

Francisco Zúñiga Urbina*

“Libertad y Autoridad en el Derecho Constitucional: El Derecho de Excepción”**

I. Prolegómenos

Libertad y autoridad (poder) son dos principios torales del Derecho Constitucional moderno (A. Hauriou)¹; que tienen su prueba de fuego en el Derecho de Excepción propio de un “estado de necesidad”, de una “dictadura constitucional” o simplemente de un “gobierno de crisis”.

Así como muchos conceptos modernos se han forjado en la usina de la historia, el Derecho de Excepción del Estado de Derecho, tienen su origen remoto (y equívoco) en la dictadura romana de la antigüedad clásica (Bobbio)²; magistratura extraordinaria instituida entre los siglos V a II a.n.e., en que uno de los cónsules era nombrado dictador en condiciones de excepción, como la guerra (dictator rei publicae gerundae causa) o el apaciguamiento de una rebelión (Mommsen)³. Para Mommsen, la dictadura tenía una particularidad por su carácter extraordinario: correspondía por “derecho político al dictador la plenitud del poder, y, sin embargo, limitarse de hecho a ejercer facultades determinadas”, un resabio monárquico en el sistema republicano. Bobbio agrega: “Dado lo excepcional de la situación, al dictador se le otorgaban poderes extraordinarios que consistían sobre todo en la disolución de la distinción entre el imperium domi, que era el mando (soberano) ejercido dentro de los muros de la unidad, y en cuanto tal sometido a límites que hay llamaríamos constituciones, como la provocatio ad populum, y el imperium militiae, que era el mando ejercido fuera de

* *Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central.*

** Trabajo monográfico preparado para la Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Hauriou, André: “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas” (Trad. J. A. González C.) Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1971, pág. 36. Para Hauriou el significado más profundo del Derecho Constitucional, su misión es “la de organización” en el marco del Estado-Nación, una coexistencia pacífica del poder y de la libertad”.

² Bobbio, Norberto: “La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político” (trad. J.F. Fernández S.) FCE, México D.F., 1987, pp. 182-190.

³ Mommsen, Teodoro: “Compendio del Derecho Público Romano”, Edit. Impulso 1ª Ed., Buenos Aires, 1942, en especial III parte, cap. III “La dictadura”, pág. 223-225.

los muros y en cuanto tal estaba caracterizado por la disolución de cualquier límite de índole constitucional. Lo excepcional del poder del dictador tenía su contrapeso en la temporalidad: el dictador era nombrado solamente mientras durare su misión extraordinaria que no pasaba de seis meses o permanencia en su cargo del cónsul que lo había nombrado. Así pues, el dictador era un magistrado extraordinario, pero perfectamente legítimo porque su institución estaba prevista en la Constitución y su poder extraordinario la justificaba en el "estado de necesidad" (jurídicamente el "estado de necesidad" es un "techo normativo"; es decir, un techo que suspende una situación jurídica anterior o que da lugar a una condición jurídica nueva)⁴. Esto permite diferenciar conceptualmente la dictadura de los antiguos con la dictadura de los modernos, asociada más bien a regímenes autocráticos (totalitarios y autoritarios) y cesaristas, que se asemejan más al viejo concepto de tiranía, distinto también al de despotismo.⁵ Sin embargo, la dictadura romana abre la puerta a la dictadura con Mario, Sila y Julio César.

La dictadura romana reúne las características siguientes: 1) estado de necesidad con respecto a la legitimación; 2) carácter excepcional de los poderes de la magistratura; 3) unidad de mando en el dictador, y 4) temporalidad del cargo. Por ello, entre autores clásicos de la modernidad el concepto dictadura tenía una connotación y denotación positivas (Maquiavelo, Bodin; Montequieu, Rousseau, Marx -Engels); subrayando que la dictadura romana es una dictadura "ejecutiva" o "comisaria", capaz de suspender leyes vigentes, pero nunca dictar leyes, ni erigirse en una magistratura perpetua.

Por ello, Carl Schmitt opone la dictadura moderna "soberana" a la dictadura antigua "comisarial", utilizando como paradigma la dictadura romana, "sabia invención de la República Romana": "Se presupone que una dictadura solamente puede tener lugar cuando ya existe una Constitución, porque el dictador lo nombra el chef suprême y su función queda encuadrada dentro del marco de la Constitución, no por el contenido de su actividad, sino por razón de su situación jurídica. La omnipotencia del dictador descansa en el apoderamiento otorgado por un órgano que existe con arreglo a la Constitución, por un órgano constituido. Este es el concepto de dictadura comisarial" (...) "La dictadura, lo mismo que el acto de legítima defensa, es siempre no sólo acción, sino también contra-acción. No suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, o la que considera como la Constitución verdadera. En consecuencia, no apela a una Constitución existente, sino

⁴ Bobbio, N.: Ob. Cit., pág. 182-183. Idem "Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política" (trad. J.F. Fernández S.) ECE, México, 1ª Estado de Derecho, 1ª reimp., 1994, pág.-227.233.

⁵ Un panorama de la dictadura moderna en G. Sartori: "Elementos de Teoría Política" (M. L. Morán), Alianza Edit. S.A., Madrid, 1992, pág. 63-88. También es muy ilustrativo y que da cuenta de dictaduras americanas (como la de Porfirio Díaz) y europeas (incluida la de Kemal Atatürk), un libro de época de Francisco Cambó: "Las Dictaduras" Espasa-Calpe, 3ª edición, Madrid-Barcelona, 1929.

a una Constitución que va a implantar⁶. El salto histórico-teórico de Schmitt es previsible: a partir del distinguido dictadura comisaria y dictadura soberana, en el contexto de la república de Weimar sostiene que el artículo 48 de la Constitución de 1919 da cobertura a una dictadura comisarial de decisión del Presidente, bajo “control” del Reichstag y que se ejecuta mediante “delegados comisariales”; para adoptar todas las medidas necesarias al estado de necesidad incluida la suspensión temporal de derechos fundamentales; reconociendo un cierto “embrollo” por lo que se configuraría una dictadura mixta.

Pues bien en la doctrina del Derecho Público se han planteado diversos conceptos y construcciones teóricas acerca del Derecho de Excepción y la protección extraordinaria del Estado, según se recuerda: estado de necesidad, dictadura constitucional y gobierno de crisis, por lo que es necesario un breve excursus en la materia. En el contexto del postulado de Jellinek de la “auto-obligación del Estado respecto a su Derecho”, se trata de contener la omnipotencia del Estado mediante la fijación de normas para la exteriorización de su voluntad y al mismo tiempo respetar derechos individuales garantizados por el orden jurídico, pero dicha “auto-obligación” que es autolimitación tan propia del Estado de Derecho, deja abierta la puerta al estado de necesidad. En palabras ejemplares de Jellinek: “En la vida del Estado las relaciones reales preceden a las normas producidas por ellas. Existen, pues, en el proceso de la formación de los Estados, en las revoluciones violentas acaecidas durante la vida de los mismos, épocas en que aparece el orden del Estado ante todo como un poder puramente de hecho que toma después el carácter de poder jurídico cuando ha pasado a la historia o se ha racionalizado en el pensar humano. El Derecho, por consiguiente, jamás alcanza extensión bastante para solucionar los profundos conflictos entre poderes dentro del Estado” (...) “el dogma que considera el sistema de Derecho como una unidad cerrada, desconoce la relación fundamental ente Derecho y Estado. Todo Derecho tiene un límite insuperable en el hecho mismo de la existencia del Estado. Por esto puede aniquilar el Derecho una modificación de los fundamentos de la vida del Estado, pero el derecho no tiene jamás fuerza bastante para determinar en los momentos críticos de la vida del Estado, la dirección de su camino. Para atenuar las violaciones del orden del Estado, se ha ideado la categoría del Derecho de la legítima defensa de aquél, lo que no es sino otra expresión para indicar cómo la fuerza va antes que el Derecho⁷”. En la aguda afirmación de Jellinek acerca de que “la

⁶ Schmitt, Carl: “La Dictadura” (trad. José Díaz G.), Alianza Edit. S.A., Madrid, 1985, pág. 173-181.

⁷ Jellinek, Georg.: “Teoría General del Estado” (trad. F. De Los Ríos), Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970, pág. 266-267, 268. Kelsen liga la fuerza y el derecho en último término en la “Grundnorm” o norma fundamental (Constitución lógico positiva), v. gr. “Compendio de teoría general del Estado” (trad. de J. de Azcárate y L. Recasens Siches y estudio de éste), Edit. Colofón, México DF, 1992, pags. 136-139; y “Teoría Pura del Derecho” (trad. R. Vernengo de 2ª edición vienesa) Edit. Porrúa, 7ª edic. México DF, 1993, pags. 2005-214. Consultar de Heinrich Herrfahrdt: “Revolución y Ciencia del Derecho Investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su significación práctica para la teoría general del derecho” (trad. A. Polo) edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932. También introductorio al tema es Georges Burdeau: Derecho Constitucional e Instituciones Políticas” (traducción de R. Falcon Tello de la 18ª edición francesa), Edit. Nacional, Madrid, 1981, pags. 63-78.

fuerza va antes que el derecho” o fuerza normativa de lo fáctico da cuenta de la necesidad de que la fuerza, la revolución y los “gobiernos de facto” sean tratados por el Derecho Público más allá del Derecho de Excepción (Kelesen, Herrfahrdr, Burdeau).

En la teoría del Estado y de la Constitución moderna han surgido diversos conceptos para dar cuenta de los estados de excepción y del Derecho de Excepción, ya que el Estado de Derecho en una máxima racionalización del poder (normativizar la normalidad), culmina en normativizar la facticidad (anormalidad o emergencia). Tradicionalmente en la doctrina germana se utilizó el estado de necesidad (Notrecht) según se ha expuesto hasta 1918 al menos, el estado de asedio (Belegerundszustand), el estado de emergencia y otros. Más modernamente se utilizó el concepto de dictadura constitucional, de filiación anglosajona, para dar cuenta de instituciones que importan concentración de poder en un órgano del Estado (usualmente el Poder Ejecutivo), la extensión del poder más allá de los límites ordinarios y la emancipación del poder de excepción de frenos y contrapesos ordinarios. También se han utilizado contemporáneamente los conceptos de “gobierno de crisis” o “poderes de emergencia”⁸.

Con todo, ni la teorización sesgada de Schmitt a propósito de dictaduras comisaria y soberana, que termina ligando soberanía con decisión acerca del caso excepcional; ni la doctrina del estado de necesidad constitucional o de la dictadura constitucional han resultado pacíficas, e incluso la comparación con institutos como la dictadura romana y los “commissarii” medievales es fruto de equívocos. Por la vía ejemplar sólo cabe señalar que la dictadura romana es una magistratura extraordinaria y de excepción, en cambio los “gobierno de crisis” constituyen dispositivos de conferimiento de poderes extraordinarios, temporales y de excepción a magistraturas ordinarias o poderes constituidos; y por ello mismo, el “gobierno de crisis” o “dictadura constitucional” puede ser la puerta abierta a la dictadura.

En este orden de ideas, Friedrich, definiendo “dictadura constitucional” como “todos estos métodos de concentración temporal de los poderes”, recoge un juicio crítico, para lo cual compara la dictadura romana y los comisarios extraordinarios (“commissarii” a los cuales los príncipes confieren plenitudo potestatis); la primera

⁸ **Rossiter, Clinton**: “Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the modern democracies”, Princeton, Princeton Univ. Press, 1948. En América es obligado citar a Diego Valadés: “La dictadura constitucional en América Latina”, UNAM, México DF, 1974. Para “Gobierno de crisis”, **Karl Loewenstein**: “Teoría de la Constitución” (trad. A. Gallego A.) Edit. Ariel S.A., 1ª Ed. 1965, 2ª 1975, 3ª reimp., 1983, Barcelona, 1483. pág. 284-293, también sobre “democracia militante” y protección del Estado democrático, pág. 405 y ss. Para la doctrina del estado de necesidad ver **Georg Meyer** y **Gerhard Anschütz**: “Lehrbuch des Deutschen Staatsrecht”, 7ª ed., Munich, 1919, pág. 676 y ss. En Argentina el maestro **Rafael Bielsa** receptiona esta doctrina en “El Estado de necesidad en el Derecho Constitucional y Administrativo”, R. Depalma edit., Buenos Aires, 2ª edic., 1957. Sostiene **Bielsa** acerca del estado de necesidad que “contra ese peligro” –grave e inminente– reaccione el Estado, como obra el individuo amenazado por un peligro en su persona o en sus bienes...”, pág. 65. En términos críticos el brillante libro de Carlos Sánchez Viamonte: “El Constitucionalismo. Sus Problemas”, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, en especial pp. 291-315 y 477-484, en que nos recuerda que el estado de sitio es un “instrumento de regresión” o “una receta de formulario republicano para confeccionar dictaduras”.

una magistratura extraordinaria, temporal y de excepción, y la segunda funcionarios normales u ordinarios del monarca con poderes de emergencia y sujetos a instrucciones permanentes. También critica la asimilación de estas instituciones en la “dictadura comisaria” de Schmitt, basados en el lejano parentesco de ser instituciones de protección extraordinaria del Estado.⁹

En suma para Friedrich la “dictadura constitucional” se compone de los institutos siguientes: ley marcial, estado de sitio y “poderes constitucionales para una situación de emergencia”, como son los poderes legislativos de emergencia y los poderes ejecutivos de emergencia. Con cierto escepticismo el jurista alemán destaca que las limitaciones constitucionales a la “dictadura constitucional”: nombramiento del dictador según el Derecho de Excepción, determinación de la emergencia por los poderes constituidos y limitación temporal, resultan inadecuadas e incompletas.

Del modo expuesto, la “dictadura constitucional”, que es una contradicción en sus propios términos, es la “prueba final del constitucionalismo” (Friedrich), ya que ante el objetivo legítimo de defensa de la Constitución y del Estado, pueden sucumbir lo que de suyo es una paradoja del constitucionalismo moderno. Con todo, Friedrich rescata del modelo de la dictadura romana: “el dictador constitucional convendría fuera nombrado por un organismo que no controle de hecho; tampoco deberá hallarse en situación de declarar por sí solo la emergencia y ha de atribuirse un límite fijado de tiempo para la concesión de poder. Ahora bien, más allá de todos estos artificios de procedimiento, tiene que haber un pueblo alerta...”¹⁰. En esta misma paradoja insiste Loewenstein, que prefiere hablar de “gobierno de crisis” en que la necesidad (“crisis” o “emergencia”) obliga al Gobierno a tomar fuertemente las riendas del poder en sus manos, lo que “significa la sustitución temporal de la técnica que distribuye el poder entre varios detentadores dotados de mutuos controles por la concentración consciente del poder en manos del detentador gubernamental, así como la suspensión de los normales controles inter órganos de la asamblea frente al ejecutivo durante la duración del periodo de excepción”¹¹. En el “gobierno de crisis”, ante la variopintas causas de “crisis” o “emergencia”, el Estado democrático constitucional enfrenta un difícil problema: su continuidad e integridad mismas; pero abre las puerta a peligros que le son inherentes: la dictadura. Un buen ejemplo citado por Loewenstein es el conocido art. 48 párrafo 2º de la Constitución de Weimar, que formalmente le confería al Presidente del Reich, de hecho al Canciller y su gabinete, un derecho de necesidad para restablecer la seguridad y el orden, que se traduce en corrientes decretos de necesidad (Notverordnung) sucedáneos de la legislación; todo sin control efectivo del Reichstag o tribunales acerca de la decisión del estado de excepción y sin que los poderes queda-

⁹ Friedrich, Carl J.: “Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y práctica en Europa y América” (trad. A. Gil L.) IEP, Madrid, 1975, 2º vol., vol II pág. 585-633.

¹⁰ Friedrich, Carl J.: Ob. cit. pág. 632.

¹¹ Loewenstein, K.: Ob. cit., pág. 285.

sen limitados temporal y materialmente; por lo que ya con el Canciller Brüning los decretos de necesidad son un medio usual de “legislación” hasta la bancarrota de la república parlamentaria con Hitler.¹² Más modernamente se cita como ejemplo el artículo 16 de la Constitución de la V república francesa. A pesar de todo, el “gobierno de crisis”, que por de pronto afecta el desarrollo normal del proceso político y suspende el funcionamiento de controles interórganos a favor del Gobierno y a costa del Parlamento, resulta inevitable.

II. Derecho de Excepción en Constitucionalismo del Siglo XIX y XX.

El profesor Palma destaca un “vacío historiográfico” citando a autores españoles que han abordado esta temática en la teoría constitucional: Fernández Segado, Cruz Villalón, M Ballbé, entre otros¹³. Tal “vacío historiográfico” también está presente en nuestro país, como lo demuestra un breve repaso de la doctrina nacional. También resulta útil citar fragmentariamente nuestras constituciones históricas, que dan temprana cuenta de un raquítico constitucionalismo liberal en materia de Derecho de Excepción.

Hemos sostenido que en el Derecho de Excepción está presente palmariamente el gran tema del Derecho Constitucional conciliar: libertad (derecho) y autoridad (poder); ya que se construye a partir de situaciones de crisis o anormalidad, constitutivas de amenaza grave o peligro inminente para el Estado y sus elementos o condiciones de existencia o simplemente forma estatal (instituciones), y que exigen de medidas extraordinarias, excepcionales y temporales para superar la crisis o anormalidad y restituir la normalidad—normatividad. Por ello, de modo preliminar se han examinado los conceptos de estado de necesidad constitucional y dictadura constitucional.

En este contexto, nuestro constitucionalismo desde temprano recepciona cláusulas de Derecho de Excepción, como se recoge a continuación:

1. *Reglamento constitucional de 1812. Bosquejo de Constitución*

Art. 26, Suspensión del Reglamento “en el caso de importar a la salud de la Patria amenazada, pero jamás la responsabilidad del que las altere sin grave motivo”.

¹² Un texto clásico del régimen de Hitler en Franz Neumann: “Behemoth Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo” (trad. V. Herrero y J. Márquez) F.C.E., México DF, 1ª ed. 1943, 1ª reimp., 1983, en especial págs. 37–53, 79–82. También de Karl Dietrich Bracher: “La dictadura alemana. Génesis, estructura y consecuencias del nacionalsocialismo” (Trad. J.A. Garmendia), Alianza Edit., Madrid, 1973, 2 volúmenes; tomo 1, en especial págs. 228–305, sobre el ascenso de Hitler y la legalización de la dictadura.

¹³ Palma G., Eric Eduardo: “El Derecho de Excepción en el Primer Constitucionalismo Español”, Universidad de Valladolid, 2000.

2. Constitución de 1822

Art. 47, Facultades del Congreso: 3. Declarar la guerra a propuesta del Poder Ejecutivo y otras atribuciones militares.

Art. 106, Poder Ejecutivo como el orden público y seguridad del Estado.

Art. 121, “En un peligro inminente del Estado, que pida providencias muy prontas, el Poder Legislativo podrá concederle facultades extraordinarias por el tiempo que dure la necesidad, sin que por ningún otro motivo haya menor prórroga”.

3. Constitución liberal de 1828

Art. 1º, que afirma el principio–dogma de soberanía nacional.

Art. 46, Atribución del Congreso: Nº.6. Declara la guerra que proponga el Poder Ejecutivo y otras atribuciones militares, en conexión con art. 83 Nº.9º y 10º.

Art. 83 Nº.12, Atribuciones del Poder Ejecutivo: “En caso de ataque exterior o conmoción interior, grave e imprevistos, tomar medidas prontas de seguridad, dando cuenta inmediatamente al Congreso, o en su receso, a la Comisión Permanente de lo ejecutado y sus motivos, estando a su resolución”.

4. Constitución Conservadora de 1833

Art. 36 Nº.6, Atribuciones del Congreso. Autorizar al Presidente para hacer uso de “facultades extraordinarias”, debiendo expresarse facultades y fijar un tiempo determinado a la duración de esta ley. Se utilizó esta vía de excepción en 1836 (Guerra de la Confederación), 1837, 1839, 1852, 1859, 1860; es decir, para hacer frente a situaciones de orden interno, llegando a su uso abusivo en el decenio del presidente Manuel Montt.

5. Reforma 1874

La reforma de 1874 modificó el instituto de “facultades extraordinarias” (Art.36 Nº.6) disponiendo que las leyes excepcionales y de duración transitoria no podía exceder de un año, para suspender o restringir la libertad de reunión, cuando “lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior”.

Art. 59, El Presidente de la república es el “Jefe Supremo de la Nación”.

Art. 8 Nº.18, Atribuciones del Poder Ejecutivo o Presidente de la República. Declarar la guerra, previa aprobación del Congreso.

Nº.20, Declarar en estado de sitio, en caso de ataque exterior, con acuerdo del

Consejo de Estado y por un periodo de tiempo. En caso de conmoción interior, la declaración se hace con acuerdo del Congreso, y de no estar reunido, con el Consejo de Estado por un periodo de tiempo determinado.

El art. 161 estatuyó que se podía "suspender el imperio de la Constitución" en estado de sitio. La reforma de 1874 al art. 36 N°.6 establecía facultades extraordinarias, bajo forma de "leyes especiales" y transitorias (1 año), para restringir libertad personal y libertad de imprenta, y para suspender o restringir el ejercicio de la libertad de reunión cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior". Todo con tribunales ordinarios dotados de escasa independencia e imperio. Más aún, durante largo tiempo estuvo vigente el decreto de Portales, que restringe severamente libertades, en particular la libertad de imprenta.

También la reforma de 1874, enmendó el art.161, suprimiendo la "suspensión" referida, y especifica facultades especiales: arresto y traslado de personas dentro del territorio y temporales¹⁴.

En suma nuestro constitucionalismo "liberal", bajo el imperio de la Constitución de 1833, configura un Derecho de Excepción en el marco de una República autocrática y oligárquica (J. Heise, G. Amunátegui, S. Villalobos, M. Góngora, S. Collier). Góngora en su Ensayo Histórico sobre la noción de Estado, llega a decir: "La letra de la Constitución era democrática, pero la realidad política era autoritaria..." (p. 17)

Las críticas de J.V. Lastarria al Derecho de Excepción en sus "Lecciones de Política Positiva", resultan débiles y oblicuas, pero penetrantes, lo mismo que las críticas de J. Huneeus. También es crítico B. Vicuña Mackenna en su Historia de Chile, V, pág. 734-735.

La Constitución de 1925, no es más "liberal" cualitativamente que su predecesora, lo que explica los juicios críticos en obras de época, como las de C. Bravo M. y N Sharim P., y el libro notable de Elena Caffarena de Jiles y los manuales de uso del propio M. Bernaschina.

Por la vía ejemplar debemos agregar que bajo el imperio de la Constitución de 1833, se decretan "facultades extraordinarias" en favor del Presidente de la República (art. 36, N°7), como ocurre en 1836 con motivo de la guerra con la Confederación Perú-Bolivia, por el tiempo que durase la guerra, excediéndose la ley de

¹⁴ **VV:AA**: "Los estados de excepción en Chile", Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1996. Recoge valiosos aportes de profesores H. Nogueira, José Luis Cea Egaña; Carlos Andrade, etc.. También Fernando Jiménez L.: "El Régimen Jurídico del Estado de Emergencia. Estudio histórico-Constitucional", Revista de Derecho Público N°59, U de Chile, 1996, pág. 151-167. Una visión crítica de Anteproyecto de Constitución de 1980 de Mario Verdugo: "Consideraciones sobre los regímenes de emergencia en el Anteproyecto de Nueva Constitución", X Jornadas de Derecho Público, Edeval, Valparaíso, 1980, pág. 29-43.

9 noviembre de 1836 la norma constitucional, al no fijar plazo y medidas a adoptar, y a su amparo se dictan 71 decretos con fuerza de ley. También leyes de 14 de noviembre de 1851, 15 de septiembre de 1852, 20 de enero de 1859, 1º de octubre de 1859 y 23 de octubre de 1860 confieren nuevas facultades, para arrestar o trasladar personas, aumento del Ejército, inversión de fondos públicos y remoción de empleados públicos. El abuso de las facultades extraordinarias motivó la reforma constitucional de 1874 que termina con la racionalización de este instituto del Derecho de Excepción, reforma que también se extiende al estado de sitio (art. 161). Sólo cabe agregar que el estado de asamblea es establecido por la Ordenanza General del Ejército en 1839; y concederá amplias atribuciones al Comandante en jefe en campaña y sus bandos son obligatorios, lo que dio origen a un informe crítico de la Corte Suprema de fecha 30 de abril de 1872, por lo que la reforma de 1874 instituyó este nuevo estado de excepción (art. 82 N°7).

Bajo la Constitución de 1925, los institutos de excepción, sin solución de continuidad, son: estado de asamblea (art. 72, N°17 a), leyes excepcionales (art. 44, N°12), estado de sitio (art. 72, N°17) y zona de emergencia (art. 23 de Ley N°7.200 y su reglamento D.F. L. N°34/2.245), a lo que cabe añadir una frondosa legislación ligada a estos institutos, en que sobresale la Ley de Sismos y Catástrofes, y una legislación penal de protección penal extraordinaria del Estado (Ley N°12.927 que sustituye a la ominosa Ley de Defensa de la Democracia).

El Derecho de Excepción bajo el imperio de la Constitución de 1925, comprende un amplio abanico de hipótesis de anormalidad: guerra extranjera, ataque exterior, peligro o invasiones, conmoción interior, necesidad imperiosa de defensa del Estado, conservación del régimen constitucional, conservación de la paz interior, actos de sabotaje contra la seguridad nacional, actos de sabotaje contra la producción nacional y calamidad pública; por lo que los institutos de excepción resultan amplísimos en sus alcances y puerta abierta a los excesos, como lo demuestra la aludida crítica de época¹⁵.

La Constitución de 1980 sistematiza los estados de excepción (art. 39 a 41) y confiere coherencia al Derecho de Excepción (Ley N°18.415), recibiendo un refuerzo garantista mínimo en la reforma constitucional de 1989, aunque el “Derecho de Excepción” bajo nuestra dictadura (1973–1990) en rigor no es tal, sino una legislación ad hoc y de “transición” para hacer frente a las exigencias del autoritarismo y sus medios de dominación política. Las hipótesis de anormalidad de la Constitución: guerra externa e interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, quedan sin definir (conceptos jurídicamente indeterminados), pero se introducen resguardos a la “suspensión” y “restricción” de derechos fundamentales, impuestas por las medidas extraordinarias que la autoridad puede decretar.

¹⁵ Caffarena de Jiles, Elena: “El Recurso de Amparo frente a los regímenes de emergencia” s.e., Stgo, 1957.

En líneas gruesas, los estados de excepción, se ajustan a los caracteres de un Derecho de Excepción en un Estado de Derecho, a saber: poderes extraordinarios, excepcionales y temporales, ejercidos por autoridades o poderes constituidos con pleno imperio de los controles políticos sobre la decisión del estado de excepción y sus medidas concretas.

Los aspectos que merecen crítica de la recepción constitucional de los estados de excepción, son: la ingerencia del Consejo de Seguridad Nacional en la decisión acerca de los estados de asamblea, emergencia y catástrofe (y en la declaración provisional del estado de sitio); la limitación sustantiva (a la potestad conservadora y cautelar) impuesta al control judicial de medidas que la autoridad decreta bajo estados de excepción (art. 41 N°3° C.P.R.) y la sobriedad o pobreza de principios garantistas recogidos ampliamente en el Derecho Internacional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de San José de Costa Rica, más la Declaración de Siracusa de Consejo Económico y Social de ONU): principio de proclamación pública (artículo 4.1. del Pacto ONU), principio de notificación (art. 4° párrafo 3° Pacto ONU y artículo 27 Pacto San José), principio de situación excepcional (art. 4° párrafo 1 del Pacto ONU y art. 27 párrafo 1 del Pacto de San José), principio de proporcionalidad (art. 27.1 Pacto San José), principio de no discriminación (art. 4° párrafo 1 del Pacto ONU y art. 27 párrafo 1 del Pacto de San José) y principio o cláusula de inderogabilidad o intangibilidad de derechos (art. 4° párrafo 2 del Pacto ONU y art. 27.2 Pacto San José).

Finalmente, resta agregar que en el Derecho de Excepción deben incluirse dos institutos: la delegación de potestad legislativa (art. 61 C.P.R.), utilizada profusamente bajo el imperio de la Constitución de 1925 e incorporada a dicha Carta por la gran reforma de 1970, y el decreto de emergencia económica (art. 32 N° 22 C.P.R.), institutos adecuadamente racionalizados en la Constitución vigente y de infrecuente uso como sucedáneos de excepción de la potestad legislativa.

III. Constitución de 1980 (Art. 39–41). Necesidad de una Reforma

La reforma constitucional en actual tercer trámite en el Senado, una vez aprobados los informes de la Cámara de Diputados en segundo trámite, aborda la reforma completa del epígrafe sobre estados de excepción del capítulo IV de la Constitución, adecuando en gran parte este Derecho de Excepción a los resguardos garantistas contemporáneos recogidos en los tratados internacionales de derechos humanos citados y, además, enmienda el déficit garantista de la Constitución de 1980, no corregido completamente en la reforma constitucional de 1989 y re-equilibra la relación Gobierno–Congreso Nacional.

El proyecto de reforma constitucional en esta materia tiene su origen en una indica-

ción formulada por el Presidente de la República, y que se funda en caros principios de Derecho Internacional acerca de estados de excepción, a saber: a) legalidad; b) proclamación; c) notificación; d) temporalidad; e) amenaza; f) proporcionalidad; g) no discriminación; h) compatibilidad, concordancia y complementariedad. El principio de legalidad exige preexistencia de normas que regulen el estado de excepción y operación de mecanismos de control internos e internacionales. El principio de proclamación exige que la entrada en vigor del estado de excepción sea precedida de una declaración oficial, que asegure la publicidad de la actuación estatal. El principio de notificación exige poner en conocimiento de la comunidad internacional la adopción de estados de excepción. El mentado principio de temporalidad apunta a señalar la necesaria limitación en el tiempo de los estados de excepción y evitar su indebida prolongación, por lo que queda ligada a la emergencia o crisis misma. El principio de amenaza excepcional define la naturaleza de peligro, por la vía de identificar las hipótesis fácticas conformadoras de "circunstancias excepcionales". El ubicuo principio de proporcionalidad apunta a la necesaria adecuación y racionalidad que debe existir entre las medidas que se adopten y la gravedad de la crisis. El principio de no discriminación (inderogable) exige que las medidas que se adopten en estados de excepción no entrañen discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Por último, el principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del Derecho Internacional tiende a armonizar las obligaciones de los estados, para una aplicación concordante y complementaria de normas de protección de derechos humanos, todo en congruencia con un principio favor libertatis en que la justificación del derecho de excepción es la defensa del "orden democrático" y del Estado de Derecho.¹⁶

A continuación es menester reproducir el texto preparado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, y aprobado en segundo trámite de la reforma constitucional, y sometido en tercer trámite al Senado, a saber:

Artículo 1º, N° 22.— Substitúyense los artículos 39, 40 y 41 por los siguientes:

"Artículo 39.— El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado.

¹⁶ Consultar **Leandro Despouy**: "Los derechos humanos y los estados de excepción", UNAM, México D.F., 1999, en especial pp. 25-45; También **Claudio Grossman**: "Situaciones de Emergencia en el Hemisferio Occidental. Propuestas para Fortalecer la Protección de Derechos Humanos". En libro colectivo: "Derecho Constitucional Comparado" México-EE.UU", UNAM, México, 1990, Vol I, pág. 175-186. A propósito de los excesos en el continente con los estados de excepción **Grossman** anota: "Los presidentes han surgido como los actores más importantes en situaciones de emergencia", (...) "Las delegaciones de autoridad han propiciado abusos, ya que en numerosas oportunidades han conducido a declaraciones de emergencia infundadas" (179/180). Con golpes o revoluciones se producen "violaciones masivas y sistemáticas" de derechos humanos, aplicación exorbitada de la ley marcial y de la justicia militar, con un Poder Judicial limitado o simplemente anulado.

Artículo 40.– El estado de asamblea en el caso de guerra exterior, y el estado de sitio, en caso de guerra interna o grave conmoción interior, lo declarará el Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional. La declaración deberá determinar las zonas afectadas por el estado de excepción correspondiente.

El Congreso Nacional, dentro del plazo de cinco días contado desde la fecha en que el Presidente de la República someta la declaración de estado de asamblea o de sitio a su consideración, deberá pronunciarse aceptando o rechazando la proposición, sin que pueda introducirle modificaciones. Si el Congreso no se pronunciare dentro de dicho plazo, se entenderá que aprueba la proposición del Presidente.

Sin embargo, el Presidente de la República podrá aplicar el estado de asamblea o de sitio de inmediato mientras el Congreso se pronuncia sobre la declaración, pero en este último estado sólo podrá restringir el ejercicio del derecho de reunión. Las medidas que adopte el Presidente de la República en tanto no se reúna el Congreso Nacional, podrán ser objeto de revisión por los tribunales de justicia, sin que sea aplicable, entre tanto, lo dispuesto en el artículo 41 D.

La declaración de estado de sitio sólo podrá hacerse por un plazo de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República solicite su prórroga. El estado de asamblea mantendrá su vigencia por el tiempo que se extienda la situación de guerra exterior, salvo que el Presidente de la República disponga su suspensión con anterioridad.

Artículo 41.– El estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, lo declarará el Presidente de la República determinando la zona afectada por la misma.

El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe. El Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieren cesado en forma absoluta. Con todo, el Presidente de la República sólo podrá declarar el estado de catástrofe por un periodo superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40.

Declarado el estado de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.

Artículo 41 A.– El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, lo declarará el Presidente de la República, determinando las zonas afectadas por dichas circunstancias. El estado de emergencia no podrá extenderse por más de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda prorrogarlo por igual período. Sin embargo, para sucesivas prórrogas, el Presidente requerirá siempre del acuerdo del Con-

greso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40.

Declarado el estado de emergencia, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.

El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de emergencia.

Artículo 41 B.- Por la declaración del estado de asamblea, el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo. Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República podrá restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sea cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión.

Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Por la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión.

Artículo 41 C.- Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que proceda adoptar bajo aquéllos. Dicha ley contemplará lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional y no podrá afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares.

Las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de los mismos.

Artículo 41 D.- Los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, respecto de

las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda.

Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño.”.

A título de comentario general, una vez reproducidas las normas aprobadas recientemente en los trámites de la reforma y en el marco de principios garantistas de Derecho Internacional que la inspiran, cabe recoger algunas observaciones acerca del texto, a saber:

- 1) El nuevo inciso segundo del artículo 39 exige que las hipótesis fácticas o situaciones de excepción, que autorizan declarar estado de excepción deben afectar “gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”; con lo cual el peligro inminente al Estado queda calificado (principio de amenaza excepcional). Al mismo tiempo la racionalización de los estados de excepción, lleva al constituyente derivado a sustituir la base territorial concerniente a la declaración misma (de todo o parte de territorio nacional) por la expresión “zonas afectadas”.
- 2) En cuanto a los estados de excepción, de asamblea y de sitio, se racionalizan: silencio positivo y reducción de plazo para que el Congreso Nacional se pronuncie acerca de la declaración a cinco días (de diez días); se establece plena justiciabilidad temporal y finalmente se reduce el plazo de duración del estado de sitio por el plazo de quince días y el estado de Asamblea mantendrá su vigencia por el tiempo que se prolongue la situación (principios de legalidad y temporalidad).
- 3) El estado de catástrofe, declarado por el Presidente de la República, exige informar al Congreso Nacional y faculta a éste para que transcurridos 180 días, pueda dejar sin efecto el estado de excepción. Asimismo, la declaración de estado de catástrofe por un periodo superior a un año requiere de acuerdo del Congreso Nacional (principios de temporalidad y proporcionalidad).
- 4) El estado de emergencia lo declara el Presidente de la República por el lapso de quince días, prorrogable, y su extensión requerirá acuerdo del Congreso Nacional. En todo caso el Presidente de la República debe informar acerca de las medidas que adopte al Congreso Nacional (principios de temporalidad y proporcionalidad).

- 5) Se sustrae del estado de asamblea la suspensión o restricción de ciertos derechos fundamentales: libertad de información y de opinión, derecho de sindicación y posibilidad de imponer censura.
- 6) También se sustrae del estado de catástrofe la restricción de derechos fundamentales: libertad de trabajo y libertad de información y de opinión. Con ello se fortalece el control social que la opinión pública ejerce y los medios de comunicación facilitan a través de la información.
- 7) El nuevo artículo 41 C racionaliza los estados de excepción en dos sentidos: circunscribe el dominio del legislador orgánico y fija la orientación de medidas destinadas estrictamente al pronto restablecimiento de la normalidad constitucional (principios garantistas de amenaza excepcional y proporcionalidad), y además, los estados de excepción y sus medidas “no podrán afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares”. Esta racionalización no está exenta de problemas, las que se plantearán con motivo de la ulterior reforma de la Ley N°18.415 orgánica constitucional de estados de excepción.
- 8) Además, el artículo 41 D conserva el distingo entre acto político o de gobierno y actos de la Administración. La declaración de estado de excepción es un típico acto político no justiciable, sin perjuicio de la función cognoscitiva e inspectiva del Congreso Nacional y de control político de la Cámara de Diputados. Sin embargo queda abierta la posibilidad de un control judicial, que no importe calificación de los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción y sin perjuicio de ponderar la calificación que a los estados impone el artículo 39 inciso segundo propuesto. Las medidas particulares que lesionen derechos fundamentales (actos de la Administración) son plenamente justiciables, sean medidas represivas o preventivas.
- 9) Por último, la reforma conserva del texto primitivo del Derecho de Excepción: requisiciones de bienes y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad en estados de Asamblea y de catástrofe, que dan origen a reparación del Estado; y en los estados de catástrofe y de emergencia, declarados que fueren quedan bajo la dependencia del jefe de la defensa nacional que designe el Presidente de la República.

Los aspectos más significativos de la reforma antes citada, redundan en un mayor garantismo y en reequilibrio Gobierno – Congreso Nacional en la decisión política, información y control político, en torno a los estados de excepción. Pero se refleja notoriamente la ausencia de una cláusula de inderogabilidad o intangibilidad de derechos.

La mencionada necesidad de una reforma constitucional al Derecho de Excepción, que en la perspectiva de *Constitutione ferenda* corrija el déficit garantista en el marco del Estado de Derecho de la Constitución vigente y reequilibre la relación Gobierno – Congreso Nacional, que en parte se recoge en el actual proyecto en trámite de término, se justifica plenamente en la consideración básica de que el Derecho de Excepción es la puerta a la "dictadura constitucional", a la razón de Estado. Incluso más, puede ser la puerta abierta a la dictadura, por lo que los resguardos garantistas tienen importancia capital.

IV. Derecho de excepción en el Constitucionalismo

En el contexto del constitucionalismo clásico del siglo XIX el jurista español Pedro Cruz Villalón destaca que el Derecho de Excepción se decanta definitivamente en el segundo ciclo, con posterioridad a las revoluciones de 1848, aunque en el primer ciclo de constitucionalismo surgen las primeras formas de protección extraordinaria del Estado. Incluso más, es posible encontrar los orígenes del Derecho de Excepción en la tutela del orden público en el antiguo régimen en Francia, en que destaca la actividad represiva y preventiva, y en la dimensión policial de esta última tenemos las "lettres de cachet" y demás órdenes reales¹⁷.

En el constitucionalismo moderno el Derecho de Excepción es abordado desde tres caminos: "1) En ausencia de una autorización constitucional expresa, el Gobierno asume los poderes de excepción extraconstitucionales y, eventualmente, buscará posteriormente una confirmación parlamentaria; 2) Disposiciones constitucionales o preceptos legales creados, con anterioridad al estado de excepción, otorgan al Gobierno plenos poderes extraordinarios, y 3) El gobierno de crisis se basa en plenos poderes delegados ad-hoc por el Parlamento en el Gobierno"¹⁸. Los tres caminos configuran el Derecho de Excepción, aunque el camino propio del constitucionalismo actual racionaliza mediante normas iusfundamentales al máximo el Derecho de Excepción, en el contexto de una protección extraordinaria del Estado.

Nos interesa recoger brevemente el abordaje que la teoría constitucional da al Derecho de Excepción que, en cualesquiera de sus conceptos y teorizaciones: estado de necesidad, dictadura constitucional o gobierno de crisis, se sitúa en la apoteosis del Estado de Derecho.

El maestro García Pelayo sostiene que el Estado de Derecho es un Estado "absolutamente normativizado", por lo que su ordenamiento jurídico o normatividad supone normalidad, y frente a la "anormalidad" o caso excepcional crea un Derecho de Excepción, se trata de "prever la excepción y normativizar la misma excep-

¹⁷ Cruz Villalón, Pedro: "El Estado de Sitio y la Constitución", IEP, Madrid, 1980.

¹⁸ Loewenstein, Karl: Ob. cit., pág. 286.

ción”¹⁹ (p. 162–163). El Derecho de Excepción prevé un abanico variopinto de institutos: decretos de necesidad germánicos, poderes extraordinarios, estado de guerra, etc. El binomio normalidad–normatividad, anormalidad–normatividad (H. Heller) es la clave del Derecho de Excepción en un Estado de Derecho, desde los orígenes del Estado liberal.

En el Derecho de Excepción el estado de guerra es el más notable instituto “cuyo objeto es restablecer la paz pública, y con ella, el imperio de la ley, y que se caracteriza por un reforzamiento del Poder Ejecutivo, consistente en atribuir a la autoridad militar competencias hasta entonces pertenecientes a la civil, al tiempo que, mediante la suspensión de ciertos derechos individuales y otras medidas, ensancha el ámbito de tales competencias” (166).

El estado de guerra tiene dos matrices “état de siège” y “martial law”, que guardan correspondencia con tradiciones culturales jurídicas²⁰. En cuanto a la ley marcial como forma de protección extraordinaria del Estado, cabe destacar la “Roit Act” inglesa de 1714 y la “loi martiale” francesa de 21 de octubre de 1789, que tiene una accidentada evolución hasta la monarquía de julio (Cruz Villalón). Por otra parte el estado de sitio tiene su origen en Francia durante el Directorio e instituido por ley de 19 fructidor V (5 de septiembre de 1797), pasando el estado de sitio, de ser una situación real de asedio a una plaza, a convertirse en una “situación jurídico–pública especial” de un determinado territorio (Cruz Villalón). La Constitución de 1848 de la segunda república reconoce explícitamente el estado de sitio y se utiliza ubicuamente en el momento revolucionario de época descrito magistralmente por Marx en sus obras históricas “Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850” y “El dieciocho brumario de Luis Bonaparte”.²¹

El análisis teórico del estado de guerra puede hacerse a partir del distinguo de C. Schmitt entre dictadura soberana y dictadura comisaria. La dictadura comisaria es de poderes constitutivos, excepcional y extraordinaria, con la finalidad de restablecer la normalidad, a diferencia de la dictadura soberana. Sin embargo este enfoque nos sitúa ante una “trampa ideológica” común en la teoría de Schmitt.

Para C. Friedrich, según hemos dicho, la “dictadura constitucional”, que también es un concepto y paradigma teórico de frecuente uso, tiene dos orígenes remotos y equívocos, la dictadura romana y los comisarios extraordinarios del medioevo que asumían la plenitud de la autoridad, nombrados por el monarca, y que subsisten en Francia de Enrique IV bajo la figura de los intendentes (Bodin). La bases constitucionales de la dictadura romana eran cuatro: nombramiento según fórmulas constitucio-

¹⁹ García Pelayo, Manuel: “Derecho Constitucional Comparado”. Alianza Edit. S.A., Madrid, 1984, pags. 162–163. De Hermann. Heller se cita su conocida “Teoría del Estado” (trad. L. Tobío) FCE, 3ª ed., México DF., 1955.

²⁰ Cruz Villalón, Pedro: “El Estado de Sitio y la Constitución”, IEP, Madrid, 1980. El libro citado es probablemente la más completa sistematización escrita en nuestra lengua del estado de sitio en el constitucionalismo europeo del siglo XIX.

²¹ K. Marx–F. Engels: “Obras Escogidas”, 2 vol, Akal editor, Madrid, 1975, tomo I pags. 112–245 y 246–351.

nales precisas, el dictador no podía declarar estado de emergencia, los poderes de excepción eran temporales, y tales poderes se justifican en la conservación del orden legal vigente; todo lo cual se rompe con Mario, Sila y César, y la “dictadura soberana”. Friedrich destaca que las modalidades concretas de protección extraordinaria del Estado: la ley marcial opera preferentemente en los sistemas de common law y el estado de sitio opera en los sistemas de Código Civil o románico-germánicos.

Friedrich distingue poderes legislativos y poderes ejecutivos de emergencia y además limitaciones usuales e inadecuadas, de fuente constitucional, a saber: nombramiento de dictador, determinación de la emergencia, límite de tiempo, objetivo legítimo: defensa del Estado y de la Constitución. ¿Por qué tales límites son inadecuados?, precisamente por la fuerza normativa de la facticidad, por lo que Friedrich explica cómo se produce la transición del modelo de “dictadura constitucional” a “dictadura inconstitucional”.

V. Doctrina de Estado de Necesidad y de la Dictadura Constitucional

Un tópico en la teoría constitucional y teoría política es abordar el Derecho de Excepción a partir de la doctrina del “estado de necesidad”, actualización de la máxima de “salus publica suprema lex” y de la razón de Estado, por lo que tal abordaje exige suma cautela.

Resumo en palabras críticas de Kelsen: “Se habla de un “derecho de legítima defensa” y se argumenta del modo siguiente: El Estado tiene que vivir, y si es imposible que esto sea por la vía jurídica, los órganos superiores del Estado, especialmente el órgano supremo, el monarca, están obligados a hacer cuanto sea preciso para mantener el Estado. Naturalmente esta no es más que un razonamiento político iusnaturalista que, como de ordinario, intenta hacerse pasar por derecho positivo. Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del “estado de necesidad política”²². Además subyace a la doctrina del estado de necesidad constitucional una concepción organicista del Estado, en virtud de la cual el Estado, cual organismo vivo, reacciona para su conservación, lo que confiere una amplia justificación a la “legítima defensa” estatal.

También resulta equívoco el concepto de “dictadura constitucional”, ya que es una contradicción en sus propios términos, una dictadura es un gobierno no constitucional, en dos sentidos para Sartori: “a) infringe el orden constitucional, en el momento en el que se hace con el poder (dictador que podemos llamar *ex defectu tituli*); b) el

²² Kelsen, Hans: “Teoría General del Estado” (Trad. L. Legaz), Editora Nacional S.A., México D.F., 1979, pág. 206.

dictador ejerce un poder no controlado ni frenado por límites constitucionales (el dictador que podemos llamar *quoad exercitio*)²³. Asimismo, antes hemos anotado lo equívocos que resultan los términos de comparación “dictadura constitucional” y dictadura romana o “*commissarii*”, y huelgan comentarios acerca de lo tendenciosa que resulta la distinción de Schmitt entre “dictadura comisaria” y “dictadura soberana”, legitimista de la puerta abierta a la dictadura merced el conocido artículo 48 párrafo 2º de la Constitución de Weimar y coherente con su concepto de política y soberanía. En efecto, si el soberano decide acerca del caso excepcional, es precisamente el Derecho de Excepción la dictadura comisarial. Cabe subrayar que el propio Heller, en las antípodas de Schmitt pero aún atrapado en la fascinación que causa el decisionismo, llega a definir la soberanía como la “cualidad de una unidad territorial de decisión y acción, en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma de manera absoluta, en los casos de necesidad, aun en contra del derecho”. En el enfoque de Schmitt el soberano primero es el Presidente del Reich y después el Canciller, el “señor de la justicia”, todo apoyado en el citado artículo 48 párrafo segundo.

VI. CONCLUSIÓN

El Derecho de Excepción en un Estado de Derecho, debe dar respuesta normativa constitucional y legal orgánica, a las siguientes preguntas que nos sugiere K. D. Bracher²⁴.

1. ¿Quién será competente para declarar la situación de emergencia, o la necesidad de un estado de excepción?

La declaración de estado de excepción debe quedar resumida a un órgano supremo que no fuese revestido de poderes extraordinarios.

2. ¿Cuándo surge el estado de excepción y cómo puede definirse?

Las situaciones de “peligros inminentes” quedan cubiertas por conceptos jurídicos indeterminados, por lo que es imperiosa la prudencia política y el funcionamiento de controles eficientes.

²³ Sartori, G.: Ob. Cit., pág. 75. De Francisco Zúñiga: “De la política a la guerra (Notas sobre la noción de lo político en Schmitt). Revista de Ciencias Sociales N°44 U. de Valparaíso, 1999, pp.47-57. La cita de H. Heller: “La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional” (trad. M. De la Cueva), Unam FCE., México DF., 2ª ed., 1995, pag. 289. El mentado artículo 48 párrafo segundo reza: “El Presidente del Reich puede, cuando la seguridad y el orden público están gravemente perturbados o comprometidos en el Reich, tomar medidas necesarias para su restablecimiento; puede, si ha lugar, recurrir a la fuerza armada. A este fin puede suspender momentáneamente el ejercicio de todo o parte de los derechos fundamentales garantidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153”, en “Las Nuevas Constituciones del Mundo” de Boris Mirkinie Guetzevitch, edit. España, Madrid, 1931, pag. 68.

²⁴ Bracher, K. D.: “Estado de Excepción”, en “Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales” a cargo de E. Shils, Vol 4º, pág. 471-473.

3. ¿Qué significa en realidad el estado de excepción?
 - a) Concentración de funciones y atribuciones y delegación en autoridades civiles y militares.
 - b) Dictadura temporal.
4. ¿Qué controles deben conservarse y cuáles deben introducirse para reducir los peligros inherentes a cualquiera de estas soluciones?
 - a) Control social de opinión pública y de medios de comunicación.
 - b) Control político pleno.
 - c) Control jurídico y judicial con plena justiciabilidad de los actos estatales de excepción.
5. ¿Cómo termina el estado de excepción?
 - a) Hipótesis fáctica tasada y con determinación temporal en lo posible.
 - b) Intervención del Parlamento, para declarar su cesación.

El test propuesto por Bracher precisamente tiene dos ejes: contenido garantista del Derecho de Excepción y equilibrio Gobierno – Congreso Nacional en la decisión acerca de los estados de excepción o recurso a un instituto excepcional. El proyecto de reforma constitucional antes comentado permite contestar completa y adecuadamente el test quedando pendiente la reforma de la Ley N° 18415 orgánica constitucional del rubro.

Por otra parte, en una perspectiva garantista Cruz Villalón sostiene que la protección extraordinaria del Estado mediante el Derecho de Excepción tiene un auténtico sentido: “no como suspensión de la libertad y el derecho tout court –la Constitución, en una palabra–, sino como suspensión de unos determinados derechos y unas determinadas libertades (libertades políticas) en razón de otros determinados derechos y libertades (los derechos civiles) que son siempre la razón de ser del Estado y lo que justifica su defensa tanto ordinaria como extraordinaria”²⁵. En tal sentido estriba la necesidad de someter a legalidad objetiva a la defensa o protección extraordinaria del Estado, y distinguir entre la Constitución que admite y la que no admite la “suspensión”. La racionalización del Derecho de Excepción hace de la dictadura constitucional una dictadura comisaria o parlamentaria y una dictadura legislativa. Tal perspectiva garantista encuadrada en el constitucionalismo liberal, debe necesariamente hoy a la luz del constitucionalismo social comprender el corpus de garantías que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos suma a la Constitución, por lo que la protección extraordinaria del Estado

²⁵ Cruz Villalón, Pedro: Ob. Cit., pág. 443.

debe fundarse en un Derecho de Excepción que reconoce como garantía normativa final la sólida tutela de un plexo de derechos inderogables o intangibles, derechos que por su contenido exceden los tradicionales derechos civiles.

Finalmente, el Derecho de Excepción en un Estado de Derecho es el muro de contención a la “fuerza normativa de lo fáctico”, es una “garantía diacrónica” de la Constitución frente a situaciones de crisis²⁶, con un alcance distinto según la naturaleza de la crisis, desde las “crisis políticamente neutrales” a las “crisis políticas” o de “seguridad del Estado”, en las que estas últimas pueden plantear severos problemas a los presupuestos en que se asienta la Constitución vigente. Por lo que resulta esencial para restablecer la normatividad revestir el Derecho de Excepción de resguardos garantistas para evitar que las medidas se vuelvan contra la Constitución misma, y al mismo tiempo asegurar la eficacia de las medidas para restablecer el orden o la seguridad del Estado. En consecuencia, el Derecho de Excepción es además una “garantía diatópica o estructural”, ya que en cuanto estatuto de la anormalidad cumple una función disuasoria frente a actitudes hostiles a la Constitución.

Por último, no debemos olvidar que el Derecho de Excepción es garantía de la Constitución (diacrónica y diatópica), por lo que integra los institutos de “defensa de la Constitución”, y está ligada a institutos de “defensa del Estado”²⁷, en los que tienen cabida las leyes penales de seguridad; por lo que el Derecho de Excepción debe ser última ratio, cuando la “artillería” del Estado no es suficiente, al menos cuando se trata de “crisis políticas” o de “seguridad”. Incluso más, ante “crisis políticamente neutrales” como sismos o calamidades públicas, tenemos como instituto de frecuente uso la Ley de sismos y catástrofes, por lo que el estado de excepción de catástrofe también es última ratio.

Además, en la perspectiva político institucional del régimen político presidencialista el refuerzo del Estado democrático y republicano, exige un reequilibrio de Gobierno–Congreso Nacional, en la decisión acerca de los estados de excepción y con ello en la ponderación de la hipótesis fáctica o situación de excepción y su duración temporal, en la información acerca de las medidas o actos de la autoridad de excepción, y en la plenitud del control político que la Cámara de Diputados está llamada a ejercer. Finalmente, a pesar del distinguido acto político y acto de la Administración, el control judicial pleno a través del proceso de amparo (potestad conservadora) de los actos o medidas decretadas bajo estado de excepción perfecciona el Estado de Derecho. Por todo ello, la reforma constitucional que comentamos está concebida en clave garantista y de reequilibrio Gobierno – Congreso Nacional, con miras a restablecer un Derecho de Excepción en las coordenadas del Estado democrático republicano y el Estado de Derecho.

²⁶ Cruz Villalón, Pedro: “Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías”. Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1984, pág. 17–19.

²⁷ Stern, Klaus: “Derecho del Estado de la República Federal Alemana” (trad. J. Pérez Royo y P. Cruz V.). Edit. CEC, Madrid, 1987, pág. 366 y ss.

