

El estado de excepción: la tensión entre la política y el derecho

GRETTY DEL CARMEN PAVLOVICH JIMÉNEZ

Abogada, Magíster en Derecho, Decana de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma Del Caribe.

Recibido: Abril 2008
Aceptado Junio 2008

RESUMEN

La institución del Estado de Excepción ha sido abordada a partir de la teoría del Estado, pero su tratamiento no se puede escindir del Derecho, sobre todo cuando se plantean sus límites. Bien sea porque los mismos se hagan explícitos en el orden constitucional del Estado o se contemplan, específicamente, en el respeto y la protección de los Derechos Humanos. El estado de excepción (o de anormalidad) se estudiará a partir de situaciones problemáticas manifestadas cuando, por ejemplo, se inquiera si el estado de excepción está dentro o fuera del derecho; cuando se cuestiona sobre sus límites y se circunscriben a los existentes entre derecho y política, derecho y guerra, democracia y autoritarismo, derecho-política y vida-ser viviente; cuando se indaga sobre sus relaciones con la guerra civil, la insurrección, la resistencia y el terrorismo; cuando se precisa de claridad semántica frente a términos con los cuales se le asocia como estado de sitio (en Francia), ley marcial y poderes de emergencia en Inglaterra y Estados Unidos y estado de necesidad (en Alemania), o cuando se relaciona con lagunas presentes en el derecho y la noción de fuerza de ley, y finalmente, cuando se averigua su origen y fundamentación.

Palabras clave: Estado de Excepción, teoría del Estado, dictadura comisarial, cultura de la emergencia, paradigma de gobierno.

ABSTRACT

The institution of the state of emergency has been addressed from the theory of the state, but the treatment can not split the law, especially when facing its limits. Either because these are made explicit in the constitutional order of the State or are contemplated, specifically, respect and protection of Human Rights. The state of emergency (or abnormality) will be studied from problem situation expressed when, for example, asks whether a state of emergency is in or outside the law, when questioned about their limits and are limited to those between right and politics, law and war, democracy and authoritarianism, and political rights and living life, when inquiring about their relationships with civil war, insurrection, resistance and terrorism when it clearly needs to terms with semantic versus which is associated as a state of siege (in France), martial law and emergency powers in England and America and necessity (in Germany), or when linked to deficiency in the law and the notion of force law, and finally when you find out its origin and foundation.

Key words: State of emergency, state theory, curatorial dictatorship.

En el desarrollo de este tema resulta particularmente iluminador el texto de Giorgio Agamben, intitulado Estado de Excepción. Homo sacer II, 1, publicado en octubre de 2004 por la editorial Pre-textos de Valencia – España, en el cual su autor realiza un valioso esfuerzo intelectual por construir una teoría del estado de excepción que de cuenta de cómo este fenómeno, situado entre el límite del derecho y la política, del derecho y la guerra, de la política y la vida, ha ido convirtiéndose en un paradigma de gobierno incluso para los regímenes democráticos, amenazando seriamente su existencia al hacer cada vez más difusa la frontera entre democracia y autoritarismo. Sin embargo, un estudio que pretenda con cierta rigurosidad académica tratar el estado de excepción apunta ineludiblemente al pensamiento de Carl Schmitt, quien fue uno de los primeros teóricos del Estado y del Derecho que abordó el estudio del estado de excepción en la perspectiva de demostrar su inserción en el ordenamiento jurídico, exponiendo sus elementos esenciales en la obra *La dictadura y relacionándolo con la idea de soberanía* en una obra posterior intitulada *La teología política*, ambas publicadas en los años veintes.

De manera tal que, nos proponemos, en el tratamiento del estado de excepción (o de anormalidad), poner a dialogar el pensamiento de un filósofo del derecho contemporáneo, como es el caso de Agamben, con el de un teórico del Estado y del derecho que bien podríamos calificar de clásico, como es el caso de Schmitt, para precisar la significación y alcances de este fenómeno en la construcción de un marco teórico-conceptual que ponga de manifiesto la significación y alcances de esta institución a la que tantas veces se ha apelado en la historia del Estado colombiano para entronizar prácticas de gobierno que socavan la estabilidad del sistema democrático.

Ahora bien, el estado de excepción (o de anormalidad) se estudiará a partir de situaciones problemáticas que se plantean cuando, por ejemplo, se inquiere si el estado de excepción está dentro o fuera del derecho (cuestión topográfica); cuando se cuestiona sobre sus límites y se circunscriben a los existentes entre derecho y política, derecho y guerra, democracia y autoritarismo, derecho-política y vida-ser viviente (cuestión de límites); cuando se indaga sobre sus relaciones con la guerra civil, la insurrección, la resistencia y el terrorismo; cuando se precisa de claridad semántica frente a términos con los cuales se le asocia como estado de sitio (en Francia), ley marcial- martial law - y poderes de emergencia

(emergency powers) en Inglaterra y Estados Unidos y estado de necesidad (notstand) (en Alemania), o cuando se relaciona con las lagunas presentes en el derecho y la noción de fuerza de ley, esta última atinente a la confusión que induce el estado de excepción entre actos del legislativo y actos del ejecutivo y, finalmente, cuando se averigua sobre su origen y fundamentación. En consecuencia, la noción de estado de excepción es en sí misma problemática y trasciende la visión reduccionista e ingenua de ser una mera cuestión fáctica en la que poco o nada cuenta su dogmática.

2.2. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

2.2.1 EL ESTADO DE EXCEPCIÓN: ¿UNA CUESTIÓN TOPOGRÁFICA (DENTRO/FUERA DEL DERECHO)?

En torno al concepto del estado de excepción las diversas tradiciones jurídicas se encauzan en dos corrientes doctrinarias: la primera que trata de incluir al estado de excepción en el ordenamiento jurídico, y, la segunda que lo concibe por fuera del ámbito del derecho, es decir, como un fenómeno esencialmente político, o, en cualquier caso, extrajurídico. En la sustentación de la primera corriente doctrinaria autores como Santi Romano, Hauriou o Mortati acuden a la necesidad como elemento fundante del estado de excepción al actuar ésta como fuente autónoma del derecho. En la misma línea discursiva Hoerni, Ranalletti o Rossiter, consideran que el estado de excepción es un derecho subjetivo (natural o constitucional) del Estado a la propia conservación. En la sustentación de la segunda corriente doctrinaria autores como Biscaretti, Balladore-Palleieri y Carré de Malberg manifiestan que el estado de excepción y la necesidad que le sirve de fundamento son elementos de hecho sustancialmente extrajurídicos, sin excluir que puedan tener consecuencias en la esfera de lo jurídico¹.

Sin embargo, el enfoque topográfico a que remiten las corrientes indicadas resulta insuficiente para conceptualizar el estado de excepción porque en su argumentación no responden, de manera satisfactoria, a inquietudes que se derivan de cada una de las mismas. Así, siendo el estado de excepción una suspensión parcial o total del ordenamiento jurídico, ¿Cómo puede articularse tal suspensión al orden jurídico?, ¿Cómo puede esta anomia inscribirse en el orden legal? En el otro cauce, si el estado de excepción es un hecho o fenómeno político externo al ordenamiento jurídico, ¿Cómo puede el derecho

¹ AGAMBEN, Giorgio, Estado de excepción. Homo sacer II, 1, Pre-Textos, Valencia, 2004, p., 38.

regularlo?, ¿Cómo es posible que el ordenamiento jurídico contenga una laguna precisamente en lo atinente a la situación que lo determina? ¿Cuál es el sentido de esta laguna?

La cuestión topográfica se vuelve más problemática y compleja cuando se invoca la teoría de Schmitt ya que si bien participa de los elementos constitutivos de la segunda corriente doctrinaria, la desborda, por un lado, al plantear el criterio definitorio del caso de excepción extrema en la decisión del soberano – acudiendo a unos argumentos que se han juzgado de paradójicos - “(...) Éste decide si existe el caso de excepción extrema y también lo que ha de hacerse para remediarlo. Se ubica fuera del orden jurídico normal y con todo forma parte de él, porque le corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse in toto”², y, por el otro lado, al reflexionar sobre la existencia de límites al mismo ordenamiento jurídico frente al caso excepcional, ya que sostiene que las condiciones y el contenido de la competencia frente al mismo son necesariamente ilimitados:“(…)No es posible delimitar con claridad tipificable cuándo existe un caso excepcional ni es posible puntualizar lo que debe suceder cuando éste se da, si realmente se trata de un caso de excepción extrema y de su eliminación. Tanto las condiciones como el contenido de la competencia son necesariamente ilimitados. Por lo tanto, en el sentido jurídico estatal no existe ninguna competencia. La constitución a lo sumo puede indicar quien tiene permitido actuar en tal caso”³. No obstante, el mérito de la teoría de Schmitt radica, precisamente, en un esfuerzo por posibilitar la articulación del estado de excepción al ordenamiento jurídico, rechazando de plano cualquier asimilación con la anarquía o el caos. Sostiene que aún siendo el estado de excepción la manifestación de la anormalidad extrema al interior del Estado, que conduce a la suspensión del derecho, en él existe un orden aunque el mismo no tenga carácter jurídico. Es en este sentido que debe entenderse su afirmación aporética “(...) subsiste un orden en el sentido jurídico, si bien no se trata de un orden jurídico”⁴. En el telos de esta teoría subyace una compleja argumentación, elaborada a partir de la figura de la dictadura que incorpora el estado de sitio como estado de excepción, pero referido a la suspensión del derecho en concreto, para luego centrar la atención en la diferenciación entre la dic-

tadura comisarial y la dictadura soberana, marco dentro del cual el Estado disminuye o amplifica la tensión con el ordenamiento jurídico, pero siempre en vinculación con él. En la dictadura comisarial se produce una suspensión concreta de la constitución en su aplicación para conservar su existencia, acudiendo al dispositivo de la distinción entre normas del derecho y normas de realización del derecho para posibilitar la inserción del estado de excepción en el ordenamiento jurídico⁵. En la dictadura soberana, por el contrario, se inaplica la constitución vigente para crear un estado de cosas que haga posible la imposición de una nueva constitución, siendo el dispositivo utilizado la distinción entre poder constituyente y poder constituido⁶. En La teología política Schmitt parece abandonar la figura del dictador-comisario, en el que la normalidad es la regla y la anormalidad, la excepción, para proponer un nuevo enfoque en el cual la soberanía, por cuenta de su íntima relación con el estado de excepción se convierte en expresión de la anormalidad: Soberano es quien decide el estado de excepción ...su definición no puede basarse en el caso normal sino en el caso límite”. Así las cosas, la excepción lejos de ser un evento esporádico, deviene como la expresión pura y ordinaria de lo político y su inserción en el ámbito del derecho tiene lugar a partir de la distinción entre la norma y la decisión. Sobre este punto volveremos más adelante cuando nos detengamos en el estudio de la decisión que se impone (o destruye) a la norma frente al caso extremo.

De conformidad con lo anterior, en la doctrina Sch-

5 La oposición entre la norma y su aplicación concreta sirve a Schmitt para construir el artificio según el cual la norma puede ser suspendida, sin que ello signifique la pérdida de su vigor. La inaplicación de la norma deriva de la valoración de las circunstancias concretas por parte del comisario-dictador, quien sólo puede ejercer sus funciones por un tiempo determinado, de acuerdo con los lineamientos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico, y con el único propósito de restaurar el *status quo* controvertido por los hechos anormales. La oposición en comento con la cual señala Schmitt la existencia de fisuras en el cuerpo del derecho, son en realidad una formulación sutil porque entre la norma y su aplicación siempre se registran correspondencias y oposiciones, que, a su vez, aluden al problema de la eficacia de la norma jurídica.

6 En la expresión de ese poder constituyente, el soberano-dictador goza de poderes irrestrictos o ilimitados para confrontar los hechos anómalos, sin que para ello deba restablecer el estado de cosas a su situación previa., ya que él puede, incluso, constituir un nuevo orden.

2 SCHMITT, Carl. “Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía”, texto seleccionado por Orestes Aguilar Héctor en su libro “Carl Schmitt, teólogo de la política” publicado por el Fondo de Cultura Económica de México, primera edición, 2001, p., 24.

3 Ibidem, págs, 23-24.

4 Ibidem, p. 27.

mittiana el estado de excepción puede ser definido “como el lugar en que la oposición entre la norma y su aplicación alcanza su máxima intensidad. Es un campo de tensiones jurídicas, en el que un mínimo de vigencia formal coincide con un máximo de aplicación real y viceversa. Pero también en esta zona extrema, e incluso precisamente en virtud de ella, los dos elementos del derecho muestran su íntima cohesión”⁷.

Por otra parte, la inserción del estado de excepción en el ámbito de lo jurídico, señala Agamben, ha dado lugar a un concepto biopolítico del mismo, en el que se pone de manifiesto cómo se relacionan el derecho y la vida bajo el estado de excepción. Así, este fenómeno se define como la “estructura original en que el derecho incluye en sí al viviente con el derecho y, al mismo tiempo, le abandona a él”⁸, de manera que la teoría del estado de excepción se convierte entonces en una condición preliminar para definir la relación que liga al viviente con el derecho y, al mismo tiempo, le abandona a él. Este concepto del estado de excepción se hace evidente, afirma Agamben, en la military orden promulgada por el Gobierno Bush el 13 de noviembre de 2001-en consonancia con el Usa Patriot Act del 26 de octubre de 2001- y en la cual se autoriza la detención indefinida y el procesamiento por una comisión militar de los no-ciudadanos sospechosos de estar implicados en actividades terroristas. La condición de tales detenidos y su status de no-ciudadanos, queda suspendida en el limbo, inmersa en un agujero negro que, sustrae, a quienes han sido objeto de la medida, de la ley y del control judicial. Sin embargo, esta articulación que el estado de excepción plantea entre el derecho y la vida es una ficción, porque, de lo contrario, el derecho quedaría irreductiblemente atrapado en la misión de conferirle forma legal a hechos que se explican en el plano de lo político y atentan contra la vida misma, más allá de cualquier consideración moral o ética. El derecho y la vida aunque correlacionados son categorías con entidad propia y distinta. Esta apreciación tiene connotaciones significativas en el concepto de la política, toda vez que “mostrar el derecho en su no-relación con la vida y la vida en su no-relación con el derecho significa abrir entre el uno y la otra un espacio para esa acción humana, que un tiempo reclamaba para sí el nombre de “política”. La política ha sufrido un eclipse duradero porque ha sido contaminada por el derecho, y se ha concebido a sí misma, en el mejor de los casos, como poder constituyente (violencia que establece el derecho), cuando en realidad no se reduce simplemente

7 AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción. Homo sacer II, 1, Pre-textos, Valencia, 2004, p., 57.

8 Ibídem, p., 12.

a poder negociar con el derecho ... política es solo la acción que corta el nexo entre violencia y derecho ... la praxis humana que las potencias del derecho y del mito habían tratado de capturar en el estado de excepción”⁹. El punto aquí tratado suministra elementos de reflexión y análisis que pueden ser tenidos en cuenta en el tema que desarrollaremos seguidamente, bajo la denominación “El estado de excepción: ¿una cuestión de límites?”

La insuficiencia de la oposición topográfica (dentro/fuera del derecho) para definir el estado de excepción, conduce a Agamben a dar una aproximación conceptual creativa e inquietante que ofrece la posibilidad de una tercera corriente doctrinaria (o, valga decir, intermedia entre las dos corrientes doctrinarias ya identificadas) y en la cual destaca la importancia de establecer el locus que le corresponde: “...el estado de excepción no es ni exterior ni interior al ordenamiento jurídico y el problema de su definición se refiere propiamente a un umbral, o zona de indiferencia, en que dentro y fuera no se excluyen, sino que se indeterminan. La suspensión de la norma no significa su abolición y la zona de anomia que instaura no está (o por lo menos pretende no estar) exenta de relación con el orden jurídico”.

2.2.2 EL ESTADO DE EXCEPCIÓN: ¿UNA CUESTIÓN DE LÍMITES?

Este referente indica que los límites hasta donde puede llegar el estado de excepción, le sitúan en las fronteras entre la política y el derecho, el derecho y la guerra, la democracia y el autoritarismo (absolutismo), el derecho y la vida. Es más, el estado de excepción es en sí mismo un concepto límite.

EN LA FRONTERA ENTRE POLÍTICA Y DERECHO. La consideración del estado de excepción como un hecho esencialmente político vinculado al ordenamiento jurídico, sugiere una relación entre la política y el derecho. Esta relación muestra señales de incongruencia ya que, por una parte, la declaratoria del estado de excepción generalmente obedece a momentos de crisis política y se trata en el ámbito de lo político-constitucional, pero, por otro lado, termina siendo objeto de procedimientos jurídicos que no pueden entenderse en el ámbito de jurídico. En consecuencia, el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal (por ser político). En Schmitt la relación entre derecho y política se plantea inmersa en serias tensiones y emergen con singular claridad cuando sostiene que frente al estado de excepción se requiere la suspensión del orden vigente en su totalidad,

9 Ibídem, pp., 128 y 129.

sin que ello constituya una invitación a la anarquía o al caos porque subsiste un sentido de orden jurídico, aunque no se trate de un orden jurídico como tal¹⁰. Siguiendo esta reflexión se aprecia que el estado de excepción en este contexto tiene profundas repercusiones en “el concepto de lo político”¹¹. El estado de excepción pareciera ser particularmente proclive a acoger la tesis implícita en la definición schmittiana de que lo político consiste en afirmar que no existe un principio u orden universal capaz de eliminar el conflicto y que ello tiene como consecuencia que ningún espacio de la sociedad pueda escapar de la relación amigo-enemigo: “(...) Pues bien, la distinción política específica, aquella a la que pueden conducir todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo”¹². La política así concebida remite a la idea de conflicto antes que a la de consenso. A ese concepto de lo político, se oponen, entre otros autores, Hannah Arendt para quien en la base de las comunidades políticas existe un consenso, sin desconocer que la violencia ha acompañado a la vida política a lo largo de la historia. La política en ella puede ser entendida como una actividad de relación que opera en la esfera pública entre los hombres reconocidos como plurales, iguales y libres para actuar en sociedad: “(...) La más importante de estas ideas, que también para nosotros permanece todavía irrecusable al concepto de la política en general, y que por eso ha sobrevivido a todos los virajes de la historia y a todas las transformaciones teóricas, es sin duda la idea de la libertad (...) Puesto que allí donde los hombres actúan conjuntamente se genera poder y puesto que el actuar conjuntamente sucede en el espacio político el poder potencial inherente a todos los asuntos humanos se ha traducido en un espacio dominado por la violencia”¹³. Este sentido, se

10 SCHMITT, Carl. “Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía”, texto seleccionado por Orestes Aguilar Héctor en su libro Carl Schmitt, teólogo de la política. Fondo de Cultura Económica de México, primera edición, 2001, p., 27.

11 Con estos términos Carl Schmitt denominó su obra de 1932, en la que lo político se centra en la distinción específica de amigo y enemigo. La relación amigo-enemigo es la más intensa y extrema oposición o antagonismo que puede expresar el concepto de lo político.

12 “Enemigo no es cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado al que se detesta por cuestión de sentimientos o antipatía. Enemigo es solo un conjunto que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone *combativamente* a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo público (...) Enemigo es en suma *hostis*, no *inimicus* en sentido amplio. SCHMITT, Carl. El concepto de lo político, Alianza, Madrid, 1998, pp., 58 - 59.

13 ARENDT, Hannah. ¿Qué es la política?,

ha afirmado que “(...) Según su argumentación la violencia se ha extendido por la esfera pública debido a que se ha visto como el recurso necesario para suprimir la pluralidad y, con ella, la contingencia, ya sea en un orden establecido o en un orden que ha de ser creado (...) le interesa demostrar que la condición “originaria” de la política no es la violencia, sino la pluralidad y la libertad¹⁴.

A manera de conclusión, afirma Agamben, “el estado de excepción es una tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político”¹⁵. Esta apreciación nos remite a la idea de “terra nullius” de los romanos, consistente en aquella franja de tierra que carecía de dueño y que se constituyó en un componente para configuración de la soberanía territorial cuando iba acompañada, por ejemplo, en la ocupación del “ánimus domini”. Ilustrativa alusión a la figura del jus Gentium de los romanos para significar que el estado de excepción remite a una zona de indefinición ubicada entre el derecho y la política. Sin embargo, me atrevería a hacer una precisión a este respecto, en el sentido de que en el estado de excepción, esa tierra que Agamben califica de “nadie”, se pone de manifiesto la emergencia de un poder ejecutivo que despliega todo un abanico de competencias legislativas y políticas que le imprimen a su accionar el ánimo de señor y dueño.

EN LA FRONTERA ENTRE EL DERECHO Y LA GUERRA Y OTROS CASOS EXTREMOS (TERRORISMO). El estado de excepción se relaciona con situaciones extremas que amenazan con vulnerar o vulneran la seguridad y el orden públicos. No sin razón se sostiene que a las dificultades ya señaladas para definir el estado de excepción, se suma la vinculación estrecha que éste tiene con la guerra civil, la resistencia y la insurrección¹⁶, adicionalmente, con el terrorismo¹⁷. ¿Cuál caso de extrema excep- Paidós, Barcelona, 2001, pp., 71 y 94.

14 SERRANO GÓMEZ, Enrique. Consenso y conflicto Schmitt y Arendt. La definición de lo político”. Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2002, p.104.

15 AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción. Homo sacer II, 1, Pre-textos, Valencia, 2004, p., 10.

16 Ibídem, p., 10.

17 A raíz del atentado a las Torres gemelas y al Pentágono de los Estados Unidos, el 11 de septiembre de 2001, se generó una lucha global contra el terrorismo dando lugar a la emergencia de un derecho consuetudinario instantáneo, desarrollado a partir de prácticas o usos internacionales, de los Estados básicamente, contra el “terrorismo internacional de masa”, que tienen como referente la Convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, que entró en vigor el 23 de mayo de 2001, y la Convención

ción puede ser mayor que la guerra¹⁸? La respuesta en Schmitt no deja lugar a duda, afirmando que la guerra es la realización extrema de la enemistad¹⁹ y que cuando se asume como “la guerra última de la humanidad” es particularmente cruel y despiadada con el enemigo, frente al cual no cabe acción distinta a su aniquilamiento o eliminación²⁰. Por consiguiente, la guerra solo puede predicarse de la distinción amigo-enemigo que define lo político en Schmitt y, como tal, se concibe en estrecha correspondencia con la política. En el estado de excepción como la guerra- prevalecen las motivaciones de la acción política antes que los imperativos del derecho, aunque se mantiene una vinculación al ámbito jurídico.

En Agamben las relaciones que el estado de excepción mantiene con la guerra civil, la resistencia y la insurrección, representa un aspecto problemático en la definición de este fenómeno. En lo atinente a su relación con la guerra civil, el asunto se torna confuso: “Puesto que la guerra civil es lo opuesto al estado normal, se sitúa en una situación de indiscernibilidad con respecto al estado de excepción, que es la respuesta inmediata del poder estatal a los

para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, aún no en vigor. Así, pese al tiempo transcurrido desde 1972 cuando la Organización de las Naciones Unidas ubicó al terrorismo como una asunto prioritario para la agenda de esa organización internacional por constituir un peligro para la paz y seguridad mundiales, y urgió la adopción concertada de una definición, no fue sino con el ataque terrorista a los Estados Unidos cuando surge la definición de “terrorismo internacional de masa” y se da al fragor de los acontecimientos y de las demandas crecientes de seguridad. BAXI, Upendra. “Operación “libertad perdurable” ¿Hacia un nuevo derecho internacional y otro orden mundial? en “Otras miradas de la justicia”. El otro derecho N. 28, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos-ILSA-, Bogotá, julio de 2002, pp., 13-31.

18 En lo relativo a la guerra resulta particularmente útil la cita que de Carl von Clausewitz, un autor clásico del tema, realizó Rodrigo Uprimny Yepes, en el ensayo “Sentido y aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en Colombia”, publicado en la obra “Conflicto armado y Derecho humanitario”, TM editores, Instituto de Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional y el Comité Internacional de la Cruz Roja, Bogotá, 1994, pp., 144 y 145. Destaca el autor dos definiciones de la guerra: Por una parte, “un duelo a gran escala”, “un acto de violencia encaminado a forzar al adversario a someterse a nuestra voluntad”, y, por otra parte, “la guerra es una simple continuación, por otros medios, de la política”.

19 SCHMITT, Carl. “El concepto de lo político, Alianza, Madrid, 1998, p., 63.

20 *Ibidem*, pp., 63, 65 y 66.

conflictos internos más extremos”²¹. Pareciera que el estado de excepción no fuera de por sí anormal sino las situaciones de las cuales éste podría derivarse como conflictos internos extremos, entre los cuales la guerra civil es la más representativa. Pero, lo anterior se hace más confuso cuando a instancias de gobiernos se instaura la denominada “guerra civil legal” como expresión de la continuidad del estado de excepción, o, lo que es lo mismo, del paradigma de gobierno en que el uso recurrente de este dispositivo jurídico-político ha llegado a convertirse en permanente. Frente a la resistencia se pone de manifiesto el problema de revestir de forma legal aquello que no lo es porque implica el ejercicio de facultades de naturaleza política traducidas en acciones políticas que confrontan posturas de gobierno tildadas de antidemocráticas o antijurídicas. La Constitución federal alemana consagra el derecho a la resistencia del cual son titulares los ciudadanos, mientras que otros Estados europeos (Italia, por ejemplo) han sido reacios a permitir en el texto constitucional la inclusión de una disposición en este sentido²². En la insurrección la anormalidad es también evidente y conlleva el despliegue de la violencia en contra del Estado por razones de carácter ideológico, que denotan rechazo a la forma como se ejerce el poder o a medidas adoptadas por éste que tienen replicancia en el ordenamiento jurídico, en términos de suspensión parcial o total del derecho, para conjurar el levantamiento. A esta relación entre el estado de excepción y la insurrección le asiste el problema de pretender insertar en el ámbito de lo jurídico aquello que se corresponde con el ámbito ideológico-político.

En lo atinente al terrorismo, hay que distinguir dos planos posibles en los cuales esta conducta se tipifica como delito: el plano interno y el plano internacional. En el plano interno, remite al Código Penal (o legislación penal) de los Estados que, como en el caso de los Estados Unidos define el terrorismo como “violencia premeditada y políticamente mo-

21 AGAMBEN, Giorgio. “Estado de excepción. Homo sacer II, 1”, Pre-textos, Valencia, 2004, pp., 22 y 23.

22 En relación con este tema para mayor claridad conceptual traemos a colación el significado del Derecho a la resistencia que Rodolfo Arango Rivadeneira consigna en su libro “Derechos, constitucionalismo y democracia”, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 33, Bogotá, 200, p., 106: “Se trata aquí de una figura acuñada por teorías del derecho natural que busca regular situaciones límite, de forma que el derecho justo, representado por la resistencia, la desobediencia civil u otras manifestaciones del pueblo, no sea acallado por un derecho positivo ejercido en forma despótica o arbitraria”.

tivada contra objetivos no combatientes, cometidos por grupos internacionales o actores clandestinos, habitualmente pensados para influir en un público". En Colombia, por su parte, se define como "...". En el plano internacional, remite a los intentos de la comunidad internacional, representada en organizaciones internacionales tales como la Organización de las Naciones Unidas -ONU-, por definir de manera juiciosa, concertada y reflexiva el terrorismo, con la adopción de instrumentos jurídicos multilaterales dirigidos a reprimir prácticas ligadas al mismo (colocación de bombas, financiación de actividades terroristas, por ejemplo), aunque todos estos intentos se han visto limitados (valga decir, frustrados) con la emergencia del derecho consuetudinario instantáneo que está construyendo la noción de "terrorismo internacional de masa", bajo los efectos del atentado terrorista a las Torres Gemelas y al Pentágono de los Estados Unidos, el 11 de septiembre de 2001, y a instancias de las prácticas de los Estados potencia que, en observancia del binomio seguridad/defensa, agencian prácticas intervencionistas en cualquier parte del mundo donde estimen que existe una amenaza terrorista. La situación se torna aún más delicada y problemática cuando so pretexto de luchar contra grupos terroristas o contra Estados calificados de terroristas por los Estados potencia se puedan estar encubriendo políticas hegemónicas, motivadas por el interés de eliminar adversarios políticos, apropiarse de recursos naturales renovables y no renovables, acrecentar el poder en zonas consideradas estratégicas por sus condiciones geopolíticas, por ejemplo-que no solo vulneran principios y reglas esenciales del Derecho Internacional Público, del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino normas de *ius cogens* (como la prohibición de la guerra preventiva)-. Así, no es de extrañar que hoy un Movimiento de Liberación Nacional pueda ser considerado como terrorista y justificar en su contra el uso de la fuerza armada o que una protesta popular contra determinada política de gobierno pueda ser calificada de terrorista. Frente al horror del terrorismo y sus nefastas consecuencias para los Estados, se han adoptado medidas en las que los derechos humanos tienden a ser acotados, en particular los de carácter individual, en favor de la seguridad pública que puede procurar el Estado, aunque en ello se corre el riesgo de "autoritarismos democráticos"²³. No sin razón se ha llegado a sostener que "El terrorismo es el instrumento de pérdida de la democracia liberal, la asedia y la deforma aun cuando ese terrorismo resulte derrotado. En to-

23 ESTEFANÍA, Joaquín. "Hij@, ¿Qué es la globalización?. La primera revolución del Siglo XXI. Santillana, Madrid, 2002, pp., 179-204.

dos los sentidos, es la respuesta al terrorismo, más que el propio terrorismo, lo que hace más daño a la democracia"²⁴ En la "era del terror" la apelación al estado de excepción traslada el escenario de las confrontaciones al plano doméstico de los estados para que bajo el esquema de la "real politik" la respuesta global contra el terrorismo continúe amparada en la soberanía estatal.

EN LA FRONTERA ENTRE LA DEMOCRACIA Y EL AUTORITARISMO (O ABSOLUTISMO). Este referente tiene estrecha relación con el anterior. Cuando el estado de excepción tiende a confundirse con la regla o a convertirse en lo normal como paradigma o forma de gobierno, -en términos de Schmitt-, las instituciones y los inestables equilibrios de los sistemas democráticos ven amenazado su funcionamiento hasta el punto de que la frontera entre democracia y autoritarismo(absolutismo) parece borrarse. En la teoría de Schmitt sobre el estado de excepción, la tensión entre democracia y el absolutismo se hace explícita con la afirmación: "es soberano quien decide la excepción". Con la calificación de lo anormal por parte del soberano-del ejecutivo como sujeto de la decisión- los poderes de los cuales resulta investido se sobreponen al detentado por cualquier otra autoridad. El soberano y el Estado se hacen una unidad, cuya autoconservación solo es posible a partir de las atribuciones ilimitadas del soberano que, encarnando al Estado, puede suspender al derecho vigente. Se corrobora lo expuesto con la tensión registrada entre el estado de excepción constitutivo y el de carácter declarativo, aunque la misma se predica más propiamente del estado de sitio, como figura incorporada en la dictadura. "De hecho en esta distinción yace en gran medida la discusión sobre la sustancia democrática o el carácter autoritario que asuma el instrumento de la excepción. Mediante el primero, el decisor tiende, a partir de una valoración totalmente inconsistente con los hechos, a constituir el estado de excepción para aprovecharlo y tomar medidas de emergencia desproporcionadas y que afectan indiscriminadamente los derechos fundamentales; o para adelantar persecuciones a enemigos políticos desde el propio Estado, falseando los hechos que pueden ser resueltos por las vías normales. Mediante el segundo, en cambio, la valoración tiende a ser más ajustada a los hechos y a su gravedad, de tal manera que se declara, más no se constituye (no se construye artificialmente) el estado de excepción"²⁵. Por tanto, es el problema de

24 IGNATIEFF, Michael. El mal menor. Ética política en una era de terror, Taurus, Madrid, 2005, p., 90.

25 APONTE C, Alejandro David. "Guerra y Derecho Penal enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del Derecho Penal de emergencia en Colombia. Estudios

los límites a los poderes del ejecutivo bajo el estado de excepción el que gravita alrededor de la tensión entre democracia y autoritarismo, siendo los derechos humanos y la seguridad los extremos entre los cuales parecen oscilar la una y el otro.

Frente al estado de excepción es innegable que el poder ejecutivo, aún en los regímenes democráticos, tiende a acrecentarse con la asunción de competencias legislativas que, en períodos normales, son propias del órgano legislativo. Es en el fortalecimiento del poder ejecutivo bajo el estado de excepción que se corre el riesgo de formas de gobierno autocrático, en las que la declaratoria del estado de excepción y las medidas adoptadas excluyen “el procedimiento de revisión contradictoria, abierto y transparente”²⁶, se desconocen las reglas fundamentales o primarias que establecen quien está autorizado para tomar decisiones colectivas y bajo qué procedimiento y con las cuales se tiende a garantizar la más amplia participación posible de los interesados²⁷.

No obstante, desde esta perspectiva valdría la pena explorar si, en el contexto de un sistema democrático, la demanda ciudadana de seguridad frente a circunstancias extremas (como, por ejemplo, el terrorismo), se constituiría o no en un elemento reformulador del estado de excepción que preserve el núcleo esencial de los derechos humanos en un discurso sobre los límites a los límites impuestos a los derechos humanos bajo el estado de excepción. En este aparte resultan pertinentes, aunque no exento de críticas, planteamientos de Michael Ignatieff expuestos, fundamentalmente, en sus obras “Derechos humanos como política e idolatría” y “El mal menor. Ética en una era de terror”. En la primera obra, este autor propone una concepción minimalista de los derechos humanos, que reconoce límites a los mismos y señala un “núcleo defendible de derechos” consistente en aquellos derechos que son estrictamente necesarios para disfrutar cualquier modo de vida, es decir, los derechos civiles y políticos. Esta concepción la plantea ante posturas que tienden a insuflar la significación y alcances de los derechos humanos, a enfrascarse en discusiones teóricas entorno a la fundamentación de tales derechos antes que a su utilidad práctica, “a lo que éstos hacen en realidad por los seres humanos”, a esgrimir “un discurso de imperialismo moral”, a hacer de los derechos humanos un absoluto incuestionable o

Ocasionales, CIJUS, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Julio 1999, p., 22.

26 IGNATIEFF, Michael. “El mal menor. Ética política en una era de terror”, Taurus, Madrid, 2005, p., 27.

27 BOBBIO, Norberto. “El futuro de la democracia”. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p., 24.

una verdad eterna, una “idolatría”. “Los derechos humanos no son más que una forma de política que debe hacer compatibles los fines morales con las situaciones particulares y debe estar lista para hacer dolorosas concesiones no sólo entre fines y medios, sino entre los propios fines” 28.

En la segunda obra, Ignatieff, se detiene en el estudio de la democracia bajo el terror y de cómo las concesiones frente a los derechos humanos (derechos fundamentales) puede implicar la adopción de medidas, moralmente problemáticas, que al actuar en defensa de la democracia conlleven a que ésta se aparte de sus compromisos fundamentales con la dignidad, por lo que se deben someter al “escrutinio contradictorio de un sistema democrático abierto” para no permitir nunca que “las justificaciones de la necesidad - riesgo, amenaza, peligro inminente- disuelvan el carácter moralmente problemático de las medidas necesarias”²⁹ y siempre sin perder de vista la postura del mal menor sobre la base de una “ética del equilibrio”. Esta postura se enmarca en un concepto de democracia en que la tensión entre necesidad y legalidad, seguridad y derechos humanos debe resolverse a favor del examen del caso concreto frente al cual tiene que haber buenas razones para que los derechos de los individuos se dobleguen a la seguridad y tienen que existir unas limitaciones claras a los límites de los derechos para que no pierdan su valor. El andamiaje de esta postura del “mal menor” se erige sobre la “ética del equilibrio” que “(...) trata de decidir entre las demandas del riesgo, la dignidad y la seguridad de tal modo que afronte realmente los casos concretos de amenaza”³⁰ y, por consiguiente, de la posibilidad de pensar con claridad en el riesgo y de que opere la confrontación pública de la declaratoria de la excepción (terrorismo) y de las medidas de emergencia adoptadas para no horadar los cimientos de la democracia³¹. Sin embargo, es preciso advertir que frente al terrorismo se ha desatado una reacción neoconservadora que, inspirada en pensadores radicales como Carl Schmitt, tiende a alterar el régimen mismo de la democracia liberal, basada en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, para reemplazarlo por un Estado autoritario³². Ese es el riesgo que se corre y

28 IGNATIEFF, Michael. “Los derechos humanos como política e idolatría”, Paidós, Barcelona, 2003, p., 48.

29 IGNATIEFF, Michael. “El mal menor. Ética política para una era de terror”, Taurus, Madrid, 2005, p., 24.

30 *Ibidem*, p., 25.

31 *Ibidem*, p., 91.

32 ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. “Derechos, constitucionalismo y democracia”, Universidad Externado

que no logra disipar satisfactoriamente la postura del "mal menor", pese a exponer una serie de pruebas "filtro" para depurar una política antiterrorista en la que los responsables de la misma, reduzcan el sacrificio de la democracia en términos de límites impuestos a los derechos humanos.

2.2.3 EL ESTADO DE EXCEPCIÓN: ¿UNA CUESTIÓN DE TÉRMINOS?

Al estado de excepción se le suele asociar con diversas denominaciones o términos tales como, "estado de sitio", "plenos poderes", "poderes de emergencia", "ley marcial", entre otros, de los cuales se ha llegado a afirmar cierta sinonimia que le ha restado claridad conceptual. Los términos señalados pueden aludir manifestaciones de la excepcionalidad en el ordenamiento jurídico del estado, dispositivos jurídicos para activar el poder y la función de policía, instituciones o prácticas relacionadas con el estado de guerra, por ejemplo, y, no ser en sí mismos, estado de excepción. Por consiguiente se hace necesario referirnos a en qué consisten algunos de los términos más próximos conceptualmente al estado de excepción.

EL ESTADO DE EXCEPCIÓN NO ES IGUAL A "ESTADO DE SITIO"

El estado de sitio es la figura que nace bajo el paradigma de la extensión al ámbito civil de los poderes que componen a la autoridad militar en situación de guerra (estado de sitio "efectivo" o "militar")³³ para, en su evolución, convertirse más tarde en una medida de policía extraordinaria frente a desórdenes o sediciones internos (estado de sitio "ficticio" o "político") y llegar, finalmente, a significar la suspensión de la constitución (o de las normas constitucionales que protegen derechos de "libertad negativa"³⁴). Las distintas variaciones operadas

de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho N°. 33, Bogotá, 2004, p., 32.

³³ El origen del estado de sitio se encuentra en el decreto de 8 de julio de 1791 emanado de la Asamblea Constituyente francesa y en virtud del cual se dispuso el *état de siège*, en el que "todas las funciones de que estaba investida la autoridad civil para el mantenimiento del orden y de la policía pasan al comandante militar, que los ejerce bajo su exclusiva responsabilidad". De otra parte, el decreto napoleónico de 24 de diciembre de 1811, preveía la posibilidad de que el emperador declarara el estado de sitio, con independencia de cual fuera la situación efectiva de una ciudad sitiada o directamente amenazada por fuerzas enemigas. A esta figura del estado de sitio, la doctrina francesa la a denominado estado de sitio "ficticio" o "político". Sobre el tema se puede consultar la obra de Agamben antes citada.

³⁴ Los derechos de libertad negativa son aquellos

en el interior de la figura del estado de sitio, en su discursar histórico terminarían por confluír en un único fenómeno jurídico denominado "estado de excepción". El estado de excepción moderno es una creación de la tradición democrática-revolucionaria y no del absolutismo.

EL ESTADO DE EXCEPCIÓN NO ES IGUAL A "PLENOS PODERES"

Los "plenos poderes" hacen referencia a la ampliación de los poderes gubernamentales y, en particular, al hecho de otorgar al ejecutivo el poder de expedir decretos con fuerza de ley (decretos legislativos). Es una de las formas de acción del ejecutivo durante el estado de excepción, pero no coincide con él.

Por su parte, los poderes de emergencia remiten a la idea de ruptura del equilibrio y separación de los poderes públicos dentro del estado de excepción, para establecer la preeminencia o superioridad del poder ejecutivo dentro del orden constitucional, que le permita la asunción de medidas dirigidas a conjurar el caso extremo. En consecuencia, los poderes de emergencia aluden a un conjunto de prerrogativas adscritas al ejecutivo que, derivadas del estado de excepción, obedecen a previsiones de orden constitucional que corren el peligro de ser transformadas en sistemas totalitarios o absolutistas.

El concepto del estado de excepción parte del sintagma "estado de excepción" y no de términos con los cuales puede tener relaciones, efectivamente así es, pero que no coinciden con él. Esta exigencia de precisión terminológica proviene de una pretensión de corrección conceptual que, por ejemplo, en Schmitt alcanza niveles extremos, tanto que ha afirmado: "Todos los conceptos significativos de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados"³⁵. Schmitt es particularmente riguroso cuando se trata de emitir concepto sobre aquello que pretenda ser objeto de conocimiento. Así, lo pone de manifiesto, por ejemplo, cuando construye el concepto de lo político a partir de categorías específicas de la acción política, reduciéndolas a

que rechazan interferencias en la esfera privada de los individuos provenientes, bien sea, del estado o de cualquier otro miembro de la sociedad. También se les denomina derechos individuales.

³⁵ SCHMITT, Carl. "Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía", Orestes Aguilar Héctor, Carl Schmitt, teólogo de la política publicado por el Fondo de Cultura Económica de México, primera edición, 2001, p., 43.

la distinción amigo-enemigo dentro del Estado³⁶. Otro tanto se puede afirmar del concepto de estado de excepción, cuando enfatiza en él el carácter de lo excepcional como análogo a la anormalidad extrema: "No toda facultad extraordinaria ni cualquier medida policíaca o decreto de emergencia equivalen automáticamente a un estado de excepción (...) la excepción es más interesante que el caso normal. Lo anormal no demuestra nada, la excepción lo demuestra todo; no solo confirma la regla sino que la regla solo vive gracias a aquella"³⁷. De tal manera que, lo excepcional adquiere un sentido absoluto y radical que no solo precisa el concepto del estado de excepción sino el de soberanía.

2.2.4 EL ESTADO DE EXCEPCIÓN: ¿LAGUNA O SUSPENSIÓN DEL DERECHO?

El estado de excepción no se corresponde conceptualmente con ser una laguna del derecho. Es decir, no se traduce en que el ordenamiento jurídico carezca de solución normativa frente a casos concretos³⁸, en la que se pone de manifiesto no solo la incompletud del derecho, sino la labor interpretativa y argumentativa del juez al momento de fallar. Por el contrario, éste es un fenómeno de suspensión del derecho frente al caso extremo, de inaplicación de normas jurídicas aún cuando conservan su vigencia. El estado de excepción es, entonces, una franja intermedia entre la norma y su aplicación, en que ésta es reconocida en su fuerza vinculante, pero se inobserva para preservar su existencia. "Lejos de responder a una laguna normativa, el estado de excepción se presenta como la apertura en el ordenamiento de una laguna ficticia con el objetivo de salvar la existencia de la norma y su aplicabilidad(...) Es como si el derecho contuviera una fractura esencial que se sitúa entre el establecimiento de la norma y su aplicación y que en el caso extremo, solo puede componerse por medio del estado de excepción, es decir creando una zona en que la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor"³⁹. Esta anomia creada artificialmente sirve para explicar porque el estado de excepción estando vinculado al ordenamiento jurídico (no es estado de naturaleza, anarquía o caos) suspende al derecho y sin embargo, lo reconoce al inaplicar normas y generar otras a través de los po-

36 SCHMITT, Carl. El concepto de lo político, Alianza, Madrid, 1998, p., 56.

37 *Ibidem*, pp., 27 y 29.

38 NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho, Ariel, Barcelona-España, 2001, pp., 281-289.

39 AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción. Homo sacer II, 1, Pre-textos, Valencia, p., 49.

deres de emergencia. En este punto, cabe introducir otra variante de reflexión entorno al tema que nos ocupa y es, precisamente, la consideración de que el estado de excepción posibilita que el poder ejecutivo expida actos que sin ser leyes tengan "fuerza de ley". Pero, adicionalmente, pone de manifiesto una situación de la ley sin "fuerza" porque el estado de excepción inaplica la ley, manteniéndola vigente. Esta situación de fuerza de ley sin ley y de fuerza de ley sin fuerza es una indeterminación propia del estado de excepción frente al caso extremo, que profundiza el sentido de la anomia como ficción puesto que el estado de excepción para funcionar e, incluso, ser objeto de control requiere de su inserción en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, conduciría al desquiciamiento del sistema jurídico-político, a la fuerza desprovista de límites, a la política presa de la violencia, a la democracia víctima de la "auctoritas" y al derecho sin "potestas".

2.3. LA FUNDAMENTACIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN: ¿EL ESTADO DE NECESIDAD O EL IUSTITIUM?

Cuando se inquiera sobre el fundamento del estado de excepción la respuesta más frecuente y generalizada es la necesidad (o el estado de necesidad), con la cual se plantea, además, la existencia de una tensión entre ésta y la ley (derecho): "la necesidad no tiene ley" ("necitas legem non habet"). Esta expresión comprende, señala Agamben, dos sentidos opuestos: por un lado, "la necesidad no reconoce ley alguna", y, por el otro lado, la necesidad crea su propia ley". Un rastreo histórico a la expresión "necitas legem non habet" durante la edad media da cuenta de la necesidad como justificación a la trasgresión de una norma frente a un caso concreto mediante una excepción o como dispensa a la inaplicabilidad de una norma en un caso singular, sin que ello signifique un verdadero estado de la ley que suspenda el derecho o derive en un mecanismo a través del cual el derecho se exteriorice o manifieste, en términos de ser fuente del mismo. En la edad moderna, es donde el estado de necesidad se inserta en el ordenamiento jurídico como un verdadero "status" de la ley, en el cual la expresión "necitas legem non habet" deja de ser la situación concreta en el que la ley pierde su vis obligandi (o aplicabilidad) para convertirse en el fundamento último y la fuente misma de la ley. Solo, entonces, el estado de necesidad se constituye, para algunos autores, como el fundamento de los decretos expedidos por el poder ejecutivo bajo el estado de excepción (como es el caso del teórico del Estado Georg Jellinek), en la medida en que a partir de éstos se crea derecho, o, como una forma del estado de necesidad que consis-

te en una medida “ilegal”, pero perfectamente “jurídica y constitucional” que da lugar a la creación de nuevas normas o a un nuevo orden jurídico y, como tal, se inserta en la definición extrema del estado de necesidad expuesta por Santi Romano, para quien éste es la fuente primera y originaria del derecho, se sitúa más allá de toda legislación y no admite norma preexistente a él.

Por su parte, Carl Schmitt reconoce en el estado de necesidad un elemento de suma importancia en la construcción de su teoría sobre el estado de excepción, equiparable a ser el fundamento de éste: “El caso excepcional (...) puede a lo sumo definirse como un caso de extrema necesidad (...)”⁴⁰ Pero toma distancia de aquellas posturas que, en el marco del estado de necesidad como fuente primera y originaria del derecho, identifican derecho y estado, porque para Schmitt bajo el estado de excepción “el Estado suspende al derecho en virtud de un derecho a la autoconservación”⁴¹ y puede crear en el poder constituyente la modalidad extrema del estado de excepción: la dictadura soberana. El Estado liberado de las limitaciones o restricciones jurídicas es el único que puede enfrentar, de manera más idónea y efectiva, las situaciones excepcionales que siempre van a estar presentes en la sociedad.

En las perspectivas teóricas señaladas, el estado de excepción, fundamentado en el estado de necesidad, se presenta “como una zona ambigua e incierta, donde procedimientos de hecho, extra o antijurídicos en sí mismos, se convierten en derecho y en donde las normas jurídicas se indeterminan en un mero hecho; un umbral, pues, en que hecho y derecho parecen hacerse indecibles”⁴². No obstante, este esfuerzo del pensamiento moderno por fundamentar el estado de excepción en la necesidad, tropieza con problemas insalvables que, en últimas, terminan develando el carácter netamente subjetivo de la necesidad y admitiendo que solo son objetivas las circunstancias declaradas necesarias y excepcionales bajo el estado de excepción. De manera que, “la necesidad se reduce a la decisión y aquello sobre lo que se decide es, en verdad, un indecible entre hecho y derecho”⁴³

40 SCHMITT, Carl. “Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía”, Orestes Aguilar Héctor Carl Schmitt, teólogo de la política publicado por el Fondo de Cultura Económica de México, primera edición, 2001, p., 23.

41 *Ibidem*, pp., 27.

42 AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción. Homo sacer II, 1, Pre-textos, Valencia, 2004, p., 46.

43 *Ibidem*, p., 47.

La insuficiencia e inconsistencias de las teorías que radican el fundamento del estado de excepción en el estado de necesidad, llevan a Agamben a investigar más a fondo el fenómeno, encontrando que en el derecho público romano existe una figura que sirve de referente genealógico al estado de excepción: el *iustitium*. Este tenía cabida cuando el senado, habiendo declarado el *tumultus*⁴⁴, hacía un llamado a determinados funcionarios (como a los cónsules, en algunos casos, al pretor y a los tribunos del pueblo) y, en últimas, a los ciudadanos romanos con el propósito de que adoptaran las medidas que consideraran necesarias para salvar al Estado del *tumultus* y, por supuesto, que las consecuencias que podrían derivarse de éste. De ahí, que los ciudadanos y los magistrados pudieran actuar sin las limitaciones impuestas por la ley. Ellos no cumplen o vulneran las normas porque simplemente no hay derecho. Las acciones que se emprendan bajo el mismo son ajenas al ámbito del derecho. Es en este sentido, el de un estado kenomático del derecho en que el estado de excepción se asimila al *iustitium*⁴⁵. La fundamentación del estado de excepción en el *iustitium* conduce a unas precisiones adicionales que permiten entender la significación y alcances del estado de excepción: el estado de excepción no se asimila a dictadura (constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana)-sin desconocer que su uso recurrente puede difuminar las fronteras entre la democracia y el absolutismo- es un estado de anomia en que todos los aspectos jurídicos –y sobre todo la distinción entre lo público y lo privado- son suspendidas; el derecho debe buscar medios de conexión con esta anomia que le permita hacerla objeto de controles; los actos proferidos durante esta anomia caen en el plano de una indeterminación jurídica que de alguna manera permiten calificarlos de actos con fuerza de ley sin ley y de actos ante los que la ley carece de fuerza. Todo lo anterior refuerza la idea de que frente al estado de excepción estamos en presencia de un mitologema científico o de una ficción donde el derecho libra una lucha contra la anomia.

EL “DECISIONISMO” DE SCHMITT EN TENSIÓN CON EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO.

Tal como lo habíamos señalado con anterioridad, Schmitt recurre al dispositivo de la oposición entre la norma y la decisión para inscribir el estado

44 Expresión que deriva del latín y con la cual se quiere significar la situación de emergencia originada en Roma por una guerra exterior, guerra civil o insurrección, que, como tal, es expresión de formas de alteración de la paz y el orden públicos.

45 AGAMBEN, Giorgio. Op.cit. pp., 63-77.

de excepción en el ordenamiento jurídico y, al hacerlo, profundiza su distanciamiento de los teóricos liberales del estado de derecho. La oposición entre la norma y la decisión confronta los pilares fundamentales sobre los que se erige el estado liberal de derecho: por un lado, la idea de la separación de los poderes al interior del Estado, y, por el otro lado, la idea de los límites a la actuación del Estado, es decir, a la idea que formula el sometimiento al imperio de la ley y la existencia de los derechos fundamentales, entendidos como libertades negativas.

LA DECISIÓN SOBERANA: UNA DECISIÓN POLÍTICA. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN: UNA DECISIÓN

A partir de la decisión construye Schmitt el concepto de soberanía y de ésta (la soberanía) su definición de Estado. Por lo tanto, la decisión se predica del ámbito de lo político y califica al sujeto decisor de la excepción como el soberano. Es en el estado de excepción (la anormalidad extrema) donde se aprecia más claramente la relación amigo-enemigo que en Schmitt identifica el concepto de lo político. A su vez, la decisión en el estado de excepción se revela como una manifestación del Estado en tanto que es soberano. La soberanía en él se convierte en su atributo esencial y debe entenderse como el poder supremo que tiene la facultad de tomar “la decisión última”, es decir, la decisión estrictamente política, la que se deriva, precisamente, del decidir sobre la excepcionalidad. Así, la soberanía en Schmitt se despoja de categorías conceptuales generales y abstractas⁴⁶ para hallar expresión en la realidad concreta. De ahí, que emplee el superlativo poder supremo unido a “decisión última” en la que ésta le asigna la condición de tal⁴⁷. Los planteamientos expuestos sirven a la explicación de la frase “SOBERANO ES QUIEN DECIDE el estado de excepción”⁴⁸, pero amerita un estudio más minucioso al relacionarla con la norma, con el derecho y hacerla extensiva a la expresión “Auctoritas, non Veritas facit legem”.

⁴⁶ Las doctrinas de la soberanía aparecen desde distintos aspectos en los orígenes de la constitución de los modernos y, en gran medida, en confrontaciones con la constitución mixta (medieval). En la elaboración de estas doctrinas se destacan los aportes de Jean Bodin (1529-1596) para quien la soberanía vendría a ser el poder supremo, jurídicamente independiente y originario, es decir, no derivado de ningún otro poder. Por ello afirma que el rey no es soberano porque sea titular de múltiples y vastos poderes sino porque están dotados, en él y sólo en él, de un carácter particular, el de soberanía. FIORAVANTI, Maurizio Constitución. De la antigüedad a nuestros días, Trotta, Madrid, 2001, pp., 71-73.

⁴⁷ SCHMITT, Carl. Op.cit. págs. 30-31.

⁴⁸ *Ibidem*, p., 23.

LA DECISIÓN SOBERANA Y EL ORDEN JURÍDICO: “AUCTORITAS, NON VERITAS FACIT LEGEM”

Ahora bien, la definición de soberanía y, por ende, del Estado mismo, a partir de la decisión sobre el estado de excepción (el *extremus necessitatis casus*), es decir, de la determinación de aquello que constituye la paz, la seguridad y el orden, etc en el Estado; pone de manifiesto que la soberanía es un “concepto límite” y responde a realidades concretas en las que paz, seguridad y orden, por ejemplo, registran maneras muy diversas según la forma de ejercicio del poder soberano (“Burocracia militar”, “Autogobierno dominado por un espíritu mercantil”, “Organización partidista radical”) que decide cuando éstos existen, cuando peligran o están perturbados. Por consiguiente, es la decisión soberana la que determina todo orden, incluyendo el orden jurídico⁴⁹.

La relación entre la decisión soberana y el orden jurídico, se deriva, precisamente, de ser ésta la que crea el orden jurídico, o, por lo menos, las condiciones para que éste se aplique, “también el orden jurídico, al igual que cualquier otro, se basa en una decisión y no en una norma”. Esta formulación evidencia la existencia de la oposición entre la norma y la decisión, “los dos elementos del concepto orden jurídico se enfrentan y demuestran su autonomía conceptual”⁵⁰ Es más, es inherente al estado de excepción que la decisión soberana quede investida de una facultad verdaderamente excepcional que la libera de cualquier sujeción normativa, siendo ésta, “la suspensión del orden vigente en su totalidad”. De esta manera, el derecho es relegado a un segundo plano frente a las razones del sujeto decisor (igualado al Estado cuando decide el estado de excepción).

No obstante lo anterior, previene Schmitt, “el caso de excepción aún puede ser abarcado por el análisis jurídico porque ambos elementos, tanto la norma como la decisión, permanecen dentro del marco de lo jurídico”⁵¹ Apreciación paradójica que no da respuesta satisfactoria cuando se inquiere, por ejemplo, ¿Cómo una anomia puede insertarse en el orden jurídico?

⁴⁹ *Ibidem*, pp., 25-26.

⁵⁰ SCHMITT, Carl. Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía, texto seleccionado por Orestes Aguilar Héctor en su libro *Carl Schmitt, teólogo de la política* Fondo de Cultura Económica de México, primera edición, 2001, p., 27.

⁵¹ *Ibidem*, p., 27.

Teniendo en cuenta los referentes teóricos abordados, la decisión soberana y su relación con el derecho, remite a uno de los sentidos en que puede ser interpretada la frase "Auctoritas, non Veritas facit legem" 52 de Hobbes en su obra "Leviatán". Su formulación, en este autor, se predica del soberano como titular de la facultad de hacer las leyes y de liberarse de las mismas cuando lo desee. "El legislador en todos los Estados es sólo el soberano, ya sea un hombre como en la monarquía, o una asamblea de hombres como en una democracia o aristocracia (...) el soberano es el único legislador (...) no está sujeto a leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer las leyes y revocar las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas"53 Asimismo, niega en otras autoridades la facultad o el poder de creación de la ley, como en el caso, por él señalado, de los jueces54. Schmitt retoma esta expresión, en un primer momento, relacionándola con el proceso de neutralización de la máquina estatal55, al afirmar "para la ya expuesta neutralidad técnica, es determinante que las leyes del Estado sean independientes

52 Esta expresión se encuentra contenida en el capítulo 26 del Leviatán de Thomas Hobbes que en lengua española traduce: "...por consiguiente, no es esta jurisprudencia o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón del Estado, nuestro hombre artificial, y sus mandamientos, lo que constituye la ley" (HOBBS, Thomas. Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p., 222).

53 HOBBS, Thomas. "Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil", Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p., 218.

54 Crítica dirigida a Sir Edward Coke (1552-1634) con quien la constitución medieval se propone en un plano más directamente jurídico-normativo, en calidad de *common Law*, capaz de circunscribir, mediante la obra de los jueces, la fuerza de la misma ley del parlamento. "En realidad lo que defiende es ese conjunto de leyes profundamente radicadas en la historia de la comunidad política, de costumbres, de pactos y de acuerdos entre los distintos componentes del reino, que en su conjunto dan como resultante la ley fundamental, la common law, la misma constitución, en una palabra. No una norma abstracta, por algún misterioso motivo "superior" a la ley del Parlamento (...)". FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. De la antigüedad a nuestros días, Trotta, Madrid, 2001, pp., 67 y 68.

55 La idea del Estado moderno como una máquina que tiene carácter neutral y con un asidero de verdad dado por la autoridad, fue expuesta por Hobbes en el "Leviatán" (p., 53, cap., 7 parte I). Así, el Estado como máquina neutral (libre de sentimientos, religión, moral) persigue poner fin a las guerras que conduzcan, siendo soberano, a la pacificación de la sociedad.

de toda verdad sustanciada en su contenido, trátase de una verdad de carácter religioso o jurídico. Las leyes tan sólo deben ser válidas como consecuencia de la determinación positiva de la decisión estatal y sólo lo deben ser en tanto normas que constituyen órdenes: Auctoritas (en el sentido de *summa potestas*), non Veritas"56 Sin embargo, es en relación con el estado de excepción donde esta expresión logra apuntalar el decisionismo de Schmitt en su teoría sobre la soberanía. Así, "Auctoritas, non Veritas facit legem" adquiere otro significado, aunque sin abandonar el problema de la verdad (la tensión autoridad/verdad, es un problema del derecho). La autoridad y no la verdad es la fuente de la ley reafirma el papel de la decisión soberana frente al derecho, que puede ser sustituido in toto invocando las razones del soberano, o sea las mismas del Estado para su preservación. Bajo el estado de excepción el Estado ejercita su "derecho a la autoconservación". En consecuencia, la autoridad del soberano desplaza a la norma, concebida ésta para la normalidad, y le imprime a su decisión el carácter de ley. En Schmitt el derecho se convierte en un productor de decisiones. La tensión entre autoridad y verdad como un problema del derecho, en Schmitt se resuelve a favor de la autoridad que es la que sustenta la legitimidad de la legalidad.

Una vez estudiada la oposición entre la norma y la decisión en desarrollo de la teoría de schmittiana sobre la soberanía, focalicemos los aspectos de tensión con el Estado liberal de derecho:

En Schmitt la decisión de la voluntad soberana es la que crea todo orden al interior del Estado. Por consiguiente, el orden social es creado por la acción política de un poder central. Esta tesis es rechazada por los teóricos liberales al afirmar que el Estado solo puede ser el garante del orden social, no es su creador.

Cada vez que haya necesidad de proteger al Estado del caso extremo (guerra exterior, guerra civil), debe ceder el derecho, según Schmitt, lo que se traduce en supeditar el derecho a las razones del sujeto de la decisión, el soberano. Esta tesis, a su vez, es refutada por los liberales para quienes las actuaciones del Estado, aún en el caso extremo, deben someterse al imperio de la ley, al derecho, sobre todo en la

56 Cita del Libro "Der Leviatán" de Carl Schmitt, págs., 67 y ss, que hace Alejandro David Aponte C, en Guerra y Derecho Penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del Derecho Penal de emergencia en Colombia. Estudios Ocasionales. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas -CIJUS-, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, julio de 1999, pp., 23 y 24.

preservación del núcleo esencial de las libertades individuales.

El decisionismo schmittiano se predica de un Estado soberano que, al tener el monopolio de lo político, puede limitar la decisión de la enemistad y por esta ruta garantizar la paz, la seguridad y el orden, sobre un pueblo homogeneizable, capaz de ser convertido en amigos políticos. Esta tesis es refutada por los liberales al sostener que la noción de “pueblo” reivindica una comunidad heterogénea, plural y conflictiva, en la que la paz, la seguridad y el orden son alterados en la medida en que se desconozca la esencia individual y única de los componentes del “pueblo”. Lejos de pacificar la sociedad lo que se genera es violencia al interior de ésta cuando se pretende homogeneizar al pueblo.

La preeminencia del sujeto decisor de la excepcionalidad (el ejecutivo) amplía la esfera de competencia del soberano en procura de la preservación del Estado, con lo que se restringen las competencias propias de los otros poderes públicos. Esto sin lugar a dudas, contraría ostensiblemente el principio fundante del Estado liberal de derecho que encuentra en la separación de los poderes y los procedimientos democráticos, dispositivos de control del Estado frente a los individuos o asociados.

Siendo en Schmitt, al igual que en Hobbes, la autoridad la fuente de la ley y no la verdad (“Auctoritas, non Veritas facit legem”) el derecho se convierte en un productor de decisiones, cuya fuerza vinculante descansa en el monopolio estatal de lo político. De esta manera, Schmitt, supera la “indecisión” del estado de derecho. Esta tesis es cuestionada por los teóricos liberales para quienes la ley es expresión de la voluntad general y sirve, como tal, a la “neutralización” de la política y permite, a través del debate parlamentario, acceder a una verdad que señale el derrotero a seguir por la acción política.

LA ASUNCIÓN DE LA ANORMALIDAD COMO REGLA: ¿“PARADIGMA DE GOBIERNO” O “CULTURA DE LA EMERGENCIA O DE LA EXCEPCIONALIDAD”?

El pensamiento liberal moderno realizó ingentes esfuerzos por separar la normalidad de la anormalidad, sobre la base de reconocer y afrontar la tensión existente entre la ley y la necesidad⁵⁷. Es innegable

⁵⁷ La necesidad en el pensamiento liberal moderno se consideró como el origen y fundamento del estado de excepción, ligado a la existencia de situaciones o circunstancias frente a las cuales se registraba una ruptura de la normalidad que hacían necesario, precisamente, la asunción de la excepción y su tratamiento con un desplazamiento de competencias legislativas del parlamento o asamblea legislativa al ejecutivo.

-afirmaban- que hay situaciones de necesidad que desbordan el normal funcionamiento del Estado frente a las cuales se impone la excepcionalidad y sus poderes de emergencia. Ello sin dejar de mantener encendidas las alarmas por los desmanes en los que se podía incurrir, y que, efectivamente, se dieron y se siguen dando, aunque en contextos históricos, político-ideológicos, jurídicos y sociales distintos.

En este orden de ideas, resulta conveniente, para los efectos de desarrollos posteriores del tema que nos ocupa, precisar la significación de normalidad y anormalidad en la tradición liberal donde la dicotomía presente entre éstas se tradujo en dispositivos jurídico-constitucionales e, inclusive, políticos. La normalidad hace referencia a aquel estado de cosas que se registra conforme se ha previsto con el cumplimiento de los preceptos de la ley por parte de Estado, es decir, plantea una especie de correspondencia entre el funcionamiento del Estado y el orden jurídico establecido, lo que presupone la observancia del Estado de derecho con la separación funcional de los poderes públicos, la vigencia y aplicabilidad de la Constitución, el respeto por los derechos fundamentales, aún cuando admite que puedan ser objeto de limitaciones en los términos previstos en el ordenamiento jurídico. Por su parte, la anormalidad remite a la ruptura de la normalidad ante la ocurrencia de situaciones que requieren de un tratamiento excepcional, en el cual el gobierno quede investido de poderes de emergencia que, como tales, lo libren de los límites legales ordinarios. La normalidad y la anormalidad describen dos campos de actuación del Estado, pero por cuenta del estado de excepción esos campos se acercan peligrosamente, ubicando al Estado en la frontera entre constitucionalismo y autoritarismo, derecho y política, derecho y guerra. El corolario de la normalidad y de la anormalidad en la esfera de la “no emergencia” y de la “emergencia”, respectivamente, pone de manifiesto que la declaratoria del estado de excepción está sujeta a valoraciones que tratan de objetivizarse para reducir la discrecionalidad del sujeto de la decisión (el poder ejecutivo). De ahí, los mecanismos identificados por Jules Lobel, en la tradición liberal clásica, tendientes a distinguir los escenarios verdaderos de la emergencia de aquellas situaciones de no emergencia: “El primero de consiste en la presunción de que los verdaderos tiempos de emergencia son aquellos que rebasan las predicciones racionales y que, por lo tanto, exigen una reacción inmediata en la que frecuentemente no hay tiempo para la reflexión amplia y definida. El segundo mecanismo consiste en igualar la dicotomía emergencia/no emergencia con la dicotomía acción constitucional/

acción no constitucional. Esto significa que la Constitución no le garantiza al Gobierno ningún poder de emergencia inherente y genérico. Antes, por el contrario, se pretende que el Gobierno acepte que al usar los poderes de emergencia lo está haciendo voluntariamente de manera inconstitucional”⁵⁸

De conformidad con lo anterior, los teóricos liberales modernos aunaron esfuerzos por separar la emergencia de la no emergencia, en aras de evitar que la anormalidad se convirtiera en la “normalidad” y socavara los cimientos sobre los cuales se erigía el Estado de derecho. No obstante, la tensión entre normalidad/anormalidad, emergencia/no emergencia ha estado presente en la historia del constitucionalismo no solo moderno sino contemporáneo, aún en el marco de nuevas configuraciones estatales y de nuevos dispositivos jurídico-constitucionales dirigidos a controlar el estado de excepción.

En Schmitt se observa cómo, en principio, esta separación opera en la distinción entre dictadura comisarial y dictadura soberana para, finalmente, resultar diluida en la teoría de la soberanía, ya que ésta sólo puede ser concebida a partir de la anormalidad (caso extremo). Ahora bien, siendo la anormalidad el presupuesto definitorio de la soberanía y del Estado soberano, la consideración de la normalidad es en gran medida subestimada: “La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal no demuestra nada, lo excepción lo demuestra todo; no solo confirma la regla sino que la regla vive gracias a aquella”⁵⁹ Así, la anormalidad se convierte en la regla a la cual se supedita el derecho o éste es instrumentalizado por las motivaciones políticas de la decisión soberana ante el desafío del caso extremo. La norma se predica de los tiempos de normalidad y la decisión soberana, de los tiempos de anormalidad: “Del mismo modo que en el caso normal es posible reducir el momento independiente de la decisión al mínimo, en el caso de la excepción la norma se destruye (...)”⁶⁰. No sin razón Schmitt es considerado un pensador de la guerra (caso extremo), cuyos aportes teóricos y praxis política se dirigieron

⁵⁸ Citado por Libardo Ariza y Antonio Barreto en el ensayo *La Corte Constitucional: Diez años de control material laxo y discursivo*, pp. 142-144, publicado en: *Derecho Constitucional: Perspectivas críticas*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Observatorio de Justicia Constitucional, Legis, Bogotá, 2001.

⁵⁹ SCHMITT, Carl. *Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*, texto seleccionado por Orestes Aguilar Héctor en su libro *Carl Schmitt, teólogo de la política* publicado por el Fondo de Cultura Económica de México, primera edición, 2001, p., 29.

⁶⁰ *Ibidem*, p., 27.

a la preservación del Estado. Ello explica en alguna medida su vinculación al partido social nacionalista alemán.

El pensamiento schmittiano en torno a la excepcionalidad ha cobrado particular interés para el debate constitucional sobre ¿cómo pacificar a la sociedad sin violentar los derechos humanos?, máxime cuando se registra en los Estados contemporáneos, incluidos los llamados democráticos, la instauración persistente y permanente del estado de excepción. Es más, tiende a presentarse como “el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea. Esta conversión de una medida provisional y excepcional en técnica de gobierno supone la amenaza de transformar radicalmente-y de hecho la ha transformado sensiblemente-la estructura y el sentido de las distinciones tradicionales de las distinciones entre las formas de constitución” ⁶¹. En el mismo sentido, se puede afirmar que a instancias de la apelación sistemática al estado de excepción se ha venido produciendo una normalización de la excepción, que es percibida y reconocida no sólo por los operadores jurídicos sino por el mismo ciudadano común, lo que ha conducido a algunos autores⁶² a plantear la existencia de una “cultura de la emergencia” o, lo que es lo mismo, de una “cultura de la excepcionalidad” más allá de ser un “paradigma de gobierno”.

La “cultura de la emergencia” o “cultura de la excepcionalidad” se constituye a partir de la inserción de la excepcionalidad en el orden jurídico, político, económico y social, lo que presupone:

La asunción de la anormalidad como regla: “la creencia de que la excepción constitucional es tan constitucional como la normalidad”⁶³ La dicotomía entre normalidad/anormalidad se concilia a favor

⁶¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción. Homo sacer II, 1, Pre-textos*, Valencia, 2004, p., 11.

⁶² GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad: 1957-1997*, publicado en: *Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas-Dirs-El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, *Conciencias*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra-Centro de Estudios Sociales-CES-, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, primera edición, Bogotá, 2001, pp., 317-370. APONTE C, Alejandro David, *Guerra y Derecho Penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del Derecho Penal de emergencia en Colombia*, Estudios Ocasionales, Centro de Estudios Socio Jurídicos-CEJUS-, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, julio de 1999, pp., 9-58.

⁶³ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *Op. Cit.*, pp., 359 y 360.

de la anormalidad, de manera que lo anormal se convierte en lo "normal", sometiendo el derecho al ámbito de lo político. "La normalización de la excepción constitucional ha permitido la generación de prácticas institucionales fronterizas entre el derecho y el no derecho, las cuales se distribuyen en espacios salvajes o civilizados según el momento⁶⁴

El ejercicio de los poderes de emergencia radicados en el ejecutivo: "La excepción como traslado de facultades legislativas"⁶⁵. Se ha generado un desplazamiento de la función legislativa hacia el poder ejecutivo no solo con la competencia para expedir decretos legislativos, de excepción (o con fuerza de ley), sino también con la capacidad de presión suficiente para obtener en el Congreso la conversión de las medidas de excepción en leyes ordinarias del Estado, produciéndose una continuidad perversa en la legislación de excepción;

La frontera entre democracia y autoritarismo se hace cada vez más difusa. La autoridad del sujeto decisor de la excepción (el ejecutivo) se torna en el fundamento de la ley. "Las razones de Estado" se antepone al derecho y, al hacerlo, se absolutiza el significado de la autoridad con el pretexto ideologizado de preservar el Estado, sin que en ello se admitan límites tales como el respeto por los derechos humanos, cuya realización real y efectiva califica un régimen político de democrático. "La norma que consagra la posibilidad de acudir a los estados de excepción permite la satisfacción de las necesidades gubernamentales propias de los déficit de poder y de legitimidad"⁶⁶

La laxitud en la interpretación sobre las prerrogativas gubernamentales para superar las crisis, que ha dado lugar a la creación de un "imaginario colectivo" permisivo y legitimador de las prácticas institucionales derivadas de la declaratoria del estado de excepción, que se hacen acompañar de un lenguaje proclive a las mismas y con el cual se insta a la ac-

64 DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Colombia: el revés del contrato social de la modernidad, en: El caleidoscopio de las justicias, Ob. Cit., p., 48.

65 *Ibidem*, pp., 333-335.

66 GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad: 1957-1997, publicado en: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas-Dirs- El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo I, Conciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra-Centro de Estudios Sociales-CES-, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, primera edición, Bogotá, 2001, p., 362.

ción conjunta por la seguridad del Estado. Aunque se reconoce el despertar de una conciencia en contra de la excepcionalidad como "técnica o paradigma de gobierno".

La frontera entre el derecho y la guerra se torna confusa. Es en el estado de excepción donde la relación amigo-enemigo, que en Schmitt identifica el concepto de lo político, cobra un valor inusitado. "La lógica amigo-enemigo ha invadido la interpretación jurídica"⁶⁷ La sociedad tiende a polarizarse a instancias no sólo de la dinámica de las situaciones generadoras de las crisis sino de las medidas adoptadas por el gobierno, de cuyo respaldo, rechazo o indiferencia dependerá la calificación de amigo o enemigo: Quienes no están conmigo (Estado encarnado en el gobernante), están contra mí". "La sustitución del delincuente por el enemigo, del derecho por la guerra, conduce al conflicto a una situación pre-contractual de lucha de todos contra todos, en la cual cada contendor crea sus propias reglas (...)"⁶⁸ El estado de excepción como violencia institucionalizada en el Estado y para el Estado, termina siendo instrumentalizado como mecanismo para la eliminación del adversario político, degradándose, aún más, en una "guerra sucia".

A lo expuesto se agrega la confusión entre la guerra y la política. "La guerra tiende a convertirse en un fin en sí misma, de manera que la política es convertida en un medio para hacer la guerra: para servir a ella como fin"⁶⁹ Así, la guerra se reafirma en la formulación de von Clausewitz como "la continuidad de la política por otros medios", y la política como un simple instrumento desprovisto de valor por sí mismo. Sería más conveniente reivindicar otras acepciones de la política como: "...política es sólo la acción humana que corta el nexo entre violencia y derecho"⁷⁰ y encontrar su sentido en la re-

67 *Ibidem*, p., 360.

68 GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad: 1957-1997, publicado en: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas-Dirs- El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo I, Conciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra-Centro de Estudios Sociales-CES-, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, primera edición, Bogotá, 2001, pp., 360 - 361.

69 APONTE C, Alejandro David, *Guerra y Derecho Penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del Derecho Penal de emergencia en Colombia*, Estudios Ocasionales, Centro de Estudios Socio Jurídicos-CEJUS-, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, julio de 1999, p16.

70 AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción. Homo sacer II, 1, Pre-textos, Valencia, 2004, p., 128.

afirmación de la vida en sociedad, en relación con el "otro", y sobre la base de generar consensos que desactiven o hagan manejable el conflicto, en contextos de pluralidad y libertad⁷¹.

En el marco de la relación entre derecho y guerra, guerra y política se explica, por ejemplo, el modelo de Derecho Penal eficientista, que constituye un nuevo modelo de Derecho Penal de la emergencia⁷².

La asunción de la anormalidad como regla ha generado "una cultura de la emergencia" o "cultura de la excepcionalidad", en la cual la apelación sistemática al estado de excepción se ha convertido en un "paradigma de gobierno", que hace cada vez más difusa la frontera entre democracia y autoritarismo, derecho y guerra, política y guerra, con el consiguiente perjuicio para los derechos humanos. En esta "cultura de la emergencia" se encuentra inmerso el Estado colombiano, pese a las restricciones impuestas a la excepcionalidad en la Constitución de 1991, tal como se estudiará en capítulos siguientes.

EL ESTADO DE EXCEPCIÓN ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SEGURIDAD

Esta tensión sólo tiene relevancia para los regímenes democráticos en los cuales los límites al poder, a la autoridad, tanto en tiempos de normalidad como de anormalidad - y en éstos con mayor razón - remiten a la consagración de distintos dispositivos jurídicos de rango constitucional. Por supuesto que dentro de tales dispositivos se destacan los derechos humanos positivados en el orden jurídico interno de los Estados. "La función que cumplen los derechos humanos es la de límite al poder de acción u omisión (...) inicialmente de los estados y, hoy día, cada vez más, de otros centros de poder privado o supraestatal"⁷³. En el centro de esta tensión existe un debate constitucional que se plantea en torno a cómo en un régi-

71 ARENDT, Hannah. "¿Qué es la política?", Paidós, Barcelona, 2001, pp., 67-99.

72 "Se trata, sobre todo, de un modelo con marcada vocación instrumental. La administración de justicia adquiere ese carácter, en tanto tiende a servir a intereses particulares situados en el ámbito de las decisiones políticas coyunturales, pragmáticas o meramente partidistas; o en tanto pretende dar respuesta a las exigencias que surgen del conflicto armado interno que vive el país. El Derecho Penal, fruto del eficientismo, constituye por ello un Derecho Penal altamente politizado", en APONTE C, Alejandro David ". Op. Cit., pp., 15 -16.

73 ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho N°. 33, Bogotá, 2004, p., 27.

men democrático la demanda ciudadana de seguridad se inscribe en un discurso normativo de límites a los límites impuestos a los derechos humanos en los estados de excepción. La sola admisión de la imposición de límites a los derechos humanos en los estados de excepción enciende las alarmas no solo de los activistas de los derechos humanos, sino de teóricos del Estado constitucional y democrático de derecho.

Bajo el fenómeno jurídico-político del estado de excepción esta tensión se hace evidente desde el momento en que para restablecer el orden público perturbado, el ejecutivo, en calidad de legislador excepcional, expide medidas que anteponen la necesidad de seguridad a la reivindicación o reafirmación de los derechos humanos, necesarios para la realización de la vida en comunidad. Esto se problematiza aún más cuando autores, entre los cuales se cuenta Rodolfo Arango, sostienen que al interior del régimen democrático se plantean tensiones con los derechos fundamentales: "(...) existe una tensión entre derechos fundamentales y democracia, ya que los derechos fundamentales limitan las posibilidades de decisión legislativa - con mucha más razón cuando la decisión es adoptada por un legislador excepcional, acotación por fuera del texto - y aseguran personas y grupos frente a la voluntad política mayoritaria"⁷⁴.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción. Homo sacer II, 1, Pre-textos, Valencia, 2004.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho N°. 33, Bogotá, 2004.

APONTE C, Alejandro David, Guerra y Derecho Penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del Derecho Penal de emergencia en Colombia, Estudios Ocasionales, Centro de Estudios Socio Jurídicos-CEJUS-, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, julio de 1999.

ARENDT, Hannah. ¿Qué es la política?, Paidós, Barcelona, 2001

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. "Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad: 1957-1997", publicado en: Boaventura de Sousa Santos

74 Ibídem, p., 113.

y Mauricio García Villegas-Dirs-El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo I, Conciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra-Centro de Estudios Sociales-CES-, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, primera edición, Bogotá, 2001.

SCHMITT, Carl. Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía, texto seleccionado por Orestes Aguilar Héctor en su libro Carl Schmitt, teólogo de la política. Fondo de Cultura Económica de México, primera edición, 2001.

HOBBS, Thomas. Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. De la antigüedad a nuestros días, Trotta, Madrid, 2001.

IGNATIEFF, Michael. El mal menor. Ética política en una era de terror, Taurus, Madrid, 2005.

BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

ESTEFANÍA, Joaquín. Hij@, ¿Qué es la globalización?. La primera revolución del Siglo XXI. Santillana, Madrid, 2002.

SERRANO GÓMEZ, Enrique. Consenso y conflicto Schmitt y Arendt. La definición de lo político". Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2002.