordinarias de la competencia legislativa. La diferencia radica en su alcance y eventual control. La teoría del estado de necesidad, tal y como la conciben sus defensores, niega cualquier tipo de control sobre el titular de los poderes, lo que no supone de ninguna manera, como pretende CAMUS criticando a DUGUIT, una diferencia exclusivamente formal.

(21) Como indica SÁNCHEZ AGESTA, «las fuentes del Derecho son las vías por las que éste adquiere vigencia social para cumplir sus funciones como Derecho positivo. Responde, en general, a la pregunta: ¿cómo nace el Derecho que se considera como vigente y eficaz? Todos los ordenamientos jurídicos regulan con un valor jurídico estas fuentes por las que el Derecho se genera y se manifiesta como positivo, y así definen cuándo la ley tiene legítimamente este carácter y obliga, qué condiciones ha de reunir el Derecho consuetudinario para ser vinculante, etc. Pero en Derecho constitucio-

recho (21) justificando la suspensión del orden jurídico vigente en circunstancias normales sin que por ello quepa apreciar abuso de Derecho. Se rechaza así la idea de que en un conflicto entre ley ordinaria y situación excepcional deba anteponerse el acatamiento formal de la ley a la defensa del Estado, pero siempre se afirma que estas medidas deben ser excepcionales, temporales (22), y proporcionadas a las circunstancias, sin que en ningún caso esté justificada la suspensión de todo el orden jurídico, lo que nos coloca ya ante el problema constitucional. Si tenemos en cuenta que, como vamos a ver, no hay regulación estatal sin cauce jurídico para organizar la defensa extraordinaria del Estado, la cuestión se centra, olvidando problemas jurídico-formales que a veces sólo muestran un afán erudito o un rígido formalismo, en quién debe ser el titular del poder de suspensión y en su alcance y control.

II.2. *El estado de necesidad*

El estado de necesidad constitucional se caracteriza por la concentración de poderes en un órgano constitucional y por la asunción de dichos poderes por el órgano beneficiado. El artículo 16 de la Constitución francesa de 1958 y el artículo 10 d) de la Ley Orgánica del Estado de 1967 presentan, entre otros, estas características.

II.2.1. *El artículo 16 de la Constitución francesa de 1958*

Dicho artículo ha levantado una amplísima polémica al romper una tradición constitucional francesa de poderes tasados (23). La caracterización de

nal no podemos limitarnos a esta definición jurídico-técnica de las fuentes, pues éste se manifiesta a veces por vías que escapan a la previsión y definición anticipada del Derecho, por lo mismo que el Derecho constitucional es un derecho fundamental, *primario*, cuya validez puede ser anterior a toda norma jurídica preexistente. Por eso, el Derecho constitucional comprende como fuentes no sólo las fuentes jurídico-técnicas, sino también *hechos*, que definen o establecen el Derecho; así, el Derecho constitucional puede nacer de un pacto entre unidades políticas preexistentes o de una voluntad revolucionaria que define un nuevo orden constitucional» (*Principios de teoría política*, Madrid, 1972, pág. 337). En el caso concreto a que nos referimos en el presente trabajo, M. HAURIUO afirma que es «como el derecho revolucionario, un derecho de segunda calidad» (*Précis de Droit constitutionnel*, pág. 453).

(22) Constituye un tópico en los análisis del tema la referencia obligada a la dictadura romana, uno de cuyos caracteres más notables era su provisionalidad. Confróntese C. SCHMITT: *La dictadura*, págs. 33 y sigs.

(23) Con la sola excepción del art. 14 de la Carta de 1814, que concedía al rey

estos poderes recorre un amplísima gama, desde quienes piensan, como Duverger, que por «su carácter completamente excepcional (...) no puede ser tenido en cuenta al definir los poderes propios del presidente de la República en tiempo normal» (24), hasta P. Avril, que señala que dichos poderes son la «clave de bóveda del edificio constitucional y elemento decisivo de la interpretación de los poderes presidenciales; el arbitraje cotidiano se transforma en una identificación cuasi-mística con la legitimidad nacional» (25). Por su trascendencia, la redacción del artículo experimentó muy distintas alternativas (26).

el poder de dictar las ordenanzas «necesarias (...) para la seguridad del Estado», si bien el art. 16 actual tiene un carácter más restringido. SCHMITT dice que «el gobierno real no veía en esto un apoderamiento para el caso de necesidad, sino una expresión de su soberanía (...). En realidad, no es una dictadura comisarial ni soberana, sino simplemente una pretensión de soberanía en cuanto poder estatal ilimitado por principio...». Para SCHMITT, dicho artículo supone una aplicación del principio monárquico (*La dictadura*, págs. 247-248). Otros, en cambio, relacionan el art. 16 con el art. 48 de la Constitución de Weimar y la mayoría con la dictadura romana; entre éstos, MORELLI: *La sospensione...*, pág. 251; JIMÉNEZ DE PARGA: *La V República francesa*, Madrid, 1958, pág. 71; DUVERGER: *La V^e République*, París, 1960, pág. 42.

(24) *La Monarquía republicana*, Barcelona, 1974, pág. 133.

(25) *L'évolution politique et constitutionnelle...*, pág. 222.

(26) M. VOISSET, en *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, París, 1969, páginas 13-54 y 88-100 ha reconstruido así las discusiones de su redacción.

La primera redacción no recogía como requisito la «interrupción de los poderes públicos constitucionales». El Comité Consultivo Constitucional (en adelante C. C. C.) introdujo como condición dicha interrupción; fue el Consejo de Estado quien explicitó la expresión «constitucionales», hablando de «poderes públicos constitucionales» en el sentido de poderes previstos en la Constitución.

En el primer anteproyecto las consultas quedaban reducidas a los presidentes del Gobierno y de las Cámaras. La ausencia de controles levantó suspicacias. El C. C. C. (enmienda Walline) propuso que el Consejo Constitucional interviniera con un voto de conformidad vinculante para el presidente de la República. El Gobierno no aceptó la enmienda, pero al remitir al Consejo de Estado la nueva redacción introdujo al Consejo Constitucional entre los órganos a los que debía consultarse preceptivamente; El Consejo de Estado se limitó ya a modificar la redacción para que quedara claro que la consulta era al Consejo y no sólo a su presidente. En un último intento, el grupo de parlamentarios socialistas solicitó del general De Gaulle que la medida requiriera refrendo, lo que introduciría al menos el control del Gobierno. Sin embargo, para los inspiradores de la Constitución cualquier tipo de control que supusiera vinculación o refrendo suponía una transferencia de competencias no deseable. Todo ello contradice las palabras del general De Gaulle: «En ninguna de estas discusiones se alzó oposición alguna de principio contra lo que desde hacía tiempo deseaba yo» (De Gaulle se refiere, sin duda, a su discurso de 16 de junio de 1946 en Bayeux, co-

Parece que en la mente del general De Gaulle estaban presentes la claudicación de Vichy (27) y la posibilidad de una guerra atómica que haría imprescindible una respuesta instantánea (28). Pero tanto De Gaulle como M. Debré, presidente de la Comisión redactora del proyecto constitucional, no ocultaban su posible utilización frente a alteraciones de origen interno. Así De Gaulle, al referirse a los poderes del presidente de la República, dice que «en caso de crisis grave, interna o externa, a él le incumbiera tomar las medidas requeridas por las circunstancias» (29). El interés por el artículo 16 se acrecentó en el momento en que se recurrió a dicho artículo ante la crisis argelina.

Podemos sistematizar de la siguiente manera las condiciones de entrada en vigor y alcance del artículo 16.

II.2.1.1. *Condiciones de entrada en vigor*

II.2.1.1.1. *Condiciones de fondo*

A) *Amenaza grave e inmediata* para las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales (30). La amenaza puede proceder tanto del exterior como del interior.

B) *Interrupción del funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales*. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en 1961 no se había producido tal interrupción. Todos los autores, con la sola excepción de Vedel, se apartan de la interpretación literal adhiriéndose al espíritu del artículo (31), no requiriendo por tanto una interrupción efectiva.

nocido por ello como «Constitución de Bayeux» (*Memorias de esperanza*, tomo I, Madrid, 1970, pág. 41).

Fue también el C. C. C. quien introdujo como garantía la reunión de pleno derecho del Parlamento (enmienda Gilbert Jules) y la imposibilidad de disolución de la Asamblea (enmienda Teitgen). La primera redacción se limitaba a señalar que «el Parlamento se reúne desde el momento en que lo permitan las circunstancias».

(27) *Memorias de esperanza*, tomo I, pág. 42.

(28) A esta posibilidad se refiere expresamente M. DEBRÉ en su alocución al «Cercle Républicain» recogida en *Le Monde* de 5 de septiembre de 1958.

(29) *Memorias de esperanza*, tomo I, pág. 41. El subrayado es mío: JPA.

(30) En el análisis de las circunstancias tal vez sea esta última la que presenta mayores dificultades de interpretación al no estar clara la razón que motivó su inclusión en el texto constitucional. Se ha querido ver nuevamente el compromiso de Vichy, que en la práctica suponía el fin del tratado franco-británico.

(31) Cfr. VOISSET: *L'article 16...*, págs. 30-39.

II.2.1.1.2. *Condiciones de forma*

A) *Consultas* con el primer ministro, con los presidentes de las cámaras y con el Consejo Constitucional. Estas consultas no son vinculantes, lo que acrecienta los riesgos de abuso, máxime cuando la declaración arranca de la apreciación de un concepto jurídico indeterminado («amenaza grave e inmediata»). Así, la interpretación presidencial se adecúa sin más a la Constitución. El carácter no vinculante de la consulta es consecuencia del modo cómo los constituyentes entendieron los poderes presidenciales: la vinculación equivaldría a transferencia de competencias. Por si hubiera dudas, el artículo 19 de la Constitución exime dicho acto del refrendo ministerial, por lo que Camus ha señalado que «la consulta al primer ministro es una garantía de «pura fachada» e inútil (32).

Mayor importancia puede revestir la consulta al Consejo Constitucional prevista en el párrafo tercero: «estas medidas deben estar inspiradas en la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales, con la menor dilación, los medios de cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado a este respecto». Este control ya no es sobre la decisión, sino sobre las medidas, pero la consulta tampoco es vinculante. Ahora bien, el hecho de que la respuesta sea pública y motivada (art. 53 de la ordenanza de 7 de noviembre de 1958) le confiere un especial valor político sobre todo si de ella se dedujere algún tipo de disconformidad con el presidente (33); aunque, como apunta Duverger, el Consejo Constitucional «sólo podrá verificar que no excedan (las medidas) las prerrogativas reconocidas al presi-

(32) CAMUS: *L'état de nécessité...*, págs. 266-268. Su argumentación se basa en que las distintas personalidades pueden tener criterios contrapuestos que podrían retrasar la entrada en vigor de las medidas dificultando así la defensa del Estado, en cuyo caso las consultas no vinculantes resultan inútiles por su carácter no vinculante. Finalmente piensa que, en caso de abuso, la democracia estará mejor defendida por la exigencia de responsabilidad al titular de los poderes de excepción planteado el procedimiento de alta traición previsto en el art. 68 de la Constitución de cuya efectividad, en estas circunstancias, dudan casi todos los constitucionalistas franceses.

La inutilidad de la consulta al primer ministro la muestra el art. 19 al excluir esta decisión del refrendo. En esta situación, como indica A. CLAISSE, el primer ministro si está disconforme no tiene más salida que presentar su dimisión; en otro caso, «el primer ministro está, al igual que los ministros interesados, encargado de la ejecución de las decisiones presidenciales. El queda, pues, solidario de la decisión» (*Le premier ministre de la V^e République*, París, 1972, pág. 115).

(33) Así lo destacan VOISSET: *L'article 16...*, pág. 50, y JEANNEAU: *Droit politique et institutions politiques*, París, 1968, pág. 210, entre otros.

dente. Pero éstas son tan amplias y sus límites tan escasos, que este control de constitucionalidad es de escasa importancia. Por otro lado, el reclutamiento del Consejo Constitucional le confiere un carácter poco democrático» (34).

Como señala Voisset, la fuerza mayor puede dispensar el cumplimiento de los trámites de consulta.

B) *Mensaje motivado a la nación*, como garantía de su publicidad.

II.2.1.2. *Condiciones de ejercicio*

El presidente puede adoptar todas las medidas que crea oportunas con una limitación fundamental señalada por todos los autores: no puede modificar por sí y ante sí la Constitución.

¿Cabe algún control en este período? Hemos visto la debilidad del Consejo Constitucional y por sus propias características tampoco es más fuerte el Consejo de Estado. Igualmente es débil el Parlamento, aunque se reúne de pleno derecho y no cabe disolver la Asamblea Nacional. Como medida más radical sobre el presidente, cabe plantear la acusación por alta traición en los términos del artículo 68.

Más complejo es lo referente al reparto de las competencias legislativas y el ejercicio de la moción de censura. Tanto los teóricos como la clase política estaban sumamente divididos ante este aspecto (35). En base al mensaje de De Gaulle al Parlamento de 25 de abril, el mensaje al primer ministro de 31 de agosto y el comunicado del Elíseo de 22 de septiembre, más la interpretación de Chaban-Delmás, presidente de la Asamblea Nacional, puede establecerse la siguiente distinción sobre la moción de censura:

a) Si el Parlamento está reunido en sesión ordinaria conserva todos sus poderes legislativos, «a excepción de las medidas adoptadas o a tomar en virtud del artículo 16».

b) Si el Parlamento está reunido en virtud del artículo 16, carece de poderes legislativos por propia iniciativa y no puede ejercitar la moción de censura (36). Esta solución hace que nos preguntemos qué poderes tiene el Parlamento en estas circunstancias, si es que tiene alguno.

(34) *La V^e République*, pág. 44.

(35) Cfr. VOISSET: *L'article 16...*, págs. 100-118.

(36) Hay que tener en cuenta que el 23 de abril, fecha de la entrada en vigor de dichos poderes, el Parlamento no estaba reunido, lo que hará el día 25. Las sesiones ordinarias acababan el 27 de julio, a partir de este momento se reúnen ya en base al art. 16. El 3 de octubre debían reiniciarse las sesiones ordinarias.

El cuadro francés de medidas para situaciones extraordinarias se completa con el recurso al estado de sitio (art. 36 de la Constitución), el estado de urgencia (37) y el estado de alarma creado por ordenanza de 7 de enero de 1959, en base al artículo 92 de la Constitución. En base al artículo 38 de la Constitución caben igualmente los plenos poderes.

II.2.2. *El art. 10 d) de la ley Orgánica del Estado de 1967*

Constituye sin duda uno de los aspectos más regresivos de las Leyes Fundamentales, sobre todo si vemos en él una explicitación más del principio monárquico y no la recepción del estado de necesidad. Las diferencias prácticas de una u otra interpretación son manifiestas. En el primer caso cabría reformar las Leyes Fundamentales sin seguir el procedimiento previsto en el artículo 10.2 LS (38), posibilidad inviable en el segundo.

Prácticamente todos los constitucionalistas españoles han rechazado una interpretación de las Leyes Fundamentales basada en el principio monárquico. La tesis de Herrero de Miñón no prueba en ningún caso de modo coherente que el jefe del Estado sea el titular exclusivo de la soberanía jurídica. Las prácticas políticas posteriores a la muerte del general Franco muestran, por ejemplo, con suficiente evidencia, que la asistencia del Consejo del Reino o el refrendo de su presidente no es el simple «cumplimiento de un trámite formal» (39). Es significativo, sin embargo, que Herrero de Miñón

La posibilidad de moción de censura se suscitó en agosto a propósito de la discusión del plan agrario presentado por el Gobierno aprovechando la reunión de pleno derecho, moción de censura que fue presentada por el grupo parlamentario del SFIO. El presidente de República consultó al Consejo Constitucional sobre su viabilidad, si bien dicho Consejo se declaró incompetente. Chaban-Delmas, presidente de la Asamblea Nacional, interpretó que en esas circunstancias no había la moción de censura, pero sí a partir del 3 de octubre, en que el Parlamento recuperaría todas sus facultades. Esta interpretación fue muy discutida. En realidad, se dirigía, en palabras de JEANNEAU, a solicitar indirectamente la finalización de los poderes extraordinarios con anterioridad a dicha fecha. Así ocurrió efectivamente el 29 de septiembre.

(37) El estado de urgencia fue regulado por ley de 3 de abril de 1955, modificada por ley de 7 de agosto del mismo año. Cfr. DRAGO: *L'état d'urgence et les libertés publiques*, ReDP, 1955, págs. 672 y sigs.

(38) Sobre el particular, C. SCHMITT: *La dictadura*, págs. 247-249, con ocasión del comentario del art. 14 de la Carta francesa de 4 de junio de 1814.

(39) HERRERO DE MIÑÓN: *El principio monárquico*, Madrid, 1972. De todos modos constituye un grave error en el análisis constitucional olvidar la diferencia entre Dere-

no se refiera a dicho artículo en su análisis del principio monárquico cuando podía constituir uno de sus mayores apoyos teóricos, aunque posiblemente la razón resida en el carácter extraordinario de dichas facultades.

En mi opinión, el artículo 10 *d*) LOE, incluso con anterioridad al artículo 1 de la Ley para la Reforma Política, no es expresión de la soberanía ordinaria, sino la manifestación de un apoderamiento para casos de excepción cuando son insuficientes las medidas ordinarias de policía e incluso las previstas en el artículo 35 FE. A este respecto podemos pensar que la eventual soberanía del general Franco tendría su marco jurídico en las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939. Frente al carácter ordinario de estos poderes, las facultades que concede el artículo 10 *d*) LOE son por su propia naturaleza excepcionales, por más que el anterior jefe del Estado, dotado de los poderes concedidos por dichas leyes, no precisaba de un reconocimiento expreso de las segundas, pero sí podría requerirlas su sucesor. Es este carácter extraordinario —facultades concedidas para la defensa del Estado— el que justifica la recepción legal del estado de necesidad en un marco de poder distinto al de dichas leyes y el mismo hecho de que mientras las facultades

cho y realización del Derecho —en este caso, las prácticas políticas y sus posibilidades y eventualidades— y centrarse casi de modo exclusivo, como hace HERRERO DE MIÑÓN, en planteamientos jurídico-formales, aunque es cierto que también este punto de vista puede ser discutido. Así, su tesis de que la elaboración y aprobación de la ley por las Cortes es sólo «condición de la sanción» (pág. 35), para lo que se basa en razones tan poco consistentes como *a*) que el referendum de diciembre de 1966 no derogó el preámbulo de la ley de Creación de Cortes, pues tampoco hacía falta dado que un preámbulo expresa una exposición de motivos y a lo sumo aporta elementos de interpretación que al no tener carácter normativo tampoco requieren derogación cuando el contenido legal de la norma se modifica, o *b*) la comparación entre elaborar y aprobar la ley y la autorización paterna para el matrimonio de menor, pues el matrimonio de menor sin autorización es válido, mientras que no se concibe sanción de una ley aprobada por Cortes si tal aprobación no existe. Tal vez, atendiendo al artículo 16 LC —posibilidad de que el jefe del Estado devuelva una ley a las Cortes para una nueva discusión— pudiera hablarse, sobre todo en tiempos del general Franco, de un acto de voluntad concurrente, pero no más.

Son igualmente débiles los argumentos de HERRERO al caracterizar el refrendo ministerial como «compromiso del refrendante de dar cumplimiento al acto refrendado» (pág. 79) o el del presidente de las Cortes y/o del Consejo del Reino como «cumplimiento de un trámite formal», incluso cuando es vinculante (págs. 82-84). La práctica política tiene que decir, y dice en estos casos, como en el anterior, lo que no pueden indicar construcciones jurídico-formales ingeniosas y sin duda bienintencionadas en el momento en que se manifestaron, y de las prácticas políticas habidas hasta la aprobación de la ley para la Reforma Política se dedujeron conclusiones distintas a las del «principio monárquico».

reguladas en las leyes de 1938 y 1939 no se transmiten a su sucesor y no ocurra igual con el artículo 10 *d*) LOE viene a reforzar esta interpretación.

Como condición de fondo para su entrada en vigor se requiere una «amenaza grave e inmediata» para «la seguridad exterior, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el sistema institucional del Reino»; carácter finalista que refuerza la idea de que las medidas excepcionales deben ejercerse en el marco de las leyes, sobre todo cuando la amenaza procede del interior y pone en peligro el «sistema institucional del Reino». Desde una óptica jurídico-formal las medidas excepcionales deben respetar el marco institucional previsto, de ahí que difícilmente pueda justificarse la revisión del sistema institucional como defensa del mismo sistema institucional del Reino. La amenaza que justifica el recurso al artículo 10 *d*) LOE para defender las instituciones no puede convertirse en excusa para su revisión (40); en otro caso nos encontraríamos en una abierta contradicción sumada a la contradicción entre el carácter *excepcional* y *temporal* de la medida y la du-

(40) Sin olvidar que el ejercicio del poder, la capacidad de vincular comportamientos con normas jurídicas y exigir su cumplimiento no es sólo un problema de Derecho, sino fundamentalmente de hecho: es titular del poder aquel que *puede* vincular no quien se cree con derecho.

La posibilidad de que el art. 10 *d*) LOE contenga un procedimiento de revisión distinto al previsto en el art. 10,2 LS presenta un problema político parecido al que se suscitó en Francia con ocasión del referéndum de 28 de octubre de 1962, que modificaba el sistema de elección presidencial. De Gaulle había recurrido al art. 11 de la Constitución del mismo modo que había hecho anteriormente en otros dos casos que no levantaron suspicacias (cfr. GOGUEL y otros: *Le referendum du 8 avril de 1962*, París, 1963), a fin de evitar la intervención parlamentaria que exige el artículo 89. Las tesis contrarias a la constitucionalidad de aquel referéndum en A. HAURIOU: *Derecho constitucional comparado e instituciones políticas*, Barcelona, 1971, págs. 543-548; las tesis favorables, en LAMPUÉ: *Le mode d'élection du Président de la République et la procédure de l'article 11*, ReDP, 1972, págs. 931 y sigs.

Podemos resumir las posiciones de los constitucionalistas franceses sobre el referéndum de octubre de 1962 con las siguientes palabras de DUVERGER: «Jurídicamente el recurso al referéndum del art. 11 para modificar la Constitución parece, pues, muy discutible. Políticamente se justifica por el poder exorbitante que el art. 89 reconoce en esta materia al Senado que puede oponerse a toda revisión (...). El hecho de que el recurso al referéndum del art. 11 parezca irregular en materia constitucional no impide que sea válida una reforma de la Constitución realizada por este camino, desde el momento en que ha sido adoptada por el pueblo» (*Institutions politiques et Droit constitutionnel*, tomo II, París, 1973, pág. 209).

Este mismo planteamiento cabría aplicar a las circunstancias españolas de las Cortes de noviembre de 1976. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el recurso al art. 11 por De Gaulle en ningún momento se justificó en base al art. 16 de la Constitución.

ración *indefinida* de la ley; cuestión distinta, al menos en principio, más adelante entraremos en detalle (apartado III.1), es el recurso del artículo 10.2 LS, que constituye una cláusula ordinaria de defensa de la Constitución. A partir de las Leyes Fundamentales y en un análisis estrictamente jurídico-formal sería anticonstitucional el recurso al artículo 10 *d*) LOE para obviar la intervención de las Cortes o del pueblo exigida por el artículo 10.2 LS, cuando se trata de reformar el «sistema institucional del Reino» bajo pretexto de amenaza grave e inmediata para dichas instituciones.

Problema distinto es la oportunidad política que puede aconsejar en determinadas circunstancias el incumplimiento de dicha intervención y que encontraría un cierto apoyo en razones de economía jurídica por el papel preponderante que juega el jefe del Estado en la resolución del recurso de contrafuero y en las circunstancias que lo acompañan, más el hecho mismo de que el artículo 3, 3.º de la ley de 5 de abril de 1968 reguladora del recurso de contrafuero señala que «no pueden ser objeto de recurso las leyes aprobadas por referéndum nacional». Sin embargo, recurrir a la oportunidad política es igualmente peligroso en el marco del estado de necesidad. Habrá que volver a recordar que la base jurídica para una revisión pretendidamente democrática es la misma que para una revisión antidemocrática. El riesgo del recurso al estado de necesidad radica en titulares antidemocráticos del Poder.

¿Qué medidas cabe adoptar? En principio no son tasadas; dependerán en cada caso del carácter de la alteración, aunque podrán tener un mayor alcance que las previstas para el estado de excepción (art. 35 FE); cabría, por ejemplo, suspender las reglas ordinarias de la organización de los poderes, pudiendo incidir, por tanto, con plena efectividad en la reserva legislativa, eventualidad reconocida igualmente por el artículo 52 LOE (41). Al no existir limitación expresa en este sentido, como ocurre en Francia, cabe incluso suspender las sesiones de Cortes. El decreto-ley que declare la entrada en vigor de dicho artículo deberá hacer constar expresamente la duración máxima de la medida.

Los graves riesgos que presenta el artículo 10 *d*) LOE no proceden sólo de su misma existencia constitucional (42), sino también, una vez admitido

(41) Sin embargo, el texto legal remite esta posibilidad al Gobierno. Cfr. en este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, 1974, pág. 100.

(42) Así, el trabajo colectivo encabezado por JORGE DE ESTEBAN: «Esta posibilidad de dictadura regia representa tal distanciamiento del mecanismo lógico de las Leyes Fundamentales que su aplicación sería tanto como dar fe de la liquidación del sistema

el estado de necesidad, de la inexistencia de garantías y limitaciones frente a un posible abuso. Ante la irresponsabilidad del jefe del Estado el único control posible procede de la negativa del refrendo al ser los actos del jefe del Estado según Fernández Carvajal, «actos de voluntad concurrente» con la del refrendante (43), tesis que mantiene una mayor coherencia que la de Herrero de Miñón (44), o por la dimisión del eventual refrendante cuya publicidad puede operar indudables efectos políticos ante la opinión pública.

II.3. *El rechazo del estado de necesidad: el estado de excepción, «the martial law», los plenos poderes*

El carácter reaccionario de las primeras aplicaciones del estado de necesidad (45) motivó todas las prevenciones posteriores. Por ello los textos constitucionales han dado lugar a procedimientos en que la defensa extraordinaria del Estado se mueve en un marco de poderes tasados que respeta en lo posible la separación de poderes y la defensa de los derechos del Parlamento. Reconocida la conveniencia de estas medidas en determinados momentos, se pretende mantener el ejercicio de los poderes extraordinarios en un cuadro jurídico preestablecido y determinado, al menos indirectamente, por la voluntad general (46). Esta prevención es tal, que el artículo 130 de la Constitución belga llega incluso a prohibir la suspensión total o parcial de la Constitución.

Estas técnicas suelen otorgar cierta primacía al Parlamento a fin de garantizar el control sobre el Ejecutivo, que es siempre el órgano beneficiado de la concentración de poderes. Esta preeminencia, sin embargo, se ha ido deteriorando. Así los plenos poderes generales son una delegación en blanco y a menudo no es el Parlamento quien los declara y autoriza sino el Ejecutivo quien los asume por la urgencia de las circunstancias. En este último caso, en Inglaterra y Estados Unidos, el Legislativo deberá ratificar posterior-

por la imposibilidad de su funcionamiento normal. La eficacia de las medidas excepcionales y su significación dentro del marco constitucional residen más en su existencia que en su hipotética aplicabilidad» (*Desarrollo político y Constitución española*, Barcelona, 1973, págs. 78-79).

(43) *La Constitución española*, Madrid, 1969, págs. 53 y sigs.

(44) Cfr. nota 39.

(45) CAMUS: *L'état de nécessité...*, págs. 33-36.

(46) *Ibid.*, pág. 83.

mente esta decisión, ilegal en principio, a través de un *bill of indemnity* que exonere de culpas al Gobierno (47).

II.3.1. *El estado de excepción: España*

La suspensión de determinadas garantías de las libertades por tiempo limitado constituye el modelo tradicional de medidas extraordinarias en nuestro país.

En España la declaración de suspensión conoce históricamente una progresiva deslegalización. Como una muestra podemos recoger el artículo 308 de la Constitución de 1812 y el artículo 35 del Fuero de los Españoles vigente desde 1945. En el primero la suspensión afectaba únicamente al «Habeas corpus» y había de ser acordada por las Cortes; en el Fuero de los Españoles la declaración corresponde al Gobierno bajo su única responsabilidad y alcanza a dicha garantía y a las libertades de reunión, expresión y asociación, más la libertad de circulación y las inviolabilidades de correspondencia y domicilio (48).

(47) Puede ocurrir así que, a pesar del *bill of indemnity* parlamentario, el Tribunal constitucional declare la anticonstitucionalidad de la medida, como ocurrió en Estados Unidos en la célebre decisión de su Tribunal Supremo «ex parte Milligan». Frente al Congreso que aprobó distintas *acts of indemnity*, el Tribunal negó la constitucionalidad de cualquier medida excepcional que excediera los casos de ley marcial previstos por la Constitución. Lincoln había invocado expresamente la teoría del estado de necesidad.

(48) El Derecho histórico español a partir de 1812 requiere la intervención de las Cortes. Así, las Constituciones de 1812, 1837 y 1845. Igualmente la de 1869. El artículo 1 de la ley de Orden Público de 1870 señalaba que «las disposiciones de esta ley serán aplicadas únicamente cuando se haya promulgado la ley de suspensión de garantías a que se refiere el art. 31 de la Constitución». En el dictamen de la Comisión redactora del proyecto se decía: «La sola conquista de estos imprescindibles derechos bastará para que las futuras generaciones la bendigan y recuerden (la Constitución de 1869) con respeto, porque esas garantías no pueden abolirse ni suspenderse por Gobierno alguno, ni aun en las circunstancias más difíciles, por grave que sea el estado del país, haciendo de este modo imposible el despotismo.»

La Constitución de 1876 exigía igualmente la intervención decisoria del Parlamento, aunque el Gobierno podía decretar la suspensión, pero «sólo no estando reunidas las Cortes y siendo caso grave y de notoria urgencia (...) sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquellas».

La de 1931, en su art. 42, se hace eco de los nuevos planteamientos en la materia al decir que el Gobierno puede decretar la suspensión de garantías, si bien las Cortes «resolverán» sobre dicha medida. En la práctica, el «resolverán» se reducía a abrir un

Estas medidas constitucionales vienen acompañadas, sobre todo a partir de 1870, de normas que regulan el ejercicio de los poderes durante el estado de excepción (leyes de orden público). Señalan el contenido de las libertades, determinan la competencia de la autoridad civil (estado de alarma, excepción o prevención) o militar (estado de guerra) según la gravedad de la situación, e introducen modificaciones en el procedimiento penal ordinario dándole un carácter sumario o atribuyen la competencia a jurisdicciones especiales (49).

debate; no obstante, la prórroga, luego de treinta días de su declaración, requería acuerdo previo de las Cortes o de su Diputación permanente.

El cuadro de garantías suspendibles se amplía considerablemente a partir de 1869 como consecuencia del reconocimiento constitucional de algunos derechos por primera vez, lo que de ningún modo significa que con anterioridad no estuvieran regulados, aunque ciertamente a nivel inferior al constitucional e incluso en algunos casos a nivel inferior al de la ley formal. Cfr. PORRES AZKONA: «Orden público y poder ejecutivo» (tesis inédita), Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1976, páginas 305-309, notas 210-213; M. ARTOLA: *Partidos y programas políticos, 1808-1936*, tomo I, Madrid, 1974, págs. 134 y sigs.

(49) Las leyes de orden público, con este doble carácter, suponen el triunfo definitivo de las tesis moderadas que, sin embargo, no llegan a imponerse definitivamente hasta el triunfo de la revolución de 1868. Los progresistas, reacios a cualquier medida preventiva —aunque este punto es matizable—, tienen su ley de Orden Público en la de 17 de abril de 1821 «para la breve sustanciación de las causas y pronto castigo de los delitos contra la seguridad del Estado» que, a pesar de su carácter estrictamente procesal, es calificada por BAYO en su *Historia de la vida y reinado de Fernando VII* (Madrid, 1842, pág. 234) de «medida de terror». La ley sería puesta en vigor cada vez que los progresistas volvían al poder. Antes de 1870 hay otros intentos, unos con éxito, como el real decreto de 20 de octubre de 1835 sobre el estado de guerra, y otros fracasados, como el proyecto de «ley excepcional sobre los estados de sitio, guerra y prevención» de 1839 (Diario de sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1839, apéndice 3.º al núm. 18, sesión de 18 de septiembre, págs. 287-390) o el proyecto de Bravo Murillo en el marco de un intento de revisión total de la Constitución.

La previsión legal del régimen de suspensión de garantías se impone de modo definitivo con la ley de 20 de julio de 1870, que conoce distintas modificaciones entre las que destaca la ley de Defensa de la República de 1931. La II República tiene también su ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 —el 29 de agosto del mismo año quedaría derogada la de la Defensa de la República—, vigente hasta la de 30 de julio de 1959, que conocerá posteriores modificaciones de distinto signo.

En el contexto de la ley de 1870 y en los momentos anteriores, la Jurisdicción militar sólo era competente cuando se declaraba el estado de guerra o en tiempo de guerra. Su *normalización*, sin necesidad de los dos supuestos legales anteriores, arranca de la legislación antiterrorista de la Restauración y se consolida, en situaciones de normalidad constitucional, en la ley de Jurisdicciones de 1906.

Dado el carácter excepcional (50) y adjetivo de estas leyes, se utilizará también, como medida represiva y/o de prevención general, las posibilidades que concede la titularidad legal del Poder para crear tipos penales nuevos y/o para agravar la penalidad de los existentes.

El estado de excepción afecta fundamentalmente al ejercicio de los derechos. Es oportuno, por ello, trazar un breve esquema del sistema franquista de protección de las libertades. Según el artículo 33 FE, dicho ejercicio no puede atentar a la unidad espiritual, nacional y social de España, para lo cual el artículo 34 FE indica que «las Cortes votarán las leyes necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en este Fuero». Así encontramos que la mayor parte de los derechos han sido regulados por normas posteriores que en muchos casos ni siquiera gozan del rango de ley formal y que permiten la incidencia exagerada y a menudo abusiva del poder ejecutivo en el ejercicio de los derechos. De este modo se prima la defensa del aparato de Estado sobre la protección de los derechos ciudadanos. Los tribunales, más en concreto el Tribunal Supremo, han reforzado con sus actuaciones esta situación de debilidad de las garantías (51). La remisión del ejercicio de los derechos a condiciones de hecho apreciadas por la autoridad o el funcionario (conceptos jurídicos indeterminados), la dualidad de órdenes sancionadores, administrativo y penal, sin que el sobreseimiento o absolución en el segundo suponga lo mismo en el primero, la imposición de sanciones administrativas absolutamente desproporcionadas (su cuantía puede elevarse a siete millones y medio de pesetas), el arresto penal sustitutorio por impago de la multa administrativa, la exigencia de requisitos administrativos que se convierten en elementos constitutivos complementarios de capacidad jurídica, la tipificación de determinadas conductas del adversario político como conductas criminales... han fijado y en algún caso siguen fijando el cuadro de ejercicio de los derechos en situación de normalidad.

El estado de excepción queda regulado en el art. 35 FE. Lo declara el

(50) No obstante, todas las leyes de Orden Público tienen medidas que pueden adoptarse sin necesidad de suspender las garantías constitucionales. La Constitución de 1869 y la ley de 1870 consagraban el carácter excepcional de modo expreso, pero por circulares de 19 de junio de 1870 y de 10 de agosto de 1885 —es de notar el carácter legislativo ínfimo de estas normas aclaratorias que *interpretan* la ley— se dice que los artículos 11-15, relativos a la autoridad militar, no precisan suspensión de garantías para su entrada en vigor.

(51) Una exposición más amplia en J. PORRES AZKONA: «Orden público y poder ejecutivo», págs. 479-612 y 648-672, y en un artículo de próxima aparición, circunscrito a Jurisprudencia posterior a 1970, «Estado y libertad: la Jurisprudencia contencioso-administrativa de libertades públicas».

Gobierno mediante decreto-ley con una atípica especialidad que supone una clara *ruptura* constitucional. El art. 26 de la ley de Orden Público de 1959 exime al Gobierno de cumplir el trámite del art. 10,3 de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que exige audiencia previa de la Comisión del art. 12 de la ley de Cortes. El aparente respeto al principio de legalidad no es tal, puesto que el trámite lo exige también el art. 13 de la ley de Cortes y nada dice el art. 35 FE de su supresión.

La suspensión puede ser total en todo el territorio nacional y todas las garantías previstas en el art. 35 FE, o parcial, sólo en una parte del territorio nacional o sólo alguna de las garantías (art. 25 LOP); la declaración debe precisar estas circunstancias (art. 35 FE y art. 25 LOP), así como la duración de la medida. A este respecto, el art. 35 FE se limita a decir que será temporal, pero no precisa su duración máxima, si bien el art. 25 LOP parece reducirla a tres meses: «Si la normalidad no hubiere podido lograrse dentro de los tres meses siguientes a la declaración del estado de excepción, el Gobierno pondrá en conocimiento de las Cortes las razones que aconsejan su prórroga»; sin embargo, el decreto-ley de 26 de agosto de 1975 suspendía determinadas garantías por un período de dos años (disposición final segunda en relación a los arts. 13 y 14).

El papel de las Cortes es meramente pasivo. Se limitan a darse por enteradas de la preceptiva comunicación del Gobierno.

II.3.2. «*The martial Law*»

Tiene su origen en Inglaterra, aunque posteriormente se extenderá por todo el continente europeo y América. En su primer origen británico, su declaración suponía una alteración tal que los poderes estatales, especialmente los tribunales de justicia, resultaban ineficaces ante la alteración, en cuyo caso debía actuar el único poder todavía eficaz, el militar (52). Como indica C. Schmitt, la ley marcial señalaba un espacio libre para la ejecución técnica de una operación militar, en la que debe acontecer lo que sea necesario con arreglo a la situación de las cosas. Actualmente se han ampliado considerablemente las condiciones de fondo para su declaración, lo que no significa una total indeterminación y discrecionalidad: los tribunales y la costumbre han precisado su alcance.

(52) Una exposición de las alternativas de la ley marcial en Inglaterra y Francia a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, en C. SCHMITT: *La dictadura*, págs. 221 y siguientes.

En Inglaterra declaran la *martial law* las autoridades públicas que tienen cualquier responsabilidad en el mantenimiento del orden o la organización de la defensa. En Estados Unidos puede declararla la autoridad ejecutiva (el gobernador de cada Estado o el presidente en la Federación) o el Congreso, pero sólo a éste corresponde la suspensión del *habeas corpus* (art. 1,9,2 de la Constitución); su efecto fundamental es autorizar *day-to-day regulations* a la autoridad militar (53).

II.3.3. *Los plenos poderes*

Se trata de una técnica que, sin ser exclusiva de Inglaterra y Estados Unidos, ha sido utilizada preferentemente en estos países a fin de concentrar poderes en el Ejecutivo ante la debilidad del cuadro de medidas de la *martial law*. En esencia consiste en que el Parlamento delega competencias legislativas en el Gobierno (plenos poderes generales) o autoriza legislativamente medidas de policía distintas de las previstas con carácter ordinario, tendentes generalmente a atenuar las garantías de las libertades (plenos poderes ordinarios). Estas leyes suelen tener una limitación temporal.

Estos *special statutory powers* han sido concedidos con ocasión de las dos pasadas guerras mundiales. Así, en Inglaterra, las *Emergency Powers (defence) Act*, de 1939 y 1940, y en Estados Unidos *First War Powers Act*, de 1941, y *Second War Powers Act*, de 1942. Hay que señalar que el control parlamentario fue más riguroso en Estados Unidos (54).

En España cabe una posibilidad semejante al amparo del art. 51 LOE, que habla de autorizaciones expresas de las Cortes al Gobierno para que éste someta a la sanción del jefe del Estado disposiciones con fuerza de ley. Ahora bien, el art. 13 LC regula el decreto-ley con una amplitud tal que aceptar la vía del art. 51 LOE supone antes que una delegación una autolimitación del Gobierno. Dadas las características que reviste la protección de las libertades

(53) MUNRO: *The Government of the U.S.*, Nueva York, 1950, págs. 498-501. LASSWELL: *National Security an Individual Freedom*, Nueva York, 1950.

(54) Ambos países conocen igualmente una determinada regulación en abstracto de poderes excepcionales en tiempos de paz. Así, la americana *Emergency Detention Act*, de 1950, y la inglesa *Emergency Powers Act*, de 1920, para caso de huelga que amenace con privar a la comunidad o a parte de ella de los *essentials of life*. Puede consultarse sobre Inglaterra, BATES y FIELD: *State Government*, Nueva York-Londres, s/f, págs. 81 y sigs.; DICEY: *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, Londres, 1948, pág. 284 y sigs.; RIDGEST y FORREST: *Constitutional law*, Londres, 1950, págs. 254-258 y 399-400; WADE y PHILLIPS: *Constitutional law*, Londres, 1952, págs. 318-331

en España, a través del art. 13 LC pueden suspenderse permanentemente los derechos sin necesidad de invocar el estado de excepción. Aún más, el artículo 13 LC se convirtió en el cauce ordinario de creación jurídica de una determinada legislación penal substantiva conocida como legislación anti-terrorista.

Los plenos poderes ordinarios suponen así que las medidas especiales se adoptan en el seno del Estado de Derecho con respeto del principio de jerarquía legislativa y de las competencias del Parlamento, al tiempo que éste puede ejercitar su control del modo como son llevadas a cabo por el Ejecutivo.

II.4. *El silencio constitucional: la Constitución italiana de 1947*

Señalaba al principio que ni la actual Constitución italiana ni la ley Federal de Bonn recogían poderes extraordinarios para la defensa del Estado. Como sabemos, la situación ha cambiado en Alemania a partir de la ley de 28 de junio de 1968. A pesar de ello, la doctrina se muestra conforme en afirmar que el silencio constitucional no significa sin más la exclusión de dichos poderes (55). El hecho mismo de que Alemania haya regulado estas

(55) BALLADORE PALLIERI señala, para Italia, que «no hay nada que autorice el estado de sitio y nada que lo prohíba (...), la interpretación conduce a concluir que estamos en presencia no de un caso regulado para excluirlo de la Constitución, sino de un caso que la ley constitucional no ha previsto y regulado», *Diritto costituzionale*. Milán, 1972, pág. 401; la misma tesis es defendida por P. G. Grasso, «I problemi giuridici dello 'stato d'assedio' nell'ordinamento italiano», en *Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi delle scienze giuridiche e sociali*, núm. 136, Pavia, 1959, págs. 375 y siguientes; a la defensa de este mismo planteamiento, dominante en la doctrina italiana, dedica MORELLI su obra *La sospensione...*

También en Alemania la opinión doctrinal era mayoritariamente favorable a su admisión con anterioridad a 1968, aunque existían problemas teóricos en torno al alcance constitucional de los derechos muy semejantes a los planteados en Italia. Conviene recordar que en ningún caso el estado de necesidad legislativo alemán puede confundirse, ni siquiera ponerse en relación, con los poderes excepcionales del estado de necesidad constitucional: aquél es consecuencia del modo como se regulan las relaciones Gobierno-Parlamento y la moción de censura en la hipótesis de un Parlamento opuesto al canciller, pero sin que éste pueda ser sustituido por otro, lo que origina un riesgo de bloqueo en la actividad de los órganos del Estado como consecuencia de la libre actuación de los partidos políticos en el Parlamento. Esta y sólo ésta es la finalidad del estado de necesidad legislativo.

situaciones viene a justificar alguna de las ventajas que presenta la previsión constitucional de los poderes de crisis (56).

El debate sobre la posible admisión de poderes extraordinarios se centra en el análisis de la naturaleza y alcance de los derechos. Este punto de partida presenta ciertas dificultades teóricas en Alemania e Italia al firmar el art. 19,2 de la ley Federal de Bonn que «la esencia de los derechos es inatacable» y el art. 2 de la Constitución italiana de 1947 que «la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre»; a partir de aquí, el problema se centra en si pueden ser limitados o no los derechos. Por las razones ya señaladas, limitamos la exposición a Italia.

El punto de partida adoptado por los italianos es que la libertad es relevante no tanto como valor cuanto como valor reconocido en la Constitución (57) y protegido en la ley. Por ello, el art. 2 se convierte en el arranque de todos los análisis, partiendo de que la Constitución no puede ser analizada en abstracto ni aislando unas normas de otras. Como señala Morelli, «si determinadas enunciaciones en el contexto original tenían un valor fundamentalmente doctrinal y programático, las mismas, inscritas en un sistema jurídico diferente y en una estructura social distinta, pueden asumir una relevancia muy diversa» (58).

Las razones aportadas por la doctrina italiana para defender la coherencia de los poderes extraordinarios con la Constitución giran en torno a los siguientes puntos: a) el silencio constitucional fue casual (59); b) el art. 78 de la Constitución prevé que, en caso de guerra, las Cámaras conferirán al Gobierno los «poderes necesarios» para el cumplimiento de sus fines (60),

(56) Cfr. CAMUS: *L'état de nécessité...*, págs. 205 y sigs.; resume su planteamiento diciendo que «la política del avestruz es una mala política».

(57) Desde este punto de vista, THOMA, en base a la Constitución de Weimar, ha establecido la siguiente clasificación que relaciona los derechos con las garantías que establece la Constitución: 1. *Derechos con fuerza constitucional*, que encuentran su única garantía en la Constitución; pueden ser de *primer grado*, cuando no pueden ser suspendidos en ningún caso, y de *segundo grado*, si cabe esta posibilidad en situaciones excepcionales; 2. *Derechos con fuerza ordinaria*, cuando su protección requiere una ley que los desarrolle; 3. *Derechos fluctuantes*, cuyo ejercicio viene limitado por conceptos jurídicos indeterminados interpretados en cada caso por el poder ejecutivo. El valor de la presente clasificación es indudable a la hora de analizar el carácter de la protección de las libertades públicas en el ordenamiento.

(58) MORELLI: *La sospensione...*, pág. 20.

(59) Cfr. nota 4.

(60) PERGOLESSI señala que los poderes legislativos del Gobierno en base al art. 78 no tienen los límites del art. 76, o al menos no son tan rígidos. El art. 76 señala que el ejercicio de la función legislativa no puede ser delegado al Gobierno, sino con deter-

y puesto que los riesgos para el Estado pueden proceder no sólo del exterior, sino también del interior, no es concebible que en este segundo caso no estén reconocidos poderes (61); c) como indica Morelli, «es preciso tener en cuenta que los derechos son relevantes en cuanto son recogidos en el ordenamiento jurídico, y en el ordenamiento italiano se reconocen límites inmanentes. Admitido también que el Estado es para el individuo, la existencia del Estado es necesaria para el ejercicio de la libertad individual; por consiguiente, los derechos de los individuos encuentran límites en la necesidad de garantizar la existencia del Estado» (62).

El titular de estos poderes será el Gobierno (63), que los asumirá mediante

minación de los principios y criterios directivos y sólo por tiempo limitado y para objetos definidos, *Diritto costituzionale*, vol. I, Padua, 1962; BARILE defiende la misma tesis en *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padua, 1953, pág. 105, e igualmente MORTATI: *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padua, 1952, págs. 342-343; VITTA: *Diritto amministrativo*, Turín, tomo I, 1948, pág. 45.

(61) Aunque acepten la tesis favorable a la admisibilidad de los poderes extraordinarios, hay quienes, como BARILE y STELLACCI, no aceptan el planteamiento análogo.

(62) *La sospensione...*, págs. 309 y sigs.

Un análisis de los límites de los derechos en el ordenamiento italiano en BARILE: *Il soggetto privato*, págs. 6-76, y BALLADORE PALLIERI: *Diritto costituzionale*, págs. 393 y sigs. Este carácter limitado de los derechos ha sido repetidamente aceptado por la Jurisprudencia italiana al decir que la libertad individual «debe desarrollarse de modo que no ponga en peligro la seguridad entendida como garantía de una vida civil normal en un orden democrático». Hay que señalar que en ausencia de normas que regulen la actividad del Gobierno en estas situaciones hay una serie continuada de normas que regulan la actividad ordinaria de Policía. Pueden consultarse en A. JANNITTI-PIROMALLO: *Manuale delle legge di pubblica sicurezza*, Milán, 1953, y en J. LEGUINA y J. SALAS: «El nuevo proyecto de ley de seguridad pública en Italia», R. A. P., número 53, 1967, págs. 513-548.

La última ley tiene fecha de 22 de mayo de 1975, «Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico»; un comentario de la misma en VIGNA-DELLA GAMBA: *La legge sull'ordine pubblico*, Milán, 1975. Para ambos autores, «la razón que está en la base de la ley es aportar un instrumento eficaz de defensa contra la criminalidad común y política (...). La ley no presenta un contenido unitario (...) conteniendo, por ejemplo, disposiciones de defensa de las fuerzas del orden (uso de armas...), contra los delitos de naturaleza fascista, normas de carácter procesal y otras medidas de prevención» (*op. cit.*, página 1), tales como limitaciones a la libertad condicional en determinados casos, prohibición de hacer uso de cascos o máscaras en manifestaciones... La ley es, en sustancia, una modificación del Código penal, la ley de 20 de junio de 1952 (ley Scelba contra el fascismo), las leyes de 27 de diciembre de 1965, 31 de mayo de 1965, 7 de octubre de 1969...

(63) Para MORELLI no puede ser el presidente de la República, pues en su tesis

decreto-ley en base al art. 77,2 de la Constitución (64). Esta vía permite en mejor medida el control por el presidente de la República (art. 87), por las

el presidente no es guardián de la Constitución; ni el Parlamento, porque ésta no es su función y el pluripartidismo dificultaría tomar decisiones rápidas.

(64) Esta es la tesis dominante en la doctrina italiana, aunque es preciso señalar determinadas concreciones por las dificultades que presenta el análisis del art. 77. Su texto es el siguiente:

«Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.

Quando, in casi straordinarii di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere, che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolarse con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.»

La discusión en torno al art. 77 se ha centrado en torno a los siguientes aspectos: 1. Si la contraposición entre «valore di legge ordinaria» y «forza di legge» dan lugar a normas de distinto carácter; 2. El problema de la conversión en ley; se habla de ley ordinaria, pero el objeto es constitucional, por tanto, ¿el cauce es el art. 138 o el artículo 77?; 3. Si cabe hablar de otra necesidad distinta a la que indica el artículo. Todo ello en el marco de una abierta desconfianza al decreto-ley en materia constitucional junto al hecho mismo de que el art. 77 se inscribe, en un análisis sistemático de la Constitución, en el tít. I de la parte II, dedicado al Parlamento en la sección relativa a la formación de las leyes (ordinarias). Un análisis de todos estos aspectos en V. DI CIOLO: *Questioni in tema de decreti-legge*, parte I, Milán, 1970, págs. 19-32 y 111-136.

Podemos resumir la posición dominante en la defendida por DI CIOLO. Es preferible en cualquier situación de emergencia, en la medida de lo posible, utilizar el cauce del art. 77 y sólo debe utilizarse la necesidad como fuente en los casos en que no sea absolutamente posible adoptar la vía del art. 77 (*op. cit.*, pág. 123). BALDRE-PALLIERI afirma, en primer lugar, que dado el carácter con que se regulan las libertades y el mismo art. 78 hay que mantener que debe regularse la suspensión por ley o bajo control parlamentario, y sólo en caso de urgencia puede declararlo el Gobierno por decreto-ley, que deberá ser convalidado por las Cámaras: el decreto-ley se anticipa al procedimiento legislativo ordinario (*Diritto costituzionale*, págs. 401-402). Como señala DI CIOLO, la actuación del Parlamento si han desaparecido las circunstancias que lo motivaron, equivaldría a estabilizar los efectos producidos y a liberar al Gobierno de su responsabilidad (*bill of indemnity*) (*op. cit.*, pág. 126). Si las circunstancias se prolongan, LAVAGNA apunta que cabrían sucesivos decretos-leyes del Gobierno a solicitud del Parlamento, cada sesenta días (*Istituzione di Diritto Pubblico*, Milán, 1966, pág. 654). MORELLI plantea el caso de que el Parlamento no pueda reunirse y recurre solapadamente a la necesidad como fuente del Derecho —posibilidad criticada anteriormente—, al afirmar que el decreto-ley no pierde su fuerza por el transcurso de los sesenta días, pues se trata de un «caso extraordinario» que debe ser justificado por la posibilidad de una organización diversa para los casos excepcionales (*La sospensione...*, pág. 312).

cámaras (anular la decisión y plantear la moción de censura) y el Tribunal Constitucional (art. 134 en relación a los arts. 90 y 96).

II.5. *La prohibición constitucional de suspender la Constitución: la Constitución belga*

El art. 130 de dicha Constitución prohíbe expresamente la suspensión total o parcial de la Constitución, lo que no es óbice para recurrir a otros mecanismos constitucionales a fin de conceder poderes extraordinarios al Ejecutivo (65), aunque tal vez, como se ha hecho notar, no sea adecuado hablar de delegación, pues si «los poderes se ejercen conforme a la Constitución» (art. 25), la delegación no cabría en principio. Así, el art. 26 indica que el poder legislativo se ejerce colectivamente por el Rey y las Cámaras y el art. 67 indica que el Rey hace los reglamentos sin poder suspender las leyes; pero también se dice que las competencias del Ejecutivo y del Legislativo no están fijadas de modo inmutable (art. 78), por lo que, «en virtud de una tradición constante, el legislador goza del derecho indudable de atribuir competencia (temporal o indefinida) al poder ejecutivo en materias que, hasta el momento, le eran extrañas» (66). Hay un uso continuado de dicha atribución de competencia en materia fiscal, campo clásico de la reserva de ley.

Junto a esta posibilidad de delegación (plenos poderes), en tiempo de guerra (67) el rey ha invocado el derecho de necesidad para invadir el campo de la ley y sin necesidad de una ley previa de plenos poderes. El rey durante la primera guerra mundial ejerció el poder legislativo por medio de *arrêts* que fueron convalidados posteriormente por la jurisprudencia (68).

(65) Aunque la Constitución prohíbe adoptar medidas preventivas con respecto a algunas libertades, es normal el recurso a la ley ordinaria para regularlas. Las reformas propuestas en los últimos tiempos inciden también en esta garantía parlamentaria, es decir, en requerir ley formal que regule los derechos. En alguna ocasión se han enfrentado ambas Cámaras sobre este supuesto. Sobre el problema, P. STEXHE: *La révision de la Constitution belge, 1968-1971*, Namur-Bruselas, 1972, págs. 406 y sigs.

(66) Cfr. H. SPEYER: *La Réforme de l'État en Belgique*, Bruselas-París, 1927, páginas 107-111.

(67) La guerra ha sido entendida por la Jurisprudencia belga de la siguiente manera: «Hay un paralelismo absoluto entre el tiempo de guerra y la movilización del Ejército», cit. por P. STEXHE, *op. cit.*, pág. 339.

(68) En base al art. 107 de la Constitución, los tribunales ejercen un control sobre los *arrêts* y reglamentos. Sobre el caso concreto de estos poderes en tiempos de guerra, A. BUTTGENBACH: «La pratique de pouvoirs spéciaux et le Droit constitutionnel de la Belgique», ReDP, 1939, págs. 80 y sigs.

La reforma de 15 de enero de 1968 ha introducido en un nuevo art. 131 bis la novedad interesante de prohibir la modificación de la Constitución, incluso a través del procedimiento previsto, en tiempo de guerra ni cuando las Cámaras se encuentran impedidas de reunirse libremente sobre el territorio nacional.

III. CONDICIONES DEL RECURSO A LOS PODERES EXTRAORDINARIOS PLANTEAMIENTO GENERAL

En base al análisis anterior del Derecho comparado, el planteamiento que ofrezco se basa en tres puntos. En primer lugar, no admite duda razonable el derecho del Estado a defenderse. Así lo corroboran los distintos sistemas reseñados incluso en aquellos casos en que la misma Constitución prohíbe su suspensión, si bien entiendo que es preferible la regulación constitucional al silencio. La previsión constitucional evitará estériles discusiones sobre su admisibilidad y alcance y, lo que es más importante, se sientan las bases del control sobre el titular beneficiario de dichos poderes. Sin control, la defensa del Estado puede posibilitar, bajo apariencias de legalidad, la dictadura institucionalizada y la defensa de intereses de grupo o clase. El art. 48 de la Constitución de Weimar debe estar siempre presente, como espejo oscuro, cuando se habla de la defensa extraordinaria del Estado. Es precisamente la ausencia de controles el riesgo fundamental que presenta la previsión constitucional del estado de necesidad; un riesgo tal para la democracia que no guarda proporción con sus posibles ventajas. No hay duda, por otro lado, de que en una situación auténticamente límite para la supervivencia del Estado, un ataque atómico, por ejemplo, el Estado va a actuar con o sin cauce jurídico, sin que, sigamos con el ejemplo, se espere a que el Parlamento decida sobre la declaración de guerra (69). La posible conveniencia de regular jurídicamente esta situación u otras semejantes no pueden hacer olvidar que el mismo cauce jurídico podría servir en situaciones menos dramáticas. Si el ejercicio del poder adopta cada vez más unas características más personalizadas, el estado de necesidad aparecerá siempre como un recurso cómodo, propicio a la personalización sin barreras ni controles.

(69) En esta situación, que el Parlamento haya de declarar la guerra es otro atavismo de tiempos en que la guerra se basaba exclusivamente, o casi exclusivamente, en la movilización de hombres. Esto no significa sin más que deba desaparecer la declaración de guerra como facultad parlamentaria.

El estado de necesidad no conoce más moderación, como anteriormente decíamos, que el carácter democrático del titular del poder; descansar en esta esperanza es peligroso cuando, al mismo tiempo y como hemos visto, existen otros mecanismos más respetuosos con el cuadro formal del Estado de Derecho, a través de los cuales pueden conseguirse los mismos fines. Por estas razones rechazo el estado de necesidad reclamando en todo momento, con las precisiones que haremos, la intervención parlamentaria. Unido a esta cuestión, se puede cuestionar si la adopción parlamentaria de este tipo de medidas debe gozar de un quorum cualificado, como en Alemania, para evitar el riesgo de un posible abuso de un gobierno parlamentario con apoyo en la mayoría o si es suficiente el quorum con que se adoptan las decisiones ordinarias. Lo que es preciso mantener es que la concentración de poderes en un órgano del Ejecutivo supone una alteración del funcionamiento ordinario de la competencia legislativa (principio de jerarquía legislativa) que no debe suponer la exclusión de la intervención del Parlamento, cuando las circunstancias lo hagan posible, tanto en la declaración de dichos poderes como en las medidas a adoptar.

En segundo lugar, la defensa extraordinaria del Estado suele llevar aparejada la suspensión de determinadas garantías de los derechos, pero nunca se deberá atentar a la independencia del poder judicial ni a las garantías procesales. La garantía primordial en este sentido ha de ser la prohibición de modificar la organización judicial con la creación de tribunales o jurisdicciones especiales (70).

(70) Los tribunales y jurisdicciones especiales se caracterizan por una disminución de garantías procesales a través del eufemismo «procedimientos de urgencia». GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA indican a este último respecto: «El carácter secundario del Derecho procesal penal con relación al Derecho penal sustantivo no debe entenderse en el sentido de que ambos hayan de estar informados por los mismos principios y sometidos a las mismas corrientes. El fin del proceso criminal es la actuación o realización del derecho material, no el fin mismo de este último derecho. La distinción podrá parecer sutil, pero cobra toda su importancia práctica cuando, más o menos conscientemente, se pretende que cambios de intensidad o dirección en la sanción punitiva hayan de reflejarse en la estructura formal del proceso. Es achaque corriente que se manifiesta a menudo en leyes penales especiales y sobre el que bastaría apuntar a los llamados «procedimientos de urgencia», suponer que cuando la defensa social exige una mayor severidad en la sanción de las conductas de los individuos y establecer más figuras de delito y penas más graves, desaparezca o disminuya con ello el interés *del Estado* en la cuidadosa y más fiel comprobación de estas conductas. Pero tal cosa no es cierta. Si se quiere en otros términos: un Derecho penal más «autoritario» no supone en modo alguno un proceso penal menos «liberal». Incluso puede afirmarse que cuanto mayor sea la severidad y amplitud en la ingerencia de la colectividad a

En tercer lugar, el titular de los poderes extraordinarios no puede revisar la Constitución al margen del procedimiento previsto por la propia Constitución. Sería deseable que la Constitución recogiera expresamente este impedimento con un alcance aún más amplio que el que recoge la Constitución belga.

A continuación analizamos en un planteamiento global las características del alcance y control de las medidas extraordinarias.

III.1. *Imposibilidad de revisar la Constitución y límites a la suspensión*

La cuestión relativa a la posible revisión de la Constitución se ha planteado en aquellas que recogen el estado de necesidad, principalmente en Francia. Existe una práctica unanimidad en que el presidente francés no puede revisar directamente la Constitución en base a los poderes del artículo 16 (71). Morelli centra acertadamente la discusión al preguntarse si cabe la revisión a fin de evitar la *causa* de los desórdenes; el deseo de revisar puede encontrar su razón, continúa Morelli, en la existencia de partidos que tienden a la superación de las actuales estructuras del Estado, con lo que cabría pensar que «las instituciones de la República» están gravemente amenazadas de modo permanente (72). Los constitucionalistas franceses han basado la negativa de esta facultad al presidente en: a) sus poderes no son ilimitados y debe ejercerlos en el cuadro legal previsto; como señala Burdeau, «no tiene la plenitud del poder constituyente, por su misma esencia es un poder limitado»; b) el fin de los poderes del art. 16 es «asegurar a los poderes públicos constitucionales, con la menor dilación, los medios de cumplir su

través del Derecho penal en la esfera de los derechos de los individuos, mayor ha de ser el interés público en la escrupulosa comprobación de la necesidad *concreta* de la ingerencia. El proceso penal sirve al Derecho penal con sus propios medios y obediendo a sus propios principios. Pero de la bondad intrínseca de su regulación depende la realización efectiva del fin del Derecho penal tanto o más que de la regulación sustantiva misma. Según una frase feliz de GOLDSCHMIDT (*Prozess als Rechtslage*, pág. 343), «vale más *mejorar* la policía judicial que *agravar* la amenaza de la ley penal» (*Derecho penal procesal*, Madrid, 1968, págs. 12-13).

(71) Una sucinta exposición de dicho debate, en VOISSET: *L'article 16...*, páginas 67-69.

(72) MORELLI: *La sospensione...*, pág. 254. La respuesta de MORELLI es negativa incluso en este caso. El fin de los poderes del art. 16 es hacer frente al desorden únicamente; la eliminación de sus causas será, en todo caso, competencia de los «poderes públicos constitucionales».

misión». Esta es la tesis que hemos mantenido sobre el art. 10 d) LOE. La idea de que los poderes excepcionales sólo se justifican a fin de restablecer la normalidad (orden institucional, orden establecido) es la razón fundamental dada por todos los teóricos, no sólo franceses, para no reconocer esta posibilidad al titular de los poderes de excepción.

Sí cabe, en cambio, la suspensión temporal de la Constitución cuando las facultades ordinarias de policía son manifiestamente insuficientes ante la crisis, pero sólo en aquellos aspectos que pueden suponer una dificultad real para la restauración del orden. La suspensión es una medida que sólo se justifica como *último recurso*. No cabe confundir ni formal ni materialmente poder de revisión y poder de suspensión. El primero se atribuye con exclusividad al titular constitucional del poder constituyente, no tiene limitaciones y, por su propia naturaleza, sus efectos son de duración indefinida. La suspensión tiene por finalidad la no aplicación temporal de algunas normas constitucionales; por tanto, es un poder limitado y condicionado en su declaración y ejercicio al restablecimiento de la normalidad constitucional. Veamos alguna de estas limitaciones.

En primer lugar, no cabe introducir modificaciones en la organización judicial que atenten a su independencia o atenúen, de cualquier manera, las garantías procesales del inculpado. La defensa del Estado puede exigir la concentración de poderes en el Ejecutivo y/o la introducción de controles *preventivos* de las libertades; la intervención judicial, en cambio, se produce siempre *a posteriori*, no es preventiva, sino represiva, lo que supone que el desorden presuntamente producido por el inculpado ha desaparecido. Sólo cabe aceptar procedimientos de urgencia cuando no suponen merma del derecho de defensa, en la hipótesis de que aceptemos que, en base a la publicidad del procedimiento y la sanción, el procedimiento de urgencia es una medida más de prevención general. En segundo lugar, la aplicación de las medidas debe ser también en este momento restrictiva (73), esto es, debe seguir primando el principio de legalidad de los delitos y las penas, del que no pueden quedar excluidas las medidas administrativas; consiguientemente, también en esta situación debe primar el principio de defensa de la libertad y la seguridad jurídica, manteniendo en lo posible y razonable la separación de poderes y el principio de igualdad de todas las opciones de poder (igualdad ante la ley de Gobierno y oposición), lo que debe impedir, en todo caso, identificar la seguridad del Estado con la seguridad del grupo en el poder.

(73) En contra M. DRAN: *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, París, 1968, pág. 495.

Sólo así se justifican «las plusvalías políticas adicionales», por ello tampoco podrá modificarse por el titular de los poderes de excepción el procedimiento electoral con vistas a asegurar la preeminencia del grupo en el poder, aspecto que debe ser mantenido aunque la Constitución formal no regule ni señale las bases de la normativa electoral. Finalmente, si la suspensión se justifica a fin de hacer posible el funcionamiento de los poderes jurídicos ordinarios, sólo deben suspenderse aquellas normas que pueden impedir o dificultar la defensa efectiva del Estado. No hay razón, por ejemplo, para que el Parlamento no conserve en esta situación la competencia de aprobar el presupuesto.

¿Cabe revisión parcial siguiendo el procedimiento establecido en la Constitución? Frente al criterio mayoritario, mi respuesta es negativa (74) aun en el caso de que el Parlamento pueda reunirse y la revisión sea sometida a la aprobación popular, y creo que la Constitución debía establecer expresamente la prohibición siempre que los poderes extraordinarios supongan la suspensión o atenuación de las garantías de las libertades de reunión, asociación y expresión o cuando el Parlamento no pueda reunirse en territorio nacional. En un cuadro de poderes reforzados, el grupo en el poder puede sentirse tentado a pensar que en esas condiciones sólo el reforzamiento del (*su*) poder puede mantener el orden; de aquí a legalizar indefinidamente esta situación hay un paso y la sutileza de los juristas ofrecería mil alternativas. En términos generales, no puede comprenderse que un referendun sea tal cuando las libertades fundamentales están coartadas.

III.2. *Condiciones de fondo*

El deseo de precisar estas condiciones parte de que las mismas hacen legales medidas que en otra situación no lo serían. Sin embargo, la construcción doctrinal de dichas condiciones es más retórica que efectiva: a peligros abstractos e indeterminados corresponde una regulación igualmente abstracta e indeterminada, lo cual es evidente en la primera condición requerida por todos: alteración grave e inmediata para la vida del Estado. La segunda es ya más precisa al requerir que las medidas ordinarias previstas sean insuficientes para hacer frente a la alteración. Sólo cabe recurrir a medidas extraordinarias en estas condiciones siempre que la eficacia se conjugue con el máximo respeto posible a los principios democráticos.

(74) En contra, VOISSET: *L'article 16...*, págs. 78-79.

III.3. *Condiciones de forma y control*

Ante la difícil juridificación de las condiciones de fondo, adquieren una especial relevancia las condiciones de forma al sentar las bases del control sobre el titular de dichos poderes. Entre estas condiciones conviene destacar todas las que implique, en el grado y momento que sea, subordinación del titular de los poderes de excepción a otro órgano constitucional. Como señala Camus, aunque lógicamente no las acepta en su defensa del Estado de necesidad, «es relativamente fácil fijarlas de modo suficientemente explícito para que su violación aparezca inmediatamente a plena luz, lo que constituye una sólida garantía de su respeto» (75). No conviene olvidar, al insistir machaconamente en que la suspensión sólo puede ser invocada por el órgano llamado a restablecer la normalidad, que es fundamental y previo a cualquier discusión sobre el tema precisar quién decide en última instancia. La presunción de realizar el interés público debe alcanzar, en principio, a todos los órganos constitucionales y no sólo al Ejecutivo.

Fijar los tipos posibles de control requiere previamente definir la naturaleza de la decisión primera, de las decisiones de aplicación y de las medidas de ejecución.

En cuanto a la decisión primera y las decisiones de aplicación caben dos preguntas: ¿es un acto político, administrativo o *sui generis*?, y ¿es un acto de naturaleza ejecutiva o legislativa? Ambas cuestiones conectan directamente con un eventual control jurisdiccional, pues no hay duda sobre el carácter judicial de las medidas administrativas de ejecución.

La naturaleza política de la decisión es aceptada prácticamente de modo unánime, sin que de aquí hayamos de concluir la ausencia de todo control, si bien éste dependerá en todo caso de la propia Constitución. Tanto la declaración como las disposiciones de aplicación presentan dificultades a este respecto por la amplitud con que las constituciones regulan estos poderes y la oscuridad con que fijan las condiciones de forma cuando dicha competencia se reconoce al jefe del Estado o al Gobierno. Hay quien mantiene su naturaleza administrativa, como la tradición francesa hasta 1958; quienes piensan que son actos políticos en base a la distinción entre función administrativa y función política y sustraídos a cualquier control jurídico; quienes mantienen que la naturaleza política de dichos actos no obstaculiza su control jurídico, ya porque se trata de actos administrativos en el ejercicio de la función polí-

(75) *L'état de nécessité...*, pág. 259.

tica o bien porque dichas decisiones deben ser adoptadas en el marco de los principios generales del Derecho. Finalmente, una tesis intermedia se fija en el carácter legislativo o ejecutivo del acto, lo que dará lugar a tipos distintos de control (76). El tema es relevante a nivel doctrinal, no tanto a nivel constitucional si los poderes están regulados de modo preciso. La alternativa que presentamos trata de obviar esta dificultad.

Por su naturaleza, ¿es un acto del Legislativo o del Ejecutivo? Se aportan dos tipos de razones a favor del reconocimiento de estos poderes al Ejecutivo. Camus parte de que en este momento ha de primar la *eficacia*, «representatividad y eficacia son muy a menudo conceptos antitéticos» (77), y para probar que el Ejecutivo es un órgano más eficaz acumula innumerables dificultades al funcionamiento parlamentario; así llegará fácilmente a la justificación del estado de necesidad. Morelli no olvida razones de eficacia, como italiano insiste en el pluripartidismo parlamentario, pero las coloca en segundo lugar; resaltarán, en cambio, la *naturaleza* de la actividad: a) determinar la naturaleza del acto requiere determinar la naturaleza del órgano que ejercita tal poder; la ciencia política moderna, la práctica política y las propias Constituciones están conformes en que el Ejecutivo no se reduce a la pura ejecución de las leyes; además la función de «dictador» se aproxima más a la idea de gobierno; b) tradicionalmente se atribuye al Ejecutivo la competencia de velar por el ordenado desarrollo de la vida pública y adoptar las medidas necesarias para ello, y c), el punto central de la argumentación de Morelli, «la suspensión no se refiere, *per se*, ni a la existencia ni a la validez de la norma, sino sólo a su eficacia. Como consecuencia de la suspensión, una norma no deja de formar parte del ordenamiento jurídico» (78).

De todos modos, las razones de eficacia que aconsejan que la suspensión se produzca en beneficio del Ejecutivo no pueden constituir un obstáculo insalvable para la intervención del Parlamento, a no ser que se confunda entre creación del Derecho y realización del Derecho. La tesis de Morelli de que la suspensión no afecta a la existencia y validez de la norma, sino sólo a su eficacia, me parece inconsistente, en exceso formalista y peligrosa (79). Por este camino se puede suspender indefinidamente la Constitución,

(76) Así, el *arrêt Rubin de Servens* del Consejo de Estado francés de 2 de marzo de 1962. El Consejo de Estado se declaró incompetente por la naturaleza legislativa del acto, lo que *a sensu contrario* abría la puerta de una posible fiscalización cuando la naturaleza sea administrativa.

(77) *L'état de nécessité...*, pág. 211.

(78) *La sospensione...*, págs. 230-235.

(79) El mismo concepto de principios generales del Estado de Derecho, como

o de tiempo en tiempo sin solución de continuidad, estableciendo un sistema de relaciones de poder radicalmente distinto... permaneciendo la Constitución en su íntegra validez formal. Una norma sin eficacia puede constituir una expresión hermosa pero difícilmente será una norma jurídica y, aunque formalmente puede distinguirse entre revisar y suspender, ambas competencias manifiestan un solo poder, el del Estado.

En base a la exposición desarrollada se puede ofrecer una nueva posibilidad de organización de dichos poderes, prevista en cierta medida en la regulación francesa del estado de sitio.

No hay dificultad para que sea el Ejecutivo el órgano llamado a beneficiarse de la concentración de poderes y la misma experiencia constitucional muestra que así ocurre en todos los casos; esta afirmación de principio no debe concluir en la exclusión de todo tipo de control parlamentario en la adopción de dichas medidas. Como recuerda Duverger, a propósito del artículo 16 francés, el riesgo reside en un «Presidente sin escrúpulos». Igualmente hay que tener en cuenta que el lento funcionar del Parlamento puede ser motorizado con procedimientos de urgencia. La intervención viene exigida en unos casos porque los poderes de excepción inciden en la reserva legislativa con todas las consecuencias que de aquí derivan; en otros porque las medidas excepcionales previstas en leyes especiales para estas circunstancias, por ejemplo, una ley de Orden Público, suponen la opción entre un régimen legal u otro lo que aconseja también la intervención. Este segundo supuesto que es el español por antonomasia, en su apariencia de mayor conformidad con el esquema formal del Estado de Derecho encierra una deficiencia, las medidas previstas pueden ser inadecuadas ante alteraciones y formas concretas de criminalidad que pueden requerir una regulación legislativa diferente, a la que no debe ser ajeno el Parlamento (80).

¿Cuándo debe intervenir el Parlamento? ¿Desde el primer momento como *conditio sine qua non*, o luego de unos días de su declaración por el Ejecutivo? Teóricamente parece más correcta la primera solución, pero, dada

límite al ejercicio de estos poderes, adquiere en MORELLI un carácter puramente formalista al olvidar la naturaleza real del poder y de la práctica política.

(80) Esto no es una hipótesis. La Restauración y la II República aprobaron diversas leyes represoras de delitos cometidos por medio de armas y explosivos o su apología por la prensa («legislación antiterrorista»). Al margen del juicio que merecen estas leyes, hay que recordar que se trataba de leyes formales con vigencia generalmente limitada a un año. A partir de 1939, esta legislación, que, no olvidemos, es penal-substantiva, va a tener su cauce formal fundamentalmente en el decreto-ley, con vigencia ya indefinida y con la misma atribución de competencia a la jurisdicción militar.

la naturaleza de la medida, siempre es posible una falta de acuerdo entre Gobierno y Parlamento, lo que podría retrasar su entrada en vigor; además, en algunos casos la alteración puede presentar rasgos que requieren una respuesta inmediata de los órganos del Estado. Me inclino así, siguiendo un sistema ya existente en Derecho comparado, por aceptar un margen de maniobra del Ejecutivo que será quien declare la entrada en vigor de dichos poderes sobre la que el Parlamento deberá pronunciarse en un breve plazo; por ejemplo, cinco días en la *Emergency Powers Act* inglesa de 1920; doce días en el estado de sitio en Francia (art. 36 Const.).

Puede ocurrir que la alteración impida la reunión del Parlamento. Es una de las razones generalmente aportadas a favor de la admisión del estado de necesidad. En este caso cabría prolongar la medida inicialmente adoptada por el Ejecutivo más allá del plazo ordinario en que debe producirse la decisión parlamentaria e incluso recurrir a decretos-leyes de urgencia condicionados a la posterior reunión y decisión parlamentaria. A excepción de este último caso, que supone un reconocimiento limitadísimo del estado de necesidad, y que debe estar *previsto expresa y excepcionalmente* en la Constitución, hay que recordar que el régimen de policía tanto en situaciones de excepción como de normalidad ha de ser un régimen legal (81), lo que supone que las actuaciones del Ejecutivo previas a la decisión parlamentaria han de estar *siempre y en todo caso previstas por ley formal previa*.

La intervención parlamentaria ha de venir acompañada de determinadas garantías del funcionamiento del Parlamento, lo que requerirá en un modelo parlamentario: prohibición de disolver las Cámaras mientras estén en vigor las medidas de excepción; plena efectividad de la moción de censura y reunión de pleno derecho arbitrando mecanismos para los casos en que el Parlamento estuviere disuelto. Hay que evitar que se disuelva con anterioridad a las medidas, en fraude de Constitución, a fin de evitar el control.

Finalmente queda por plantear la conveniencia del control de constitucionalidad sobre la declaración y las medidas generales de aplicación que tienen carácter de ley. A mi modo de ver, el control de constitucionalidad, institución plenamente válida en situación de normalidad e incluso en situaciones excepcionales frente a decisiones de la autoridad administrativa que invaden el campo constitucional, no debiera intervenir en esta cuestión netamente política. El mismo Tribunal Supremo americano ha excluido de su

(81) Cfr., en este sentido, L. DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo III, Paris, 1923, págs. 604-608.

competencia, aunque con ciertas vacilaciones, las denominadas *political questions* (82).

Se peca de juridicismo y formalismo en el análisis del Estado de Derecho cuando se afirma que todo control ha de ser también y siempre jurisdiccional. A veces se reduce inconscientemente el funcionamiento de los poderes constitucionales a una contraposición entre represión y abuso de poder, al menos peligro-de, y libertad, contraposición protagonizada, por un lado, por Ejecutivo y Legislativo, y por otro, por el Judicial. Desde la perspectiva ideológica del Estado como poder neutro, la presunción de realizar el interés público debe alcanzar a todos los órganos del Estado. Desde la práctica política, el poder judicial es también un aparato de Estado inserto, por tanto, en las prácticas de poder de dicho Estado. La independencia personal y funcional de la Judicatura que se esgrime como garantía de la libertad no significa sin más que nos encontremos ante un poder neutral en el conflicto Estado-ciudadano. El juicio de constitucionalidad plantea siempre la posibilidad de que la decisión aparentemente jurídica por el deber que tiene el Tribunal constitucional de velar por la Constitución y por la propia apariencia del procedimiento a seguir encubra en realidad una decisión política. El peligro es más claro en estas circunstancias, pues se trata de determinar el alcance de determinados conceptos jurídicos indeterminados. El juicio de subsunción podría convertirse así en un juicio de valor en el que la decisión de un órgano, el Tribunal constitucional, se impone frente a la decisión del Ejecutivo o Legislativo, lo que en la práctica equivaldría a un traslado de competencias absolutamente atípico en el Derecho constitucional comparado y en la historia constitucional.

III.4. *La limitación temporal*

La provisionalidad de las medidas exige que tengan una limitación temporal que no puede prolongarse más allá de las circunstancias que las motivaron. Esto es especialmente importante en el caso de estado de excepción y ha de afirmarse también de las leyes de plenos poderes. La limitación debe constar de modo expreso en la Constitución y en el texto legal que las declara o regula. La decisión de poner fin al régimen excepcional debe

(82) El concepto americano de *political questions* es definido como «cuestión que hace referencia a la posesión del poder político, de la soberanía, del Gobierno, sobre la cual decide el Gobierno y el presidente y cuyos acuerdos ligan a los tribunales». Una exposición del tema en SÁNCHEZ AGESTA: *La función constitucional del juez*, Madrid, 1967.

ser *pública* por razones de seguridad jurídica. La prórroga de las medidas deberá adoptarse siempre por el Parlamento atendidas las razones que el Gobierno estime oportunas (83).

JUAN A. PORRES AZKONA

(83) Redactadas estas páginas conocemos el texto del primer borrador constitucional (*El País*, 27 de noviembre de 1977). En base a dicho texto, y en lo relativo a nuestro tema, puede decirse con carácter general que su regulación es sumamente confusa y su procedimiento complejo, sin justificación suficiente en los abusos cometidos por el régimen anterior. Aún más; estos abusos debieran haber llevado a una regulación mucho más cuidadosa... por caminos distintos se puede volver a primar al Ejecutivo. Esta crítica inicial no obsta el reconocimiento de sus aspectos positivos. Así no parece haber pie legal alguno para el estado de necesidad aunque sería deseable una mayor precisión del estado de alarma; el art. 129 no sólo prohíbe la reforma constitucional en estas circunstancias, sino incluso cualquier trámite encaminado a la misma; el art. 125, 5.º, mantiene íntegra la responsabilidad del Gobierno en estos momentos; las normas electorales quedan excluidas, en todo caso, de la regulación por decreto-ley (art. 79)...

Sin embargo, y junto a estos aspectos, hay una cuestión difícilmente comprensible: la distinción sistemática del art. 73 entre normas que desarrollan los derechos y «normas básicas en materia de orden público». La distinción no es irrelevante si pensamos que el art. 79 excluye los derechos y deberes del campo del decreto-ley, pero no dice nada sobre las normas de orden público que, en su esencia, son siempre una *regulación legal* extraordinaria, y muy a menudo ordinaria, de los derechos y sus garantías. El art. 74, que habla de leyes orgánicas constitucionales a pesar de su confusa redacción —habla de apartados 1) y 2), cuando sólo hay un apartado 1)—, puede venir a reforzar esa distinción sistemática incomprensible, pero que puede dar un gran juego en situaciones excepcionales. Sólo hace falta un jurista complaciente.

El art. 125 me parece deficiente por varias razones. Podemos señalar las siguientes: a) No se encuentra razón alguna para que esté regulado en el mismo título que las Fuerzas Armadas. Su recurso para «proteger el orden constitucional» (art. 123) es, en todo caso, un recurso en última instancia y consecuencia siempre de un requerimiento por los poderes civiles ordinarios (¿estado de sitio?), pero no una competencia ordinaria de las Fuerzas Armadas como pueda ser la defensa del territorio nacional frente a un ataque exterior. b) Se echan en falta las siguientes garantías: imposibilidad de reformar las normas electorales ni siquiera mediante ley formal; imposibilidad de establecer tribunales o jurisdicciones especiales; finalmente nada se dice, y debería decirse expresamente sin dejarlo a una lectura bientencionada del apartado 5.º, de la imposibilidad de disolver las Cortes y de su reunión de pleno derecho. c) No se establecen los casos en que puede recurrirse a las medidas de defensa extraordinaria, aunque éste es un vicio menor; y d) Se guarda silencio sobre cuáles son las garantías que pueden ser suspendidas o, si se prefiere, los derechos que pueden ser regulados de forma distinta en situaciones excepcionales.

El texto se aparta de la tradición constitucional española de poderes tasados, al menos en lo relativo a las garantías suspendibles, y parece adscribirse al sistema de plenos poderes aunque conjugado con tres tipos distintos de respuesta del Estado:

estado de alarma, de excepción y de sitio..., pero para este viaje no se necesitaban tales alforjas. Un sistema así sólo tiene sentido si existe una ley de Orden público previa que fija abstractamente cuáles son las medidas que se pueden adoptar en cada situación según su gravedad. Así volvemos nuevamente al sistema español tradicional, pero ya sin las limitaciones que aquél establecía. A partir de aquí podemos pensar que el estado de alarma es la respuesta a una alteración no demasiado grave del orden público, o el marco jurídico en que se debe actuar mientras se aprueba por el Legislativo la entrada en vigor del estado de excepción o de sitio... Una segunda alternativa primaría una interpretación del art. 125 desde la óptica exclusiva de los plenos poderes, pero esto no es ninguna innovación constitucional y su posibilidad resulta del sistema de relaciones Gobierno-Parlamento y del alcance de sus respectivas competencias, sobre todo en el campo de la creación de la norma jurídica. En este contexto las Cortes, o incluso el Gobierno, pueden modificar la regulación jurídica de los derechos siempre que se respeten las garantías constitucionales, pero nunca podrán suspenderlas ni aun en situaciones excepcionales, a no ser que la misma Constitución lo autorice, lo que no es el caso del art. 125.

Los posibles plenos poderes regulados en el texto continúan presentando problemas: a) ¿Cuál es el cauce jurídico de la declaración del estado de alarma?; dicho de otro modo, ¿se trata de una asunción de competencias parlamentarias o permanece en el campo de las competencias propias del Gobierno?; si optamos por esta segunda alternativa, como es lo lógico, será deseable que una ley previa precise claramente el alcance de esta situación; aun en este caso el régimen legal de las libertades debe haber sido fijado previamente por el Parlamento. b) Los plenos poderes del estado de excepción y/o de sitio exigen un debate parlamentario que puede retrasar la entrada en vigor de las medidas, dificultando la defensa del Estado cuando las medidas del estado de alarma son insuficientes para hacer frente a la alteración.

Se podrá decir que estas preocupaciones son en exceso formalistas y no lo niego. Sólo quiero recordar que, en esta materia, la única garantía de la libertad, junto al talante democrático de los titulares de los aparatos de Estado, descansa en la cuidada redacción de las características formales de entrada en vigor de los poderes excepcionales y en la determinación precisa de su titular y de sus límites. Aún más, creo que el sistema propuesto en páginas anteriores es mucho más respetuoso con el Estado de Derecho, la democracia y la seguridad jurídica que el que resulta del texto del borrador.

