
**LOS MODELOS CONSTITUCIONALES DE LOS ESTADOS DE
EXCEPCIÓN EN ÉPOCA DE CRISIS GLOBAL**

***THE CONSTITUTIONAL MODELS OF THE STATES OF EXCEPTION
IN A TIME OF GLOBAL CRISIS***

***OS MODELOS CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS DE EXCEÇÃO
EM TEMPOS DE CRISE GLOBAL***

MARY LUZ TOBÓN

Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España). Investigadora y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia- Bogotá (Colombia). Correo electrónico: mltobon@ucatolica.edu.co, maryltobon@gmail.com. ORCID: 0000-0002-1713-5820.

DAVID MENDIETA

Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesor de dedicación exclusiva en la Universidad de Medellín (Colombia). Miembro del grupo de Investigadores Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín (Colombia). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2977074832780697> ORCID: 0000-0002-6944-6815

ANTONIO GASPARETTO JÚNIOR

Postdoctorado en Historia por la Universidad de São Paulo. Doctor en Historia por la Universidad Federal de Juiz de Fora. Profesor del Máster Profesional en Administración Pública de la Universidad Federal de Juiz de Fora. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1666230459145640> ORCID: 0000-0001-7844-0055



RESUMEN

Objetivo: En tiempos de crisis global causadas por el terrorismo, la migración, el cambio climático o las pandemias y con el surgimiento de líderes populistas elegidos democráticamente que pretenden menoscabar los derechos en los que se sustenta la democracia, se hace importante recordar algunos elementos de la teoría de Carl Schmitt para entender el funcionamiento y los límites de los estados de excepción en el siglo XXI.

Metodología: Con una metodología histórico descriptiva y analítica, este artículo está dividido en dos apartados. En el primero se aborda el tema de La República de Weimar y su relación con el pensamiento de Carl Schmitt. En el segundo se analizan las diferentes formas del estado de excepción en función de si la Constitución los regula o no.

Resultados: se pudo demostrar que conceptos como estados de emergencia, ley marcial, dictadura, suspensión de garantías constitucionales, plenos poderes, gobierno de crisis, derecho penal del enemigo, poderes salvajes, están entrelazados y son complejos. Son expresiones del estado de excepción que se ha usado y se puede volver a usar para justificar la vulneración de los derechos fundamentales y esto no puede ser aceptado.

Contribuciones: se pretende evaluar si las crisis se pueden utilizar para justificar el menoscabo de derechos y garantías constitucionales y, por lo tanto, contribuir al debate sobre lo inaceptable de la conversión de medidas excepcionales en habituales. Proponer límites y controles a los poderes excepcionales requeridos para enfrentar las situaciones anómalas siempre será necesario, pues quienes ostentan el poder siempre estarán tentados a abusar del poder.

Palabras clave: Estado de Excepción; Estado de Derecho; Dictadura; Pandemia; Terrorismo.

ABSTRACT

Objective: *In times of global crisis caused by terrorism, migration, climate change or pandemics and with the emergence of democratically elected populist leaders who seek to undermine the rights on which democracy is based, it is important to remember some elements of Carl Schmitt's theory to understand the operation and limits of states of exception in the 21st century.*

Methodology: *With a descriptive and analytical historical methodology, this article is divided into two sections. The first addresses the issue of The Weimar Republic and its relationship with the thought of Carl Schmitt. In the second, the different forms of*



the state of exception are analyzed depending on whether the Constitution regulates them or not.

Results: *it was shown that concepts such as states of emergency, martial law, dictatorship, suspension of constitutional guarantees, full powers, crisis government, criminal law of the enemy, savage powers, are intertwined and complex. They are expressions of the state of exception that has been used and can be used again to justify the violation of fundamental rights and this cannot be accepted.*

Contributions: *the aim is to evaluate whether crises can be used to justify the impairment of constitutional rights and guarantees and, therefore, contribute to the debate on the unacceptability of converting exceptional measures into habitual ones. Proposing limits and controls to the exceptional powers required to face anomalous situations will always be necessary, since those who hold power will always be tempted to abuse power.*

Keywords: *State of Exception; Rule of law; Dictatorship; Pandemic; Terrorism.*

RESUMO

Objetivo: *Em tempos de crise global causada pelo terrorismo, migração, mudanças climáticas ou pandemias e com o surgimento de líderes populistas eleitos democraticamente que buscam minar os direitos em que a democracia se baseia, é importante lembrar alguns elementos da teoria de Carl Schmitt para compreender o funcionamento e os limites dos estados de exceção no século XXI.*

Metodologia: *Com metodologia histórica descritiva e analítica, este artigo está dividido em duas seções. A primeira aborda a questão da República de Weimar e sua relação com o pensamento de Carl Schmitt. No segundo, são analisadas as diferentes formas do estado de exceção em função de a Constituição as regulamentar ou não.*

Resultados: *foi possível demonstrar que conceitos como estados de emergência, lei marcial, ditadura, suspensão das garantias constitucionais, plenos poderes, governo de crise, direito penal do inimigo, poderes selvagens, estão entrelaçados e complexos. São expressões do estado de exceção que foram usados e podem ser usados novamente para justificar a violação dos direitos fundamentais e isso não pode ser aceito.*

Contribuições: *pretende-se avaliar se as crises podem ser utilizadas para justificar a violação de direitos e garantias constitucionais e, portanto, contribuir para o debate sobre a inadmissibilidade da conversão de medidas excepcionais em habituais. Será sempre necessário propor limites e controles aos poderes excepcionais necessários para enfrentar situações anômalas, pois quem detém o poder sempre será tentado a abusar dele.*



Palavras-chave: *Estado de exceção; Estado de Direito; Ditadura; Pandemia; Terrorismo.*

1 INTRODUCCIÓN

El tema sustantivo del estado de excepción es la relación entre el poder y el derecho. Típicamente, en el Estado Constitucional de Derecho, el poder debe estar sometido a la Constitución y a la ley. Por ello, en un mundo globalizado, con problemas comunes como el terrorismo, el cambio climático, la migración y las pandemias, uno de los principales debates que conciernen al campo del derecho constitucional, y al derecho internacional de los derechos humanos, es que el uso indebido de los poderes excepcionales por parte de los distintos gobiernos, conlleva vulneraciones graves al principio democrático, el Estado de derecho y los derechos humanos.

Pero el momento actual también coincide con la llegada de líderes populistas, carismáticos y ultra conservadores que han sido elegidos de manera democrática, pero pretenden menoscabar las bases de la democracia, como la separación de poderes, los derechos y las libertades fundamentales, la prevalencia de la dignidad humana, entre otros. El aumento de discursos racistas, nacionalistas y marcados por el odio, recuerdan los años previos a la Segunda Guerra Mundial y como todos sabemos en aquella época las cosas terminaron mal.

Por eso vale la pena retomar el estudio de Carl Schmitt y de un tema como los estados de excepción, pues la democracia tal y como la concebimos está en peligro, corremos el riesgo que lo anormal se convierta en la regla, que los poderes extraordinarios sean competencias habituales, que los líderes populistas sin aceptar que están influenciados por este autor, pretendan suspender o modificar las garantías constitucionales con el argumento que tienen que enfrentar la amenaza del enemigo externo o interno, detener el avance del migrante que roba puestos de trabajo, del virus que enferma sociedades o de las ideas que corrompen jóvenes. Llámase Trump en EEUU, Johnson en Reino Unido, Orban en Hungría, Putin en Rusia, Bolsonaro en Brasil, Duterte en Filipinas o cualquier otro líder populista, estará tentado a asumir



poderes excepcionales para hacer frente al ataque al Estado, pero este puede ser el camino sin retorno hacia la autocracia. Lo anterior ya ha pasado y puede volver a pasar.

En la teoría política de Carl Schmitt uno de los conceptos más importantes es la excepción y su relación con la norma. Para el autor alemán, una excepción es más interesante que la norma, porque se debe proteger la Constitución contra los ataques internos o externos que sufre el Estado, por parte de sus enemigos internos o externos (SCHMITT, 2013). Así, el objetivo que el Estado debe cumplir cuando regula los estados de excepción en el ordenamiento jurídico, es preservar la sociedad democrática y las libertades ciudadanas simultáneamente con la seguridad interna y externa; salvaguardando al mismo tiempo la *ratio juris* y la *ratio status*.

Por lo anterior, el enfoque adoptado en este ensayo propone comenzar un debate sobre las nuevas formas en que el estado de excepción y los poderes de emergencia se declaran en el mundo globalizado. Destacando que se pueden observar distintos modelos del estado de excepción, dependiendo de si el estado de excepción está regulado o no en la Constitución. Este supuesto conduce a un cambio en la estructura teórica en la que se enmarca el estado de excepción, ya que el sistema de controles y garantías será diferente, dependiendo de si el Estado acepta uno u otro modelo según su tradición constitucional histórica. De este modo, en algunos estados, el estado de emergencia o el uso de poderes excepcionales aparecen de manera simulada, como ocurre por ejemplo con las órdenes ejecutivas expedidas en los Estados Unidos, pero en otros, y más grave aún, se dan como una manifestación extrema de la dictadura vulnerando gravemente el Estado Constitucional de Derecho.

En efecto, hoy en día ante las situaciones de crisis como la pandemia por el coronavirus del 2020 y las amenazas terroristas, los poderes de emergencia y las facultades que concede (por ejemplo: toques de queda, cierre de fronteras, suspensión de los derechos y libertades de los ciudadanos), están siendo utilizados arbitrariamente por algunos gobiernos, convirtiendo lo excepcional en regla. Y es que, a pesar de la aparente regulación del estado de excepción como una fuente



extraordinaria, este no ha sido el uso que la práctica política le ha dado, pues varios gobiernos europeos y latinoamericanos lo convirtieron en "regla", transformándolo en un mecanismo de control y defensa de la seguridad del Estado, que prevalece sobre los derechos de los ciudadanos.

El interés teórico en Schmitt es ahora evidente, para comprender la situación de anormalidad que todo el mundo está experimentando como consecuencia del terrorismo y las distintas crisis que enfrentan los Estados. En efecto, en un escenario globalizado donde las crisis también lo son, se restablece el debate sobre quién es el soberano y quién puede legítimamente nombrar al enemigo público (BIGO, 2014, p. 47).

Incluso podría decirse que están apareciendo nuevas formas de usar los poderes excepcionales, porque se están reconfigurando los estados nacionales, y de nuevo la frontera entre lo normal y lo anormal es borrosa. Sin duda alguna la amenaza terrorista sigue latente, pero habría que sumarle otros problemas internacionales como la migración, el cambio climático y las pandemias, y los Estados todavía no han encontrado una respuesta adecuada para hacer frente a las crisis comunes, prueba de lo anterior fue el actuar errático de la Unión Europea, EEUU, Brasil y México, solo por mencionar algunos ejemplos, para enfrentar el comienzo de la pandemia del 2.020.

En este orden de ideas, el presente trabajo propone tres modelos de poderes de excepcionales para enfrentar las crisis, dependiendo de si están regulados o no en la Constitución, ellos son: a) *La ausencia de estado de excepción o el estado de necesidad*, este modelo se utiliza en Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia y Suiza; b) *El estado de excepción propiamente dicho*, porque los poderes excepcionales se encuentran limitados por garantías constitucionales y un sistema efectivo de controles, tal como ocurre en Francia, Alemania, España, y en general en los países latinoamericanos; c) y un tercer modelo en el que aparece *la dictadura* como manifestación extrema del estado de excepción, resaltando que en ella todas las facultades del Estado son susceptibles de concentrarse en un solo poder, casi siempre



el ejecutivo tal y como se dice que sucede con los actuales gobiernos de Putin en Rusia, Erdogan en Turquía y Maduro en Venezuela.

Hay algo común a todos ellos, y es la posibilidad de suspender la Constitución y el ordenamiento jurídico con la finalidad de resolver la crisis, sin que existan límites claros entre el Estado de derecho y el Estado de emergencia, o entre la situación de anormalidad y la normalidad, lo cual es el tema central que debatimos en este artículo, mostrando algunos de los elementos centrales de la teoría de Schmitt, partiendo del periodo previo a la Segunda Guerra Mundial por su similitud con el momento actual, pero además realizando un mapeo general de los tres modelos propuestos por Cruz Villalón dando ejemplos de cada modelo (TOBON, 2019, p. 62), para demostrar la relación que existe entre democracia y autocracia y los instrumentos de cada una para enfrentar las crisis.

2 LA TEORÍA DE SCHMITT Y LA REPÚBLICA DE WEIMAR

En 1920, Alemania estaba experimentando las consecuencias de la derrota en la Primera Guerra Mundial y el Tratado de Versalles, que impuso un castigo severo al país como resultado del conflicto armado perdido en la década anterior. De este modo, en el país surgió un nuevo régimen político llamado República de Weimar, basado en un sistema democrático en el que el presidente era responsable del nombramiento del canciller, el jefe del poder ejecutivo. Su Constitución es considerada una de las primeras en abordar los problemas sociales, sin embargo, el momento problemático de su adopción, marcado por la derrota en la guerra, además, de los castigos impuestos a Alemania y las dificultades que acompañaron la vida cotidiana de los alemanes, hicieron de la República de Weimar un escenario de feroces conflictos políticos. En esta arena de disputas políticas e ideológicas, magnificada por la severa crisis capitalista de 1929, el conservadurismo radical ganó un espacio cada vez mayor. Aunque la Constitución no fue revisada en 1933, con el surgimiento de Adolf Hitler y el totalitarismo nazi, la República de Weimar experimentó una fase final



que condujo a otra gran guerra, con la pérdida de millones de vidas humanas y una mayor derrota alemana¹.

Precisamente, fue en el contexto del surgimiento del autoritarismo en Alemania en las décadas de 1920 y 1930 que el jurista Carl Schmitt desarrolló las reflexiones más importantes de su carrera. Schmitt nació en 1888 y obtuvo el título de Doctor en Derecho en 1910. Comenzó a publicar sus primeros artículos criticando el liberalismo y los supuestos del Estado de derecho. Con la República de Weimar, atacó el sistema democrático parlamentario alemán. Se oponía a la pura normatividad porque argumentaba que el orden legal debería basarse en la decisión y no en la norma. Por lo tanto, propuso la recuperación de la soberanía a través de la excepción para el ordenamiento de la política y la sociedad. Para el jurista alemán, la sociedad pasó por tres tipos de crisis. La crisis de la democracia, que solo consideraba la igualdad y la voluntad de los iguales. La crisis del estado moderno, que no pudo construir ninguna forma de estado, y mucho menos un estado democrático. Y la crisis del sistema parlamentario, una unión fallida de democracia y liberalismo (RODRIGUES, 2005).

Como crítico de la República de Weimar, Schmitt propuso un Estado total cualitativo o fuerte, de modo que fuera autoritario en el dominio político, y garante de la unidad, para superar el pluralismo, capaz de evitar la politización económica e intervenir en la esfera económica solo para neutralizar los conflictos (CORVAL, 2010). Estaba interesado en el fascismo italiano, que reconoció como antiliberal, pero no como antidemocrático. Sorprende la similitud de esta idea con la llamada democracia iliberal que hoy algunos defienden.

Para Evaristo Prieto (2012, p. 107), el concepto de excepción en el trabajo de Carl Schmitt no puede entenderse sin considerar la depreciación del concepto de norma. Pero al tratar con la excepción, Schmitt no se limitó a los decretos de

¹ Para ampliar el tema de la República de Weimar y Carl Schmitt leer: Tobón, Mary Luz, La imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales durante los estados de excepción en Colombia: análisis desde el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.



emergencia o al estado de sitio. Su excepción tenía un significado más amplio para la teoría del estado, en el que se incluía el aspecto más práctico del estado de sitio.

El alemán era lector de Theodore Reinach² y, en 1916, escribió un artículo titulado "Dictadura y estado de sitio" en el que caracterizó al estado de sitio como una situación de administración pura en la que se abolió la separación de poderes (BRITO, 2014, p. 158). Cabe señalar que Schmitt se refirió al instituto en su noción inicial en Francia, en la que los poderes para administrar una localidad se concentraban en el mando militar. Sin embargo, más tarde, volvería al tema con más profundidad. Sus principales obras fueron La dictadura (1921), La teología política (1922), El concepto del político (1927), Teoría de la Constitución (1928), Legalidad y legitimidad (1932) y La defensa de la Constitución (1931). A lo largo de estos y otros trabajos, Schmitt analiza la soberanía, la excepción y el enemigo, que son las nociones más importantes para comprender sus ideas.

Influenciado por el español Juan Donoso Cortés, Carl Schmitt defendió la soberanía como una decisión sobre la excepción, que el orden y la seguridad pública eran decisiones soberanas del Estado utilizando la ley marcial y el estado de sitio (RODRIGUES, 2005). Aún con la excepción, la teoría política de Schmitt tenía como objetivo despolitizar a la sociedad para reconstruir el monopolio estatal del político, a quien consideraba amenazado por la democratización. En este sentido, su teoría sobre el estado de excepción sería uno de los principales operadores para esta reconstrucción (GOUPY, 2011). Estas nociones las complementa Schmitt con el concepto del enemigo. Para el autor alemán el enemigo no era un adversario privado sino un enemigo público, que el Estado tendría el poder de definir (VIEIRA, 2004, p. 43).

² A diferencia de Schmitt, el francés Théodore Reinach es muy poco conocido. Sin embargo, tanto Agamben como Schmitt recurrieron al francés por su enfoque del estado de excepción, lo que demuestra su relevancia. Más que eso, fue Reinach quien atribuyó las tipologías de la dictadura al estado de excepción derivado del uso del instituto del estado de sitio, llamándolas dictadura militar y dictadura civil. El uso recurrente del término "dictadura" para situaciones excepcionales no es nuevo, ya que ya se usaba en la antigua Roma. Reinach sistematizó un nuevo enfoque al instituto del estado de sitio y, como el propio Schmitt señala, cuando hablaba de la dictadura en el siglo XIX, hablaba de un estado de sitio ficticio.



El predominio de lo político sobre lo legal en el pensamiento de Schmitt se trata más claramente en La dictadura. En esta obra el jurista expresó la idea de que el Estado puede emplear medios de excepción para garantizar los derechos contra el desorden y las amenazas externas. También en ella hizo su distinción entre la dictadura del comisionado y la dictadura soberana, donde la primera deriva de una Constitución existente y la segunda es constituyente. En este sentido, la dictadura del comisionado suspendería la Constitución para proteger su propia existencia concreta, sin perder su validez, ya que representaría la excepción concreta. Una vez que la amenaza ha sido superada, la acción del comisionado del dictador termina. A su vez, la dictadura soberana no suspendería la Constitución sobre la base de un derecho basado en ella, sino que aspiraría a crear una nueva constitución para ser implementada (SCHMITT, 1968, p. 173-183). Entonces uno podría llamar una dictadura, en palabras de Carl Schmitt:

[...] cada excepción de una situación considerada justa, porque lo que significa esta palabra ya es una excepción de la democracia, una excepción de los derechos de libertad garantizados por la Constitución, una excepción de la separación de poderes o una excepción del desarrollo orgánico de las cosas (1968, p. 173-183).

Con esto, notamos el enfoque que Schmitt estableció con Theodore Reinach y cuán importante fue para ambos la noción de dictadura para la constitución de una excepción. Noción de dictadura que los dos recuperan de la antigüedad romana y sus institutos para actualizarlos sobre nuevas disposiciones legales. Si Reinach, más centrado en el análisis del estado de sitio, se ocupó de las dictaduras civiles y militares, Schmitt, con una noción más amplia de la excepción, se ocupó del comisionado y las dictaduras soberanas.

Schmitt se acerca a la noción de dictadura de Théodore Reinach en el último capítulo de La dictadura. Es aquí donde el abogado alemán se dedica a discutir el instituto del estado de sitio como una dictadura en el Estado de derecho existente. Inicialmente, trata la ley marcial como precedente del estado de sitio francés, y luego aborda las prerrogativas del instituto desarrollado durante la Revolución Francesa. La



ley marcial sería un tipo de situación legal en la cual el ejecutivo (autoridad militar interviniente) puede proceder sin barreras legales para reprimir al adversario. Es la suspensión de la división de poderes y su reemplazo por el sometimiento a las órdenes del comandante militar, marcando un espacio libre para la ejecución de la técnica de operación militar (SCHMITT, 1968, p. 173-183). La ley marcial francesa siguió el modelo inglés y se usó contra manifestaciones que amenazaban la Asamblea Nacional Constituyente de 1789 en Versalles. Francia lo abolió el 23 de junio de 1793, conservando el estado de sitio como una institución puramente militar. En la forma interpretativa schmittiana, la Asamblea Constituyente de esa época y la asamblea constituyente venezolana actual, habrían ejercido una función de dictadura soberana, mientras que el comandante militar sería una especie de comisionado delegado.

Schmitt estudia el estado de sitio para demostrar cómo pasó de la legislación técnica militar a una disposición legal excepcional. Luego usa estas reflexiones para discutir disposiciones relacionadas en la Constitución de Weimar de 1919. Su artículo 48 determinó que, si el Reich y el orden público estuvieran en grave peligro, el Presidente podría tomar las medidas necesarias para restaurarlos, interviniendo incluso con los militares. Para Schmitt, fue el caso claro de una disposición de la dictadura de la comisión que promulgó un empoderamiento para la acción incondicional. Schmitt consideró que la medida permitía la suspensión completa de la Constitución y la comparó con la Carta de Francia de 1814, con la diferencia de que el poder se concentraba en el Rey de Francia y, en este caso, el poder se atribuía al Presidente del Reich. La propia Constitución tendría sus contradicciones al permitir la suspensión de derechos y limitarlos al mismo tiempo. Contradicciones que resultarían de la combinación de una dictadura soberana y una dictadura del comisionado.

La declaración con la que comienza el libro de Teología política de 1922 es fuertemente representativa del pensamiento de Schmitt: "Soberano es quien decide el estado de excepción" (SCHMITT, 2009, p. 13). En ese trabajo, el tema se desarrolla especialmente para argumentar no solo que la excepción revela al soberano, sino que también es el soberano quien decide la suspensión de la normalidad legal. El soberano



estaría fuera del sistema legal vigente al decidir sobre la suspensión de la Constitución (VIEIRA, 2004, p. 50-52).

En teología política, los términos dictadura y estado de sitio desaparecen. Carl Schmitt aborda el estado de excepción como un concepto general de la doctrina del estado, no como un decreto o estado de sitio, cambiando su énfasis a la soberanía. Para el jurista, el caso excepcional puede describirse como un caso de extrema necesidad, de peligro para la existencia del Estado, pero que no se puede delimitar estrictamente. De todos modos, dice, “la excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal no prueba nada, la excepción, todo. No solo confirma la regla, sino que la sigue” (SCHMITT, 2009, p. 17/18).

El concepto de soberanía lo trata el autor como un límite en sí mismo, que se revela especialmente en el momento de la excepción. El soberano toma las medidas para restablecer el orden e incluso puede suspender el orden legal actual para tal fin. De tal manera que el estado de excepción no sea una anarquía, porque el orden permanece, aunque no sea legal. Por lo tanto, para Schmitt, el estado de excepción no está ni fuera ni dentro de la ley. La soberanía estatal estaría en el monopolio de la decisión sobre el estado de excepción (RODRIGUES, 2005, p. 80/81). Las nociones de soberanía y soberano se complementan entre sí, ya que es el tema de la soberanía el que tiene la competencia de la decisión. Además, el Estado sería superior a la ley y a las normas legales, de modo que pueda suspender el derecho para justificar su existencia (CORVAL, 2010, p. 10-15).

En el concepto del político de 1927, Schmitt crea una definición de lo político basada en las categorías de amigos y enemigos. Aquí es donde discute la idea de eliminar lo heterogéneo, negando una sociedad políticamente pluralista:

El enemigo político no necesita ser moralmente malo, no necesita ser estéticamente feo; no tiene que presentarse como un competidor económico y quizás incluso parezca ventajoso hacer negocios con él. Él es precisamente el otro, lo desconocido, y para su esencia es suficiente que sea, en un sentido particularmente intenso, existencialmente algo diferente y desconocido, de modo que, en el caso extremo, los conflictos con él sean posibles, lo que no puede ser ni por estandarización general realizada de antemano ni por el juicio de un tercero "no involucrado" y, por lo tanto, "imparcial" (SCHMITT, 1992, p. 28).



Entonces, Schmitt afirma que depende del Estado la posibilidad real de determinar al enemigo en el caso dado por su propia decisión de luchar contra él.

Por qué medios técnicos se lleva a cabo el combate, cómo es la organización de los militares, qué tan altas son las expectativas de ganar la guerra, todo esto es irrelevante siempre que las personas políticamente unidas estén dispuestas a luchar por su propia existencia e independencia, determinar en virtud de su propia decisión en qué consisten su independencia y libertad (SCHIMITT, 1992, p. 28).

Finalmente, hubo una discusión sobre quién debería ser el guardián de la Constitución, este debate lo tuvo Schmitt con el destacado jurista austriaco, Hans Kelsen. Para Schmitt, la defensa de la Constitución debe ser realizada por el soberano, un político con poder, que podría ser el Presidente de la República. Este soberano podría intervenir en cualquier momento en el mundo legal porque es el poder máximo que no está sujeto a ningún otro. Para Kelsen, la defensa de la Constitución debe ser realizada por un organismo específico, un Tribunal Constitucional. Esta idea fue descalificada por Schmitt, porque si en un Estado toda la vida política está sometida al control de los tribunales, su resultado será la politización de la justicia (BERCOVICI, 2003, p. 195/196). Según Roberto Bueno Pinto (2015, p. 104-109), el debate que sustenta el tema es que la política tiene poder sobre la ley en Schmitt o que la ley tiene poder sobre la política en Kelsen.

Schmitt pone especial énfasis en el ya mencionado artículo 48 de la Constitución de Weimar³, es el segundo párrafo de este artículo, el que autoriza al Presidente del Reich a dictar todas las medidas que considere necesarias para mantener la seguridad y el orden público. Para el jurista, el Parlamento no podría ser el guardián de la Constitución, porque representa los intereses de distintos partidos políticos y el pluralismo político, se opone al Estado total. Así, los conceptos de

³ Artículo 48 de la Constitución alemana de 1.919: “Si un Estado no cumpliera con sus obligaciones conforme a lo dispuesto en la Constitución o en una Ley del Reich, el Presidente del Reich puede hacérselas cumplir mediante las Fuerzas Armadas. Si la seguridad y el orden público se viesen gravemente alterados o amenazados, el Presidente del Reich podrá adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y orden público, utilizando incluso las fuerzas armadas si fuera necesario. A tal fin puede suspender temporalmente el disfrute total o parcial de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153”.



dictador y guardián de la Constitución están conectados en el trabajo de Carl Schmitt a una teoría política específica y bien constituida, cuya explicación es la profundización de la dictadura para resolver los problemas de democracia de Weimar. Como señaló Paulo Corval (2010, p. 10), la Constitución solo es válida en el pensamiento de Schmitt cuando emana de un poder constituyente, lo que hace que la soberanía y el poder constituyente también se confundan.

Según Schmitt, es claro que en la República de Weimar, la soberanía está ligada a la capacidad de decidir sobre una situación de excepción y, en consecuencia, de decidir mantener el orden como principio esencial de la legitimidad del poder. De este modo, la concepción prusiana tradicional del estado de excepción persiste durante toda la etapa weimariana. Al respecto, Gómez Orfanel afirma que:

Desde el 23 de marzo de 1933, la gente puede hablar del principio del fin de la República de Weimar". A partir de ese momento, se produjo un cambio sustancial de régimen político weimariano, porque desde 1930 hasta que Hitler llegó al poder, los gobiernos no dependían de la confianza del Parlamento, sino que sólo dependían del Presidente. Esta fase final de la República se caracteriza por la pérdida de control político del Parlamento sobre el Presidente y la concentración de poder del Presidente del Reich, y el Presidente concentrará en sus manos más poder del que antes tenían los emperadores (GÓMEZ, 1996, p. 18)

En efecto, en 1933 el canciller Adolf Hitler adoptó la "Ley de Plenos Poderes", que fue aprobada por lo que subsistía del Parlamento de Weimar. Con esto, la República de Weimar desapareció materialmente: Hitler gobernó y legisló. Cuando Hindenburg murió, usando esta ley, Hitler se nombró a sí mismo "Presidente del Reich", y se convirtió en el Jefe del Estado Alemán, "El Führer". A partir de entonces, poseía todo el poder que ejerció con las siguientes características: estableció un orden estatal alemán; suprimió los partidos políticos, excepto el Partido Nacional Socialista; desató el régimen democrático, y comenzó las persecuciones racistas (GÓMEZ, 1996, p. 222).

Para Schmitt, la Constitución de Weimar simboliza la victoria completa del ciudadano sobre el soldado, ya que "la Constitución como construcción estatal es sólo la porción ciudadana -que continuó existiendo durante un corto período a la



sombra del colapso del Estado prusiano- de la conflictiva estructura estatal del colapsado Reich" (SMELTZER, 2018, p. 559).

Indudablemente, la República de Weimar y su Constitución, o si se prefiere, los escombros que quedaban de ella fueron sepultados por la Ley de Plenos Poderes. Esa ley permitió fortalecer los poderes del Presidente, quien al suprimir el Parlamento se dedicó a legislar por medio de ordenanzas de necesidad, tal como se demuestra en la Tabla 1.

Tabla 1: Actividades del Parlamento y del Presidente, años: 1930, 1931 y 1932

Normatividad producida por el Parlamento/Poder Ejecutivo	1930	1931	1932
Leyes aprobadas por el Reichstag	98	34	5
Ordenanzas de necesidad (Nortverordnungen)	5	44	66
Días de sesión del Reichstag	94	41	13

Fuente: GÓMEZ, 1996, p. 228

Es evidente entonces, que en la República de Weimar la legislación de emergencia era la "normalidad" mientras que la aprobación de leyes por el Parlamento era la "anormalidad", se observa que en el año 1930 la producción del Parlamento era de 98 leyes, y las ordenes de necesidad emitidas por el Presidente eran solo 5, pero un año más tarde en 1932 el Parlamento solo aprobaba 5 leyes y el Presidente del Reich dictó 66 órdenes de necesidad.

3 MODELOS CONSTITUCIONALES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Hoy en día, muchos países han consagrado el estado de excepción en sus constituciones, sin embargo, más que mantener la paz esta figura se ha desfigurado en los distintos estados y ha sido un mecanismo para ejercer la dictadura y romper los principios democráticos del Estado de derecho. En efecto, a pesar de ser una fuente



excepcional, en vida política de los Estados se ha convertido en un instrumento para incorporar al ordenamiento jurídico regulaciones que no garantizan el sistema de límites y controles constitucionales.

La mayor parte de la doctrina ha concebido el Estado de derecho como una actividad gubernamental sometida a la Constitución, por ello Elías Díaz ha definido el Estado de derecho como “una estructura organizacional política legal sujeta a normas y enfocada a garantizar la seguridad, libertad e igualdad de los ciudadanos” (DÍAZ, 1998). De este modo, en el marco constitucional el Estado de derecho debe considerarse como:

[...] un principio fundador constitucional que, junto con la democracia y el respeto de los derechos humanos, debe entenderse como un conjunto de principios interrelacionados que se refuerzan mutuamente y que deben garantizarse a todo el mundo incluso en un estado de emergencia. (PECH, 1998, p. 365).

En su diseño de jure, la mayoría de los estados occidentales parecen cumplir con los criterios primarios de la democracia liberal, como son: los derechos individuales que permiten la participación democrática; la separación institucional de poderes; un sistema institucionalizado de pesos y contrapesos; una asamblea representativa con la mayoría de los poderes usuales; un alcance creciente de mecanismos de transparencia para permitir el ejercicio de estos diversos poderes, y un conjunto de límites a los mismos (MANDIETA, 2019, p. 36-52).

No obstante, y pese a que la idea del Estado de derecho es un pilar esencial en todos los estados liberales y democráticos, para proteger los derechos de los ciudadanos contra la arbitrariedad del Estado, a partir de la Segunda Guerra Mundial, en la historia de los estados encontramos diversas crisis, y muchas de ellas no se han enfrentado con los mecanismos de la normalidad, sino que se ha cruzado la frontera de la ilegalidad, abusando de los poderes excepcionales.

No cabe duda, de que hoy en día, el uso de poderes excepcionales ha ido en aumento en diferentes estados como una forma de responder a la crisis global causada por el terrorismo y por el modelo económico neoliberal (AGANBEM, 2005).



Luego del 11 de septiembre del 2.001 muchos países reformarán sus ordenamientos jurídicos para hacer frente a la amenaza y los ataques terroristas a Madrid (2.004), Londres (2.005) y Paris (2.016) les darán la razón.

En muchos de estos casos, las medidas legislativas adoptadas en la lucha antiterrorista superan incluso a la legislación de excepción. Después de los atentados terroristas de Madrid y Londres, los diferentes Estados no han hecho sino aumentar las cautelas y restricciones en el ejercicio de determinados derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. No obstante, y a la vista de los peligros que para el Estado de Derecho entrañan algunas de las medidas adoptadas por las nuevas leyes antiterroristas, podemos concluir que, si el propósito de la lucha contra el terrorismo es la defensa de las libertades y el fortalecimiento de la democracia, no se puede recurrir a prácticas que supongan su total conculcación, pues como decía Benjamín Franklin, “quien pone la seguridad por encima de la libertad se arriesga a perder ambas. (ÁLVARES, 2006, p. 9)

Turquía estuvo dos años bajo estado de excepción (2.016-2.018), luego de un intento de golpe de estado, durante este tiempo y amparado por facultades extraordinarias Erdogan tuvo la oportunidad de reformar la Constitución y convertir al país en un sistema hiperpresidencialista, que hoy sigue gobernando con decretos con fuerza de ley. En 2.019 se declararon estados de excepción en Ecuador, Bolivia o Chile como consecuencia de movimientos sociales y en el año 2.020 muchos estados declararon la anormalidad por la pandemia del coronavirus.

Frente al uso y abuso de las medidas excepcionales usadas por los estados para enfrentar las crisis, en las próximas páginas nos vamos a ocupar de revisar tres modelos de estado de excepción, atendiendo a la clasificación realizada por el autor español Pedro Cruz Villalón (1984), quien ha definido los distintos modelos del estado de excepción, atendiendo a la regulación o no de este mecanismo en la Constitución de los diferentes países, ellos son: el primer modelo es el estado de necesidad o la ausencia de regulación del derecho de excepción; en estos países los poderes excepcionales aparecen a través de la Ley Marcial o la promulgación de leyes u ordenanzas de necesidad que simulan la legalidad, como sucede en Estados Unidos, Gran Bretaña y Bélgica. El segundo modelo es la declaración del estado de excepción por parte del Presidente de la República, en estos estados este mecanismo está regulado en la Constitución, y está limitado por un sistema de controles y garantías,



tal como sucede en España, Colombia y Brasil. Finalmente, aparece un tercer modelo conocido como la dictadura; caracterizado por el uso abusivo de los poderes excepcionales, constituyéndose entonces la dictadura, en la máxima expresión del estado de excepción.

Si como se dijo antes, para Schmitt el “soberano es ante todo el que decide sobre la situación de excepción” (SCHMITT, 1968, p. 17), “la elección de si una Constitución tendrá o no un derecho de excepción y, en su caso, ¿cuál?, implicará una de las decisiones más importantes que debe tomar el constituyente y, por lo tanto, una de las expresiones fundamentales de su soberanía” (CRUZ, 1984, p. 23). En consecuencia, a continuación, analizaremos los distintos modelos que existen en el derecho comparado para responder a las situaciones de crisis, anormalidad o necesidad que enfrentan los Estados.

3.1 AUSENCIA TOTAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN: EL ESTADO DE NECESIDAD

El primero de los supuestos que debemos considerar en este modelo es que la Constitución no regula el estado de excepción. Con frecuencia, es el resultado de una opción confiable por parte del poder constituyente en el Ejecutivo. Para Cruz Villalón: “No es tanto que el ordenamiento refleje una laguna en este aspecto, sino que, por definición, no se admite la hipótesis de que la Constitución pueda ser suspendida” (SCHMITT, 1968, p. 24). En otras palabras, en este modelo la Constitución no regula el estado de excepción, es decir, que de antemano la Constitución no dispone de instrumentos para enfrentar una situación de crisis.

No se trata de que el ordenamiento contenga una laguna, sino de que se rechaza la hipótesis de que la Constitución pueda ser suspendida. Dentro de este modelo, el peligro de incluir la suspensión de la Constitución como una garantía, es superior al originado por la carencia de un derecho de excepción. (TOBON, 2019, p. 63)



Quizás el ejemplo más representativo lo constituye el artículo 130 de la Constitución belga de 1.831, donde se manifiesta que “la Constitución no puede ser suspendida ni en todo ni en parte: *“La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie”*. Para el constituyente belga de 1.831, como para los ordenamientos que adoptan la misma actitud, “el riesgo de incorporar la suspensión de la Constitución como una garantía de la misma es en todo caso mayor que el derivado de la ausencia de un derecho de excepción” (CRUZ, 1984, p. 28).

Como se dijo antes Estados Unidos, Gran Bretaña y Bélgica amparándose en su continua tradición constitucional han adoptado este modelo, por lo que no regulan expresamente en su Constitución la manera en la que se deben enfrentar las crisis o las situaciones de anormalidad. Como la Constitución no regula los poderes excepcionales, si llega una crisis es el Ejecutivo quien preferentemente deberá solucionar la crisis, o el Parlamento mediante leyes, en muchos casos, conocidas como leyes antiterroristas.

“En este modelo, el gobierno no tiene ningún poder de excepción para hacer frente a la crisis, diferente de los que están previstos en la Constitución para la normalidad” (MARTÍNEZ, 2006, p. 26). “El estado de necesidad se pregunta retóricamente si vale la pena preservar la Constitución y el país pisoteando la libertad y las libertades básicas sobre las que se funda la sociedad” (LOBELT, 1989, p. 1385-1410). Por esta razón, la Constitución de los Estados Unidos de América no estableció ninguna norma general de emergencia o ley marcial, pero permitió que el gobierno nacional llamara a la milicia a reprimir las insurrecciones y suspender el recurso de hábeas corpus. Esta primera perspectiva suprime la tensión entre la ley y la necesidad al negar que tal necesidad exista en tiempos de crisis.

“Aunque la Constitución de Estados Unidos nació con dos propósitos: evitar la anarquía y prevenir la tiranía a partir de la República” (MANDIETA, 2019, p. 40), Ahora, después de 230 años, el Ejecutivo ha roto el equilibrio a su favor y ha implementado lo que algunos autores llaman “la presidencia imperial”. El Presidente de los Estados Unidos se ha convertido en una frontera no institucionalizada, lo que



es extremadamente peligroso porque contradice la idea misma del Estado de derecho (MANDIETA, 2019, p. 36).

Cabe aclarar que la situación de emergencia que más preocupó a los padres fundadores de la Constitución de los Estados Unidos fue la guerra y el engrandecimiento del Ejecutivo. La caracterización de Madison de la guerra refleja la necesidad de una dicotomía entre la guerra -la situación de emergencia más extrema- y el orden constitucional en tiempos de paz: “En la guerra aparecen las pasiones más fuertes y las debilidades más peligrosas del ser humano; la ambición, la avaricia, y la vanidad rodean las fuerzas armadas” (LOBELT, 1989, p. 1390). Los padres fundadores de la Unión asumieron que la paz sería el estado normal para la nueva república y que la guerra, como otras situaciones de emergencia, serían excepcionales.

Por lo tanto, el requisito constitucional de que el Congreso autorice el uso de la fuerza armada de los Estados Unidos contra otra nación fue diseñado para asegurar que la guerra fuera realmente una medida extraordinaria. La Constitución le otorgó al Presidente el poder de emergencia solamente para repeler un ataque, creando una frontera que el poder ejecutivo no podía cruzar. Fuera de este escenario, del ejercicio efectivo del derecho a la legítima defensa, la utilización de los poderes de emergencia y el uso de las fuerzas armadas por parte del Ejecutivo, advierten una actuación inconstitucional (LOBELT, 1989, p. 1391).

No obstante, durante el siglo XX, varios presidentes llegaron a la Casa Blanca con el objetivo de construir un *imperio*, incluyendo a William McKinley (1897 - 1901), Theodore Roosevelt (1901 - 1909), Franklin Delano Roosevelt (1933 y 1945). Pero el presidente Roosevelt fue quien proclamó más órdenes ejecutivas, con un promedio de 310 por año, reemplazando principalmente “el papel del Congreso de Estados Unidos, expandiendo los poderes presidenciales más que sus predecesores” (MANDIETA, 2019, p. 46). Sin embargo, Roosevelt ha sido considerado como uno de los mejores presidentes de los Estados Unidos.

El gobierno de Roosevelt en la práctica fue una "presidencia imperial". Luego, los demás presidentes de Estados Unidos han actuado sin la participación activa del



Congreso, y respaldados por órdenes ejecutivas han enviado sus tropas a otros países, sin respetar los límites del Estado de derecho, como ocurrió con “Truman a Corea; Johnson a Vietnam; Nixon a Camboya; Reagan a Granada; Bush (padre) a Panamá; Clinton a Somalia y Haití; Bush (junior) a Irak y Afganistán; y Donald Trump a Siria” (MANDIETA, 2019, p. 47).

Después del 11 de septiembre de 2001, George W. Bush emitió dos órdenes ejecutivas (una el 24 de septiembre, y otra el 9 de noviembre de 2001) que permitieron la creación de tribunales militares competentes para juzgar a civiles extranjeros sospechosos de terrorismo, aumentando las agencias de seguridad a un nivel no visto desde la administración de Franklin D. Roosevelt. Recientemente, la Ley Patriota de EE. UU. ha permitido el reciente ataque realizado por Trump a Siria. Uno de los efectos más evidentes de la presidencia imperial es el uso, o abuso, de los decretos ejecutivos, que en la práctica tienen fuerza de ley, reemplazando al Congreso en su competencia legislativa (MANDIETA, 2019, p. 47).

La Tabla 2. realiza una comparación del número de órdenes ejecutivas emitidas por los diversos presidentes de Estados Unidos, desde Franklin D. Roosevelt hasta Donald Trump, lo que demuestra que en Estados Unidos el uso de poderes excepcionales viola gravemente el principio democrático y el Estado de derecho.



Tabla 2: Ordenes Ejecutivas Presidenciales 1933-2020⁴.

Presidente	Periodo	Número de órdenes ejecutivas	Promedio de número de órdenes ejecutivas por año
Donald Trump	2017-2020	147	46,4
Barack Obama	2009- 2017	276	34.5
George W. Bush	2001- 2009	291	36.4
William J. Clinton	1993- 2001	364	45.5
George Bush	1989- 1993	166	41.5
Ronald Reagan	1981- 1989	381	47.6
Jimmy Carter	1977- 1981	320	80
Gerald R. Ford	1974- 1977	169	42.3
Richard Nixon	1969- 1974	346	57.7
Lyndon Johnson	1963- 1969	324	46.2
John F. Kennedy	1961- 1963	124	41.3
Dwight Eisenhower	1953- 1961	486	60.8
Harry Truman	1945- 1953	896	112
Franklin D. Roosevelt	1933- 1945	3.728	310.6

Donald Trump ha impuesto un estilo de gobierno caracterizado por la concentración del poder, la deslegitimación de la prensa, el debilitamiento del aparato de gobierno, el apoyo al proteccionismo económico, el desmantelamiento de las alianzas multilaterales de posguerra, la exacerbación del racismo y la confianza en asesores sin experiencia política previa. A pesar de que han pasado más de tres años de su mandato, Trump no ha dejado de sorprender a todo el mundo. Esta actitud reformista, desde el inicio de su período, lo llevó a firmar varias órdenes para promover el veto migratorio a los nacionales de seis países musulmanes; así como para mostrar su decisión de derogar el sistema de salud conocido como Obamacare; y comenzar la construcción de un muro con México, además de promover proyectos de infraestructura en el país.

⁴ Fuente: Archivo Nacional de los Estados Unidos. Para el caso de Donald Trump se dividió el total de órdenes ejecutivas expedidas entre el 20 de enero de 2.017 y el 30 de marzo de 2.020 (147) y el promedio fue 46.4 por año, así: 2.017 (55), 2.018 (37), 2.019 (44) y 2.020 (11)



Estas órdenes están enmarcadas en un contexto institucional adverso para el Ejecutivo, quien ha requerido el uso unilateral de autoridad ante la imposibilidad de concertar su agenda política a través del proceso institucional normalmente previsto, por ejemplo, a través del Congreso. En otras palabras, para el Ejecutivo, las ordenanzas de necesidad están comprendidas como una forma de legislar en el marco de barreras institucionales que impiden al Ejecutivo su libre uso de autoridad. En este sentido, es necesario admitir que, si bien el gobierno de Donald Trump ha demostrado ser particularmente propenso al uso de las “executive orders”, su uso ha sido una característica presente en todos los pasados gobiernos, si bien en diferente intensidad (MANDIETA, 2019, p. 285).

3.2 EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

A lo largo de los siglos XVIII y principios del XIX, el constitucionalismo liberal trató de resolver la tensión entre la ley y el estado de necesidad mediante un tercer enfoque, que preservaba la dicotomía entre el poder ordinario y el poder de emergencia estableciendo una línea divisoria que separaba y protegía el orden constitucional ordinario del gobierno en crisis o la anormalidad. Se contrarrestaron los tiempos de emergencia y los tiempos normales, lo que dio lugar a regímenes jurídicos distintos, en los que existen diferentes matices entre la normalidad y la anormalidad. La normalidad permitía una estructura gubernamental basada en la separación de poderes, el respeto de las libertades civiles y el Estado de derecho, mientras que las emergencias requerían un gobierno ejecutivo fuerte, basado no en la ley y el respeto de las libertades civiles, sino más bien en la discreción para tomar una amplia gama de medidas que permitan preservar el gobierno (LOBELT, 1989, p. 1388).

Así, el primer modelo del estado de necesidad tiende a ser suplantado por una perspectiva relativista. En contraste con la necesidad de poder de emergencia, el segundo modelo, llamado estado de excepción argumenta que *“la Constitución es un documento flexible que permite al Presidente tomar las medidas necesarias para situaciones de crisis”* (LOBELT, 1989, p. 1388). Ambos modelos tienen una unidad



filosófica, ya que ambos demuestran la dicotomía entre la normalidad constitucional y la emergencia constitucional. El primero lo hace negando la necesidad del poder de emergencia desde la Constitución y le deja esta función a la ley; el segundo lo hace interpretando que la Constitución otorga al Ejecutivo la autoridad para usar los poderes extraordinarios. En este sentido, las restricciones constitucionales a los poderes excepcionales manifiestan explícitamente una serie de dualidades del paradigma liberal: crisis y normalidad, guerra y paz, acción constitucional e inconstitucional (LOBELT, 1989, p. 1389).

En los sistemas jurídicos que tienen el derecho de excepción, Cruz Villalón diferencia dos modelos esenciales: el estado de excepción y la dictadura (1984, p. 31).

El primero es el modelo más genuino, e implica un esfuerzo máximo para expandir la legalidad a situaciones de emergencia, incluso durante las crisis o situaciones anómalas, la Constitución establece un sistema de controles y límites para evitar el abuso de poderes excepcionales por parte del poder ejecutivo, previendo un conjunto de competencias extraordinarias estrictamente enumeradas, que en algunas situaciones extremas pueden implicar la suspensión de la Constitución. (TOBON, 2019, p. 63)

Este modelo se caracteriza por la existencia de la regulación de los estados de excepción en la Constitución, por lo que el Estado puede suspender temporalmente la vigencia de la Constitución, en determinados casos establecidos, y una vez superada una crisis, restablecer el orden. Cruz Villalón opina que el punto de partida esencial de un estado de excepción es regular la emergencia. Es posible determinar las acciones extraordinarias necesarias para salvar una crisis, sólo entendiendo que las situaciones hipotéticas de emergencia son relativamente imprevisibles (CRUZ, 1984, p. 31). “Este modelo se implementa en aquellos países que no sólo prevén, sino que también regulan la protección extraordinaria del Estado, por lo que tienen un derecho constitucional de excepción, junto con el derecho constitucional de la normalidad” (TOBON, 2019, p. 63). Sin embargo, para Schmitt, no todas las facultades extraordinarias, ni todas las medidas policiales o decretos de necesidad, son en sí mismas un estado de excepción, pues el jurista condiciona la existencia del estado de



excepción, a la suspensión total de un sistema jurídico imperante, tal como se observa en sus propias palabras:

No toda competencia inusual, no toda medida policial de emergencia o decreto de emergencia es en sí un estado de excepción. Al estado de excepción pertenece más bien una autoridad en principio ilimitada, es decir, la suspensión del orden establecido. Cuando esto sucede, es evidente que mientras el Estado subsiste, el derecho retrocede. Puesto que el estado excepcional es siempre diferente de la anarquía y el caos, en un sentido legal siempre hay un orden, incluso si este orden no es legal. La existencia del Estado deja en este punto su superioridad sobre la validez de la norma jurídica. La decisión está libre de todas las limitaciones reglamentarias y se convierte en absoluta por derecho propio. En un caso excepcional, el Estado suspende el derecho por el derecho a la auto-preservación. Los dos elementos que componen el concepto de ordenamiento jurídico se enfrentan y demuestran su independencia conceptual. Si en casos normales se puede minimizar el elemento autónomo de la decisión, es la regla que en el caso excepcional se aniquila. Sin embargo, el caso excepcional sigue siendo accesible para el conocimiento jurídico, porque ambos elementos -la norma y la decisión- permanecen dentro del marco jurídico (SCHMITT, 2013, p. 18).

En consecuencia, la tendencia del Estado de derecho a regular y limitar el estado de excepción sólo implica un “intento de circunscribir con precisión los casos en los que la ley o el derecho se suspenden a sí mismos” (TOBON, 2019, p. 67). En efecto, para Schmitt

[...] el orden y la seguridad pública en la realidad concreta tienen un aspecto diferente dependiendo de la burocracia militar, de una administración impregnada de espíritu mercantil o de la organización radical de un partido que decide si el orden público subsiste, si ha sido violado o si está en peligro. Porque todo orden se basa en una decisión, no en una norma. (SCHMITT, 2013, p. 18)

Por lo anterior, cuando se implementan los poderes excepcionales, hay espacio para un rediseño transitorio de la función del Estado. Además, para enfrentar la crisis el Ejecutivo asume facultades singulares, que con frecuencia implican una limitación de las libertades ciudadanas. En todo caso, el aumento de las facultades del Ejecutivo es inherente a la naturaleza de los estados de excepción, como también la posibilidad de imponer restricciones al ejercicio de los derechos.



En definitiva, este modelo busca mantener vigente el Estado de Derecho, previendo una serie de competencias extraordinarias y estrictamente enumeradas. Para Cruz Villalón en toda Constitución que se regule el estado de excepción se deberán definir expresamente los siguientes puntos:

1) definir qué es una situación de excepcionalidad o anormalidad; 2) determinar la competencia para apreciar la presencia de esa situación y, en consecuencia, la facultad de declarar el estado de excepción; 3) determinar las medidas que deben adoptarse; 4) especificar un sistema de controles y garantías adicionales previstas en comparación con las hipótesis del uso abusivo de facultades extraordinarias establecidas en el estado de excepción. (CRUZ, 1984, p. 32)

Los ejemplos más representativos de este modelo son el artículo 48 de la Constitución de Weimar y el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958. Más recientemente, en Europa, encontramos regulado constitucionalmente el estado de excepción en los siguientes países: la Constitución griega de 1975, la Constitución española de 1978, y la Constitución portuguesa de 1976. En América Latina, la mayoría de los países acogen este modelo, son ejemplos del mismo, las siguientes Constituciones: Chile de 1980, Brasil de 1988, Colombia de 1991, Venezuela de 1999, Ecuador de 2008, y Bolivia de 2009.

3.3 LA DICTADURA

El derecho es un medio para que la sociedad exista. Si el derecho no se presenta en una situación para salvaguardar las garantías del Estado constitucional y democrático de derecho, el poder de facto interviene dejando a ciegas la fortuna de los derechos y libertades ciudadanas. Para Schmitt, la justificación de la dictadura se apoya en la norma, aunque la ignore. “La dialéctica interna del concepto radica en que, a través de una dictadura, el Estado niega precisamente la norma cuya ordenanza debe ser asegurada en una realidad político-histórica” (SCHMITT, 2009, p. 27).



Según la perspectiva de Schmitt, la dictadura no puede ser un intento, una violación, o una negación pura de la ley misma, sino que debe ser una garantía de su existencia; pero al mismo tiempo, la ley proporciona a la dictadura un nuevo tipo de justificación: la autoridad suprema tiene la facultad legal de suspender la ley y autorizar esa dictadura (MARTÍNEZ, 2006).

En el caso de la excepción suprema, que es la dictadura, la norma se reduce a nada y la decisión se convierte en absoluta, evidenciando la ausencia de ordenamiento jurídico. Esto ocurre porque tanto la norma como la decisión son elementos constitutivos del orden constitucional. Por lo tanto, todo ordenamiento jurídico es tanto normativo, como de toma de decisiones. Entonces, si una autoridad expresa su decisión política, aunque también esté en contra de una norma, estará creando un orden jurídico.

Para Schmitt la dictadura no es sólo una expresión de fuerza, de poder, sin más, porque opina que el poder no significa nada para el derecho. La dictadura se encuentra sustentada en el Derecho mismo, al ser aquel elemento jurídico que precede existencialmente la norma para generar las condiciones de aplicabilidad, aunque en su accionar la restrinja y la suspenda (TOBON, 2019, 72).

En su clásica obra *La Dictadura (1921)* Schmitt afirma que durante el siglo XIX se ha entendido por "Dictadura" el denominado "estado de sitio ficticio", y cuando se emprende la aprehensión jurídica de la dictadura se alude a "la libertad de prensa y otras libertades similares, aunque no al sinnúmero de personas que en ambos lados de una guerra civil pierden su vida de una manera efectiva y no tan solo ficticia" (SCHMITT, 2009, p. 257). De todas formas, el ilustre jurista alemán concibe, en sentido amplio, a la dictadura como:

[...] toda excepción de una situación considerada como justa, por ello, este término implica bien una excepción de la democracia, bien una excepción de los derechos de libertad protegidos por la Constitución, bien una excepción de la separación de los poderes o, incluso, una excepción del desarrollo orgánico de las cosas. (SCHMITT, 2009, p. 194)



Por esa razón, basado en la teoría de Bodino, Schmitt distingue entre la "dictadura comisarial" y la "dictadura soberana", entendiendo que una "dictadura comisarial suspende la Constitución para salvaguardar su existencia. En este tipo de dictadura, la Constitución puede ser suspendida sin que pierda validez, porque su suspensión sólo equivale a una excepción particular" (SCHMITT, 2009, p. 57). Por lo tanto, "una dictadura soberana no recurre a una Constitución válida, sino a una futura Constitución que se aplicará" (SCHMITT, 2009, p. 57-58 ,181-183, 185, y 193). Zuckerman argumenta que la diferencia en ambas dictaduras es que:

En la dictadura comisarial una autoridad de emergencia temporal es comisionada para suspender la separación ordinaria de poderes y tomar "medidas concretas", con el fin de restaurar el statu quo ante del orden constitucional. Mientras que la dictadura soberana es un poder extraordinario que es comisionado por el poder constituyente revolucionario, más que por el poder constituido, y que se ejerce con el fin de instaurar un nuevo orden constitucional en lugar de volver al viejo status quo constitucional anterior. (ZUCKERMAN, 2012, p. 27)

Desde esta perspectiva, Schmitt observa que todo puede ser justificado, incluso la suspensión de la propia Constitución de un Estado, si ello es necesario, dependiendo del resultado concreto a alcanzar (SCHMITT, 2009, p. XVIII). Con esto, "la dictadura es, en su opinión, de un carácter claramente técnico, se presentaría como un medio para lograr un fin específico" (FERRIERA, 2002, p. 622), al respecto Schmitt, opina que:

La dictadura es un medio para alcanzar un fin determinado; como su contenido solo está determinado por el interés en el resultado a alcanzar y, por tanto, depende siempre de la situación de las cosas no se puede definir, en general, como la supresión de la democracia. (SCHMITT, 2009, p. 23)

El punto de partida de la dictadura es el inverso del estado de excepción: el Estado cede al prever posibles situaciones de crisis. En consecuencia, también cede al tratar de limitar los efectos de las medidas adoptadas durante la situación de anormalidad sobre el orden constitucional vigente.



En la acción del dictador, según Schmitt, el respeto de las reglas de la ley debe ser suspendido para crear las condiciones de validez fáctica del derecho en sí. Es una acción, por lo tanto, que encuentra su referencia inmediata en la realidad concreta y que extrae su criterio del propio “estado de las cosas”. A contrario sensu, en el estado de normalidad las crisis se deben regir por las normas del derecho. Mientras tanto, en la dictadura, los hechos determinarían los cursos de la conducta de la autoridad pública. (FERRIERA, 2002, p. 622)

No obstante, Pedro Cruz Villalón considera que el arquetipo alternativo básico al estado excepcional es la “dictadura constitucional” que es la equivalencia de la “dictadura comisarial” propuesta por Schmitt, entendiéndola como el instituto mediante el cual ante una emergencia genéricamente descrita todos los poderes del Estado son susceptibles de quedar concentrados en una magistratura única. Ello implica que no existe una Constitución resistente a la situación de excepción, en otras palabras, no hay un campo de la Constitución que no pueda ser temporalmente sacrificado a la exigencia de remontar “la crisis”. Específicamente, este sometimiento al objetivo de vencer “la crisis” es lo que le distingue de “la dictadura soberana” (CRUZ, 1984). Por su importancia traemos a colación las palabras textuales del citado autor español, quien define la dictadura constitucional en los siguientes términos:

Designamos así al instituto en virtud del cual ante una emergencia genéricamente descrita todos los poderes del Estado son susceptibles de quedar concentrados en una magistratura única. El punto de partida es el inverso al del estado excepcional: Se renuncia al intento de prever las posibles situaciones de crisis (más allá de la previsión, en palabras de Rousseau, de que no es posible preverlo todo) y, en consecuencia, se renuncia también al intento de delimitar los efectos que las necesidades derivadas de la superación de la emergencia puedan tener sobre el ordenamiento constitucional. No hay, pues, una Constitución «resistente a la situación de excepción», es decir, no hay un ámbito de la Constitución que no pueda ser temporalmente sacrificado a la necesidad de superar la crisis. También se habla a veces, en relación con este instituto, de «cláusula general», en el sentido de que las medidas susceptibles de ser adoptadas no se hallan taxativamente enumeradas, siendo simplemente las «necesarias» para superar la situación de crisis. Precisamente esta subordinación a la finalidad de superar la crisis es lo que diferencia a este instituto de la dictadura soberana: La dictadura constitucional tiene en la Constitución vigente su objetivo último, de tal modo que todas las medidas que se adopten en base a aquella serán de naturaleza transitoria y dirigidas a la restauración de la Constitución en su plena integridad. (CRUZ, 1984, p. 33)



En efecto, la dictadura constitucional posee en la Constitución “vigente” su objetivo último, de forma que todas las actuaciones que se tomen siguiendo a aquélla serán de naturaleza transitoria y encaminadas a la restauración de la Constitución en su plena integridad. Al menos este es el fin declarado.

Lo cierto es que cualquier Constitución moderna, consciente del problema de las situaciones temporales de emergencia, ha buscado conseguir una concentración provisional de poderes para solucionar estos supuestos y remontar la crisis. Por ello F Friedrich engloba bajo la expresión “dictadura constitucional” una serie de diversas instituciones como los “poderes de emergencia”, la “ley marcial”, el “estado de sitio” y el “estado de excepción”, afirmando que todas ellas, al igual que la “dictadura republicana de Roma”, persiguen el mantenimiento de un sistema constitucional”. En su opinión, en Gran Bretaña y los Estados Unidos los poderes de emergencia, y la ley marcial, son las instituciones legales que se utilizan para el efecto. En los países de tradición codificadora dichos problemas se resuelven a base del “estado de sitio” y del “estado de excepción”, y la “dictadura constitucional es el término que nosotros utilizaremos para designar todos estos métodos de concentración temporal de los poderes” (FRIEDRICH,1975, p. 591). Para este autor las competencias extraordinarias dadas a los gobernantes, contenidas en la constitución o en la ley son “*pequeñas dictaduras constitucionales*”, encaminadas a restablecer el estado constitucional previo a la crisis.

Para el momento en que se termina de escribir este artículo, todos estados de Europa y América han tenido que enfrentar la crisis de la pandemia por el coronavirus, y las medidas adoptadas han estado determinadas por si la constitución prevé o no el estado de excepción y en caso de preverlo cuál es su intensidad. Como se dijo antes EEUU, Reino Unido e Italia no regulan en sus constituciones el estado de excepción, lo que significa que se han enfrentado a la pandemia con instrumentos ordinarios consagrados en la ley o con órdenes ejecutivas como es el caso de los EEUU.

Muchos otros sí han declarado situaciones de anormalidad de mayor o menor grado, como el estado de alarma español o el estado de emergencia francés. Que en términos de Schmitt serían considerados comisariales y de Friedrich constitucionales,



pues están enmarcados en la Constitución, y buscan que todo vuelva a un estado similar al que había antes de la declaratoria. También se pueden presentar casos como el de Hungría donde el Presidente Viktor Orbán ha sido investido de poderes excepcionales por el Parlamento y por tiempo indefinido, estableciendo limitaciones a las libertades de prensa y movilización o el de Filipinas, donde el presidente Rodrigo Duterte amparado por el estado de excepción ha autorizado a los miembros de sus fuerzas armadas a abrir fuego contra aquellas personas no acaten el confinamiento domiciliario durante el periodo de cuarentena. Los ejemplos de estados de excepción húngaro y filipino, aunque fueron declarados por la misma razón que el español o el francés, tienen medidas que menoscaban derechos fundamentales, y vulneran el principio de proporcionalidad. Lo anterior es sumamente peligroso porque es una ruptura con el Estado Constitucional de Derecho y se corre el riesgo que no se retorne a la normalidad. Son dictaduras comisariales pero se corre el riesgo que no restablezca el estado de derecho y sirvan de justificación para instaurar un nuevo orden jurídico y político, siendo la excusa perfecta para una dictadura soberana.

4 CONCLUSIONES

Después del 11 de septiembre de 2001 y la llamada guerra contra el terrorismo liderada por EEUU, muchos países justificaron la inclusión de medidas que menoscabaron derechos fundamentales como las libertades de locomoción, prensa y expresión, derecho a la intimidad, garantías relacionadas con el debido proceso entre otras. Es evidente como este hecho histórico produjo una oleada de medidas represivas que “normalizaron” las medidas excepcionales. Este momento histórico permitió dar a los gobernantes el poder de replantear los límites de lo normal y lo anormal y la línea que los separa se hizo borrosa. Los poderes excepcionales se convirtieron en la herramienta para enfrentar una crisis con permanente zozobra.

Hoy vivimos otro de esos momentos históricos. La pandemia del coronavirus ha llevado a que la mayoría de los estados declaren estados de excepción más o



menos invasivos de los derechos fundamentales. Pero debemos pensar en lo vendrá después. En las medidas que tomarán los estados para enfrentar futuras crisis sanitarias, ambientales y humanitarias. Muchos gobernantes estarán tentados, como sucedió luego del 11 de septiembre del 2001, a menoscabar derechos y limitar garantías con la excusa de salvaguardar el interés general y la salubridad pública.

Definitivamente, hoy en día es necesario limitar el uso de las normas excepcionales o el uso de los poderes de emergencia, para que la excepcionalidad no se transforme en regla. Por eso se requiere que en todas las crisis que enfrenta el Estado se mantengan las garantías y la racionalidad del orden constitucional que prevé el Estado Constitucional de Derecho, estableciendo un sistema de controles adecuado y suficiente para evitar el abuso de esos poderes.

De hecho, el aumento de los poderes excepcionales en el Estado contemporáneo, implica una suspensión del ordenamiento jurídico de *normalidad*, como sucede cuando el Poder Ejecutivo en uso de estos poderes se apropia de la actividad legislativa del Estado sin ninguna oposición del Parlamento, vulnerando el principio democrático. Se requieren límites eficaces sobre un poder exorbitante, o de lo contrario se corre el riesgo de perder el Estado de Constitucional de Derecho.

En este escenario, los conceptos de estados de emergencia, ley marcial, dictadura, suspensión de garantías constitucionales, plenos poderes, gobierno de crisis, derecho penal del enemigo, poderes salvajes, están entrelazados y son complejos. Son expresiones del estado de excepción que se ha usado y se puede volver a usar para justificar la vulneración de los derechos fundamentales y esto no puede ser aceptado.

REFERENCIAS

Agamben, Giorgio, Homo Sacer II. **Estado de excepción**, 1 ed. Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa, Introducción y entrevista de Flavia Costa, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2005.



Álvarez, Enrique y González, Hortensia, Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales, **Real Instituto Elcano**, Madrid, 2.006.

Bercovici, Gilberto. Carl Schmitt, *o Estado Total e o Guardião da Constituição*. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, jan./jun. 2003, pp. 195-201.

BIGO, Didier, "*The (in)Securitization Practices of the Three Universes of EU Border Control: Military/Navy - Border Guards/Police - Database Analysts*", *Security Dialogue*, vol. 45, no. 3, 2014, pp. 209-255.

Brito, Miguel, "*A Exceção no Pensamento Político e Jurídico de Carl Schmitt*", In: *Carlos Blanco de Moraes e Luís Pereira Coutinho (eds.), Carl Schmitt Revisitado*, Lisboa, **Instituto de Ciências Jurídico-Políticas**, 2014, p. 158

Corval, Paulo, "*Carl Schmitt e o Estado de Exceção*". **Revista Acadêmica de Direito da Unigranrio**, v. 3, n. 2, 2010, pp. 1-26.

Cruz Villalón, Pedro, **Estados excepcionales y suspensión de garantías**, Madrid, Tecnos, 1984.

Díaz, Elías, **Estado de Derecho y sociedad democrática**, 9a. ed, Madrid, Taurus, 1998.

Friedrich, Carl, "Dictadura constitucional y poderes de emergencia" en *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, **Instituto de Estudios Políticos**, 1975.

Goupy, Marie, ***L'Essor de la Théorie Juridico-Politique sur l'État d'Exception dans l'Entre-Deux Guerres en France et en Allemagne: une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie. Thèse (Doctorat en Philosophie), École Normale Supérieure de Lyon***, Lyon, 2011.

Ferreira, Bernardo, ***Sujeito e ordem: romantismo e decisionismo no pensamento de Carl Schmitt***. *DADOS [online]*, vol. 45, no.4, 2002, pp. 599-648.

Gómez Orfanel, Germán, "**El final de la república de Weimar y Carl Schmitt**". *Estudios sobre Carl Schmitt*. Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996, pp. 213-230.

Lobelt, Jules, ***'Emergency power and the decline of liberalism'*** *The Yale Law Journal Company [online]*, vol. 98, no. 7, 1989, pp. 1385-1410.

Martínez, María Dolores, **La suspensión individual de derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español: un instrumento de**



defensa de la Constitución de 1978, Tesis doctoral, Universidad de Granada, Granada, 2006.

Mendieta, David y Tobón, Mary Luz, “La separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos en Estados Unidos: del sueño de Hamilton, Madison y Marshall a la amenaza de la presidencia imperial”, *Revista Jurídicas*, [online], vol. 15, nº.2, 2019, pp. 36-52.

Mendieta, David y Calderón, Felipe, “La presidencia imperial y su evolución en la estructura constitucional de los Estados Unidos de América”, *Revista Derecho Político*, Madrid, n. 104, 2019, pp. 257-291.

Pech, Laurent, “*A Union Founded on the Rule of Law. Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*” *European Constitutional Law Review*, vol. 6, nº 3, 1998, pp. 359-396.

Pinto, Roberto, “*Carl Schmitt x Hans Kelsen: defensor ou senhor da Constituição?*”, *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 3, set-dez, 2015, pp. 104-109.

Prieto, Evaristo, “Poder, Soberania e Exceção: uma leitura de Carl Schmitt”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 105, jul/dez, 2012, pp. 101-150.

Rodrigues, Cândido Moreira, (2005), “*Apontamentos sobre o pensamento de Carl Schmitt: um intelectual nazista*”, *Saeculum – Revista de História*, João Pessoa, jan-jun, pp. 77-86.

SCHMITT, Carl, **La dictadura**: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria, Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1968, p. 173-183.

Schmitt, Carl, **O Conceito do Político**, Petrópolis, Vozes, 1992.

Schmitt, Carl, **Teoría Política**. Trad. de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Epílogo de José Luis Villacanas. Madrid, Trotta, 2009, p. 13.

Schmitt, Carl, **Ensayos sobre la Dictadura**: 1916-1932, Estudio preliminar de José María Baño León, Madrid, Tecnos, 2013.

Smeltzer, Joshua “**Germany’s Salvation**”: Carl Schmitt’s *Teleological History of the Second Reich*,’ *History of European Ideas* [online], vol. 44, nº 5, 2018, pp. 590-604.

Tobón, Mary Luz, **La imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales durante los estados de excepción en Colombia**:



análisis desde el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, *Tesis doctoral*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

Tobón, Mary Luz, **Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales**, Biblioteca de tesis doctorales. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2019.

Zuckerman, Ian Roth, ***The politics of emergencies: war, security and the boundaries of the exception in modern emergency powers***, *Tesis doctoral*, Columbia University, New York, 2012.

