

CONSTITUCIÓN FRANCESA Y DERECHO DE EXCEPCIÓN*

STÉPHANE PIERRÉ-CAPS

Profesor de Derecho Público

Universidad de Lorraine

TRC, n.º 48, 2021, pp. 103-124
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. La dimensión constitucional del derecho de excepción. III. La dimensión legislativa del derecho de excepción.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión del derecho de excepción es concomitante al nacimiento del constitucionalismo francés; surgiendo este con la Revolución de 1789. Acompañó la inestabilidad política y constitucional que caracterizó el siglo XIX, hasta las Leyes Constitucionales de 1875. Esto implica que la cuestión de la legitimidad de un derecho de excepción, o incluso su posible inclusión en la Constitución, haya suscitado un debate constante en el seno del poder político —tanto en el constituyente como del legislador— y, por supuesto, en la doctrina.

En el plano teórico, el derecho de excepción parece incompatible con el constitucionalismo liberal, ya que afecta a los derechos y libertades que la Constitución garantiza. Por consiguiente, «encuadrar el estado de excepción en el ordenamiento jurídico sigue siendo una empresa eminentemente paradójica, ya que equivale a pedir al derecho que prevea su propia suspensión, además en circunstancias en las que, por definición, todo es aún desconocido»¹. Esto no significa, sin embargo, que

* Traducción de Francisco Javier Romero Caro, Senior Researcher Institute for Comparative Federalism — Eurac Research en el marco del proyecto DATE financiado por la Provincia Autónoma de Bolzano.

¹ BEAUD, O. y GUÉRIN-BARGUES, C., *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle historique et critique*, Paris, LGDJ, coll. *Systèmes*, 2^e éd., 2018, p. 190.

el derecho público ignore los «tiempos anormales», sino que, como escribió el Decano Maurice Hauriou a principios del siglo xx, «las necesidades de los tiempos anormales fueron previstas, en virtud del único principio de la salvación del Estado, mediante medidas de emergencia, sin que se sintiera la necesidad de prever estas medidas excepcionales por adelantado»². El carácter excepcional de estos «tiempos anormales» justifica que el derecho público solo se ocupe de ellos según las necesidades del momento, es decir, de forma puntual y ocasional. Tal era el sistema de *legislación de circunstancia* (*légalité de circonstances*) que, hasta la ley de 9 de agosto de 1849 sobre el estado de sitio, esta únicamente afectaba al poder ejecutivo.

Sin embargo, la consolidación del Estado de Derecho y la separación de poderes, junto con la evolución de la naturaleza de los peligros y la forma en que los Estados se ven amenazados, ha llevado a los poderes públicos, pero también a la doctrina, a preferir el sistema de *legislación de previsión* (*législation de prévoyance*) a la *legislación de circunstancia*. Como resaltó Hauriou: «Hoy en día preferimos prever y mantener en reserva instituciones preparadas para tiempos anormales. Se trata de un avance en el derecho, puesto que estas instituciones están así mejor estudiadas y son menos peligrosas para la libertad»; al tiempo que insiste en el carácter excepcional del recurso a esta legislación de previsión: «las medidas improvisadas basadas en la razón de Estado o en el derecho de necesidad deben considerarse como un *ultimum remedium*»³.

El principio de *legislación de previsión*, como estado de excepción, es tanto más necesario en cuanto que tiende a cuestionar los derechos y libertades constitucionales. Esto plantea la cuestión de su lugar y rango en el sistema jurídico. La lógica dictaría, en este sentido, que el derecho de excepción se consagrara en la Constitución, ya que pone en cuestión la garantía de los derechos de los ciudadanos por parte de esta. Así, la Constitución de la Segunda República de 4 de noviembre de 1848 innovó al hacer del estado de sitio un principio constitucional, sin llegar, sin embargo, a precisar su régimen jurídico⁴. El artículo 7 de la Constitución de 27 de octubre de 1946 también recogía este principio⁵. Pero fue sobre todo la Constitución de la V República la que, por primera vez en el constitucionalismo

2 HAURIU, M., *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, p. 440.

3 HAURIU, M., *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 441; en el mismo sentido, BARTHÉLÉMY, J.: «El avance del constitucionalismo moderno ha llevado a establecer de antemano un tipo de derecho público para los tiempos de crisis y, por tanto, a intentar conciliar los derechos de los ciudadanos con las exigencias de las circunstancias excepcionales de los tiempos revueltos. La legislación de previsión redactada en tiempos de calma es susceptible de ser elaborada adecuadamente; también tiene la ventaja de advertir a los ciudadanos de los sacrificios que se les exigirán en tiempos de crisis», en *Revue du Droit public*, 1915, p. 136.

4 Artículo 106: «una ley determinará los supuestos en que puede declararse el estado de sitio y regulará las formas y efectos de dicha medida».

5 En su versión inicial, el artículo 7 solo se refería a la declaración de guerra. La ley de 7 de diciembre de 1954 insertó el siguiente inciso en el artículo 7: «El estado de sitio se declarará en las condiciones establecidas por la ley».

francés⁶, incorporó deliberadamente un derecho de excepción bajo la forma de los poderes de crisis del famoso artículo 16; al que habría que añadir el artículo 36 relativo al estado de sitio.

Pero, en paralelo, el derecho constitucional francés también ha dado cabida a un *derecho de excepción legislativo*. Se trata, en primer lugar, del estado de sitio en la medida en que, si bien su principio es constitucional, su regulación no lo es: pues, en efecto, esta reside en la ley de 3 de abril de 1878, ahora codificada⁷; y, sobre todo, del estado de emergencia, creado por la ley n.º 55-385 de 3 de abril de 1955 en el marco del conflicto argelino, modificada varias veces bajo la Quinta República a lo largo de sus cuatro usos (1961, 1985, 2005 y 2015)⁸. Este estado de emergencia se ha convertido, en el contexto de la epidemia del covid-19, en un *estado de emergencia sanitaria* creado por la ley n.º 2020-290 del 23 de marzo de 2020.

Desde 1958, el derecho público francés ha sido testigo de la coexistencia de un *estado de excepción constitucional* y un *estado de excepción legislativo*. Esta coexistencia solo es legalmente aceptable si, en primer lugar, la Constitución no lo impide. En otras palabras, la cuestión es si el derecho constitucional de excepción, artículos 16 y 36 de la Constitución, es excluyente de cualquier otra legalidad de excepción. Si no es así, se plantea, en segundo lugar, la cuestión de la constitucionalidad del derecho de excepción legislativo. Sin embargo, hay que señalar que las respuestas a estas dos cuestiones son poco convincentes y que, en lo que respecta a la segunda pregunta, simplemente se ha pasado por alto la constitucionalidad del estado de excepción en sus dos formas. El resultado es que los dos estados de emergencia considerados, en materia de seguridad y de salud pública, entran en el ámbito de la *legislación de circunstancia*, aunque el estado de emergencia acabe perdiendo parte de su carácter excepcional y pase a formar parte del derecho común de los «tiempos normales» con la Ley n.º 2017-510, de 30 de octubre de 2017, de refuerzo de la seguridad interior y de la lucha contra el terrorismo (conocida como Ley SILT), que puso fin al estado de emergencia en materia de seguridad el 1 de noviembre de 2017. No cabe duda de que esto constituye más un retroceso que un avance en el Estado de Derecho.

El derecho de excepción no se limita únicamente a estas consideraciones normativas. Una Constitución también tiende a definir un régimen político y, a través de la distribución de los órganos del poder político y sus relaciones, a orientar su aplicación práctica. La naturaleza del régimen político en cuestión no deja de influir en el derecho de excepción, ya sea en cuanto a su inicio, su funcionamiento o su duración. De este modo, es posible observar cómo, en Francia, antes de 1958,

6 A este respecto, puede mencionarse el precedente del artículo 92 de la Constitución del Consulado de 22 Frimaire An VIII (13 de diciembre de 1799): «En caso de revuelta armada o de disturbios que amenacen la seguridad del Estado, la ley podrá suspender el imperio de la Constitución en los lugares y por el tiempo que determine (...)».

7 Artículo L 2121-1 del Código de Defensa.

8 Artículo L 213-1 del Código de Seguridad Interior, que se remite a la ley de 3 de abril de 1955.

el derecho de excepción atribuía exclusivamente al poder legislativo la declaración del estado de sitio⁹, competencia «que no puede discutirse seriamente, porque el derecho a suspender el imperio de las leyes solo puede pertenecer al poder que las promulga (...)»¹⁰. Asimismo, la ley de 3 de abril de 1955 por la que se instituye el estado de emergencia y se declara su aplicación en Argelia, en su versión original, decía: «El estado de emergencia solo puede ser declarado por ley». En las repúblicas parlamentarias de la Tercera y la Cuarta República era impensable dejar la activación de la legislación de emergencia «al poder discrecional del ejecutivo»¹¹. Sin embargo, bajo la «democracia cesárea» de la Quinta República¹², esto ya no podía ser así. La ruptura que supuso la Constitución del 4 de octubre de 1958 con respecto a la concepción del poder político dejó su impronta condicionando decisivamente el derecho de excepción y, en consecuencia, dejando el control sobre su aplicación en manos del poder ejecutivo y, dentro de él, del Presidente de la República. A partir de ahora, la activación del estado de sitio y del estado de emergencia se llevará a cabo mediante un *decreto discutido por el Consejo de Ministros*, es decir, mediante un acto reglamentario firmado por el Presidente de la República de acuerdo con el artículo 13, párrafo 1, de la Constitución¹³. Si, en lo que respecta al estado de sitio, esta autorización presidencial se debe a la voluntad del constituyente (artículo 36 de la Constitución), en lo que respecta al estado de emergencia, esta autorización, como se examinará a continuación, resulta de la sola voluntad presidencial en virtud de un *modus operandi* particularmente dudoso.

En consecuencia, el examen de la constitucionalidad de la legalidad de emergencia debe tener en cuenta también la naturaleza del régimen político y la distribución constitucional de los órganos del poder político y sus competencias. En este sentido, la V República representa una ruptura con sus predecesoras, no solo al dotarse de un derecho de excepción sin precedentes, sino también al modificar el régimen jurídico previo del derecho de excepción en beneficio exclusivo del Presidente de la República.

En consecuencia, la constitucionalidad del derecho de excepción francés se examinará según la naturaleza —constitucional y legislativa— de sus componentes.

II. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN

Como ya se ha señalado, esta comprende el estado de sitio (artículo 36 de la Constitución) y los poderes de emergencia del artículo 16.

9 Artículo 1.º de la ley de 3 de abril de 1878: «solo una ley puede declarar el estado de sitio».

10 ROMAIN, P., *L'état de siège politique*, Thèse Sciences politiques et économiques, Toulouse, 1918, p. 174.

11 En palabras del decano HAURIUO sobre el estado de sitio, *op. cit.*, p. 707.

12 PINTO, R., « La logique juridique des régimes politiques », *Le Monde*, 5 juillet 1960.

13 «El Presidente de la República firmará las ordenanzas y los decretos discutidos en Consejo de Ministros».

1. El estado de sitio

El estado de sitio no ha sido utilizado durante la Quinta República. Si la Constitución de 1958 mantuvo el principio, fue sin duda, según los profesores Beaud y Guérin-Bargues, «*por pura inercia, sin dar lugar a ningún debate*», más allá de un cuestionamiento de la privación al Parlamento de la facultad de declarar el estado de sitio durante los trabajos preparatorios de la Constitución de 1958¹⁴.

La mención al estado de sitio es, sin embargo, interesante, en la medida en que los debates que acompañaron su inclusión y la evolución de su régimen jurídico prefiguraron los relativos al estado de emergencia. Además, la creación *ex nihilo* en el derecho público francés del estado de emergencia en 1955 podría presentarse como un estado de sitio innominado, hasta el punto de que ambas nociones podrían parecer casi intercambiables si dejamos de lado su régimen jurídico.

En su *Précis de droit constitutionnel*, el Decano Hauriou define el estado de sitio, formalizado por la ley de 9 de agosto de 1849, de la siguiente manera: «Es una institución jurídica preparada de antemano que, con el fin de asegurar la paz pública, refuerza el poder ejecutivo, atenuando la separación entre la autoridad militar y la autoridad civil, transfiriendo de la autoridad civil a la autoridad militar una parte de los poderes de policía y una parte del poder represivo sobre la población civil; este refuerzo se efectuará en caso de peligro inmediato derivado de una guerra exterior o de una insurrección armada, mediante decisiones que declaren el estado de sitio, a las que seguirán, cuando sea necesario, decisiones que levanten el estado de sitio»¹⁵.

El estado de sitio se refiere, pues, a la guerra. En su origen, evoca la situación de una plaza fuerte asediada, que justifica la transferencia de competencias de la autoridad civil a la militar para proteger mejor a la población, especialmente en materia de defensa y administración, pero también en materia jurisdiccional. En este sentido, como señala Hauriou, el estado de sitio «aparece como una curiosa resurrección del régimen primitivo del Estado»¹⁶.

A pesar de ser una legislación preventiva, la institución francesa del estado de sitio encontró su razón de ser en los episodios de junio (*jours de juin*) de 1848 (23-26 de junio)¹⁷. Aplicado del 24 de junio al 19 de octubre de 1848, antes de

14 BEAUD, O. y GUÉRIN-BARGUES, C., *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle historique et critique*, op. cit., p. 76.

15 *Op. cit.*, p. 705.

16 *Op. cit.*, p. 705, nota 4.

17 Cuando la Asamblea Constituyente, encargada de redactar una nueva Constitución tras la proclamación de la Segunda República el 24 de febrero de 1848, celebró su primera reunión el 4 de junio, se enfrentó inmediatamente al problema de los talleres nacionales (*ateliers nationaux*), es decir, los enormes movimientos de tierra alrededor de París en los que trabajaban los desempleados. La primera decisión de la Asamblea, el 21 de junio, fue la supresión de los talleres nacionales, lo que desencadenó inmediatamente una insurrección de estos trabajadores, una insurrección de la miseria, espontánea y no organizada. La Asamblea nombró entonces un gobierno dirigido por el general Cavaignac, encargado especialmente de frenar la

ser incluido en la Constitución de 4 de noviembre de 1848 (artículo 106), dicha institución fue posteriormente desarrollada en la ley de 9 de agosto de 1849, que a su vez tenía valor de ley orgánica según lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución¹⁸.

Sin embargo, el advenimiento de la Tercera República, con una nueva organización del poder político a través de las Leyes Constitucionales de 1875¹⁹, hizo necesaria una revisión del marco jurídico del estado de sitio, ya que algunos de sus elementos resultaban incompatibles con la nueva organización constitucional. Este era el objetivo de la ley de 3 de abril de 1878, una ley ordinaria que completaba y revisaba este mecanismo legal. Este texto reforzaba el control del Parlamento sobre la institución del estado de sitio: solo una ley podía declararlo, determinando su alcance territorial y fijando su duración (artículo 1); cuando las dos cámaras (Cámara de Diputados y Senado) no estuvieran reunidas, el Presidente de la República podría declarar el estado de sitio «previo dictamen del Consejo de Ministros» (artículo 2), debiendo estas reunirse en los dos días siguientes. Por otra parte, si la Cámara de Diputados se encontrara disuelta, el Jefe del Estado no podría, ni siquiera temporalmente, declarar el estado de sitio, salvo en caso de guerra. La competencia del Parlamento se extendía también al levantamiento del estado de sitio.

Al proteger la institución del estado de sitio de cualquier injerencia del ejecutivo, la ley de 1878 lo dejó al solo arbitrio del Parlamento al no haberse aprobado una ley constitucional al respecto: «las Cámaras (...) gozan de total independencia a este respecto y pueden, al declarar el estado de sitio, hacer que produzca efectos distintos de los previstos por la ley orgánica [de 1849]. Como resultado, el Parlamento ejerce un verdadero poder dictatorial»²⁰ ya que las Leyes Constitucionales de 1875 no incluían ninguna garantía de derechos y libertades. Pese a ello, los principales efectos del estado de sitio no eran ni mucho menos insignificantes, ya que transfirieron a la autoridad militar las competencias policiales en materia de registros, traslado de personas presuntamente sospechosas, incautación de armas, secuestro de publicaciones y prohibición de reuniones, además de ampliar la jurisdicción de los tribunales militares a los civiles.

Mientras que la Constitución de la Cuarta República mantuvo la competencia en manos del Parlamento, la Constitución de la Quinta República, por el contrario, decidió otorgar la potestad de declarar el estado de sitio al Presidente de

insurrección (había sido «distinguido» durante la conquista de Argelia, de la que había sido gobernador). El aplastamiento total de la revuelta de junio de 1848, con una violencia sin precedentes, liquidó el naciente movimiento obrero durante muchos años.

18 «Después de la aprobación de la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente procederá a la elaboración de las leyes orgánicas, cuya numeración será determinada por una ley especial».

19 Ley de 25 de febrero de 1875 sobre la organización de los poderes públicos, Ley de 24 de febrero de 1875 sobre la organización del Senado, Ley Constitucional de 16 de julio de 1875 sobre la relación de los poderes públicos. Estos tres textos formaron la Constitución de la Tercera República hasta 1940.

20 ROMAIN, P., *L'état de siège politique*, *op. cit.*, p. 241-242.

la República, en línea con el nuevo régimen político, quedando la competencia del Parlamento limitada a la prórroga del mismo más allá de doce días (artículo 36 de la Constitución). En realidad, este cambio fundamental responde a la voluntad de los constituyentes de 1958 de armonizar la facultad de declarar las diferentes modalidades del nuevo derecho de excepción en manos del Presidente de la República. A este respecto, son los poderes de crisis del artículo 16 los que servirán de referencia.

2. El artículo 16

Este artículo es sin duda uno de los más célebres de la Constitución²¹, y como tal ha sido el más copiado e imitado, fundamentalmente en África y América Latina, siendo conocido como el artículo de los *poderes de crisis*. Este establece que el Presidente de la República ostenta la facultad de asumir todos los poderes del Estado en caso de crisis grave. El mismo es expresión de la firmeza del General de Gaulle y pretende ser una respuesta directa, en el marco de la Quinta República, al naufragio de la Tercera República entre mayo y julio de 1940. Igualmente, esta facultad también forma parte de la función de arbitraje que el artículo 5 de la Constitución encomienda al Jefe del Estado²². Sin embargo, aunque se esfuerza por circunscribir las condiciones de la crisis de manera relativamente precisa, sigue siendo muy impreciso en cuanto al ejercicio de los poderes excepcionales, y guarda un silencio total en cuanto a la duración de su uso.

El artículo 16 define la crisis por el cumplimiento de dos condiciones: según la primera, se requiere que «las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata». Esto corresponde

21 «Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional. Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje. Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado sobre ello. El Parlamento se reunirá de pleno derecho. No podrá ser disuelta la Asamblea Nacional durante el ejercicio de los poderes extraordinarios. Tras treinta días de ejercicio de los poderes excepcionales, el Consejo Constitucional podrá ser solicitado por el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores, a efectos de examinar si se siguen cumpliendo las condiciones enunciadas en el primer párrafo. Se pronunciará lo antes posible mediante anuncio público. Procederá de pleno derecho a este examen y se pronunciará en las mismas condiciones al término de sesenta días de ejercicio de los poderes excepcionales y en cualquier momento pasado este plazo».

22 «El Presidente de la República velará por el respeto a la Constitución y asegurará, mediante su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la permanencia del Estado. Nadie podrá ejercer más de dos mandatos consecutivos. Es el garante de la independencia nacional, de la integridad territorial y del respeto de los tratados».

a una crisis internacional que desemboque en una invasión del territorio, como en mayo-junio de 1940, o a una crisis política interna de alta intensidad, a nivel de guerra civil, y no a una crisis política normal. Pero también puede referirse a una catástrofe natural, por ejemplo, un gran terremoto. Según la segunda condición, que es acumulativa a la primera, es necesario que «el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido»; esta es una condición mucho más vaga, que parece implicar que es necesario que un órgano constitucional, ya sea el Gobierno o el Parlamento, deje de funcionar.

El Presidente de la República es el único sujeto que, de forma discrecional, debe evaluar si se cumplen estas dos condiciones y, en consecuencia, es quien activa el artículo 16. Por ello, se ha venido a hablar de *dictadura republicana* a propósito de dicho artículo. Ciertamente, el presidente debe consultar primero: con el Primer Ministro, los presidentes de las dos Asambleas parlamentarias y el del Consejo Constitucional. Pero estos dictámenes no son vinculantes, en el sentido de que la consulta a estos órganos constitucionales, si bien es preceptiva, no compromete al Presidente. Además, el Presidente debe informar a la Nación mediante un mensaje: esta dramatización fue la idea más criticada del artículo 16, en la medida en que podía abrir el camino a la dictadura. Sin embargo, esta objeción ignora el hecho evidente de que el propio mecanismo del artículo 16 exige que el Presidente sea su único dueño: si realmente hay una crisis grave, no se puede imaginar un procedimiento constitucional largo y quisquilloso. Por lo tanto, el uso del artículo 16 depende de la sabiduría y el espíritu democrático del Presidente.

El presidente toma, en virtud de sus competencias, «las medidas exigidas por tales circunstancias». Si estas palabras expresan una vaga idea de plenos poderes o de una dictadura republicana al estilo romano, el demostrativo «tales» sitúa la acción del Jefe de Estado en el marco objetivo definido por las «circunstancias» que justificaron el uso de los poderes de crisis. En la práctica, el Presidente tiene todos los poderes gubernamentales, incluido el legislativo. A excepción, en este último caso, de dos límites: por una parte, las medidas adoptadas deben tener por objeto el restablecimiento de la normalidad, siendo la redacción del artículo 16 especialmente precisa en este punto: «Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión». Por lo tanto, el Presidente nunca podría modificar la Constitución basándose en el artículo 16²³: además, el artículo 89 de la Constitución, relativo al procedimiento de reforma, prohíbe toda revisión «mientras sufra menoscabo la integridad del territorio», otra reminiscencia de 1940. Por otro lado, el uso del artículo 16 puede justificar la suspensión de disposiciones constitucionales, como se pudo comprobar en 1961, cuando el

23 Pese a ello, parece que el General de Gaulle había previsto una reforma constitucional cuando se aplicó el artículo 16 en 1961, como informó la prensa (*Le Monde*, 2 de mayo de 1961). Sin embargo, la función del artículo 16 es restablecer las instituciones constitucionales, no anularlas.

Jefe de Estado suspendió el principio de inamovilidad de los jueces del artículo 64, párrafo 4, de la Constitución²⁴. Al adoptar únicamente las medidas impuestas por «tales circunstancias», el Jefe de Estado debe mantenerse dentro del marco constitucional. Por otra parte, el Presidente de la República pierde la facultad de disolver la Asamblea Nacional, no pudiendo convertirse en un dictador solitario, ya que «el Parlamento se reunirá de pleno derecho». De hecho, el Parlamento podría recurrir, en todo caso, al procedimiento de destitución del Presidente de la República previsto en el artículo 68 de la Constitución²⁵. Igualmente, el Presidente en ningún caso puede asumir el poder judicial.

A pesar de todo, debe tenerse en cuenta que los controles a los que está sometido el Presidente de la República son tenues: debe consultar al Consejo Constitucional sobre las medidas a tomar, pero se trata de una consulta preceptiva que no le compromete con las decisiones del artículo 16²⁶. Además, como la Asamblea Nacional se reúne por pleno derecho, la naturaleza de sus competencias ha suscitado controversia, lo que ha llevado a considerar que no puede legislar sobre las medidas del artículo 16. Al mismo tiempo, el Presidente de la República no puede tomar medidas que no estén relacionadas con las circunstancias que dan lugar a la invocación del artículo 16.

También existe un control judicial, cuyas modalidades fueron precisadas por una sentencia del Consejo de Estado de 2 de marzo de 1962²⁷. Para el Alto Tribunal Administrativo, hay que distinguir entre la decisión de aplicar el artículo 16 y las medidas adoptadas en aplicación de este último: la primera es un «*acto de gobierno*», es decir, un acto que se somete únicamente al juicio político de su autor, y no está sujeto a ningún control judicial. Las segundas están sometidas al control de legalidad por parte del juez administrativo, en la medida en que forma parte de la potestad reglamentaria del poder público según el artículo 37 de la Constitución²⁸. En consecuencia, las medidas del artículo 16 cuyo contenido entra en el ámbito legislativo del artículo 34 de la Constitución²⁹ escapan al control judicial, a no ser que se sometan al control del Parlamento reunido por derecho. De esta jurisprudencia administrativa se desprende que el régimen jurídico de las decisiones presidenciales del artículo 16 no se basa en la condición de su autor, siguiendo el criterio orgánico, sino en su contenido, siguiendo un criterio material.

24 Decisión de 26 de abril de 1961.

25 «El Presidente de la República no podrá ser destituido sino en caso de incumplimiento de sus deberes manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato. La destitución será acordada por el Parlamento constituido en Alto Tribunal de Justicia» (párrafo primero).

26 Los actos presidenciales en virtud del artículo 16 se denominan, pues, decisiones.

27 Consejo de Estado, 2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens et autres, Revue du Droit public*, 1962, p. 314

28 «Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley» (párrafo primero).

29 El artículo 34 define dicho ámbito legislativo incluyendo los «derechos cívicos y garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades pública (...)».

El artículo 16 solo ha sido utilizado en una ocasión, entre el 21 de abril y el 29 de septiembre de 1961, a raíz de un golpe de estado (Putsch de Argel) perpetrado por cuatro altos generales del ejército francés en Argelia con la intención de derrocar al gobierno. Los sublevados arrestaron al Ministro de Obras Públicas y lo mantuvieron prisionero, lo cual no impidió que los «poderes públicos constitucionales» siguieran funcionando con normalidad. Si bien el mecanismo del artículo 16 funcionó bien en su conjunto³⁰, fue el llamamiento del general De Gaulle a los soldados que cumplían su servicio militar en Argelia para que desobedecieran a sus mandos, lo que resultó verdaderamente eficaz, derrumbándose el golpe el 24 de abril de 1961. Por lo tanto, es posible afirmar que «el éxito se logró a pesar de las condiciones para la activación del artículo 16 y no a causa de ellas»³¹.

Por ello, las críticas se han centrado no tanto en el funcionamiento real del artículo 16 como en su duración. A este respecto, nada dice sobre la limitación temporal del ejercicio de los poderes de crisis y parece que los trabajos preparatorios de la futura Constitución ni siquiera abordaron la cuestión de su duración temporal. El artículo 16 tampoco especifica el procedimiento para poner fin a su aplicación. En todo caso, sí que parece que «el ejercicio indefinido de los poderes de crisis es incompatible con los propios términos del artículo 16»³², pues su duración está vinculada a las circunstancias que motivaron su declaración: «El espíritu del artículo 16, perfectamente reflejado en su redacción, contiene la idea general relativa a la duración de los poderes de necesidad»³³. Además, la actuación del Presidente de la República está subordinada al restablecimiento, lo antes posible, de la normalidad constitucional. La dificultad estriba en que la evaluación de las circunstancias en cuestión es responsabilidad exclusiva del Presidente de la República. Esto se vio claramente en 1961, cuando se aplicó el artículo 16 durante cinco meses, aunque el intento de golpe militar solo duró cuatro días sin que el funcionamiento normal de los poderes públicos constitucionales se viera realmente afectado³⁴. Es como si la función del artículo 16 hubiera sido no solo tratar una situación de hecho específica, a saber, el intento de golpe de Estado; sino también, más ampliamente, las causas subyacentes del golpe de Estado en el contexto de la guerra de Argelia. Esto explica que, el mismo día en que el artículo 16 dejó de aplicarse, una última decisión presidencial prorrogó hasta el 15 de julio de 1962 la vigencia de las decisiones adoptadas bajo su autoridad, en particular en lo que respecta a las restricciones de las libertades

30 También se estableció la práctica de que, durante la vigencia del artículo 16, la Asamblea Nacional no podía censurar al gobierno. La creación de nuevos tribunales en virtud del artículo 16 también ha sido problemática.

31 CAMUS, G., *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, LGDJ, 1965, p. 267.

32 LEROY, P., *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 201.

33 CAMUS, G., *L'état de nécessité en démocratie*, *op. cit.*, p. 321.

34 Excepto en Argelia, donde los principales representantes del poder central no pudieron cumplir su misión, como el Delegado del Gobierno Central y el Comandante en Jefe.

individuales y a los tribunales de excepción. A pesar de las precauciones de la redacción del artículo 16, «las decisiones normativas adoptadas por el Presidente de la República, en virtud de sus poderes de crisis, sobrevivieron así a la crisis»³⁵.

La Ley Constitucional de 23 de julio de 2008 reforzó las garantías relativas a la limitación temporal de la aplicación del artículo 16. Un nuevo apartado prevé la posibilidad de que los presidentes de las asambleas parlamentarias, sesenta diputados o sesenta senadores consulten al Consejo Constitucional transcurridos treinta días con el fin de verificar si se siguen cumpliendo las condiciones que dieron lugar a su aplicación. Igualmente, el Consejo procederá de pleno derecho a este examen y se pronunciará en las mismas condiciones transcurridos sesenta días de ejercicio de los poderes excepcionales y en cualquier momento pasado este plazo. Este dictamen, al igual que los emitidos durante el proceso de activación del artículo 16, no es vinculante para el Jefe de Estado. Sin embargo, su publicidad y el hecho de que la opinión pública esté llamada a presenciárselo harán que sea aún más difícil que el Presidente de la República lo ignore.

En cualquier caso, la *situación excepcional* a la que se refiere el artículo 16 no puede resolverse exclusivamente a través de medidas legales. El Jefe de Estado sigue necesitando del apoyo popular y militar, el cual es una condición necesaria para que las medidas jurídicas sean eficaces. Al fin y al cabo, el artículo 16 será útil en la medida en que permita movilizar a estos colectivos. Como tal, puede tener un efecto psicológico que no debe desdeñarse.

III. LA DIMENSIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN

Esta adopta la forma del *estado de emergencia*, el cual, desde 2020, comprende un *estado de emergencia sanitaria*.

1. El estado de emergencia

La ley n.º 55-385 de 3 de abril de 1955 que crea *ex nihilo* el estado de emergencia como un nuevo derecho de excepción es, en efecto, una *ley de circunstancias*. De hecho, tiene su origen en los acontecimientos relacionados con la insurrección a causa de la independencia de Argelia, que estalló el 1 de noviembre de 1954. Administrativamente, Argelia se encontraba entonces organizada en departamentos, al igual que la Francia metropolitana, y dependía del Ministerio del Interior. En consecuencia, la posible aplicación del estado de sitio en Argelia para hacer frente a la insurrección, además de la transferencia de las competencias

35 LEROY, P., *op. cit.*, p. 235.

policiales a la autoridad militar, habría supuesto la introducción implícita de un elemento de ajenidad respecto a su estatus administrativo: en otras palabras, dadas las condiciones requeridas para desencadenar un estado de sitio —un «peligro inminente» resultante de una «guerra extranjera» o una «insurrección armada»³⁶—, esto equivalía a reconocer que Argelia estaba en estado de guerra y, de hecho, a poner en duda su pertenencia a Francia. Por ello, el artículo 1 de la ley convierte el estado de emergencia en una noción genérica de orden interno, dando así la impresión de trivializar su carácter excepcional: «el estado de emergencia puede declararse en todo o en parte del territorio metropolitano, de Argelia o de los departamentos de ultramar, ya sea en caso de peligro inminente resultante de violaciones graves del orden público, ya sea en caso de acontecimientos que, por su naturaleza y gravedad, tengan carácter de catástrofe pública». Si bien esta disposición crea un nuevo estado de excepción en el derecho público francés, no deja de ser un reflejo de las circunstancias del momento: prueba de ello es su aplicación inmediata a Argelia (artículo 15)³⁷.

En realidad, la ley de 1955 conlleva que resulte más «cómoda» la aplicación del estado de emergencia en lugar del estado de sitio, ya que parece ser aún más restrictiva de las libertades públicas, esta vez en beneficio de los prefectos. Estas restricciones administrativas se refieren, en particular, a la libertad de circulación (artículo 5), el arresto domiciliario (artículo 6), la limitación de la libertad de reunión (artículo 8) y la facultad de realizar registros diurnos y nocturnos (artículo 11).

En estas condiciones, durante los debates parlamentarios de 1955, se plantearon dudas sobre la constitucionalidad de esta nueva legalidad excepcional perjudicial para el Estado de Derecho, ya que era a su vez el resultado de una simple ley ordinaria: ¿no era conveniente incluirla en el propio texto de la Constitución, sobre todo porque parecía más severa que el estado de sitio, que sí estaba incluido en la misma? En 1955, esta paradoja no era más que una quimera, ya que no existía la revisión de la constitucionalidad de las leyes.

Pese a lo anterior, los constituyentes de 1958 no se molestaron, aunque no sabemos muy bien por qué, en incluir el estado de excepción en el nuevo texto constitucional, a diferencia del estado de sitio³⁸. No obstante, los poderes públicos no iban a perder el interés por esta legalidad excepcional, ya que una ordenanza n.º 60-372 del 15 de abril de 1960 que modificaba ciertas disposiciones de la ley n.º 55-385 del 3 de abril de 1955 que instituía el estado de emergencia, iba

36 La citada Ley de 3 de abril de 1878.

37 Como lo demuestra el título de la ley, que establece el estado de emergencia y declara su aplicación a Argelia.

38 Para los profesores Beaud y Guérin-Bargues, esto se explica por «el importante lugar que ocupaban entonces los debates sobre el artículo 16», en *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle historique et critique*, op. cit., p. 76. Sin embargo, sí que se planteó la cuestión de la compatibilidad del estado de excepción con la futura Constitución.

a alinear el régimen jurídico del estado de emergencia con el del estado de sitio previsto por el artículo 36 de la Constitución. Además, las condiciones en las que se dictó esta ordenanza son especialmente reveladoras del advenimiento de lo que podría llamarse «*democracia cesárea*»³⁹ por la Constitución de 1958. Se trataba, de hecho, de una ordenanza en virtud del artículo 38 de la Constitución⁴⁰. Esta ordenanza se había dictado en el marco de la Ley n.º 60-101 de 4 de febrero de 1960 que autorizaba al Gobierno a tomar, en aplicación del artículo 38 de la Constitución, determinadas medidas relativas al mantenimiento del orden, la salvaguardia del Estado, la pacificación y la administración de Argelia. Firmada por el Presidente de la República en virtud del artículo 13 de la Constitución⁴¹, transfirió la competencia para declarar el estado de emergencia del Parlamento al Presidente de la República en forma de decreto aprobado en el Consejo de Ministros (artículo 2), no recuperando el Parlamento su competencia, únicamente a efectos de la prórroga del estado de emergencia, hasta transcurridos doce días. Por este sorprendente procedimiento, «es efectivamente el Jefe del Estado el autor legal de la modificación de la ley de 1955 (...). Como la ley de habilitación del 4 de julio de 1960 no le imponía ningún límite, decidió él solo y sin ninguna discusión pública que era el más indicado para declarar el estado de excepción. Con ello, se auto atribuye la competencia para declarar el estado de excepción»⁴². El presidente de la República es ahora el único dueño de la activación de la legalidad de excepción en su totalidad: artículo 16, estado de sitio y estado de emergencia. Esto confirma, por si hiciera falta una confirmación, la impregnación del estado de excepción por el régimen político de la V República, cuya naturaleza se deduce del propio texto de la Constitución.

Esta exclusividad del Presidente de la República en la apreciación de cualquier situación excepcional fue aplicada en 1961: la proclamación del artículo 16 el 23 de abril fue de hecho acompañada de la declaración del estado de emergencia⁴³ y de su prórroga hasta nuevo aviso por una *decisión* del Jefe del Estado en virtud del artículo 16 el 24 de abril de 1961. De este modo, este último se hizo cargo de la duración temporal del estado de emergencia, incluso más allá del fin del recurso al artículo 16, el 29 de septiembre de 1961⁴⁴, sin el menor control judicial, ya sea porque el

39 *Supra*, nota 12.

40 El artículo 38 de la Constitución permite al Gobierno solicitar al Parlamento que le faculte para elaborar leyes mediante ordenanzas. Las ordenanzas son, por tanto, textos promulgados por el Gobierno en materias que normalmente entran en el ámbito de la ley, tal y como se define en el artículo 34 de la Constitución.

41 *Supra*, nota 13.

42 BEAUD, O. y GUÉRIN-BARGUES, C., *op.cit.*, p. 79.

43 Decretos n.º 61-395 y 61-396 de 22 de abril de 1961.

44 Una decisión del mismo día prorrogó el estado de emergencia hasta el 15 de julio de 1962. Una nueva ordenanza del 13 de julio de 1962 prorrogó el estado de emergencia hasta el 31 de mayo de 1963 como máximo, prórroga que expiró el 24 de octubre de 1962, tras la disolución de la Asamblea Nacional el 9 de octubre.

Consejo de Estado no fue consultado o por el carácter materialmente legislativo de las decisiones presidenciales en virtud del artículo 16. Además, esta situación dejó sin respuesta la cuestión de la constitucionalidad de la institución legislativa del estado de excepción que había mantenido la Quinta República.

Finalmente, esta cuestión se planteó por primera vez con motivo de la aplicación del estado de emergencia en Nueva Caledonia en 1985. Los días 23 y 24 de enero de 1985, el Parlamento aprobó una ley por la que se prorrogaba el estado de emergencia en Nueva Caledonia⁴⁵, que fue remitida inmediatamente al Consejo Constitucional sobre la base del apartado 2 del artículo 61 de la Constitución (control *a priori*). Los demandantes consideraban que, al no estar consagrado en la Constitución, el estado de excepción no podía establecerse por ley, habida cuenta de las vulneraciones de las libertades públicas que conlleva, que debían estar previstas en el texto constitucional.

En su decisión n.º 187 DC de 25 de enero de 1985, el Consejo dictaminó que el legislador tenía, en virtud del artículo 34 de la Constitución, una competencia general para «establecer el equilibrio necesario entre el respeto de las libertades y la salvaguardia del orden público, sin el cual no podría garantizarse el ejercicio de las libertades» (considerando 3). De hecho, no es necesario que esta facultad esté expresamente prevista en la Constitución. En consecuencia, el artículo 36 de la Constitución, aunque únicamente se refiere al estado de sitio, no excluye la posibilidad de que el legislador prevea un estado de emergencia, como es el caso de la Ley de 3 de abril de 1955, que la Constitución de 1958 no derogó. A este respecto, el Consejo también señaló que la Ley de 1955 había sido modificada en el marco de la nueva Constitución, aunque se abstuvo de mencionar la citada Orden de 15 de abril de 1960.

No cabe duda de que el Consejo Constitucional ha sido pusilánime a la hora de precisar el marco jurídico del estado de excepción en lo que respecta a las libertades públicas. Por supuesto, esto debería haberle llevado a examinar el fondo de la ley. Sin embargo, consideró que la ley sometida a su examen no era más que una «simple aplicación» (considerando 10) de la ley de 1955, que había sido modificada por el artículo 119 de la ley de 6 de septiembre de 1984⁴⁶: «en realidad, para el Consejo, la ley que se le ha remitido relativa al estado de emergencia en Nueva Caledonia no es inconstitucional por la única razón de que aplica la ley original de 3 de abril de 1955, modificada en 1960, que se niega a revisar incidentalmente»⁴⁷.

45 Anteriormente, el artículo 119 de la Ley n.º 84-821, de 6 de septiembre de 1984, sobre el estatuto del territorio de Nueva Caledonia, había extendido el régimen de estado de emergencia a este territorio. El Consejo Constitucional se había abstenido de revisar esta disposición en su decisión n.º 84-178 DC de 30 de agosto de 1984 Ley sobre el estatuto del territorio de Nueva Caledonia y sus dependencias.

46 La misma transfiere al Alto Comisionado de la República, representante del Estado en Nueva Caledonia, la facultad de declarar el estado de emergencia en el territorio. En este sentido, la Ley de 1984 modifica efectivamente la Ley de 1955 modificada por la Orden de 15 de abril de 1960.

47 BEAUD, O. y GUÉRIN-BARGUES, C., *op.cit.*, p. 103.

Las consecuencias de lo que debe considerarse como una negativa del Consejo Constitucional a cuestionar la constitucionalidad de la legalidad excepcional constituida por el estado de emergencia pueden apreciarse al menos en dos niveles: por un lado, autoriza al derecho público francés a disponer de dos tipos de legalidad excepcional, uno de naturaleza constitucional y otro de naturaleza legislativa; por otro lado, autoriza al Parlamento a crear potencialmente tantos estados de excepción como desee y refuerza así el carácter circunstancial de la legalidad excepcional. Por último, y de forma más general, demuestra la insuficiencia del control judicial de la legalidad excepcional: «La libertad del juez en tiempos de crisis es muy limitada. En tiempos turbulentos, el juez no puede ir a contracorriente. No puede pretender defender la ley por sí mismo mientras el Parlamento otorgue poderes excepcionales o sea muy complaciente con las iniciativas del Ejecutivo. La situación constitucional engendrada por las circunstancias excepcionales escapa a su control. La violación de la Constitución, que no sea sancionada políticamente, no puede ser objeto de condena judicial. La crisis no está lejos de dejar al juez en fuera de juego»⁴⁸.

Es un hecho que el régimen legislativo del estado de emergencia ha escapado a toda revisión constitucional en el marco del control *a priori*, el único susceptible de adecuarlo en su conjunto a la Constitución, a pesar de varias aplicaciones y prórrogas: 1985 en Nueva Caledonia, 2005 en relación con los «disturbios en los suburbios»⁴⁹ y 2015-2016 a propósito de los atentados terroristas de París⁵⁰. Sin embargo, la ley del 20 de noviembre de 2015, adoptada en 48 horas en un contexto dramático y bajo la conmoción causada por los atentados del 14 de noviembre anterior, también modifica la ley de 1955, pero con mucha más profundidad que antes: en particular, refuerza el régimen de arresto domiciliario y de registros y amplía el de disolución de asociaciones. Por este motivo, podría haberse remitido al Consejo Constitucional en el marco del control *a priori*. Si no lo fue, fue por una firme voluntad política de no remitir el asunto al juez constitucional, tanto por parte del Parlamento como del Gobierno. Como señalan los profesores Beaud y Guérin-Bargues, «todo el procedimiento parlamentario atestigua la voluntad de lograr un consenso muy amplio, no solo en el seno de las dos cámaras, sino también entre ellas, a fin de

48 LEROY, P., *L'organisation constitutionnelle et les crises*, *op.cit.*, p. 129.

49 Ley n.º 2005-1425 de 18 de noviembre de 2005 que prorroga la aplicación de la ley de 3 de abril de 1955.

50 Ley n.º 2015-1501 de 20 de noviembre de 2015 que prorroga la aplicación de la ley n.º 55-385 de 3 de abril de 1955 relativa al estado de emergencia y refuerza la eficacia de sus disposiciones; ley n.º 2016-162 de 19 de febrero de 2016 que prorroga la aplicación de la ley de 1955 (3 meses a partir del 26 de febrero de 2016); ley n.º 2016-629 de 20 de mayo de 2016 (prórroga de 2 meses); Ley n.º 2016-987, de 21 de julio de 2016, por la que se prorroga la aplicación de la Ley n.º 55-385, de 3 de abril de 1955, relativa al estado de emergencia y a las medidas de refuerzo de la lucha contra el terrorismo (3 meses, tras el atentado de Niza del 14 de julio de 2016); Ley n.º 2016-1767, de 19 de diciembre de 2016 (prórroga de 7 meses); Ley n.º 2017-1154, de 11 de julio de 2017 (prórroga de 3 meses); Ley n.º 2017-1510, de 30 de octubre de 2017, de refuerzo de la seguridad interior y lucha contra el terrorismo (Ley SILT), que pone fin al estado de excepción el 1 de noviembre de 2017.

imposibilitar la remisión directa del asunto al Consejo Constitucional»⁵¹. En cuanto al Gobierno, el primer ministro Manuel Valls, durante el debate en el Senado el 20 de noviembre de 2015, no dudó en advertir sobre un posible recurso ante el Consejo Constitucional, que presentó como un riesgo⁵², afirmando: «Si el Consejo declarara inconstitucionales una serie de puntos y garantías de la reforma legal, los 786 registros ya realizados y las 150 órdenes de arresto domiciliario dictadas podrían ser anuladas. Algunas de las medidas, incluidas las que se votaron ayer en la Asamblea Nacional, y pienso en particular en la pulsera electrónica —estoy siendo transparente— son constitucionalmente frágiles. Soy consciente de que podrían ser objeto de una cuestión prioritaria de constitucionalidad; no obstante, espero que nos movamos rápidamente para, de acuerdo con sus deseos, dar a las fuerzas del orden, a las fuerzas de seguridad y a la justicia todos los medios para perseguir a quienes representan un peligro para la nación, para la República y para los franceses».

Es cierto que el Jefe del Estado propuso entonces consagrar el estado de excepción en la Constitución; el 23 de diciembre de 2015, el Consejo de Ministros adoptó un proyecto de Ley Constitucional para la protección de la Nación, con vistas, en particular, a consagrar el régimen del estado de emergencia en la Constitución (nuevo artículo 36-1⁵³). Las «comisiones» Vedel (febrero de 1993) y Balladur (octubre de 2007), encargadas entonces de hacer propuestas de reforma de la Constitución, ya habían sugerido constitucionalizar el estado de emergencia, pero dejando los detalles de su régimen a las leyes orgánicas. Sin embargo, el Presidente de la República, en un discurso del 30 de marzo de 2016, renunció a esta reforma constitucional.

Fue finalmente en el marco de la *cuestión prioritaria de constitucionalidad* (QPC) en el que el Consejo abordó la ley de 20 de noviembre de 2015, si bien solo parcialmente, dado lo acotado de este tipo de litigios. Desde noviembre de 2015 hasta noviembre de 2017, hubo diez decisiones del Consejo Constitucional relacionadas con el estado de emergencia dictadas en el marco del procedimiento de la QPC⁵⁴,

51 *Op.cit.*, p. 133-134.

52 «Siempre es arriesgado acudir al Consejo Constitucional».

53 El apartado 1 de este artículo se limitaba a reiterar los dos motivos de la Ley de 1955 que podían justificar la vuelta al estado de emergencia; remitía a la ley la tarea de precisar las medidas de policía administrativa adoptadas por las autoridades civiles durante el estado de emergencia; se otorgaba al Parlamento la facultad de prolongar el estado de emergencia más allá de doce días y de determinar su duración.

54 N.º 2015-527 QPC, 22 de diciembre de 2015 *Cédric D.* (arresto domiciliario); 2016-535 QPC, 19 de febrero de 2016, *Ligue des droits de l'homme* (vigilancia de reuniones y lugares públicos); 2016-536 QPC, 19 de febrero de 2016, *Ligue des droits de l'homme* (registros e incautaciones administrativas); 2016-567/568 QPC, 23 de septiembre de 2016, *M. Georges F et al* (registros administrativos bajo el estado de emergencia II); 2016-600 QPC, 2 de diciembre de 2016, *M. Raïme A* (registros administrativos bajo el estado de emergencia III); 2017-624 QPC, 16 de marzo de 2017, *M. Sofiyán I.* (arresto domiciliario bajo el estado de emergencia III); 2017-635 QPC, 9 de junio de 2017, *M. Émile L* (prohibición de residencia); 2017-648, de 4 de agosto de 2017, *La Quadrature du Net y otros* (acceso administrativo en tiempo real a los datos de conexión); 2017-677 QPC, de 1 de diciembre de 2017, *Ligues des droits de l'homme* (controles de identidad, registros de equipaje y

incluyendo dos decisiones de conformidad, y ocho declaraciones de inconstitucionalidad y, entre estas últimas, cuatro de inconstitucionalidad total⁵⁵.

La QPC sobre el estado de emergencia no puede ni podrá suplir la falta de revisión constitucional *a priori* de esta legislación de excepción. Desde su decisión del 25 de enero de 1985, el Consejo Constitucional no ha dejado de reiterar que, a pesar del silencio de la Constitución, el legislador estaba implícitamente autorizado a crear un estado de excepción. De hecho, «la elección de una revisión ejercida exclusivamente a través de la QPC limitó necesariamente su alcance pues el Consejo Constitucional revisó «trozos» del estado de emergencia y no el estado de emergencia en sí»⁵⁶. Sin embargo, no fue hasta la decisión de 19 de febrero de 2016 (n.º 2016-536 QPC) que el Consejo censuró el acto de copiar datos informáticos durante un registro, que se trató así como una incautación, en ausencia de autorización de un juez (artículo 11 de la Ley de 1955). Además, en su decisión n.º 2015-527 QPC, de 22 de diciembre, también llamó la atención sobre la necesidad de circunscribir y ponderar la duración del estado de excepción a las circunstancias que dieron lugar a su declaración, tal como establece el artículo 1 de la Ley de 1955: «Teniendo en cuenta (...) que el estado de emergencia, declarado por decreto en el Consejo de Ministros, debe, más allá de un período de doce días, ser prorrogado por una ley que fije su duración; que esta duración no puede ser excesiva en vista del peligro inminente o de la calamidad pública que haya conducido a la declaración del estado de emergencia; que, si el legislador prorroga el estado de emergencia por una nueva ley, las medidas de arresto domiciliario adoptadas anteriormente no pueden ser prorrogadas sin ser renovadas» (considerando 13). Y en el mismo caso, el Consejo ha recordado que, en lo que respecta a la policía administrativa, el juez administrativo es plenamente competente para pronunciarse sobre las medidas adoptadas para prevenir las alteraciones del orden público. Esta jurisprudencia mínima de la QPC no toca, pues, el punto esencial, es decir, el principio mismo de esta legalidad excepcional que constituye el estado de excepción. Ciertamente, el Consejo Constitucional ha encomendado al juez administrativo la tarea de valorar en concreto el marco en el que deben situarse las medidas adoptadas por las autoridades administrativas: «por todo ello, estas decisiones atemperan las vulneraciones de los derechos y libertades porque estas rara vez son desproporcionadas debido al contexto singular del estado de excepción»⁵⁷.

Además, la prolongación del estado de emergencia durante casi dos años no ha dejado de provocar una especie de porosidad con el derecho común: cuanto

visitas a vehículos); 2017-684 QPC, de 11 de enero de 2018, *Association La cabane juridique/Legal shelter et autre* (zonas de protección o seguridad).

55 Aunque en dos decisiones (n.º 2017-635 QPC y 2017-677 QPC), el Consejo Constitucional aplazó los efectos de su declaración de inconstitucionalidad.

56 BEAUD, O. y GUÉRIN-BARGUES, C., *op.cit.*, p. 152.

57 ROUDIER, K., « État d'exception, état d'urgence, État de droit », en BLACHER, P. (dir.), *La Constitution de la V^e République. 60 ans d'application (1958-2018)*, Paris, LGDJ, 2018, p. 470.

más dura el estado de emergencia, más desaparece su carácter excepcional y se convierte en algo habitual, sobre todo si las circunstancias que llevaron a su instauración —los atentados de París— dan paso a una lucha permanente contra el terrorismo. Así es como la excepción se convierte en regla y la legalidad de circunstancias pasa a formar parte del derecho común. Este es el objetivo de la citada Ley SILT de 30 de octubre de 2017 de refuerzo de la seguridad interior y lucha contra el terrorismo, cuyo capítulo 1 introduce en el Código de Seguridad Interior las medidas más emblemáticas de la reforma de la Ley de 3 de abril de 1955, al tiempo que toma la precaución de reforzar su radio de acción: creación de perímetros de protección en el marco de un evento, cierre administrativo de lugares de culto, arrestos domiciliarios y registros. Paradójicamente, esta medida va acompañada del fin del estado de emergencia que, de hecho, se está perpetuando al convertirse en algo habitual. En su decisión n.º 2017-695 QPC de 29 de marzo de 2018, *M Rouchdi B y otros*, el Consejo Constitucional validó esencialmente estas medidas administrativas de lucha contra el terrorismo, aparte de las reservas de interpretación. Por lo tanto, no encontró nada que objetar a esta transposición de la excepción al derecho común.

No variará mucho la cuestión cuando se ocupa de los diferentes aspectos del estado de emergencia sanitaria.

2. El estado de emergencia sanitaria

El *estado de emergencia sanitaria* fue creado por la Ley de emergencia n.º 2020-290 de 23 de marzo de 2020 para hacer frente a la epidemia del covid-19. Esta convalida, con carácter retroactivo, el decreto presidencial de 16 de marzo de 2020 que decretó el «confinamiento», afectando principalmente a la libre circulación de personas y a la libertad de comercio e industria. La noción de *estado de emergencia* evocada por la ley no debe inducir a error: se trata, en efecto, como se indica en su Título I, de la creación de un nuevo estado de excepción provocado por las circunstancias del estallido de la epidemia del covid-19 y sus consecuencias⁵⁸, aunque su

58 El Título I de la ley modifica el Código de Salud Pública de la siguiente manera:

«Art. L. 3131-12 Podrá declararse el estado de emergencia sanitaria en toda o parte de la Francia metropolitana y en el territorio de las colectividades regidas por los artículos 73 y 74 de la Constitución y de Nueva Caledonia en caso de catástrofe sanitaria que, por su naturaleza y gravedad, ponga en peligro la salud de la población. Art. L. 3131-13 El estado de emergencia sanitaria se declarará por decreto en el Consejo de Ministros, previo informe del Ministro de Sanidad. Este decreto motivará la delimitación de la circunscripción o circunscripciones territoriales en las que entra en vigor y se aplica. Se harán públicos los datos científicos disponibles sobre la situación sanitaria que llevaron a tomar tal decisión. La Asamblea Nacional y el Senado serán informados sin demora de las medidas adoptadas por el Gobierno en virtud del estado de emergencia sanitaria. La prórroga del estado de emergencia sanitaria más allá de un mes sólo podrá autorizarse por ley, previo dictamen del comité científico previsto en el artículo L. 3131-19. Art. L. 3131-14 La ley que autorice la prolongación del estado de emergencia sanitaria más allá de un mes determinará su duración. El estado de emergencia sanitaria puede terminar por decreto en el Consejo de Ministros antes de que expire el plazo fijado por la ley

mecanismo se inspire directamente en el estado de emergencia⁵⁹. El estado de emergencia sanitaria entró en vigor el 24 de marzo de 2020.

También se acompaña de la Ley Orgánica 2020-365 de respuesta urgente a la epidemia del covid-19, que establece que el plazo de tres meses para presentar al Consejo Constitucional las cuestiones prioritarias de constitucionalidad por parte del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación, así como el plazo de tres meses en el que el Consejo Constitucional debe pronunciarse sobre una cuestión presentada, quedan suspendidos hasta el 30 de junio de 2020. En su decisión n.º 2020-799 DC de 26 de marzo de 2020, el Consejo Constitucional validó esta ley orgánica⁶⁰ a pesar de la violación de las normas de procedimiento establecidas en el artículo 46 de la Constitución: esta exige un plazo de 15 días, en caso de procedimiento legislativo acelerado, entre la presentación de un proyecto o proposición de ley orgánica y su examen por la primera asamblea a la que se remita. Sin embargo, el Senado recibió el proyecto de ley orgánica el 18 de marzo de 2020 y deliberó sobre él al día siguiente. De hecho, el Consejo consideró que: «Dadas las circunstancias particulares del caso, no hay razón para considerar que esta ley orgánica se haya adoptado en violación de las normas de procedimiento previstas en el artículo 46 de la Constitución» (considerando 3). Sin duda, una posible censura por el incumplimiento de estas normas procesales solo habría tenido un efecto dilatorio. Lo cierto es que este considerando sitúa las «circunstancias particulares del caso» fuera del ámbito de la Constitución. Así, se puede ver que el estado de excepción tiende a erosionar gradualmente la superioridad normativa de la Constitución.

Si bien la ley de 23 de marzo de 2020, al igual que la de 20 de noviembre de 2015 sobre el estado de emergencia de derecho común, no fue objeto de control prejudicial de constitucionalidad por parte del Consejo Constitucional, no fue así en el caso de la ley n.º 2020-546 de 11 de mayo de 2020 por la que se prorroga el estado de emergencia y se completan sus disposiciones. Esta ley, adoptada por el Parlamento el 9 de mayo, fue sometida a control previo de constitucionalidad por parte del Presidente de la República, el Presidente del Senado y algunos diputados. En su decisión n.º 2020-800 DC de 11 de mayo de 2020, el Consejo, como ya es habitual, se abstuvo de plantear la cuestión central de la constitucionalidad del estado de emergencia sanitaria, limitándose a reiterar, como viene haciendo regularmente desde su decisión de 25 de enero de 1985, que la Constitución no excluye la posibilidad de que el legislador cree un estado de emergencia sanitaria⁶¹; sin embargo, en lo que respecta al tratamiento de datos personales de

que lo prorrogue. Las medidas adoptadas en aplicación del presente capítulo dejarán de surtir efecto en el mismo momento en que finalice el estado de emergencia sanitaria».

59 No obstante, hay que tener en cuenta que el Parlamento solo interviene en la prórroga del estado de emergencia sanitaria tras un periodo de un mes.

60 La promulgación de leyes orgánicas está sujeta a su declaración de conformidad con la Constitución por parte del Consejo Constitucional (artículo 46 *in fine* de la Constitución).

61 Por lo tanto, nunca sabremos si era apropiado crear un nuevo estado de emergencia. Sin embargo, la pregunta debería haberse formulado, aunque solo fuera porque el Código de Salud Pública ya preveía el

carácter médico con fines de «rastreo», el Consejo realizó dos anulaciones parciales y declaró la interpretación conforme de tres disposiciones, mientras que en lo que respecta al régimen de medidas de cuarentena y aislamiento, anuló un precepto mientras que otro fue objeto de interpretación conforme.

Además, los senadores habían invocado, en su recurso al Consejo, que la ley impugnada había sido adoptada por el Parlamento reunido, por estas razones de salud, en una formación restringida de 75 miembros y que, de hecho, no había sido adoptada respetando la Constitución, habida cuenta de la libertad de los miembros del Parlamento en el ejercicio de su mandato y de su derecho a presentar enmiendas⁶². Aunque el Consejo Constitucional rechazó este argumento, su razonamiento dista mucho de ser convincente: se limitó a señalar que «los procedimientos parlamentarios no demuestran que se haya rechazado a los diputados que se habían presentado para participar en los debates, defender sus enmiendas o participar en las votaciones» (considerando 6). En efecto, un diputado no forma parte del Parlamento *intuitu personae*, sino en virtud de un mandato representativo. Una vez más, este razonamiento refleja la especial preocupación del juez constitucional por no obstaculizar la acción de los poderes públicos en una situación excepcional.

No obstante, cabe señalar que el resto de leyes relativas al estado de emergencia sanitaria también fueron objeto de control *a priori* por parte del Consejo Constitucional: este fue el caso de la Ley n.º 2020-856, de 9 de julio de 2020, por la que se organiza el fin del estado de emergencia sanitaria, y de la Ley n.º 2020-1379, de 14 de noviembre de 2020, por la que se autoriza la prórroga del estado de emergencia sanitaria y se adoptan diversas medidas para gestionar la crisis sanitaria⁶³. En sus decisiones n.º 2020-203 DC de 9 de julio de 2020 y 2020-808 DC de 13 de noviembre de 2020, el Consejo Constitucional evitó cuestionar el principio mismo de la legalidad de la emergencia sanitaria. Según los profesores Rousseau, Gadhoun y Bonnet, «la constitucionalidad del establecimiento y de la prolongación del estado de emergencia sanitaria queda así validada por la “falta

riesgo de epidemias. Según el artículo L 3110-1: «En caso de una amenaza sanitaria grave que exija medidas de urgencia, en particular en caso de una amenaza epidémica, el Ministro de Sanidad podrá prescribir, por orden motivada, en interés de la salud pública, cualquier medida proporcionada a los riesgos incurridos y adecuada a las circunstancias de tiempo y lugar para prevenir y limitar las consecuencias de posibles amenazas para la salud de la población. El Ministro podrá facultar al representante del Estado competente por razón del territorio para que adopte todas las medidas de aplicación de estas disposiciones, incluidas medidas individuales. Estas últimas medidas se comunicarán inmediatamente al Fiscal de la República». La diferencia estriba en que la autoridad responsable de hacer frente a este riesgo epidémico era el Ministro de Sanidad y no el Jefe del Estado, como ocurre en todo el derecho de excepción.

⁶² El funcionamiento del Parlamento en formación restringida se basó en un decreto presidencial del 14 de abril de 2020, que prohibía las reuniones de más de 100 personas en un recinto cerrado. Sin embargo, este decreto no estaba dirigido específicamente al poder legislativo. Por lo tanto, las disposiciones constitucionales y orgánicas relativas al procedimiento legislativo fueron anuladas por un simple decreto presidencial.

⁶³ A excepción de la Ley n.º 2021-160 de 15 de febrero de 2021 que prorroga el estado de emergencia sanitaria.

de control”»⁶⁴. No obstante, el Consejo ha garantizado que el menoscabo de los derechos y libertades constitucionales por el régimen jurídico del estado de emergencia sanitaria son proporcionales al objetivo constitucional de proteger la salud pública. Este control es aún más necesario debido a que el estado de emergencia sanitaria afecta con mayor intensidad a las libertades públicas individuales y económicas que el estado de emergencia de derecho común, ya se trate de la cuarentena de las personas susceptibles de estar afectadas por el virus, del aislamiento de las personas afectadas, de la prohibición de las reuniones y de la apertura de los establecimientos abiertos al público, o de la libertad de comercio e industria⁶⁵. Además, el Parlamento parece ser un actor menos insignificante que en el caso del estado de emergencia ordinario, en primer lugar, porque tuvo más peso en los debates conducentes a la aprobación de esta nueva legislación excepcional⁶⁶, y en segundo lugar porque está más estrechamente implicado en la aplicación del estado de emergencia sanitaria, según el artículo L 3131-13 del Código de Salud Pública⁶⁷.

En cualquier caso, la constitucionalidad de la dimensión legislativa del derecho de excepción nunca ha sido abordada como tal. Esto se explica por una voluntad política evidente: bajo la V República, la legalidad excepcional se ha convertido en un asunto del poder ejecutivo, y más concretamente del Presidente de la República, que se ha convertido así en el dueño de los «*tiempos anormales*» y ha reforzado así su propia posición en la estructura de los poderes constitucionales, dada la tendencia a la multiplicación de las situaciones excepcionales. Pero esto se debe también a la actitud de autocontrol del juez constitucional, que se preocupa de no obstaculizar la actuación del Jefe del Estado en una situación excepcional, especialmente porque su posible intervención es siempre posterior a los hechos que motivaron el recurso al derecho de excepción⁶⁸. Sin embargo, esto no explica por qué el juez constitucional autorizó al legislador a crear tantos estados de excepción como quisiera⁶⁹, a no ser que considerara que era la única forma de evitar cuestionar la constitucionalidad de la dimensión legislativa del derecho de excepción, la ley de 1955, en virtud de la cual es posible constatar cómo una simple ley ordinaria puede vulnerar derechos y libertades constitucionales sin ser

64 ROUSSEAU, D., DADHOUN, P.-Y., BONNET, J., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2020) », *n Revue du droit public*, n.º 1-2021, p. 328.

65 Artículo L 3131-15 del Código de salud pública.

66 En ese sentido, ver BEAUD, O. y GUÉRIN-BARGUES, C., « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ? », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 891.

67 «La Asamblea Nacional y el Senado serán informados sin demora de las medidas adoptadas por el Gobierno en virtud del estado de emergencia sanitaria. La Asamblea Nacional y el Senado podrán solicitar cualquier información adicional en el marco del seguimiento y la evaluación de estas medidas».

68 A excepción de su rol en el marco del artículo 16, si bien este es meramente consultivo. No obstante, resulta sorprendente que el Consejo se implique más en la situación excepcional en el marco de los poderes de crisis, mientras que su papel es mucho más esquivo en el contexto de los estados de excepción.

69 ¿Mañana, quizá, un *estado de emergencia climática*?

inconstitucional, por falta de haber querido plantear la cuestión de su constitucionalidad.

TITLE: *French constitution and exception law*

ABSTRACT: *If French constitutionalism has always had to deal with the right of exception, it will be necessary to wait for the Second Republic to formalize the legality of exception in the form of the legislation of foresight with the law of August 9, 1849 on the state of siege, the principle of which was inscribed in the Constitution of November 4, 1848. The law of April 3, 1878 adapts the state of siege to the Third Republic by making it an exclusively parliamentary competence, thereby showing the mark of the political regime on the legality of exception. The right of exception has been added, under the Fourth Republic, with the state of emergency with the law of April 3, 1955 in the context of Algeria, before the Fifth Republic standardizes the use of the right of exception for the benefit of the only one President of the Republic, in its two constitutional dimensions (state of siege, crisis powers) and legislative (state of emergency under common right and state of health emergency). It appears that the constitutionality of states of emergency has never been established in principle, either because the public authorities have avoided laying it down, or because the constitutional judge was concerned not to hinder the action of the executive power in a state of emergency. By authorizing the law to create a legality of exception, he considered that the Constitution of 1958 had not limited the right of exception to only states of siege and powers of crisis, even if it means considering that an ordinary law can question constitutional rights and freedoms without necessarily raising the question of its own constitutionality.*

RESUMEN: *Aunque el constitucionalismo francés siempre ha tenido que lidiar con el derecho de excepción, no fue hasta la Segunda República cuando la legalidad de la excepción se formalizó en forma de legislación de previsión con la ley de 9 de agosto de 1849 sobre el estado de sitio, cuyo principio estaba consagrado en la Constitución de 4 de noviembre de 1848. La ley de 3 de abril de 1878 adaptó el estado de sitio a la Tercera República convirtiéndolo en una competencia exclusivamente parlamentaria, dejando así la impronta del régimen político en la legalidad de la excepción. El derecho de excepción se enriqueció bajo la Cuarta República con el estado de emergencia a través de la ley del 3 de abril de 1955 en el contexto de Argelia, antes de que la Quinta República normalizara el uso del derecho de excepción en beneficio exclusivo del Presidente de la República, en sus dos dimensiones: constitucional (estado de sitio y poderes de crisis) y legislativa (estado de emergencia de derecho común y estado de emergencia sanitaria). Parece que la constitucionalidad de los estados de excepción nunca se ha cuestionado, bien porque los poderes públicos han evitado plantearla, bien porque el juez constitucional se ha preocupado de no obstaculizar la actuación del ejecutivo durante dicha situación. Al autorizar al legislador a crear una legalidad de excepción, consideró que la Constitución de 1958 no había limitado el derecho de excepción a los estados de sitio y a los poderes de crisis, aunque ello supusiera que una ley ordinaria pudiera poner en cuestión los derechos y libertades constitucionales sin que se planteara la cuestión de su propia constitucionalidad.*

KEY WORDS: *exception law, state of emergency, health emergency, French constitution.*

PALABRAS CLAVE: *derecho de excepción, estado de emergencia, emergencia sanitaria, constitución francesa.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 30.04.2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 20.09.2021