

PRESUPUESTOS DEL ESTADO DE ALARMA Y REPERCUSIONES PENALES

A propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo

Juan Carlos Sandoval

Profesor Ayudante Doctor. Universidad de Alicante

SANDOVAL, Juan Carlos. Presupuestos del estado de alarma y repercusiones penales. A propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 14-11, p. 11:1-11:24. Disponible en internet:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-11.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 14-11 (2012), 20 dic]

RESUMEN: En relación con la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo acaecida en diciembre de 2010, la contribución analiza si el estado de

alarma, regulado en la LO 4/1981, de 4 de junio, puede ser declarado para hacer frente a situaciones de grave conflictividad social y si las repercusiones penales que conlleva esta declaración pueden vulnerar la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Constitución, estados excepcionales, estado de alarma, Código penal, Código penal militar, tribunales militares.

Fecha de publicación: 20 diciembre 2012

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ESTADO DE ALARMA EN EL DERECHO DE EXCEPCIÓN ESPAÑOL. 2.1 *El Derecho de excepción: características generales.* 2.2 *Presupuestos de hecho del estado de alarma: ¿son atípicas las situaciones de conflictividad social?* 3. LAS CONSECUENCIAS PENALES DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA 3.1 *Planteamiento del problema.* 3.2 *La aplicación de la legislación penal militar al personal «movilizado» de empresas y servicios: ¿un efecto penal del estado de alarma?* 4. *Conclusiones.*

Nota: Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación Estudios de Política Criminal, Derecho penal y Criminología, financiado por la Universidad de Alicante (VIGROB-209) y dirigido por la Prof^a. Carmen Juanatey Dorado, catedrática de Derecho penal.

1. INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2010, en virtud del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, se declaró el estado de alarma en todo el territorio español «con el fin de hacer frente a la situación de paralización del servicio público esencial del transporte aéreo» (art. 1). De acuerdo con este propósito, se dispuso que el estado de alarma afectara, «en todo el territorio nacional, a la totalidad de las torres de control de los aeropuertos de la red y a los centros de control gestionados por la entidad pública empresarial “Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)”» (art. 2). Y, con independencia de otras medidas, también se estableció que todos los controladores civiles de tránsito aéreo al servicio de AENA pasaran a ser considerados, durante la vigencia del estado de alarma¹, «personal militar» sujeto a lo prevenido en las «leyes penales y disciplinarias militares» (art. 3).

La declaración del estado de alarma fue la respuesta del Gobierno estatal a la crisis social y económica que generó el cierre del espacio aéreo español durante los días 3 y 4 de diciembre de 2010, y que fue causada -empleando palabras del Real Decreto citado- por el «abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo».

En relación con estos hechos, considero que hay, al menos, tres aspectos que son relevantes para el tema de esta contribución. El *primero* es que el Gobierno empleó una parte del Ordenamiento jurídico -el llamado Derecho de excepción- al que no se había recurrido desde el restablecimiento de la Democracia. Esto último es importante porque, mientras que históricamente la declaración de una situación de anomalía constitucional fue la vía usual para solventar cualquier tipo de crisis política o social², en cambio, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 ni la estabilidad del sistema político-constitucional democrático, ni la paz social se habían intentado mantener mediante la declaración de alguno de los estados excepcionales que regula el art. 116 CE³ y la lo 4/1981, de 4 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio (en lo sucesivo, LODES).

El *segundo aspecto* consiste en que al amparo de la implantación del estado de alarma se acordó, por primera vez desde que terminó la dictadura franquista, la militarización de un determinado colectivo de civiles. La trascendencia de esta medida es doble. Por un lado, la regulación legal de los efectos del estado de alar-

¹ Según el art. 5 del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, se declaró el estado de alarma durante 15 días naturales, de modo que expiraba el 19 de diciembre del mismo año. Este plazo se prorrogó a través del Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, previa autorización del Congreso de los Diputados, hasta las 24 horas del 15 de enero de 2011. A partir de este último momento, el estado de alarma quedó levantado automáticamente.

² Al respecto, entre otros, *vid.*, ALONSO DE ESCAMILLA, A.: «La legislación histórica de orden público», en: QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (COORDS.): *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor JOSÉ MANUEL VALLE MUÑOZ*, Pamplona, Aranzadi, 2001; BALLBE MAYOL, M.: *Orden público y*

³ De ahí que, al cumplirse veinticinco años de la promulgación de la Constitución, autores como CARRO MARTÍNEZ sostuvieron que el rasgo más relevante del art. 116 CE era, «afortunadamente, su implícita inanidad para el normal desarrollo de la actual vida política española» [«Artículo 116. Situaciones de anomalía constitucional», en: ALZAGA VILLAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. IX, Madrid, Edersa, 2003, p. 260].

ma es poco clara y, por ello, resulta difícil determinar qué medidas excepcionales se pueden adoptar durante este estado excepcional⁴. Por otro lado, la doctrina mayoritaria ha cuestionado la constitucionalidad de la militarización de los controladores aéreos y el sometimiento de los mismos a la ley militar al amparo de la declaración del estado de alarma debido, entre otras razones, a que estas medidas conllevan una ampliación de la competencia penal de los tribunales castrenses no autorizada por la Constitución.

Finalmente, el *tercer aspecto* es el relativo a la cuestión de si era necesario someter a los controladores aéreos a la legislación castrense, o si -como sostienen algunos autores- las necesidades de intervención penal podían ser satisfechas por el Código penal común⁵ o, en su caso, por la Ley 209/1964, penal y procesal de la navegación aérea⁶.

En atención a las observaciones precedentes resulta oportuno analizar si el estado de alarma puede ser empleado como un instrumento para solventar situaciones de conflictividad social, y si los efectos que apareja dicho estado excepcional suponen, de alguna forma, la adopción de medidas de trascendencia penal.

A fin de llevar a cabo este análisis, en las siguientes páginas analizaré, los presupuestos legales de la declaración del estado de alarma en el marco del Derecho de excepción y, en segundo lugar, estudiaré uno de los efectos más polémicos del estado de alarma: la aplicación de la legislación penal militar al personal movilizado de empresas y servicios públicos.

2. EL ESTADO DE ALARMA EN EL DERECHO DE EXCEPCIÓN ESPAÑOL

2.1. El Derecho de excepción: características generales

El ordenamiento constitucional español de 1978, explica Cruz Villalón, ha adoptado un modelo de Derecho de excepción que está «basado en la previsión, ante un supuesto de emergencia, de una serie de modificaciones puntuales y concretas respecto de la vigencia ordinaria de la Constitución (*estado excepcional*)». Ahora bien, añade el mismo autor, el Derecho de excepción se diversifica en una «pluralidad de estados excepcionales, cada uno de ellos vinculado a un tipo específico de emergencia (estados de alarma, de excepción y de sitio)», si bien el «Parlamento, concretamente el Congreso de los Diputados, mantiene un estrecho control» sobre

⁴ El «estado de alarma -afirma CRUZ VILLALÓN- es el que más dificultades plantea en relación con los posibles efectos del mismo, es decir, en relación con las medidas excepcionales, “constitucionalmente relevantes”, que cabe adoptar como consecuencia de su declaración» [*Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Civitas, 1984, p. 75].

⁵ En este sentido se ha pronunciado Díez Ripollés en el reportaje «Estado de alarma. Las consecuencias jurídicas», publicado en el diario *El País*, edición nacional de 24 de enero de 2011.

⁶ A favor de la aplicación de la LEY PENAL Y PROCESAL DE NAVEGACIÓN AÉREA se ha manifestado, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG en tres artículos de opinión -«Sedición, sí; desobediencia militar, dudoso»; «Contra la “movilización” de los controladores» y «Otra vez: contra la “movilización”»- que fueron publicados en el diario *El Mundo*, ediciones nacionales de 5, 7 y 10 de diciembre de 2010.

todos ellos⁷. A partir del planteamiento precedente, opino que se pueden señalar tres características generales del Derecho de excepción en el ordenamiento constitucional democrático español.

En primer lugar, la finalidad última del Derecho de excepción es proteger al Estado democrático de Derecho, aunque se trata de una tutela que debe ser «extraordinaria», y este rasgo se explica por tres razones. La primera razón es que el empleo de este Derecho tiene el carácter de *ultima ratio*⁸, ya que sólo puede recurrirse al mismo en defecto de los mecanismos e instituciones que, de forma ordinaria - como, por ejemplo, la jurisdicción constitucional y los procedimientos de reforma constitucional-, aseguran la vigencia de la Constitución⁹. La segunda razón es que el Derecho de excepción está destinado, por definición, a hacer frente a situaciones que el constituyente o, en su caso, el legislador ha considerado extremas, es decir, hipótesis de emergencia que previsiblemente pondrán en peligro la existencia de aspectos esenciales del Estado. En este sentido, las situaciones de emergencia suelen ir asociadas, por lo general, a crisis políticas, que son las que surgen de ataques o atentados contra el entramado político, institucional y jurídico del Estado democrático de Derecho diseñado en la Constitución. Ahora bien, actualmente nadie discute seriamente que los estados de emergencia también pueden derivarse de crisis sociales o económicas o, si se prefiere, de «crisis políticamente neutrales»¹⁰. Finalmente, la tercera razón es que con el fin de solventar tal tipo de situaciones graves y, a la vez, asegurar el retorno a la normalidad constitucional, al declarar el estado de excepción o el de sitio se pueden adoptar *medidas extraordinarias* que, aunque resulte paradójico, restrinjan la vigencia de la Constitución. En todo caso, tales disposiciones afectarían a partes muy concretas del texto constitucional¹¹ y, sobre todo, únicamente estarían justificadas en tanto fueran estrictamente necesarias, proporcionadas y adecuadas para el logro del fin que con ellas se persiga¹².

⁷ CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales...*, cit., p. 47.

⁸ Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Los estados de alarma, excepción y sitio. Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio», en: *Revista de Política Comparada* núm. 5, 1981, p. 101.

⁹ El carácter de *ultima ratio* del Derecho de excepción está refrendado en el art. 1.1 LODES: «Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando las *circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad* mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes». Las cursivas me pertenecen.

¹⁰ Las «crisis políticas» son, según CRUZ VILLALÓN, aquellas «situaciones en las que lo que se encuentra en crisis es la Constitución misma, el modelo de organización política proyectado en la Constitución». En cambio, prosigue el mismo autor, las «crisis políticamente neutrales» tienen un «origen ajeno, exterior al funcionamiento de la Constitución [...que] pueden ser grandes catástrofes naturales o accidentes producidos por la mano del hombre, situaciones de aislamiento económico de la comunidad o incluso supuestos de agresión armada, supuestos en una palabra en los que se pone en peligro la subsistencia física de la comunidad o de parte de ella, o su subsistencia como comunidad política soberana o independiente» [*Estados excepcionales...*, cit., p. 19].

¹¹ Las partes de la Constitución que se verían afectadas están señaladas en el art. 55.1 CE: «Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18 apartados 2 y 3, artículos 19 y 20, apartados 1.a) y d), y 5, artículos 21 y 28, apartado 2, *podrán ser suspendidos* cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio». Las cursivas me pertenecen.

¹² Estas exigencias están previstas en el art. 1.2 LODES: «Las medidas a adoptar en los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, así como la duración de los mismos, *serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para*

En segundo lugar, otra característica general del Derecho de excepción es el ejercicio de un importante control por parte del Congreso de los Diputados sobre su aplicación. Así, aunque el Gobierno estatal tiene un gran protagonismo en la gestión de los estados excepcionales, el Congreso controla si, en efecto, existe una situación de crisis o de emergencia y, sobre esta base, si es necesario recurrir a algún estado excepcional¹³. Lo anterior se infiere del hecho de que esta cámara concentra la mayor parte de la potestad para decidir si se implantan tales estados: es competente para declarar el estado de sitio (arts. 116.4 CE y 32.1 LODES) y, además, es la encargada de autorizar al Gobierno para que declare el estado de excepción (art. 116.3 CE y art. 13 LODES) o, en su caso, prorrogue el estado de alarma (art. 116.2 CE y art. 6.2 LODES)¹⁴. Asimismo, al realizar los actos antes descritos, el Congreso de los Diputados determina en gran medida el plazo de los estados excepcionales y, sobre todo, cuáles son las *medidas extraordinarias* que procede adoptar en cada uno de ellos¹⁵.

Finalmente, en tercer lugar, la última característica a destacar del Derecho de excepción es que se estructura a través de una pluralidad de situaciones de emergencia o de *estados excepcionales*. A diferencia de sus predecesoras, la Constitución de 1978 señala el nombre de cada uno de tales estados y, además, hace referencia a algunos aspectos relevantes de los mismos como, por ejemplo, los procedimientos que se deben seguir para su formalización (art. 116.2, 3 y 4) y las medidas extraordinarias que pueden adoptarse en tales casos (art. 55 CE). Sin embargo, la Constitución en lugar de concretar, entre otras materias, las circunstancias o los supuestos de hecho que motivan las declaraciones de los estados excepcionales, encomienda dicha regulación al legislador ordinario, si bien estableciendo una reserva de ley orgánica (art. 116.1 CE). En virtud de esta disposición, en la LODES se han desarrollado todos los aspectos esenciales del art. 116 CE y, en tal medida, se han tipificado los estados excepcionales asociando cada uno a situaciones de crisis o de emergencias específicas.

En ese orden de ideas, autores como, por ejemplo, Cruz Villalón, sostienen que

asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará en forma *proporcionada a las circunstancias*». Las cursivas me pertenecen. Teniendo en cuenta este precepto de la LODES, no le falta razón a REQUEJO RODRÍGUEZ cuando sostiene que, «como principio general, cualquier medida que se tome con ocasión de la declaración de un estado excepcional, incluidas las relativas a la suspensión de derechos, deberá ser necesaria, adecuada y proporcional con el fin que se pretende, esto es, el restablecimiento de la normalidad perdida» [«¿Suspensión o supresión de derechos fundamentales?», en: *Revista de Derecho Político* núm. 51, 2001, p. 114].

¹³ Así opinan, entre otros, CRUZ VILLALÓN, P.: «El nuevo Derecho de excepción», en: *Revista Española de Derecho Constitucional* vol. 1, núm. 2, mayo-agosto de 1981, p. 104; y SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 7ª ed., Madrid, Edersa, 1994, p. 222.

¹⁴ El Gobierno estatal sólo puede declarar de forma autónoma el estado de alarma, pero sólo en el caso de que la duración del mismo no exceda de 15 días (art. 6.1 LODES). En cambio, la prórroga gubernamental del estado de alarma, como ya he dicho, debe ser autorizada por el Congreso de Diputados (art. 6.2 LODES).

¹⁵ Tratándose del estado de alarma, la LODES establece que el Congreso de los Diputados «podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga» (art. 6.2). En el caso del estado de excepción, la Constitución prevé que la «autorización y proclamación» del mismo «deberá determinar expresamente *los efectos del mismo*, el ámbito territorial a que se extiende y *su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos*» (art. 116.3). Asimismo, el texto constitucional prescribe que el Congreso de los Diputados determinará el «ámbito territorial, *duración y condiciones*» del estado de sitio (art. 116.4). Las cursivas me pertenecen.

mientras el estado de excepción es el «*estado excepcional civil* previsto frente a situaciones de grave alteración del orden público», el de sitio es el «*estado excepcional militar*, previsto para aquellas situaciones extremas en las que está en juego directamente la supervivencia del Estado como Estado soberano y su orden constitucional». Y, a diferencia de los dos anteriores, el estado de alarma está «concebido sustancialmente frente a catástrofes naturales y accidentes de gran magnitud»¹⁶.

A continuación analizaré si, en efecto, el presupuesto de hecho del estado de alarma está circunscrito a la descripción precedente o si, por el contrario, también está referido a situaciones de conflicto social o político que no son propias del presupuesto de hecho del estado de excepción o, en su caso, del estado de sitio.

2.2. Presupuestos de hecho del estado de alarma: ¿son atípicas las situaciones de conflictividad social?

El estado de alarma está regulado en el capítulo ii de la LODES (arts. 4 a 12), y la hipótesis que habilita su declaración es la existencia de alguna situación de «alteración grave de la normalidad» que, según el art. 4, puede consistir en:

- a. Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b. Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c. Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, y concorra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
- d. Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.»

A continuación analizaré los presupuestos de hecho antes citados con el fin de tratar la cuestión de si comprenden o no las situaciones de conflictividad social. Antes de pasar al estudio de dicho problema, considero importante poner de relieve que el mismo no es novedoso, ya que la doctrina se ha ocupado del mismo desde que se promulgó la LODES en 1981. A pesar de lo anterior, la declaración del estado de alarma en diciembre de 2010 puso de manifiesto que tal cuestión no está desprovista de actualidad, y que tampoco ha sido resuelta por completo.

a. Catástrofes, calamidades o desgracias públicas

La interpretación dominante en la doctrina es que las catástrofes públicas tipifi-

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales...*, cit., p. 52.

cadras en el art. 4.a) LODES pueden consistir en fenómenos naturales¹⁷ o, en su caso, en desastres causados por comportamientos humanos carentes de connotación política o social¹⁸, sin perjuicio de que tales catástrofes pudieran coincidir o no con situaciones conflictivas en la sociedad. No obstante, en el caso de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo, el Gobierno realizó una interpretación más amplia que la acogida por la doctrina mayoritaria, en el sentido de que el art. 4.a) LODES también podía comprender situaciones calamitosas derivadas de problemas sociales.

Así, el art. 1 del Real Decreto 1673/2010 declaró el estado de alarma¹⁹ invocando el art. 4 LODES, *inciso c)*²⁰ *en relación con los incisos a) y d)*²¹. Y esto último se hizo a pesar de que, como se sabe, la paralización del servicio público de transporte aéreo no consistió, ni fue causada por alguna de las hipótesis de «catástrofes, calamidades o desgracias públicas» mencionadas en el art. 4.a) LODES, esto es, «terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud». No obstante, en el preámbulo del mismo real decreto se señaló, con mayor o menor claridad, que la paralización del servicio de transporte aéreo había provocado una «*calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados*». Estas últimas ideas fueron las que, en definitiva, el Presidente del Gobierno expuso al Congreso de los Diputados para dar cuenta de la declaración del estado de alarma²².

En mi opinión, las repercusiones de la paralización del servicio de transporte aéreo fueron diversas, y los perjuicios causados por dicha crisis no han sido cuantificados por completo. Ahora bien, si se tiene en cuenta que cientos de miles de usuarios de dicho servicio fueron afectados por el cierre del espacio aéreo español, entonces cabría sostener que sí se configuró una situación calamitosa en los aeropuertos de todo el país²³. Cuestión distinta es si este último tipo de calamidades está

¹⁷ Así, sólo por citar un ejemplo en la doctrina, *vid.* SERRANO ALBERCA, J. M.: «Artículo 116.2 CE», en: GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed. ampliada, Madrid, Civitas, 2001, p. 1781.

¹⁸ En opinión de HIGUERA GUIMERA, la «Ley Orgánica 4/1981, se está refiriendo, esencialmente, a fenómenos naturales, aunque en los incendios urbanos y forestales puede intervenir la acción u omisión humana, dolosa o imprudente; al igual que en los accidentes de gran magnitud por imprudencia o incluso con dolo» [«Los estados de alarma, excepción y sitio, y el Código penal militar de 1985. Estudio del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que el Gobierno declaró el estado de alarma; y de la Resolución de 16 de diciembre de 2010, del Congreso de los Diputados, autorizando su prórroga: La posible inconstitucionalidad de ambos», en: *Revista General de Derecho* núm. 15, 2011, p. 17. Las letras cursivas me pertenecen].

¹⁹ Real Decreto núm. 1673/2010, art. 1: «Al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 apartado c. en relación con los apartados a. y d. de la Ley Orgánica 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, se declara el Estado de Alarma con el fin de afrontar la situación de paralización del servicio público esencial del transporte aéreo».

²⁰ Art. 4.c) LODES: «Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo».

²¹ Art. 4.d) LODES: «Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

²² *Vid.* CORTES GENERALES: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente*, año 2010, IX Legislatura, num. 210, sesión de 9 de diciembre, pp. 5-6.

²³ De acuerdo con el informe que el Presidente del Gobierno presentó al Congreso de los Diputados, el cierre del espacio aéreo y la consiguiente anulación de todas las operaciones aéreas produjo el colapso de los aeropuertos, donde

tipificada o no en el art. 4.a) LODES. Al respecto, considero que la respuesta a tal cuestión tiene que ser afirmativa.

A mi parecer, el supuesto de hecho del art. 4.a) LODES está compuesto por «catástrofes, calamidades o desgracias públicas», pero tiene una particularidad: el precepto menciona una serie de *fenómenos como posibles* supuestos de catástrofes o, en su caso, como posibles causas de las mismas. Sin embargo, de la fórmula típica no se sigue necesariamente que en sede del estado de alarma todas las calamidades públicas tengan que consistir o provenir de desastres naturales, ni, mucho menos, que una situación será calamitosa cuando coincida con alguno de los desastres naturales mencionados en el art. 4.a) LODES, pues el precepto emplea los términos «tales como», de lo que se puede deducir que no se trata de una mención exhaustiva de supuestos. La redacción de dicho precepto es lo suficientemente ambigua como para que tengan cabida tanto desastres naturales o accidentes graves, como situaciones de conmoción social.

En consecuencia, las calamidades públicas producidas por conflictos sociales - como la que generó la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo- podrían encajar en el supuesto de hecho del art. 4.a) LODES²⁴.

b. Crisis sanitarias

El supuesto de hecho descrito en el art. 4.b) LODES está referido, según la doctrina mayoritaria, a la hipótesis de un fenómeno natural -una «crisis sanitaria»- privada de cualquier conexión causal con conmociones sociales. Ahora bien, al igual que el art. 4.a) LODES, el precepto ahora analizado emplea la frase «tales como» para aludir a algunas de las situaciones que serían típicas, en concreto, «epidemias y situaciones de contaminación graves», mas nada dice sobre qué origen pueden tener las mismas. En consecuencia, también cabe sostener que el art. 4.b) LODES no circunscribe las causas de las «crisis sanitarias» sólo a fenómenos de la naturaleza.

Si lo anterior fuera correcto, entonces una «crisis sanitaria» también podría ser generada por conductas humanas como, por ejemplo, accidentes en laboratorios o centros de investigación médica o, incluso, alteraciones sociales. En este último

quedó atrapado un número creciente de pasajeros que, durante la tarde noche del día 3 de diciembre de 2010, llegó a superar los 200.000 afectados [Vid. CORTES GENERALES: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente*, año 2010, IX Legislatura, num. 210, sesión de 9 de diciembre, p. 3]. En el ámbito de los medios de comunicación, el diario *El País*, edición nacional de 5 de diciembre de 2010, p. 18, publicó una noticia titulada de la siguiente forma: «650.000 rehenes en los aeropuertos. Los viajeros atrapados en las terminales cargan duramente contra los controladores».

²⁴ En un trabajo reciente, HIGUERA GUIMERA defiende una interpretación opuesta a la que acabo de exponer. Para este autor, el art. 4.a) LODES realiza una «enumeración cerrada» de las situaciones de crisis -terremotos, inundaciones, etc.- que pueden ocasionar o constituir «catástrofes, calamidades o desgracias públicas». Por ello, según HIGUERA, el «cierre total del tráfico aéreo» no es un hecho equiparable a los terremotos o incendios forestales, salvo que se incurriera en una aplicación analógica del art. 4.a) LODES. Esto último, concluye, no sería posible porque el art. 4.2 del Código Civil impide la aplicación analógica, entre otras, de las «leyes excepcionales» como la LODES [Vid., «Los estados de alarma, excepción y sitio, y el Código penal militar de 1985...», *cit.*, pp. 17-18. Las letras cursivas me pertenecen].

caso se podría mencionar como ejemplo la emergencia sanitaria producida por una huelga ilegal y masiva en toda la Sanidad pública, sin perjuicio de que, además, esta huelga pudiera encajar en el supuesto de hecho del art. 4.c) LODES. Igualmente serviría como ejemplo la situación de crisis suscitada en la provincia de Nápoles (Italia) a raíz de la mala gestión de los vertederos de basura, que dio lugar a protestas y disturbios públicos que, a su vez, contribuyeron a una crisis sanitaria por la falta de recogida de la basura²⁵.

En conclusión, al igual que en el supuesto del art. 4.a) LODES, la crisis descrita en el art. 4.b) LODES podría tener causas diversas, que irían desde fenómenos de la naturaleza hasta conflictos sociales.

c. La paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad

El supuesto de hecho del art. 4.c) LODES tiene dos partes. En la *primera parte* describe una situación de «paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución». En esta fórmula legal se pueden encontrar los dos elementos clave siguientes:

En *primer lugar*, el precepto exige que se produzca la «interrupción» no de cualquier servicio público, sino sólo de aquellos *a los que la LODES califica como «esenciales para la comunidad»*. La cuestión es, pues, saber cuáles son estos servicios dada la inexistencia de una definición legal de los mismos. Sobre este problema, la opinión del Tribunal Constitucional es que los «servicios esenciales son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan *prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad»* (stc 26/1981, fj 10). Esta noción tiene especial relevancia para el caso que nos ocupa, ya que ha sido construida al interpretar el art. 28.2 CE (derecho de huelga), precepto que también es mencionado en el art. 4.c) LODES y, además, puede ser útil para diferenciar entre los servicios que son «esenciales» y los que no lo son. En este último sentido, para determinar qué servicio es «*vital*» o «*esencial*» para la comunidad, el Tribunal Constitucional utiliza como criterio -explica Moreno Vida- el que la actividad tenga la «*aptitud instrumental de ser condición material para el ejercicio y disfrute por parte de los ciudadanos de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos*»²⁶. Así las cosas, siguiendo a Vivero Serrano, el concepto de «*servicio esencial*» tiene -entre otras- dos características en particular: es una noción *instrumental o teleológica*, toda vez que los «servicios esenciales» están al servicio de la realización efectiva de los derechos fundamentales y los bienes constitucionalmente pro-

²⁵ Vid, diario *El País*, edición nacional de 21 de octubre de 2010, reportaje «La revolución de la basura. La guerrilla prosigue hoy en la zona del Vesubio. Miles de vecinos chocan con la policía por la apertura de un nuevo vertedero».

²⁶ Vid., MORENO VIDA, M.^ºN.: *La huelga en servicios esenciales*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 124-125. Las letras cursivas me pertenecen.

tegidos; y es *jurídicamente indeterminada*, de modo que no puede fijarse de antemano la totalidad de los servicios esenciales²⁷.

En *segundo lugar*, el otro elemento clave de la fórmula prevista en el art. 4.c) LODES, es la exigencia de que la *paralización de ese servicio esencial se lleve a cabo «cuando no se garantice» lo dispuesto en los arts. 28.2 CE y 37.2 CE*. Estos preceptos constitucionalizan, respectivamente, el derecho de huelga y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo o cierre patronal. Además, en lo que aquí interesa, contienen fundamentalmente un mismo mandato: que la Ley que regule el ejercicio de uno u otro derecho establezca las «*garantías precisas para asegurar el mantenimiento*»²⁸ o el «*funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad*»²⁹. En el caso del derecho de huelga, por ejemplo, un sector de la doctrina sostiene que las «*garantías*» que asegurarían el «*mantenimiento de un servicio esencial pueden consistir en una pluralidad de medidas de diverso grado y alcance*» como, entre otras: «*medidas de carácter instrumental*» (la exigencia de un preaviso ampliado), «*medidas complementarias*» (la publicidad de la huelga y de sus consecuencias a los usuarios), «*medidas subsidiarias*» a las anteriores (el arbitraje obligatorio), etc. Sin embargo, la única medida que en la práctica se utiliza es la fijación de un programa de *servicios mínimos*³⁰, entendiendo estos últimos, según la interpretación dominante en la doctrina científica y en la jurisprudencial, como los «*trabajos indispensables para la cobertura mínima de las necesidades que tales servicios están encargados de satisfacer [...], sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual*»³¹.

Como resumen de todo lo anterior, podría afirmarse que la *primera parte* del supuesto de hecho previsto en el art. 4.c) LODES puede ser interpretada como la «*paralización*» de una actividad laboral que hace posible el ejercicio de determinados derechos fundamentales o el disfrute de bienes constitucionales, cuando la interrupción del servicio se efectúa sin garantizar, por ejemplo, la prestación de unos *servicios mínimos* a la comunidad³².

La *segunda parte* del art. 4.c) LODES prescribe que tiene que haber concurrido

²⁷ VIVERO SERRANO, J. B.: *La huelga en los servicios esenciales*, Madrid, Lex Nova, 2002, pp. 124-125. Las letras cursivas me pertenecen.

²⁸ Art. 28.2 CE: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el *mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*».

²⁹ Art. 37.2 CE: «Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La Ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el *funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad*».

³⁰ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Huelga en servicios esenciales. Análisis de la jurisprudencia española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 112.

³¹ MARTÍN VALVERDE, A.: «El derecho de huelga en la Constitución de 1978», en: *Revista de Política Social* núm. 121, 1979, pp. 233 y 246, citado en: VIVERO SERRANO, J. B.: *La huelga en los servicios esenciales*, cit., p. 168. El Tribunal Constitucional ha definido la técnica de los *servicios mínimos* de forma muy similar a la noción doctrinal que he citado.

³² En sentido muy similar, *vid.*, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Los estados de alarma, excepción y sitio...», *cit.*, p. 104.

«alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo» (catástrofes, crisis sanitarias y situaciones de desabastecimiento)³³. De esta parte del precepto, según la opinión mayoritaria de la doctrina, se pueden inferir dos ideas relevantes. La primera es que la intención del legislador fue evitar que la sola «paralización de servicios públicos esenciales» constituyera un motivo para declarar el estado de alarma³⁴ y, la segunda es que las otras tres circunstancias son las que realmente importan para declarar el estado de alarma. Al respecto se alega que si se diera cualquiera de las situaciones del art. 4.a), b) y d) LODES, bien en solitario o bien coincidiendo con la «paralización de servicios públicos esenciales», el estado de alarma sí podría ser declarado³⁵.

Esto último implica que la doctrina mayoritaria confiere un papel protagónico a las catástrofes, las crisis sanitarias y las situaciones de desabastecimiento en el art. 4.c) LODES. Esta es la razón por la que, para algunos autores, dicho precepto no tipifica conflictos laborales en el ámbito de los «servicios públicos esenciales para la comunidad», sino, fundamentalmente, catástrofes naturales³⁶. Mi opinión difiere parcialmente de este criterio.

En efecto, comparto con la doctrina mayoritaria la idea de que las catástrofes y otras circunstancias de crisis son decisivas para declarar el estado de alarma con base en el art. 4.c) LODES. Sin embargo, no considero -y aquí radica mi discrepancia- que los conflictos sociales estén excluidos del presupuesto de hecho de tal precepto, toda vez que este también describe «la imposibilidad de mantener el funcionamiento mínimo o necesario de los servicios públicos esenciales para la comunidad en caso de huelga o cierre patronal»³⁷. Además, las situaciones de crisis que tienen que concurrir con la «paralización del servicio público esencial», es

³³ Respecto de las catástrofes y las crisis sanitarias -art. 4.a) y b) LODES- me remito a lo dicho en páginas atrás. El tratamiento de las «situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad» -art. 4.d) LODES- se realizará en el siguiente epígrafe.

³⁴ Así se pronuncian, entre otros, ÁLVAREZ CONDE, quien llama la atención sobre el hecho de que la LODES exija que la «paralización del servicio público esencial para la comunidad» se lleve a cabo sin garantizar lo dispuesto en los arts. 28.2 CE y 37.2 CE [*Vid.*, «La dudosa legalidad de un decreto», en: Diario *ABC*, edición nacional de 12 de diciembre de 2010].

³⁵ CRUZ VILLALÓN afirma que la exigencia de que «concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo», reduce al art. 4.c) LODES «prácticamente a un no-supuesto», y esto porque «la paralización de servicios públicos esenciales no puede dar lugar nunca, por sí sola, a una declaración del estado de alarma, sino sólo cuando dicha paralización coincida con alguno de los otros supuestos restantes. Pero si se dan estos el estado de alarma [sí] puede ser declarado, siendo indiferente el que además se produzca el supuesto descrito en la letra c)» [*Estados excepcionales...*, cit., p. 70. Las letras cursivas pertenecen al texto citado].

³⁶ Para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, la referencia a los supuestos del art. 4.a), b) y d) LODES evita que el art. 4.c) LODES pueda ser interpretado como una regulación general del derecho de huelga, y circunscribe su contenido a «situaciones calamitosas» [«Los estados de alarma, excepción y sitio...», cit., p. 104]. A la misma conclusión llega, aunque desde otro punto de vista, LAFUENTE BALLE. Para esta autora, el fundamento constitucional del estado de alarma excluye como posibles causas del mismo las crisis políticas o sociales. Así, la regulación del estado de alarma encuentra su habilitación constitucional en el art. 30.4 CE («Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública»). De ahí que el art. 4.c) LODES tenga que ser interpretado de forma coherente con el art. 30.4 CE, esto es, como un caso de «grave riesgo, catástrofe o calamidad pública» [«Los estados de alarma, excepción y sitio (II)», en: *Revista de Derecho político* núm. 31, 1990, p. 30. La idea de que el art. 30.4 CE es el fundamento del estado de alarma es tomada por LAFUENTE de ÁLVAREZ CONDE, E.: *El régimen político español*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 254].

³⁷ SERRANO ALBERCA, J. L.: «Artículo 116.2 CE», cit., pp. 1781-1782.

decir, las catástrofes y las emergencias sanitarias, no sólo pueden ser causadas - como he explicado en páginas atrás- por fenómenos de la naturaleza.

Cuestión distinta es cómo pueden conectarse, en el ámbito del art. 4.c) LODES, una situación conflictiva laboral y las demás circunstancias del art. 4 LODES. En mi opinión, todo dependerá de cada caso en concreto, pues la redacción de los tres primeros incisos del art. 4 LODES permite apreciar un amplio abanico de posibilidades. Así, una hipótesis sería que la huelga o el cierre patronal, que no haya establecido un programa de *servicios mínimos*, produjera una situación catastrófica -art. 4.a) LODES- o una emergencia sanitaria -art. 4.b) LODES-, aunque también sería posible que la «paralización de servicios esenciales» simplemente coincidiera en el tiempo con un terremoto o con una epidemia.

En resumen, la alusión a un conflicto laboral en el art. 4.c) LODES no puede ser desdeñada a efectos interpretativos, ni siquiera en la hipótesis de que la intención del constituyente o del legislador hubiese sido, como sostiene un sector de la doctrina, sustraer del estado de alarma los casos de conflictividad social³⁸.

d. La situación de desabastecimiento

El art. 4.d) LODES tipifica una emergencia que consiste en una situación de «desabastecimiento de productos de primera necesidad». La principal cuestión que suscita la interpretación de este supuesto de hecho es si puede ser causado o no por una alteración social.

Entre los autores que dan una respuesta afirmativa a dicha cuestión, Berdugo sostiene que el art. 4.d) LODES abre un resquicio a través del cual la conflictividad social puede entrar a formar parte del presupuesto del estado de alarma, toda vez que «*el legislador omite toda referencia a cuáles son las causas que han llevado a tal situación*» de desabastecimiento. De la misma forma -añade- una alteración social como la «paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad» también puede ser la causa de una situación de «desabastecimiento de productos de primera necesidad», aunque en este caso no se configuraría el supuesto del art. 4.d) LODES, sino el del art. 4.c) LODES³⁹. Para otros autores, en cambio, la cuestión analizada merece una respuesta negativa. En este sentido, se alega que en sede del estado de alarma no puede existir una relación causal entre determinados conflictos laborales como, por ejemplo, la «paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad» y la crisis descrita en el art. 4.d) LODES⁴⁰. Las «situaciones de

³⁸ «Quizás el legislador -afirma SERRANO ALBERCA- pretendió eliminar del estado de alarma los aspectos de conflictividad social, pero al no admitir la enmienda comunista [vid., Diario de Sesiones del Congreso núm. 160, 1981, p. 9894], que pretendía la supresión total de la referencia a los conflictos colectivos y, aceptar, en cambio, una fórmula de compromiso, no lo consiguió totalmente» [Ibid., loc. cit.]. Sobre el *iter* legislativo del art. 4.c) LODES, vid., CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales...*, cit., pp. 67-70.

³⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Los estados de alarma, excepción y sitio...», cit., p. 105.

⁴⁰ En este sentido, LAFUENTE BALLE opina que, si bien formalmente la argumentación de BERDUGO es sólida, lo cier-

desabastecimiento previstas en la LODES -afirma en tal sentido Cruz Villalón- son de desabastecimiento *no* imputables a una paralización de servicios». Por ello, si coincidiera una «paralización de servicios esenciales» -art. 4.c) LODES- con una «situación de desabastecimiento» -art. 4.d) LODES-, habrá que entenderla como una «mera coexistencia, ausente de cualquier relación causal», pues en caso contrario no se configuraría el presupuesto de hecho del estado de alarma, sino el del estado de excepción (art. 13.1 LODES)⁴¹, que está destinado a hacer frente a determinadas situaciones de «grave alteración del orden público», y es el «único que permite medidas verdaderamente excepcionales (suspensión del derecho de huelga, del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo)»⁴².

Desde mi punto de vista, la interpretación de Berdugo permite sostener que no procede establecer restricciones respecto de las posibles causas del «desabastecimiento de productos de primera necesidad», ya que la LODES no establece límite alguno sobre el particular. En este sentido, en sede de estado de alarma los motivos de la escasez de los referidos «productos» podrían ir desde fenómenos naturales, hasta una huelga salvaje en el ámbito de los «servicios esenciales». Sin embargo, una situación muy distinta se configuraría si la causa del «desabastecimiento» fuera un conflicto social especialmente grave como, por ejemplo, la violencia juvenil y las revueltas urbanas producidas en las zonas periféricas de París en noviembre de 2005⁴³. Las características de un caso como el que acabo de citar llevarían a pensar que estaríamos frente a una emergencia en materia de «orden público», que la situaría más próxima al supuesto de hecho del estado de excepción, que al del estado de alarma. Ahora bien, a diferencia de lo que afirma Cruz Villalón, opino que el «desabastecimiento de productos de primera necesidad» causado por una «paralización de servicios esenciales» no siempre será una «grave alteración del orden público» o, lo que es lo mismo, no necesariamente implicará una crisis a solventar por medio del estado de excepción.

Pues bien, una vez analizados los diferentes presupuestos de hecho descritos en el art. 4 LODES la conclusión general que puede extraerse es que, en contra de la opinión de la mayoría de la doctrina, las situaciones de conflictividad social no

to es que hay que rechazarla porque colisiona con el fundamento constitucional del estado de alarma, que es hacer frente a situaciones de «grave riesgo, catástrofe o calamidad pública» (art. 30.4 CE), mas no a conflictos sociales [*Vid.*, «Los estados de alarma, excepción y sitio (II)», cit., p. 31].

⁴¹ CRUZ VILLALÓN, P.: «El nuevo Derecho de excepción», *cit.*, pp. 98-99. El art. 13.1 LODES establece que: «Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, *el normal funcionamiento* de las instituciones democráticas, *el de los Servicios Públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo*, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el Estado de Excepción».

⁴² «Las situaciones de desabastecimiento del estado de alarma –concluye CRUZ VILLALÓN- deberían ser entendidas como situaciones originadas en causas naturales o en crisis internacionales» [*Estados excepcionales...*, cit., p. 73].

⁴³ Un análisis criminológico sobre estos sucesos se puede ver en: CANO PAÑOS, M. A.: «Algunas reflexiones criminológicas sobre el fenómeno de la violencia juvenil urbana en Francia», en: ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y PONCE SOLÉ, J.: *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local-Diputació Barcelona, 2008, pp. 89-128.

están excluidas del catálogo de crisis que pueden solventarse por medio del estado de alarma. Desde este punto de vista, el estado de alarma tendría una naturaleza mixta, ya que puede ser formalizado no sólo para hacer frente a desastres naturales (como tradicionalmente ha sostenido la doctrina dominante), sino también a crisis derivadas de alteraciones sociales⁴⁴.

Esta última es una idea que puede tener importantes consecuencias de cara, por ejemplo, a la admisión del empleo del estado de alarma como instrumento para resolver crisis derivadas de huelgas y cierres patronales que no cumplan con lo prevenido en los arts. 28.2 y 37.2 CE. Además, permite considerar que, al menos, la crisis del servicio público del transporte aéreo ocurrida en diciembre de 2010 sí estaba tipificada en el Derecho de excepción. Al respecto, recordaré que la declaración del estado de alarma se llevó a cabo al amparo del art. 4 LODES, inciso c), en relación con los incisos a) y d) del mismo precepto, lo que significa que junto con la «paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad» concurren tanto una «catástrofe pública», como una «situación de desabastecimiento»⁴⁵. Y, según la tesis gubernamental, la afectación del servicio público del transporte aéreo fue la causa de las otras dos situaciones de crisis concurrentes⁴⁶.

Dicho lo anterior, me parece conveniente hacer dos precisiones. La *primera precisión* es que la interpretación que aquí defiendo en modo alguno abre el paso al uso irrestricto del estado de alarma contra cualquier huelga ilegal en el ámbito de los «servicios públicos esenciales para la comunidad»⁴⁷. En efecto, la declaración

⁴⁴ «La declaración del estado de alarma –dice GOIG MARTÍNEZ-, responde a la doble necesidad de constituir un instrumento frente a catástrofes naturales y situaciones de anormalidad social [...]. El estado de alarma, caracterizado por tener una motivación eminentemente natural, no excluye, sin embargo su declaración ante situaciones sociales que perturben el normal desenvolvimiento de la vida social del país», pero no puede ser utilizado frente a «alteraciones de la vida política de la nación, lo que diferencia claramente los estados de excepción y sitio, cuya naturaleza es eminentemente política» [«La defensa política de la Constitución. Constitución y estados excepcionales (II). Un estudio constitucional comparado», en: *Revista de Derecho UNED* núm. 5, 2009, p. 225].

⁴⁵ En contra de la tesis gubernamental se ha manifestado HIGUERA GUIMERA, ya que, en su opinión, «el cese total del tráfico aéreo imposibilitando, por ejemplo, a muchísimos ciudadanos comenzar sus vacaciones en un largo puente (el más largo del año), o impidiendo a otros ciudadanos acudir a citas importantes, de carácter familiar, de trabajo, de negocios, o de simple ocio, etc., no puede considerarse, a nuestro juicio, realmente, como una situación de “desabastecimiento de productos de primera necesidad”» [Vid., «Los estados de alarma, excepción y sitio, y el Código penal militar de 1985...», *cit.*, p. 19].

⁴⁶ «La Ley de 1981, señorías, -sostuvo el Presidente de Gobierno- reguladora de los estados excepcionales, prevé la declaración del estado de alarma en el supuesto de paralización de los servicios públicos esenciales, sin respeto a lo previsto en el artículo 28.2 de la Constitución, y específicamente cuando esa paralización implique una situación catastrófica o el desabastecimiento de productos esenciales. Ambos elementos concurrían en la situación del pasado fin de semana, tanto por el carácter esencial del transporte aéreo, no discutible, paralizado por completo en España, como por la inobservancia radical y contumaz de cuanto prevén la Constitución y el decreto-ley de relaciones laborales, en relación con el ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales para la comunidad, como, en fin, por el número de ciudadanos afectados y las consecuencias resultantes para los sectores del transporte, el turismo y los servicios en España, así como para la imagen de nuestro país» [CORTES GENERALES: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente*, año 2010, IX Legislatura, num. 210, sesión de 9 de diciembre, pp. 5-6]

⁴⁷ En cambio, autores como, por ejemplo, BLANCO VALDÉS, sostienen que la declaración del estado de alarma en diciembre de 2010 constituye un peligroso precedente para el uso autoritario de tal estado excepcional. «Con la interpretación que ha hecho el Gobierno -sostiene BLANCO- cualquier huelga salvaje que produjera una paralización de los servicios públicos podría conducir, al ser por definición calamitosa, a la declaración del estado de alarma, que es justamente lo que, con buen criterio, el legislador orgánico trató de evitar» [Vid., «La dudosa legalidad de un decreto», en: *Diario ABC*, edición nacional de 12 de diciembre de 2010].

de un estado excepcional tiene que estar justificada, de modo que para implantar el estado de alarma no basta con alegar que el supuesto de hecho se aprecia en la realidad, sino que, además, es preciso demostrar tal alegación. E igualmente resulta obligatorio acreditar que, como prescribe el art. 1.1 LODES, acreditar que existen «circunstancias extraordinarias» que hacen «*imposible el mantenimiento de la normalidad* mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes».

Finalmente, la *segunda precisión* es que en materia del estado de alarma hay que distinguir dos cuestiones: la que consiste en si dicho estado excepcional puede emplearse para solventar conflictos sociales, respecto de la cual ya he manifestado mi punto de vista, y la que está referida a si determinados efectos del estado de alarma respetan la Constitución. La distinción precedente es necesaria en la medida que, con independencia de cómo se interprete del presupuesto de hecho del estado de alarma, la declaración del mismo puede conllevar la aplicación de medidas extraordinarias como, por ejemplo, la «movilización» del personal de empresas y servicios, que la doctrina mayoritaria valora negativamente alegando que tiene consecuencias de orden jurisdiccional que vulneran el texto constitucional.

La complejidad de esta última cuestión requiere que brinde a la misma un trato pormenorizado que realizaré a continuación, aunque con la finalidad de analizar el problema de si los efectos del estado de alarma suponen, de alguna forma, la adopción de medidas de trascendencia penal.

3. LAS CONSECUENCIAS PENALES DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

3.1. Planteamiento del problema

En España el Derecho de excepción y el Derecho penal han estado históricamente ligados de manera muy estrecha, y prueba de ello es que el primero operó, desde los inicios del siglo xix hasta la primera mitad del siglo xx, como una suerte de extensión del poder punitivo estatal.

En efecto, las primeras manifestaciones del Derecho excepcional fueron los bandos que las autoridades militares publicaban, por un lado, para comunicar que asumían el control de una parte del territorio estatal debido a una crisis de orden público (entendido en esa época como orden político) y, por otro lado, para imponer una serie de reglas de conducta. De este modo, progresivamente el bando militar se convirtió en el instrumento a través del cual se declaraba el «estado de sitio» o el «estado de guerra»⁴⁸ y, además, se incriminaban determinadas conductas -por lo general, actos de disidencia política- y se señalaban penas a dichos comporta-

⁴⁸ La introducción del estado de sitio en España se produce, según CRUZ VILLALÓN, en 1835, tanto en el «escenario de la guerra [civil carlista] como para reprimir los levantamientos liberales en las ciudades» [Vid., por todos, *El estado de sitio y la Constitución...*, cit., p. 329].

mientos. El empleo de bandos con las características antes señaladas prosiguió hasta el final de la Guerra Civil⁴⁹, sin que dicho uso resultara afectado, en lo sustancial, por el cambio de regímenes políticos⁵⁰, por la sucesión de Códigos penales comunes (cuyas figuras delictivas son desplazadas por los delitos creados por medio de bandos), por la regulación de los estados de excepción en las Leyes de orden público de 1870 y 1933 (que ratificaron a los militares en su función de garantizar el «orden público» a través del uso del «estado de guerra»), o por la codificación de las leyes penales militares. En este último caso, los Códigos castrenses de 1884 y 1890 otorgaron a los bandos militares el rango de ley a efectos de crear nuevos delitos⁵¹.

Como no podía ser de otra forma, la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y la promulgación de la LODES modificaron radicalmente la situación que acabo de describir. En efecto, en primer lugar, los militares perdieron el poder de decisión para declarar los estados excepcionales⁵² y, en segundo lugar, los bandos militares dejaron de tener la consideración de fuente de la ley penal⁵³, pasando a ser concebidos como normas de carácter administrativo⁵⁴. La profundidad de estos cambios

⁴⁹ En opinión de GARRIDO LÓPEZ, «el bando militar, la represión armada y los consejos de guerra, constituidos para juzgar y condenar sumariamente, integraron el ritual característico de los estados de sitio declarados en nuestro país, desde la primera guerra carlista hasta el estado de guerra de 1936» [«Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración», en: *Revista de Derecho Político* núm. 68, 2007, p. 115].

⁵⁰ En ese sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA observa que la preservación del «orden público» es cedida al Ejército y, correlativamente, a la jurisdicción militar sin ninguna interrupción, por monarquías y repúblicas, conservadores y liberales, dictaduras y regímenes constitucionales, derechas e izquierdas» [«Prólogo» a BALLBÉ, M.: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, 2.ª ed., Alianza Universidad, 1985, p. 13].

⁵¹ La LEY DE ORDEN PÚBLICO de 1959, al igual que sus predecesoras de 1870 y 1933, también permitía la declaración de estados excepcionales a través de un bando militar (art. 39.2) y, por su parte, el Código de Justicia Militar de 1945 igualmente confería al bando el rango de ley a efectos penales (arts. 181 y 285.5). No obstante, la dictadura franquista no implantó ningún estado excepcional, debido -según GARCÍA RIVAS- a que en esa época «el país vive un “estado de sitio” permanente y prolongado; tanto, que hasta el 1 de abril de 1969 no se consideran prescritos los delitos cometidos durante la guerra civil» [*La rebelión militar...*, cit., p. 107].

⁵² Así, por un lado, el principio de subordinación de la autoridad militar a la civil (art. 97 CE) ha puesto fin a la inveterada autonomía de las Fuerzas Armadas (en los sucesivos, FFAA) para intervenir en la vida política del país. Además, por otro lado, como he señalado en páginas atrás, la Constitución y su legislación de desarrollo confieren al Congreso de los Diputados la competencia para declarar el estado de sitio o, en su caso, para autorizar al Gobierno a declarar del estado de excepción o a prorrogar el estado de alarma.

⁵³ Asimismo, dado que la vigencia del principio de legalidad penal exige que sólo una disposición con rango de ley sea la que puede disponer la aplicación de sanciones penales, actualmente la postura dominante en la doctrina es que el bando militar está excluido del repertorio de fuentes legales. En este sentido, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN sostienen «que las leyes penales, en tanto impliquen la privación o restricción de algún derecho fundamental están sujetas a la reserva sustancial y absoluta de Ley Orgánica establecida en el art. 8.1 de la Constitución de 1978». Sobre esta base, concluyen que la materia penal está «sustraída a la Ley Ordinaria, a toda suerte de legislación delegada, a la potestad legislativa de las Comunidades autónomas y a las Ordenanzas de necesidad -Decretos-Leyes, Bandos Militares, etc.-» [*Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 76 y 147. Las letras cursivas pertenecen al texto citado]. Igualmente defendiendo la imposibilidad de legislar en materia penal a través de bandos, *vid.*, HIGUERA GUIMERA, J.-F.: *Curso de Derecho penal militar español. Parte general*, 1, Barcelona, Bosch, 1990, p. 195; CALDERÓN SUSÍN, E.: «Competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz (art. 12 L.O.C.O.)», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, p. 367; y JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: *Introducción al Derecho penal militar*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1987, p. 108 y ss.

⁵⁴ Sin embargo, para despejar cualquier duda, hay que hacer una breve referencia al art. 34 LODES, que, en el caso del estado de sitio, establece que la «autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente Ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio». A mi juicio, este precepto no autoriza a pensar que un mando militar en particular puede recibir facultades legislativas en materia penal. En efecto, si se tiene en cuenta -explica CRUZ VILLALÓN- que el art. 34 LODES vincula los bandos a la Constitución, entonces habrá que «excluir cualquier ejercicio de competencias

suscita la cuestión de si, al igual que en el pasado, existe una interrelación entre el *Derecho de excepción* y el *Derecho penal*, es decir, si la declaración de un estado de excepción tiene repercusiones penales.

Al respecto, a diferencia de lo que ocurría en la etapa preconstitucional, actualmente, *en principio*, cualquier decisión que adopte el Congreso de los Diputados o, en su caso, el Gobierno respecto de la implantación de un estado excepcional -declararlo, prorrogarlo o no autorizar su declaración o su prórroga- no sería determinante para apreciar la relevancia penal de una conducta⁵⁵. Pero he dicho *en principio* porque la Constitución contiene un artículo -el 117.5 CE- que ha permitido al legislador ordinario conservar, si bien en un ámbito muy reducido, la antigua interrelación entre Derecho de excepción y Derecho penal. El precepto mencionado dice:

«La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

La parte del art. 117.5 CE que hace referencia al «ejercicio de la jurisdicción militar» durante el estado de sitio ha sido desarrollada por el legislador a través de disposiciones de carácter jurisdiccional, es decir, por medio de normas jurídicas de atribución de competencia penal a los tribunales militares⁵⁶. Tales normas permiten que la competencia penal militar pueda ampliarse durante el estado de sitio, en el sentido de abarcar los delitos comunes que facultativamente determine el Congreso de los Diputados al declarar dicho estado excepcional⁵⁷.

legislativas a través de los mismos». Si «el constituyente -añade- hubiera pretendido salvar una competencia legislativa de las autoridades militares en los supuestos de estado de sitio lo hubiera hecho expresamente, como lo hace en el artículo 117.5 en relación con la jurisdicción militar». Por lo demás, concluye CRUZ VILLALÓN, el Congreso de los Diputados al regular las «condiciones de declaración del estado de sitio» tampoco podría adjudicar a la Autoridad militar competencias legislativas, sino sólo pronunciarse respecto a la «jurisdicción militar», ya que esta materia forma parte de su competencia durante el «estado de sitio» (art. 117.5 CE) [*Estados excepcionales...*, cit., pp. 121-122].

⁵⁵ Cuestión distinta es que la conducta descrita en un tipo penal resulte muy similar al supuesto de hecho de algún estado excepcional. El caso paradigmático sería la similitud entre, por un lado, los tipos básicos de rebelión en tiempo de paz (art. 472 CP) y rebelión en tiempo de guerra (art. 79 CPM) y, por otro lado, uno de los presupuestos de hecho del estado de sitio, en concreto, el que consiste en «una insurrección contra el ordenamiento constitucional» (art. 32.1 LODES). Al respecto, *vid.*, GARCÍA RIVAS, N.: *La rebelión militar...*, cit., pp. 137-141, y SANDOVAL, J. C.: *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*, Valencia, Tirant lo Blanch, *en prensa*.

⁵⁶ Las normas de naturaleza jurisdiccional están contenidas, fundamentalmente, en la LO 6/1985, de 1 de julio, DEL PODER JUDICIAL (en lo sucesivo, LOPJ); y la LO 4/1987, de 15 de julio, SOBRE COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR (en adelante, LOCOJM).

⁵⁷ De acuerdo con el art. 3.2 LOPJ, la «competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código penal militar y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado...» (art. 3.2). En idéntico sentido, el art. 12.2 LOCOJM establece que los tribunales militares serán competentes para conocer de los delitos «cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula». Y esta última, la LODES, prescribe que, en «la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar» (art. 35). De acuerdo con estas normas, la práctica totalidad de la doctrina coincide en que dicha cámara no está obligada a expandir la competencia penal militar, sino que puede decidir hacerlo o no después de apreciar las circunstancias concomitantes. Igualmente hay acuerdo en que, si la competencia «natural» de los tribunales militares se circunscribe a los delitos tipificados en el Código penal militar, la ampliación se realizará respecto de delitos tipificados en el Código penal común. Al respecto, entre otros, *vid.*, GARRIDO LÓPEZ, C.: «Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico...», cit., pp. 117-118; GIL GARCÍA, O.: *La jurisdicción militar en*

Ahora bien, aunque el art. 117.5 CE no alude a la legislación penal material⁵⁸, el legislador al parecer habría tenido en cuenta la referencia que dicho precepto hace al estado de sitio para crear un conjunto de disposiciones que están ubicadas en el Código penal militar (en lo sucesivo, CPM). En concreto, son seis artículos del Libro II, «De los delitos en particular», en los que se hace referencia al estado de sitio bien para cualificar una conducta delictiva⁵⁹, o bien para designar un elemento normativo del tipo⁶⁰.

En tal estado de cosas, es razonable concluir que respecto de los preceptos anteriores, *que sólo pueden aplicarse durante el estado de sitio*, el legislador -como he señalado en la página anterior- habría conservado la atávica interrelación entre Derecho excepcional y Derecho penal. Pero, la pregunta que surge es si esto último puede afirmarse únicamente respecto del estado de sitio. La cuestión se suscita porque hay una disposición en la LODES -el art. 12.2- que permitiría interpretar que, tratándose de un determinado colectivo -el «personal movilizado»-, la declaración del estado de alarma habilitaría la aplicación de la ley penal militar.

3.2. La aplicación de la legislación penal militar al personal «movilizado» de empresas y servicios: ¿un efecto penal del estado de alarma?

Las medidas extraordinarias que pueden adoptarse durante el estado de alarma están reguladas en los arts. 9 a 12 de la LODES, y entre todas destaca, por su complejidad y por las controversias que genera su interpretación, la prevista en el art. 12.2 LODES:

«En los casos previstos en los apartados c)⁶¹ y d)⁶² del artículo cuarto el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la *movilización* de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al *personal movilizado* la *normativa vigente sobre movilización* que, en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo».

la etapa constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 213-214; y DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Alicante, Universidad, 2003, pp. 88-89.

⁵⁸ El art. 117.5 CE prescribe que la «ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense», lo que equivale a decir, según la opinión acertada de un sector de la doctrina, que la Constitución se refiere a la «*jurisdicción militar*» utilizando el término «*ejercicio*», que significa la realización de una *actividad*, y que esta última es la referida a la *potestad jurisdiccional* en el «*ámbito estrictamente castrense*» y en los «supuestos de estado de sitio». En este sentido, con buenos argumentos, *vid*, DOIG DÍAZ, Y.: *Ibid.*, pp. 118-124.

⁵⁹ Así sucedería con el tipo de injusto de los arts. 85 CPM (desobediencia o resistencia a las órdenes de centinela o maltrato al mismo), 86 CPM (maltrato de obra o desobediencia a las órdenes de la policía militar), 102 CPM (desobediencia a las órdenes relativas al servicios impartidas por un superior jerárquico), 179 CPM (delitos contra los deberes del servicio a bordo o de ayudas a la navegación) y 193 CPM (incumplimiento de contratos con la Administración militar)

⁶⁰ Este sería el caso del delito de desobediencia a bandos militares (art. 63 CPM).

⁶¹ Art. 4.c) LODES: «Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo».

⁶² Art. 4.d) LODES: «Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad»

La parte del precepto que he destacado con letras cursivas es una disposición que, según el parecer de prácticamente la totalidad de la doctrina, vulnera la Constitución. Al respecto se alega que la «movilización» de un determinado colectivo implica *militarizarlo* y, eventualmente, aplicarle la legislación penal militar en tribunales castrenses. Esto último, según esa misma doctrina, contraviene -y aquí residiría fundamentalmente la inconstitucionalidad- lo prescrito en el art. 117.5 CE, ya que esta norma establece que el «ejercicio de la jurisdicción militar» sólo puede realizarse, fuera del «ámbito estrictamente castrense», en los «supuestos de estado de sitio» y esto excluye, naturalmente, los *supuestos de estado de alarma como, por ejemplo, los tipificados en el art. 4.c) y d) LODES*⁶³.

En mi opinión, si circunscribimos las consecuencias de la «movilización» al ámbito del Derecho jurisdiccional o, lo que es lo mismo, si limitamos el problema de fondo al tema de los límites de la competencia penal militar, entonces habrá que suscribir la tesis doctrinal dominante que tacha de inconstitucional al art. 12.2 LODES, toda vez que la aplicación del mismo conllevaría una ampliación de la competencia de los tribunales militares que la Constitución no permite⁶⁴.

Ahora bien, en el razonamiento de la doctrina mayoritaria hay un elemento que tiene particular importancia y al que no se presta la debida atención. Me refiero al hecho de que esa misma doctrina admite que el término «movilización» implica la militarización de civiles y, además, *la sujeción de los «movilizados» a la legislación penal militar*. Esto último -y es el elemento que quiero destacar- implica reconocer que el art. 12.2 LODES regula una medida que tiene repercusiones penales.

Al respecto, conviene poner de relieve que la Constitución no contiene ninguna disposición que haga referencia a una posible expansión del ámbito subjetivo de aplicación del Código penal militar durante el estado de alarma, ya sea para autorizarla, para prohibirla o para restringirla. Siendo esto así, los efectos penales que entrañaría el art. 12.2 LODES no implicarían la vulneración del texto constitucional, pero -y esto es muy importante- a la larga suscitarían el problema de que el

⁶³ Así, entre otros, *vid.*, CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales...*, *cit.*, p. 79; LAFUENTE BALLE, J. M.: «Los estados de alarma, excepción y sitio (II)», *cit.*, p. 37; SERRANO ALBERCA, J. M.: «Artículo 116.2 CE», *cit.*, p. 1784 y ÁLVAREZ CONDE, E.: *El régimen político español*, 4.ª ed., *cit.*, p. 255. Otros autores como, por ejemplo, BERDUGO, cuestionan la constitucionalidad del art. 12.2 LODES argumentando, por un lado, que la «movilización» del personal de empresas servicios colisiona con el art. 117.5 CE y, por otro lado, que implica la «disminución de sus derechos laborales» y la «desaparición del derecho huelga» de los sujetos «movilizados». También son contrarios al sometimiento de civiles a la competencia penal militar en virtud del art. 12.2 LODES: BLANCO VALDÉS, ÁLVAREZ CONDE y PORTERO MOLINA [*Vid.*, «La dudosa legalidad de un decreto», en: Diario ABC, edición nacional de 12 de diciembre de 2010], y GIMBERNAT ORDEIG [«Contra la movilización de los controladores» y «Otra vez: contra la “movilización”», en: Diario *El Mundo*, ediciones nacionales de 7 y 10 de diciembre de 2010, respectivamente].

⁶⁴ Igual expresa HIGUERA GUIMERA al analizar el caso de la «movilización» de los controladores de tránsito aéreo. La «movilización de personas civiles -afirma-, en este caso, los controladores de tránsito aéreo de AENA durante el estado de alarma, no es un ámbito estrictamente castrense, y quedan excluidos los estados de alarma y excepción. Por ello, no puede ejercerse, de ningún modo, la jurisdicción militar durante el estado de alarma sometiendo a los controladores de tránsito de AENA al Código penal militar de 1985 y a la jurisdicción militar» LODES [*Vid.*, «Los estados de alarma, excepción y sitio, y el Código penal militar de 1985...», *cit.*, p. 40].

eventual juzgamiento en sede castrense de los civiles «movilizados» vulneraría el art. 117.5 CE.

Por ello, en las páginas restantes de esta contribución analizaré todas las posibles interpretaciones de la «movilización» para determinar si, en la medida de lo posible, hay una lectura que no suponga la infracción de lo prevenido en el art. 117.5 CE.

a. «Movilización» en el sentido de militarización

Coincido con un sector de la doctrina en que el art. 12.2 LODES plantea una cuestión fundamental: qué debe entenderse por «movilización», por «personal movilizado» y por «normativa vigente sobre movilización»⁶⁵. El significado de tales expresiones tradicionalmente se ha extraído de la Ley 50/1969, de 26 de abril, Ley básica de movilización Nacional (en adelante, LBMN)⁶⁶, pero actualmente esta disposición legal no puede servir para tales efectos, y tampoco puede brindar criterios interpretativos, pues fue derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar (en lo sucesivo, LCM). Pero, además, la LBMN, «regulaba la movilización como una técnica de militarización con la finalidad de mantener el orden público interno»⁶⁷, desde la perspectiva propia de un régimen autoritario, y esto impide tenerla en cuenta para interpretar el Derecho de excepción, que es una de las facetas más sensibles del Estado democrático de Derecho.

Así las cosas, resulta necesario dotar de un significado a las expresiones arriba mencionadas. Por ello, me parece que el término «movilización» puede entenderse como *militarización*, es decir, como el acto administrativo de atribuir a un civil la condición de militar en la situación de servicio activo. Ahora bien, dado que la «movilización» sólo puede justificarse o, lo que es lo mismo, sólo encuentra su fundamento en la finalidad de «asegurar el funcionamiento» de la empresa o servicio (art. 12.2 LODES), el sujeto militarizado se convertiría en titular de los derechos y deberes derivados del estatuto jurídico de militar que permitan alcanzar tal objetivo.

En ese orden de ideas, la frase «personal movilizado» haría referencia al colectivo de civiles militarizados en las empresas y servicios, sin que ello implique que tales personas pasen a estar encuadradas en las FFAA. Y esto último por dos razones: la primera es que, de acuerdo con la legislación vigente, la aportación suplementaria de recursos humanos a las FFAA no se canaliza a través de la «movilización» de civiles, sino por medio de la figura de los reservistas (art. 123 LCM y ss.),

⁶⁵ CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales...*, cit., p. 79.

⁶⁶ Así, vid. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L.: «Definición de militares (Artículo 8 CPM)», en: BLECUA FRAGA, R. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., (COORDS.): *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, Civitas, 1988, p. 243

⁶⁷ LÓPEZ RAMÓN, F.: «La evolución democrática de la Defensa Nacional», en: *Revista Española de Derecho militar* núm. 87, enero-junio de 2006, p. 29.

la segunda razón es que para resolver la crisis no es necesario que los civiles militarizados pasen a formar parte de la estructura organizativa de cualquiera de los tres ejércitos⁶⁸.

En cuanto a la «normativa vigente sobre movilización», esta no puede ser la LBMN por los motivos arriba señalados, y ello plantea una cuestión de difícil solución. En efecto, el art. 12.2 LODES establece que tal legislación, «en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo», y dado que dicho precepto no brinda ninguna información sobre la «movilización» -*que aquí interpreto como militarización*-, habrá necesariamente que recurrir a las disposiciones supletorias. Y la única disposición penal vigente que alude a la *militarización* de civiles es el art. 8.5 CPM:

«A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que: [...]

5º *Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno».*

El problema que se suscita -y por eso arriba he calificado la cuestión de difícil solución- es que el art. 8.5 CPM distingue entre *personal movilizado* y *personal militarizado* y, como se recordará, el art. 12.2 LODES menciona sólo al primero. Además, y esto es lo más importante, el art. art. 8.5 CPM no puede ser considerado, en rigor, como una disposición supletoria de la LODES. En efecto, el precepto mencionado establece que tendrá la cualidad de militar, a efectos de aplicación del Código castrense, el *personal movilizado o militarizado*, pero no regula ni la *movilización* ni la *militarización*. Estamos, pues, ante un clamoroso vacío legal⁶⁹.

Otros punto no menos problemático es que el art. art. 8.5 CPM define quiénes son militares a efectos de la aplicación de *toda la legislación penal castrense*, y ello supondría que el personal militarizado de las empresas y servicios podría, en teoría, perpetrar cualquiera de las conductas tipificadas en el Código penal militar. No me cabe la menor duda de que lo anterior sería desproporcionado.

A lo anterior se unirían otros problemas como, por ejemplo, que la *militarización* conllevaría insertar a los civiles en el ámbito de la *relación de especial sujeción militar*, lo que se traduciría en la imposición de un gravoso sistema de limitaciones -generales y específicas- al ejercicio de determinados derechos fundamentales (sindicación, petición, libertad individual, reunión pacífica y sin

⁶⁸ De hecho, en el ordenamiento jurídico español hay sujetos que tienen la cualidad de militares pero no están encuadrados dentro de las FFAA: los alumnos de las Escuelas y Academias castrenses (art. 67 de LCA) y los miembros de la Guardia Civil (Ley 42/1999, de 25 de noviembre, DE RÉGIMEN DE PERSONAL DEL CUERPO DE LA GUARDIA CIVIL, art. 2.1).

⁶⁹ En idéntico sentido, *vid.*, HIGUERA GUIMERA, J.-F.: «Los estados de alarma, excepción y sitio, y el Código penal militar de 1985...», *cit.*, p. 34 y ss.

armas, honor, libertad de expresión, etc.)⁷⁰. Finalmente, la interpretación de la movilización como *militarización* tropezaría con un obstáculo insalvable: el sujeto *militarizado* que realizara un tipo penal militar tendría que ser juzgado en sede castrense, con lo cual nuevamente afloraría el problema de la inconstitucionalidad del art. 12.2 LODES.

b. «Movilización» en el sentido de militarización parcial

El término «movilización» puede ser interpretado una suerte de *militarización parcial*. Esta interpretación apuntaría a considerar al colectivo «movilizado» como una clase muy particular de *militares*, es decir, la de aquellos a los que se les impone esa cualidad únicamente a efectos de alcanzar el objetivo previsto en el art. 12.2 LODES: asegurar el funcionamiento de las empresas y servicios. Esto supondría que la ley penal militar sólo se aplicaría en tanto en cuanto fuera necesaria para el logro del objetivo antes mencionado. Así sucedería, por ejemplo, para reforzar la protección del bien jurídico principio de autoridad o, si se prefiere, para intensificar las relaciones internas de jerarquía y obediencia. Las infracciones penales militares serían juzgadas, en todo caso, en sede común.

La *militarización parcial* es la interpretación que, a mi parecer, evitaría el escollo de la inconstitucionalidad del procesamiento de los «movilizados» en sede castrense. No obstante, esta lectura colisiona directamente con las normas jurisdiccionales de reparto de competencia entre los tribunales militares y los comunes, ya que los primeros son competentes para conocer de todos los tipos castrenses perpetrados por sujetos militares.

c. Movilización en el sentido de *sometimiento a la autoridad militar*

Según el art. 44 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre de Navegación Aérea (en adelante, Ina), «a efectos de movilización», las «Corporaciones, Entidades o particulares» que tengan la nacionalidad española y que cuenten con «aeropuertos o aeródromos privados», dependerán de la «Jefatura Militar Aérea en cuya demarcación se encuentren»⁷¹. A partir de esta disposición, se podría intentar demostrar que

⁷⁰ Al respecto, entre otros, *vid.* LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Universidad de Córdoba-Civitas, 1994, p. 160 y ss.; PEÑARRUBIA IZA, J.: *Presupuestos constitucionales de la función militar*, Madrid, CEC, 2000, p. 89 y ss.; NEVADO MORENO, P. T.: *La función pública militar*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 95 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, S.: «Limitación de Derechos fundamentales de la Constitución española en relación con las Fuerzas Armadas», en: LÓPEZ RAMÓN, F. (DIR.): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Madrid, Trotta-Academia General Militar-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada», 1995, *passim*; SERRANO ALBERCA, J. M.: «La protección de las libertades públicas del militar», en *Revista de Administración pública*, núm. 103, enero-abril 1984, *passim*.

⁷¹ Art. 44 LNA: «Sólo podrá autorizarse a Corporaciones, Entidades o particulares que tengan la nacionalidad española la instalación de aeropuertos o aeródromos privados que habrán de reunir los requisitos que previamente determine, en cada caso, el Ministerio del Aire. *Todos ellos se someterán a las servidumbres que se establezcan, y a efectos de movilización dependerán de la Jefatura Militar Aérea en cuya demarcación se encuentren*».

la movilización no consiste en la conversión de un civil en militar, sino en la sujeción del personal «movilizado» a la dirección técnica o aeronáutica o, si se prefiere, administrativa de una autoridad militar⁷². Sin embargo, esta interpretación carece de un aparato normativo que permita defenderla eficazmente.

De acuerdo con lo que se ha visto hasta el momento, la conclusión general es que, con arreglo al art. 12.2 LODES, la declaración del estado de alarma puede desplegar efectos en dos ámbitos, estrechamente relacionados en la práctica jurídica, pero conceptualmente distintos. El primero sería el plano penal material, toda vez que el Código penal militar pasaría a ser aplicable al colectivo de los «movilizados», y el segundo plano sería jurisdiccional, ya que el estado de alarma puede implicar la expansión de la competencia penal militar para conocer de las infracciones penales militares perpetradas por el mismo colectivo. Ahora bien, mientras que los efectos de carácter penal material no plantean ningún problema de constitucionalidad, por el contrario, las consecuencias en el ámbito jurisdiccional sí colisionan con la Constitución. En concreto, el juzgamiento en sede militar de los «movilizados» que delincan no encaja ni en el «ámbito estrictamente castrense», ni, mucho menos, en los supuestos del estado de sitio.

En tal estado de cosas, es razonable sostener que la utilidad práctica de las medidas extraordinarias previstas en el art. 12.2 LODES es limitada o, si se prefiere, meramente simbólica⁷³. En efecto, en virtud de dicho precepto se puede someter a los «movilizados» a los dictados de la legislación castrense, pero las infracciones a esta normativa que perpetren estos sujetos no podrán ser juzgadas por tribunales militares a no ser, claro está, que se pretenda llevar a cabo un juzgamiento que violente la Constitución.

Esta última interpretación podría ser una razón para que los titulares de los poderes del Estado democrático de Derecho reflexionen sobre si, en el caso de los controladores aéreos, la legislación penal común -el Código penal o la Ley 209/1964, penal y procesal de la navegación aérea- hubiera respondido con mejores posibilidades de éxito a las eventuales demandas de intervención penal⁷⁴.

4. Conclusiones

1. El estado de alarma es una institución del Derecho de excepción que puede ser utilizado legítimamente con el fin de hacer frente, siempre que concurren determinados requisitos (necesidad, proporcionalidad y adecuación), a situaciones de crisis

⁷² Sobre este precepto, *vid.*, ., HIGUERA GUIMERA, J.-F.: «Los estados de alarma, excepción y sitio, y el Código penal militar de 1985...», *cit.*, pp. 26-29

⁷³ Desde luego, si alguna virtud se puede atribuir al art. 12.2 LODES sería la posibilidad de utilizar el recurso a la legislación penal militar como un instrumento de disuasión. En el caso de los controladores aéreos, afirma HIGUERA GUIMERA, tuvo una «finalidad claramente intimidante» [*Ibid.*, p. 6]

⁷⁴ De hecho, actualmente la jurisdicción común tiene abierta una investigación para determinar qué responsabilidades penales se derivaron de la crisis de los controladores aéreos. Al respecto, *vid.*, Diario *El País*, edición nacional de 21 de septiembre de 2011, «La Juez imputa a toda la directiva del sindicato de controladores».

o de emergencias causadas bien por desastres naturales (terremotos, inundaciones, epidemias, etc.), o bien por conflictos sociales.

2. La descripción de los supuestos de hecho del estado de alarma no satisface todas las exigencias derivadas de los principios de taxatividad y de seguridad jurídica. El legislador democrático tiene, pues, la obligación de solventar tales problemas con el fin de garantizar que el uso de los estados de emergencia esté libre de cualquier duda sobre si su uso es o no legítimo y limitado.

3. Entre las posibles medidas extraordinarias que pueden adoptarse al declarar el estado de alarma, destaca por su actualidad y su particular intensidad, la facultad gubernamental de «movilizar» al personal de empresas y servicios para «asegurar su funcionamiento». Desde el punto de vista del Derecho jurisdiccional, se ha cuestionado la constitucionalidad de dicha facultad, toda vez que implica ampliar la competencia subjetiva de los tribunales militares fuera de los «supuestos de estado de sitio» (art. 117.5 CE). Este problema es difícil de salvar y, por ello, es necesario que el legislador regule la «movilización» mencionada art. 12.2 LODES o, en su defecto, derogue dicho precepto. Esto último parece ser lo más aconsejable.