

CRISIS SISTÉMICAS, SITUACIONES - LÍMITE Y ESTADO DE NECESIDAD.

Luis Roberto Wiesner Morales

SUMARIO: 1. Prólogo. 2. El Derecho, la normalidad y la ruptura (ordenamiento jurídico como sistema) 3. Los sistemas ante las crisis. Dinámica de las crisis que afectan a los sistemas complejos. Las respuestas del sistema jurídico ante las crisis. 4. Elementos definitorios de los estados de excepción. 5. Estado de necesidad. Concepto del estado de necesidad. Estado de necesidad en tres Constituciones comparadas. 6. A manera de conclusión.

1. PRÓLOGO

El escrito que se ofrece al lector parte de una hipótesis de catástrofe¹ que tiene por premisa el desorden que afecta todo el sistema, trátase de una sociedad, del Estado que la representa y protege, o del territorio que le sirve de fundamento. Este supuesto se aplicará al rango de medidas extraordinarias que algunos sistemas jurídicos han reconocido para conjurar la emergencia de situaciones que superan los medios ordinarios y excepcionales del Derecho.

¹ Catástrofe es, en palabras del Diccionario de la Lengua Española, ese "suceso infausto que altera gravemente el orden regular de las cosas". Destacamos su relación adversa con el concepto de orden regular, esto es, aquello que se ajusta a la regla, a la **norma** y por lo tanto puede calificarse de "normal". Así, la catástrofe se presenta como la antítesis de la normalidad. Destacamos la magnitud de la desviación que conlleva la catástrofe: una alteración **grave** de ese orden.

Nuestro tema es el Accidente (con mayúsculas), el Acontecimiento o Evento Mayor² o, en palabras más técnicas, la Situación – Límite que pone en entredicho al sistema e insinúa una mutación importante o, en casos extremos, es heraldo de su desaparición. Se trata de buscar la conjunción de la categoría de catástrofe con el Derecho y en particular con el arsenal de medidas de excepción, para destacar una de ellas, el estado de necesidad.

La tarea propuesta implica (a) reconocer el carácter sistémico del ordenamiento jurídico, para hacer énfasis en su apego a las vías conocidas, a la rutina y a la normalidad que constituye su efecto máspreciado; (b) explicar de manera esquemática los cambios que sufren los sistemas complejos ante desórdenes de magnitud superlativa; (c) poner de presente la situación contemporánea, en la cual interactúan fuerzas productoras de desorden en escala mundial; (d) contemplar la figura del gobernante que debe tomar las medidas necesarias para enfrentar las perturbaciones mayores y (e) constatar la existencia de este tipo de medidas de última instancia en algunos regímenes constitucionales modernos.

2. EL DERECHO, LA NORMALIDAD Y LA RUPTURA (ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO SISTEMA).

Todo ordenamiento jurídico puede ser entendido como un sistema de complejidad relativa, cuyos elementos son normas o conjuntos de normas, válidos para un territorio y una población dados. Este sistema exhibe en mayor o menor grado las propiedades comunes a todo sistema complejo, entre las cuales se destacan:

Cohesión. Constituye la propiedad basal de cualquier sistema y postula la unión entre los elementos del conjunto, gracias a la existencia de

² Definimos el Acontecimiento o Evento Mayor como la materialización de un riesgo sistémico en un siniestro único e inédito, con efectos de gran amplitud que se proyectan en el largo plazo y que conducen a una crisis o a una sucesión de crisis. Véase a LAGADEC, Patrick. Silence, risque majeur! en *L'Express* (1818), mayo 16 de 1986, p. 26.

estructuras ordenadoras, de procesos que ocurren permanentemente entre los elementos del sistema y entre éste último y el entorno, y a la vigencia de reglas que garantizan una cierta homogeneidad en estos y aquellas. La cohesión debe ser preservada en todo momento y a cualquier precio por el sistema, y esta es la razón de Estado que justifica las medidas más drásticas en la vida de los sistemas políticos. La figura del "estado de necesidad" que se explora en el presente ensayo se justifica precisamente en el mantenimiento de la cohesión del sistema.

Interconexión. Esta propiedad de los sistemas consiste en propagación de los efectos a través de todo el sistema, gracias al principio cohesivo y a la existencia de estructuras y ante todo de procesos, que permiten la extensión de los efectos que se produzcan en una parcela del sistema a todo el conjunto. Esta característica no siempre juega a favor del sistema; las crisis, los pánicos y las epidemias tienden a expandirse a través del tejido conjuntivo de los sistemas, especialmente si se trata de sistemas levantados sobre componentes vivos. El Derecho no es especialmente adepto a la interconexión de todos los elementos, sino por el contrario, al tratamiento individual y separado de los mismos. Cuando una crisis o perturbación mayor hacen su aparición, el Derecho utiliza sus mecanismos de excepción para detener el contagio del desorden a todos los elementos del conjunto.

Homeóstasis. Esta regla de funcionamiento enseña que los sistemas complejos se reproducen y regeneran a partir de sus elementos, para lograr así un estado de equilibrio interno que se hace valer ante el entorno. Los sistemas jurídicos tienden especialmente al equilibrio, buscan el equilibrio, al punto que su finalidad principal es lograr la justicia -equilibrio por excelencia- y de otra parte promover un estado de armonía en la población sujeta a su imperio, que es precisamente lo que se tiene por normalidad.³

³ El Diccionario de la Lengua Española incluye la siguiente definición de normal: "Dícese de lo que por su naturaleza, forma o magnitud se ajusta a ciertas normas fijadas de antemano". En el contexto de lo social, las normas las fija la sociedad y entre ellas se destacan las normas jurídicas. El Derecho es un mecanismo normalizador por excelencia.

Autorreferencia. El Derecho, como otros sistemas, se explica a partir de sí mismo. Las reglas de interpretación que hacen realidad sus normas abstractas, han nacido y se encuentran al interior del orden que ayudan a materializar. La autorreferencia implica un cierto grado de ensimismamiento del sistema, de justificación tautológica.

Diferenciación. El sistema jurídico es -como todo sistema-, complejidad organizada que surge para contrarrestar la complejidad caótica del entorno. Para alcanzar este último propósito el sistema debe realizar dos faenas: (a) en una primera instancia, trazar un límite que lo separe de su exterior y le otorgue identidad; (b) posteriormente, subdividirse, para lograr la funcionalidad, la especialización, la estratificación y sobre todo la jerarquización necesaria para controlar de manera puntual su interior. La diferenciación consiste entonces en aquel proceso de creación de estructuras al interior de un sistema para impartirle orden al conjunto. Nótese que el Derecho es un sistema bien diferenciado, donde el lindero entre lo jurídico y lo no jurídico está determinado de manera tajante por las normas, y donde coexisten al interior del ordenamiento jurídico subconjuntos temáticos y lógicos con relativa autonomía.

Reiteración. El principio reiterativo o recursivo dicta que en un universo de complejidad mayor y creciente, los sistemas hacen parte de sistemas más vastos, conocidos como suprasistemas o metasistemas. El universo aparece entonces como una constelación de cadenas de sistemas, que se reiteran desde lo microscópico hasta lo inconmensurable. El Derecho no es ajeno a esta configuración. El ordenamiento jurídico hace parte de un suprasistema social; es un producto de ese metasistema, y puede decirse que existe para mantener la normalidad de esa organización superior y para darles validez a las facetas políticasocial, económica, ideológica, y hasta mítica de dicho suprasistema, llámese este último sociedad, nación, comunidad, etc.

A su turno, el Derecho es el metasistema para los conjuntos normativos creados en su interior, a los que hicimos referencia atrás. Es de la mayor

importancia destacar la función de gozne o de norma de frontera que caracteriza a toda Constitución, que actúa como límite, vínculo y conducto entre el suprasistema social y el sistema jurídico que ella remata. Es en esa instancia donde se plantearán los problemas y las soluciones existenciales no solo del Derecho sino también de la colectividad que lo ha generado.

Sinergia. Esta propiedad básica de la teoría sistémica, postula que ese conjunto organizado que es el sistema tiene más valor y es más complejo que la adición de sus partes individualmente consideradas, lo cual revela al sistema como un *plus*. Así, la totalidad de elementos conectados al conjunto se constituye en algo nuevo, que no solo es más que la suma de sus elementos sino que tiene nuevas propiedades. En cuanto al Derecho, hay que reconocer que la norma jurídica aislada es inexpressiva si se toma con abstracción del ordenamiento total. Es por esto que las normas jurídicas deben aplicarse e interpretarse de manera sistemática, apoyándose unas en otras. Puede decirse que para el caso del Derecho, el *plus* del conjunto normativo es la vigencia del orden jurídico. Esta sinergia ha sido contemplada de manera explícita como una meta de la colectividad en el preámbulo de la Carta Política y en sus artículos 2, 89 y 189-4 de la misma.

Retroalimentación cibernética (del griego *kibernetes*, el que está al timón). Este rasgo de los sistemas complejos hace referencia a su capacidad para registrar el impacto de las propias acciones en el entorno, de modo tal que puedan adaptar su comportamiento para influir en el medio que los circunda y para ajustar su comportamiento. La principal herramienta cibernética es la retroalimentación (*feed-back*) negativa, que consiste en la autocontención que ejerce el sistema sobre sus acciones para reprimir desviaciones y mantener así al sistema dentro de unos parámetros dados. El Derecho es, en su mayor parte, un conjunto de medidas de retroalimentación negativa, que previene o reprime el crimen, mantiene el orden público, canaliza la libertad contractual en ciertos tipos de acuerdos, escoge las clases de personas jurídicas que se pueden crear, señala las exigencias que acompañan al derecho de

propiedad y establece una mirada de restricciones y autorrestricciones que impiden la emergencia de desórdenes.

Negentropía. El término describe aquellas formaciones naturales o sociales que se oponen a la entropía y al desorden.⁴ Los sistemas naturales y con mayor razón los sistemas humanos aparecen como triunfos efímeros ante la disolución inevitable de la materia. Entre las construcciones humanas más memorables se destaca el Derecho como productor de orden, de estabilidad adaptativa y de normalidad. El Derecho no sólo se proclama como "orden", sino que lo hace efectivo mediante sus jerarquías, sus procedimientos y sus principios reconocidos universalmente.

Esta referencia necesariamente parcial a las características sistémicas de un ordenamiento jurídico moderno, tiene como propósito enfatizar la vocación permanente del sistema como conjunto productor de normalidad. Con la salvedad de las instituciones de excepción, puede afirmarse que la vida del Derecho discurre dentro de los parámetros de lo normado, de lo acostumbrado y lo predecible. El Derecho está vinculado teleológicamente con estados de normalidad.

Por ello no está en la mejor disposición para enfrentar aquello que se escapa de la normalidad. Lo anormal es por definición exceptivo, y como tal es tratado por el Derecho. El manejo de lo anormal es ajeno al sistema legal. Podría decirse que el sistema jurídico no está concebido para enfrentar con solvencia lo anormal. Debe tratarlo como anomalía, con un manejo circunscrito en el tiempo y en el alcance de las medidas, lo cual riñe con las exigencias que plantea la aparición de lo imprevisto y, en el peor caso, de lo impensable.

⁴ La entropía, conocida también como la Segunda Ley de la Termodinámica, condena a toda la materia en el Universo al aquietamiento y la muerte. Se trata de un destino ineluctable de lo físico, que tiende a la disminución paulatina de la actividad molecular. A manera de ejemplo puede mencionarse el progresivo enfriamiento de los soles con la aparición de estrellas enanas y, si la masa de las mismas es muy intensa, la culminación del proceso en agujeros negros.

Robert Rabin, al comentar sobre el desastre de Buffalo Creek, adelanta la hipótesis de la inadecuación congénita del sistema legal para enfrentar lo inesperado, en ese caso la ruptura de un dique industrial que devastó una población minera en Virginia occidental, Estados Unidos.⁵ En sus palabras, "los desastres golpean al sistema legal en su vulnerabilidad a lo no anticipado. Los sistemas administrativo y judicial, confrontados con la ocurrencia sin precedentes, funcionan de manera menos efectiva".⁶ Esta falta de adecuación del sistema legal fluye del carácter rutinario de las operaciones administrativas del Estado. Rabin explica la afirmación citada en los siguientes términos:

"El tema que he enfatizado a lo largo de este ensayo es que el sistema legal está diseñado para tratar con lo regular y predecible. Los administradores hacen sus tareas de manera más enérgica y eficiente cuando la experiencia les ha facilitado patrones de comportamiento y las Cortes promoverán más efectivamente las metas de prevención y compensación cuando están tratando con categorías de casos que les son familiares..."⁷

A continuación se abordará el tema de la dinámica que afecta a los sistemas complejos, cuando son conmovidos por fenómenos externos o internos de gravedad, fenómenos que tienen una repercusión sobre la normalidad del sistema afectado al punto de poner en tela de juicio su funcionamiento ordinario, y en los casos más extremos la supervivencia del conjunto. Bajo esta luz se hará referencia a las medidas de excepción que contemplan los ordenamientos jurídicos modernos.

⁵ RABIN, Robert. Dealing with Disasters: Some Thoughts on the Adequacy of the Legal System. *Stanford Law Review* (30): 281-298, enero 1978.

⁶ Rabin, *supra*, pp. 297, 298.

⁷ *Ibidem*.

3. LOS SISTEMAS ANTE LAS CRISIS.

Dinámica de las crisis que afectan a los sistemas complejos.

Las rupturas extraordinarias de la normalidad generan crisis en los sistemas. De entrada hay que destacar el carácter dinámico de la crisis, que es un proceso antes que un acontecimiento aislado y no debe ser confundida con la perturbación que la genera. La crisis es el momento de la verdad del sistema, sea éste un ser humano enfermo, un Estado enfrentado a la sedición interna, o una idea confrontada por nueva evidencia.

Morin afirma que la crisis es un momento revelador y realizador. Revelador porque hace visibles los elementos subterráneos y reprimidos de la estructura; realizador, en la medida en que hace efectivos los temores, los riesgos y las posibilidades del sistema que pone en cuestión.⁸

Para Sinding⁹, la crisis es el proceso que afecta los elementos esenciales del sistema, los **fundamentos** de aquello que está en crisis. Esto implica que la situación crítica afecta y señala al sistema en su totalidad y por tanto que debe ser enfrentada cabalmente. Hay que ir al fondo de la crisis para salir de ella o para constatar que no hay fondo. En otra ocasión se dijo: "...Crisis que no toca fondo es crisis no resuelta, que invita a nuevas y más profundas conmociones de la normalidad. El nexo de la categoría 'crisis' y el dominio de lo fundamental señala que la crisis revela la realidad profunda, subyacente al sujeto y su mundo, poniendo en evidencia lo que estaba en la sombra."¹⁰

⁸ MORIN, Edgar. *Sociología*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp 159 – 172.

⁹ SINDING, Richard. *Qu' Est –Ce Qu' Une Crise?* Presses Universitaires de France. Vendôme, 1981.

¹⁰ WIESNER, Luis Roberto. El Concepto Sistémico de Crisis, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* (318): 121 – 145, junio de 1991, pp. 124, 125.

Morin ha caracterizado la dinámica crítica como una ruptura de la normalidad seguida de efectos cada vez más disruptivos y anarquizantes.¹¹ En un primer instante actúa la **perturbación**, que es un evento externo o un proceso interior al sistema que por su gravedad, su enormidad y su capacidad de conmover, llevan al conjunto de que se trata a un límite, al **umbral de lo normal**, más allá del cual dejan de funcionar las variables esenciales del sistema en su modo ordinario. Traspasado este umbral, las variables esenciales pueden operar de modo distinto, o en algunos casos dejar de actuar. A manera de ejemplo, son variables esenciales del sistema físico humano la tensión arterial, la respiración, el funcionamiento renal o la actividad cerebral. Son variables esenciales del orden constitucional, la unidad nacional, la integridad territorial, la separación de los poderes, la vigencia efectiva de la Constitución o la existencia de instituciones esenciales como la Presidencia de la República, el Congreso y las altas Cortes.

Superado el umbral de la normalidad se desencadena un proceso que incluye: (a) **la progresión de las incertidumbres**, esto es, la conciencia generalizada de la crisis sin que se atisben las soluciones; (b) **los bloqueos de las regulaciones** que aparecen cuando las normas dictadas para la normalidad dejan de ser efectivas y de responder a los hechos; (c) **los desbloqueos de las desviaciones**, que tienen como efecto que los elementos marginales o marginados del sistema se hagan evidentes. Así ocurre con la aparición de movimientos alternativos o, el auge de la economía subterránea, sin que esto confronte directamente al sistema; (d) **la emergencia de los desórdenes**, que es en sí la exteriorización de la crisis. En este punto, lo complementario se vuelve antagonista y los elementos suprimidos o reprimidos del sistema se ponen en evidencia para desafiar al orden establecido. En las enfermedades, coincide con la aparición de los síntomas, y en lo político, con las protestas, asonadas y la sedición abierta; (e) **los desbloqueos perversos**, que son en su mayor parte retroalimentaciones (*feed-back*)

¹¹ MORIN, Edgar. Pour une Crisologie en *Communications* (25) Centre d'Etudes Transdisciplinaires, París, 1976.

positivas, caracterizadas porque las tendencias son reforzadas en lugar de ser atenuadas. Así, la violencia genera más violencia, el temor trae más temor, el acaparamiento conduce a mayores niveles de concentración de bienes, el desierto llama al desierto, entre otras tendencias que se afirman a sí mismas.

En ese momento se alcanza un segundo umbral que denominaremos el **umbral crítico** o **catastrófico**, que una vez cruzado lleva a un proceso irreversible de deterioro del sistema. En esta coyuntura los desbloques perversos pueden dar lugar a reacciones en cadena (*runaway reactions*), las que en lo fisiológico pueden asociarse al fallo sucesivo de los subsistemas vitales del enfermo, y en lo político se manifiestan como procesos revolucionarios, tal como lo ocurrido en Rusia en 1917 o en Irán en 1979. Esta fase puede terminar con la desaparición del sistema de que se trate, o su supervivencia en un estado disminuido, inclusive con ablación de algunos de sus elementos.

Desencadenada la fase paroxística de la crisis, el sistema está abocado a las siguientes alternativas:

- (a) Sofocar los desórdenes, detener los desbloques perversos, disipar las incertidumbres, reinstalar las regulaciones y terminar con el estado de crisis. Esta eventualidad exige que elemento conductor y aglutinante del sistema tenga la voluntad y los recursos que la hora exige. La solución puede conllevar sacrificios por parte del sistema, tales como un cambio de regulaciones, o si la crisis es más profunda, el sacrificio de uno o varios elementos del mismo y en casos extremos, la transformación del sistema. La Regeneración de Núñez fue un caso típico de crisis superada donde un sistema se reformó a sí mismo y modificó sus parámetros vitales para sobrevivir como república unitaria.
- (b) En otro escenario la crisis no se resuelve pero se detienen los efectos perversos del proceso. La crisis se vuelve el estado de cosas "normal" del sistema, que sobrevive de modo precario.

Es la hipótesis de la "regularidad de la anormalidad" o, en otras palabras, de la "anormalidad crónica", que ha caracterizado la vida política y social colombiana.

- (c) También es posible que la crisis no sea resuelta y que las fuerzas del desorden se generalicen a todo el sistema como resultado de la interconexión inherente a los ordenamientos complejos. En este caso se está en presencia de la muerte del sistema, como ocurrió con el colapso del Imperio Romano o con la involución extrema de la sociedad primitiva que existía en la Isla de Pascua, que desapareció como resultado de la guerra civil entre facciones y de la devastación del entorno.¹²

La respuesta del sistema jurídico ante la crisis.

Los ordenamientos jurídicos enfrentados a crisis de diversos órdenes ponen en movimiento sus peculiares mecanismos de respuesta extraordinaria, que en términos generales conllevan: (a) la decisión de entregar al Gobierno facultades ampliadas; (b) en los casos más graves, el recurso a la ley marcial para enfrentar el peligro exterior o los desórdenes internos; (c) la suspensión de algunas garantías individuales; (d) en lo posible, la continuidad de los Poderes Legislativo y Judicial; (e) la expedición de normas de rango legal y carácter temporal por el Ejecutivo; (f) todo lo anterior, mediante ritualidades (declaratorias, bandos y ultimátums); (g) en un horizonte de tiempo limitado; (h) dentro de un rango de posibilidades que va desde la respuesta a un conflicto bélico exterior (estado de guerra) a las medidas tendientes a controlar situaciones de calamidad (estado de alarma, estado de emergencia).¹³

¹² Para una reconstrucción del colapso de la sociedad primitiva en la Isla de Pascua, véase a DIAMOND, Jared. Easter's End en *Discover*, vol 16 (8): 63 -69 agosto de 1995.

¹³ Para una clasificación de los diferentes mecanismos de respuesta extraordinaria, ver NEGRETTO, Gabriel, *El Problema de la Emergencia en el Sistema Constitucional*. Editorial Abaco, Buenos Aires, 1994, pp. 204.

Palau, con apoyo en la obra de Cruz Villalón, distingue los mecanismos de respuesta a las crisis mayores en dos vertientes: aquella del **estado de necesidad**, que es materia del presente ensayo y la familia de los **estados de excepción**, que presentan dos variantes, (a) la dictadura constitucional, de la cual fue ejemplo el artículo 121 de la Constitución de 1886 y (b) los estados de excepción propiamente dichos, que inspiraron los artículos 212 a 215 de la Constitución Política vigente.¹⁴

Este no es el lugar para hacer una disertación sobre los tipos de medidas extraordinarias a disposición del Ejecutivo para enfrentar las situaciones de grande y grave anormalidad. Haría falta un trabajo considerablemente más extenso y riguroso para alcanzar ese cometido. Los propósitos son más modestos: señalar las diferencias que hay entre los estados de excepción y el estado de necesidad y una vez hecho esto, referir tales estados a la perspectiva de crisis sistémica que se esbozó atrás.

4. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN.

Los estados de excepción integran una familia de medidas constitucionales y legales para tiempos de perturbación grave, en las que se altera temporalmente la separación de los poderes públicos para concentrar todas las fuerzas del Estado en el Poder Ejecutivo, de modo tal que el Gobierno pueda enfrentar un trance peligroso del sistema, que no necesariamente se limita al sistema jurídico sino que comúnmente se inicia en el sistema político. Sus elementos definitorios son los siguientes.

Temporalidad. - No se conciben estados de excepción permanente, pues de existir, se operaría la transfiguración del Estado de Derecho en un estado de anormalidad como realidad única, en la cual el miedo y la coacción serían los únicos aglutinantes de la sociedad. A manera de ilustración, véase el carácter temporal de los estados de guerra y de conmoción interior que contempla la Constitución de 1991.

¹⁴ Juan Carlos Palau Trías. El estado de conmoción: nuevo ropaje para el viejo Príncipe en *Revista de Derecho Público*. Universidad de los Andes (4): 47 -72, noviembre 1993, p. 51.

Objetivos limitados. - Los estados de excepción necesariamente están confinados al manejo de la anormalidad colectiva y grave que constituye su razón de ser. Así, el artículo 212 de la C.P. establece que el estado de guerra exterior tiene como finalidad "el restablecimiento de la normalidad". A su turno, el artículo 213, que gobierna la conmoción interior, nos indica que la declaratoria y sus medidas están encaminadas a "conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos". Finalmente, el artículo 214 de la misma Codificación establece como objetivo último del estado de emergencia, "conjurar la crisis" e "impedir la extensión de sus efectos."

Interrupción de la normalidad. Los estados de excepción y las disposiciones que se desprenden de ellos tienen la impronta de lo precario. Su vocación es la de constituir un paréntesis entre períodos de normalidad. Esta es la razón de su ritualismo, que exige la declaración formal del comienzo del estado excepcional y posteriormente su levantamiento expreso (artículo 214 – 4 C.P.). Estas características se predicán también de la legislación permanente de desastres, concebida para enfrentar situaciones de anormalidad grave que, sin embargo, no se consideran como peligros para las instituciones. Para el caso colombiano, ver la Ley 46 de 1988 y el Decreto Ley 919 de 1989.

Suspensión de libertades. En sus expresiones más severas, a saber, el **estado de guerra**, el **estado de sitio** y el **estado de conmoción interior**, los estados de excepción interrumpen la vigencia de algunas garantías individuales que se juzgan incompatibles con los poderes ampliados y que se asocian a los desórdenes que comporta la crisis. En España se trata de los derechos/libertades de asociación, expresión literaria, artística, científica y técnica, cátedra y acceso a los medios de comunicación, y para el caso de los estados de guerra y de sitio, se suspenderán los derechos de ser informado de los motivos de detención, la garantía de no declarar contra sí mismo y el derecho a un abogado.¹⁵

¹⁵ CRUZ VILLALÓN, Pedro. La Protección Extraordinaria del Estado en *La Constitución Española de 1978*. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1988, pp. 697, 703.

En Colombia, el estado de sitio conllevó la suspensión de los derechos de libertad individual (artículo 28 C.N.), de garantías a la propiedad en casos de expropiación (artículo 33 C.N.), de la inviolabilidad de la propiedad privada ante la necesidad de ocupar inmuebles (artículo 33 CN), de expresión en general (artículo 42 C.N.), de expresión escrita (artículo 43 C.N.), de reunión (artículo 44 C.N.), de asociación (artículo 46 C.N.), y de separación de los poderes civil y militar (artículo 61 C.N.).

La Constitución de 1991 es considerablemente más celosa de las garantías individuales, como resultado del énfasis en los derechos fundamentales, que son impronta de la nueva Carta fundamental y justificación primordial del Estado Social de Derecho. La Constitución vigente es enfática al determinar que en los estados de guerra y de conmoción "No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales". (artículo 214 – 2 C. P.). Para el caso de los estados de emergencia, el Gobierno deberá cuidarse de "no desmejorar los derechos sociales de los trabajadores" (artículo 215 C.P último inciso).

Se evidencia un rasgo de los estados de excepción que no necesariamente está presente en el estado de necesidad: la voluntad de preservar las garantías individuales, incluso cuando se las suspende temporalmente. Se trata de mantener la intangibilidad del Estado de Derecho, es decir, el sistema jurídico. Bajo la lógica de los estados de excepción, las medidas extraordinarias de salvamento no pueden propiciar la perversión del sistema, que se estima tiene su fundamento en la preservación de los derechos y libertades de los asociados.

Los hechos generadores. Las crisis en el rango constitucional están en alguna medida estereotipadas. Se generan (i) por, estados de guerra exterior, que es considerada la eventualidad más grave; (ii) la gama de desórdenes interiores, que van desde la guerra civil declarada hasta las simples asonadas, pasando por los pronunciamientos militares, la insurrección armada de civiles y los paros armados y (iii) la ocurrencia

de eventos catastróficos, como desastres naturales y tecnológicos, epidemias, parálisis de servicios esenciales o desabastecimiento de productos de primera necesidad. Esta última categoría es manejada en España bajo el estado de alarma¹⁶, y en Colombia como estado de emergencia económica, social o ecológica. En ambos casos se las trata como las variantes débiles del arsenal de medidas de excepción, lo cual no necesariamente es correcto, como se verá adelante al examinar las eventualidades que pueden calificarse de Evento Mayor.

Controles. Finalmente debe hacerse referencia a los controles jurídicos y políticos sobre la declaratoria y respecto de los actos legislativos que ponga en vigor el Ejecutivo para defender la legalidad y recuperar la normalidad. El caso colombiano es dicente: en la Constitución Nacional de 1886 (incluidas sus reformas), existía un control jurídico meramente formal a cargo de la Corte Suprema de Justicia, que se limitaba a verificar el cumplimiento de requisitos de forma, tales como la consulta al Consejo de Estado y la convocatoria del Congreso. En la Constitución de 1991, la Corte Constitucional quedó investida de competencia para pronunciarse sobre los motivos de la declaratoria. Así, el Presidente de la República está severamente limitado en su albedrío al momento de declarar la emergencia. Se duplica entonces el control sobre la conveniencia de la medida, que tradicionalmente era ejercido por el Senado.

En Colombia, la aplicación del estado de sitio a las tareas rutinarias de gobierno condujo a la "canalización" de esa herramienta poderosa, que debió reservarse para situaciones de verdadera crisis política y militar. Entre los efectos perversos de esa tendencia se destacaban (i) la pérdida del poder disuasivo del estado de sitio, (ii) la pérdida de flexibilidad del sistema jurídico y político que se concentraba en un punto, en una persona y (iii) la pérdida de credibilidad del Ejecutivo en materia de su rigor al momento de utilizar el estado de sitio. Por estas razones nace el control jurídico de la Corte Constitucional, que responde justamente a las deficiencias del pasado, pero que puede

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado, op. cit, pp. 692, 693.

no estar acorde con situaciones catastróficas, en las cuales el derecho es arrollado por los acontecimientos.

5. *EL ESTADO DE NECESIDAD*

Concepto del estado de necesidad.

El estado de necesidad no es simplemente una variante extrema de los estados de excepción. Ante todo, constituye una afirmación de realidades y de valores pragmáticos, entre los cuales se destacan: (a) la preeminencia de lo fáctico; (b) la existencia de límites y limitaciones del sistema jurídico; (c) la posibilidad del Evento Mayor; (d) la necesidad suprema de preservar el sistema, y (e) el concepto de soberanía como capacidad de tomar las decisiones para responder a esa necesidad.

En lo que hace a la supremacía de los hechos respecto del Derecho, es pertinente la concepción del derecho alemán conocida como "situación límite" o *Grenzfall*, que en lo político se manifiesta como *Ernstfall* esto es, "situación de transición". En su estudio sobre la obra de Carl Schmitt, Gómez¹⁷ se refiere a la situación límite en los siguientes términos:

"Rüdiger Altmann ha escrito que el caso límite se caracteriza por ser algo que no coincide con el curso normal de los acontecimientos, siendo su contrapunto la normalidad ... Se aplica tanto a circunstancias de la existencia de un individuo o grupo social como de ciudades, Estados o pueblos."¹⁸

Existe una conexión indudable entre el concepto de situación límite tal como lo entiende la doctrina alemana y la noción de umbral que utiliza Morin, como se vio atrás. Altmann considera que la crisis es el estado del sistema previo al *Ernstfall*, lo cual parece indicarnos que con ese

¹⁷ GÓMEZ, Germán. *Excepción y Normalidad en el Pensamiento de Carl Schmitt*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

¹⁸ GÓMEZ, *Excepción y Normalidad*, op. cit, p. 67. Negrilla es nuestra.

término se refiere al "umbral crítico" o "umbral de catástrofe" en los términos de Morin. Al respecto explica Gómez:

"La crisis en sí no es todavía el *Ernstfall*; es como describe metafóricamente Altmann, **la corriente que se acerca a la catarata de la Revolución**, que puede acabar siendo el desenlace de la crisis, que marca el fin del tiempo de las expectativas y el comienzo del tiempo de la realización de las mismas ..."¹⁹

Fin del tiempo de las expectativas y fin de la incertidumbre, pero, en cualquier caso, fin del sistema que las abrigaba, donde algunos esperaban el regreso a la normalidad y a la seguridad tal como las conocían, en tanto que otros aguardan el paso a una nueva realidad, donde se materialicen los deseos, los miedos, las revanchas y sobre todo los cambios. Como lo describe vívidamente Altmann, en el umbral crítico el sistema se encuentra al filo de la catarata. En este momento crucial la lógica del Derecho le cede las riendas a la lógica cruda de la necesidad, como lo explica Gómez al decir,

"Josef Isensee considera al *Ernstfall* como una categoría ajurídica, y señala que no se trata de ninguna característica de Derecho Constitucional, siendo, además, inapropiada para encontrar acogida en el marco de una Constitución de Estado de Derecho, ya que el Estado de Derecho domina por medio de la ley y se basa en la normalidad, que es la condición determinante de las normas. **El *Ernstfall* por el contrario, es lo anormal y se burla del cálculo del legislador conectado a situaciones típicas, repetibles, conceptualizadas con generalidad. El *Ernstfall* es irregular e incalculable, genera tensiones intensas** y, lo que es más importante, provoca la adopción de *medidas*, en tanto que reacciones del Estado, únicas, determinadas por la situación y superadoras de las normas."²⁰

¹⁹ GÓMEZ, *Excepción y Normalidad*, supra, p. 68.

²⁰ GÓMEZ, *Excepción y Normalidad*, op. cit, p. 68. Negrilla fuera de texto. Nótese la referencia a lo típico, lo repetible como esencia del sistema jurídico y en particular de la ley, por oposición al reino de la incertidumbre que se manifiesta en las situaciones – límite. En coincidencia con el discurso de Robert Rabin, *supra*.

Schmitt, Altmann e Isensee, coinciden en describir una categoría de eventos que superan la normalidad, sitúan a la sociedad y sus representantes en un marco donde las reglas del Estado de Derecho no operan completamente o han dejado de operar; eventos extraordinarios que exigen del gobernante respuestas únicas, que van más allá de las normas. Ahí radica una diferencia sustantiva entre el estado de necesidad y los estados de excepción; en el primero, la situación –límite es la que determina las exigencias de la acción, en tanto que en los estados de excepción todavía se está dentro del límite del sistema jurídico y las normas mismas prescriben hasta dónde irá la acción extraordinaria del Estado.

Al respecto dice Gómez: "Para Isensee, el *Ernstfall* (la situación límite), a diferencia del *Ausnahmestand* (estado de excepción), no es ningún supuesto normativo, sino una circunstancia vital, un suceso existencial y no un acto jurídico. Es un concepto ajurídico e incluso acientífico, que obliga a los juristas a contemplar el Derecho Constitucional desde una perspectiva desacostumbrada..."²¹

Para la escuela de Schmitt, lo excepcional encarna cuando el sistema alcanza la situación –límite, que se trataría de lo contrario a lo normal.²² Esta situación extrema, al hacer imposible la efectiva realización del ordenamiento jurídico incluso en sus aristas de estados de excepción, exige la intervención de la voluntad superior y única del gobernante, desatada de trabas normativas, para defender el sistema del cual se aparta conscientemente²³. En este punto debe retomarse la teoría sistémica de la crisis expuesta por Morin, para destacar que la situación límite puede ubicarse en uno de los dos umbrales ya mencionados: (a) el umbral de la normalidad o (b) el umbral crítico.

En el primer caso, la situación –límite estaría dentro de un rango "admisible" para el sistema, pues no se habrían desencadenado los

²¹ GÓMEZ, *Excepción y Normalidad*, op.cit, p. 69.

²² GÓMEZ, *Excepción y Normalidad*, op.cit. p. 66.

²³ NEGRETTO, *El problema de la emergencia*, op.cit, pp. 30. 31.

desórdenes ni los desbloques perversos que caracterizan una situación fuera de todo control (*runaway*). El sistema no se encontraría a las puertas de esa fase "paroxística" de la crisis. Es probable que para esta clase de situaciones sean suficientes los estados de excepción tradicionales, anclados en el Derecho y en la Constitución. Se pueden considerar dentro de esta hipótesis los desastres naturales confinados a un área geográfica y a una población determinada, por graves que sean, como el caso de Armero en 1985 o el de Armenia en 1999. También cabrían en tal categoría, la subversión crónica, como la sufrida por Colombia, el bandolerismo, y otros grados de conmoción interior. Todo lleva a pensar que la noción de situación –límite no coincide con aquella de umbral de la normalidad.

En el segundo tipo de eventos, la situación –límite aparece cuando el sistema ya se encuentra en crisis y está a punto de rebasar la línea divisoria entre la crisis que es superable y aquella que no se sabe si lo sea. En esta categoría se encuentran las situaciones catastróficas o cataclísmicas²⁴ A ella pertenecen convulsiones tan brutales como el genocidio de la etnia *Tutsi* en Ruanda a manos de los grupos armados de la minoría *Hutu*, que dejó 800.000 muertos en menos de un mes, la Guerra del Chaco que devastó a la población masculina de Paraguay, o la Guerra Civil Española que enfrentó a muerte las dos mitades de esa Nación entre 1936 y 1939. En esos casos, lo que estaba en juego no era simplemente el Derecho, o la Constitución o incluso el Estado; estaban en peligro naciones enteras, con sus respectivas concepciones del mundo y, lo que es más grave, con sus poblaciones como víctimas propiciatorias.

²⁴ El cataclismo tiene una connotación de gravedad aún mayor que la catástrofe. Para el Diccionario de la Lengua Española, cataclismo es el "Trastorno grande del globo terráqueo, producido por el agua, como el diluvio universal, el hundimiento de la Atlántida, etc" y también, en sentido figurado, un "Gran trastorno en el orden social o político". Sin lugar a dudas el *tsunami* que asoló las costas del Océano Índico el 26 de diciembre de 2004 con un saldo de más de 250.000 muertos, fue un verdadero cataclismo, como lo fue también la Primera Guerra Mundial, que señaló el fin de los imperios, de la hegemonía europea y fue la causa primera de todos los males del Siglo XX.

El estado de necesidad se perfila entonces como la respuesta del soberano a la situación límite que alcanza o sobrepasa el **umbral crítico** de un sistema. Los poderes de necesidad no se activarían ante estados de mera necesidad, como sería el caso de una recesión prolongada, ni frente a situaciones de urgente necesidad o urgencia, tal como acontece con un desastre natural circunscrito a una región, ni siquiera ante los casos de grave necesidad, como aquellos que dan lugar a la declaratoria de conmoción interior o, peor aún, de guerra exterior, que bien podría calificarse como una "extraordinaria necesidad". Las patologías colectivas alcanzan su grado máximo en la "extraordinaria y urgente necesidad" y es ahí donde se encuentran las condiciones para contemplar la puesta en marcha del estado de necesidad.²⁵

Extraordinaria y urgente necesidad como aquella de responder un desafío excepcional en el plano militar a la manera en que debieron hacerlo el Presidente Roosevelt en 1941 frente al ataque japonés a la flota de Pearl Harbour, y cincuenta años más tarde el Presidente Bush ante el ataque terrorista contra las Torres Gemelas, el Pentágono y la Casa Blanca. En ambos casos la nación agredida se despertó a contemplar cómo sus iconos (acorazados, rascacielos) caían bajo los golpes certeros y alevés de un enemigo jurado.

Extraordinaria y urgente necesidad como la que debió afrontar el Gobierno de Gorbachev en la madrugada del 26 de abril de 1986, al producirse la catástrofe de Chernobyl y su nube letal, que amenazaba con extenderse en los días siguientes sobre toda Europa si no se apagaba el reactor y se ponía término a la contaminación radiactiva. El mismo Gorbachev, presidente de la Unión Soviética en esa coyuntura extrema, confesó que la explosión del cuarto reactor en Chernobyl fue el hito que marcó el comienzo del declive de la URSS.²⁶

²⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en el Derecho público*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1996, p. 43.

²⁶ GORBACHEV, Mikhail. Chernobyl partió la historia. *El Tiempo*, 1 -31, domingo 23 de abril de 2006.

Colombia, fértil en situaciones traumáticas, ha tenido pocas conyunturas de necesidad extraordinaria y urgente que ameritaran la aplicación de la teoría del estado de necesidad. Viene a la mente el asesinato de Gaitán, el posterior Bogotazo el 9 de abril de 1948, y el período de "La Violencia" que se desató a partir de ese momento. *Mutatis mutandis*, cabría preguntarse si la actual situación de conflicto armado constituye la justificación para declarar la existencia de una situación de extraordinaria necesidad. No se comparte tal hipótesis, pues las perturbaciones pueden ser enfrentadas con los mecanismos que la Constitución ofrece. En el pasado remoto, sin embargo, existieron circunstancias de naturaleza bélica que tomadas en conjunto constituían una situación límite, como se verá.

En nuestro medio, Vélez García se ha preocupado de exponer la hipótesis del estado de necesidad, al contrastar el sistema continental de derecho administrativo con el sistema angloamericano.²⁷

Nos enseña que el sistema legal anglosajón creó los "reglamentos de necesidad" para defender la *salus populi*. Estos reglamentos se caracterizan por otorgar al Ejecutivo una discrecionalidad "amplísima"²⁸ para la defensa de la sociedad y del Estado, ante "lo emergente" que es de "inmensa y notoria peligrosidad" para esa sociedad y Estado²⁹. El gobernante no debe estar sujeto a control judicial, sino únicamente a la restricción que él mismo se imponga al momento de hacer la valoración subjetiva de la amenaza o del peligro, que es un fenómeno meta jurídico por excelencia, sometido únicamente al "arbitrio psíquico" del gobernante y, posteriormente, al juicio histórico o, en el mejor de los casos, político.³⁰

²⁸ VÉLEZ GARCÍA, *Los Dos Sistemas*, op.cit, p. 81.

²⁹ VÉLEZ GARCÍA, *Los Dos Sistemas*, op. cit, p. 83.

³⁰ VÉLEZ GARCÍA, *Los Dos Sistemas*, op.cit. p. 85.

Ante la situación límite, el Gobierno hace a un lado al Derecho para defender el suprasistema social y por esta vía, el ordenamiento jurídico. Actúa más allá de lo legal para hacer efectivo ese deber de preservación que es primero entre los derechos y deberes de un Estado y de una Constitución. El Gobernante debe mantener la coherencia del sistema político que se le ha confiado, así como la definición de sus límites con el entorno, so pena de entrar en la fase paroxística de la crisis. Las sociedades humanas, como todo ser viviente, tienen el mandato elemental y poderoso de la conservación de sí mismas. Cuando esta realidad está en entredicho por la emergencia de unas circunstancias tan graves, tan desestabilizantes, que colocan al sistema al borde de la catarata, parafraseando a Altmann, es el momento de considerar si se pasa de los estados de excepción al estado de necesidad.

Estado de necesidad en tres Constituciones comparadas.

Constitución de Weimar.-El primer referente moderno de los poderes de necesidad es el artículo 48 de la Constitución de Weimar (1919), que decía textualmente:

"(...) Si la seguridad pública y el orden del Reich alemán fuera seriamente perturbado o puesto en peligro, el Presidente del Reich **puede adoptar las medidas necesarias** para la restauración de la seguridad pública y el orden y puede, de ser necesario, intervenir con las fuerzas armadas. Con este fin puede suspender en todo o en parte los derechos fundamentales en los arts. 114 (inviolabilidad de la persona), 115 (privacidad de la correspondencia); 118 (libertad de opinión y de expresión), 123 (libertad de reunión), 124 (libertad de asociación) y 153 (inviolabilidad de la propiedad...) "³¹

La norma llama la atención por su amplitud y su dureza, que contrastan con el tenor libertario de la Constitución que la albergaba.

³¹ Citado en NEGRETTO, *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*, supra, pp. 31, 32.

Probablemente era inevitable en una nación que acababa de atravesar una prueba suprema de fuerza y que se hallaba al borde del caos, alimentado por los combates callejeros entre los espartaquistas de izquierda y las brigadas especiales del Ejército (*Frei korps*), al tiempo que sufría una situación de penuria económica desconocida por la joven nación alemana. En cualquier caso no era un "reglamento de necesidad" ideal. El mismo artículo 48 le ordenaba al Presidente informar al Reichstag, es decir, al Parlamento, de las medidas adoptadas, las cuales podía revocar ese cuerpo representativo.

Probablemente el artículo 48 ayudó a sortear los años turbulentos de la primera postguerra hasta 1933. Ese año, como resultado de la debilidad del Presidente Hindenburg y de las maquinaciones del señor Von Papen, un hombre maligno se abrió paso al cargo de Canciller del Reich y con la ayuda del artículo 48 de la Constitución liberal persiguió a sus opositores, hizo a un lado la democracia y estableció la dictadura. Se trataba de Hitler, que procedió luego a demoler el sistema legal y a empujar a su país a la catástrofe más profunda que haya conocido una nación europea. Este antecedente aporta una nota de precaución sobre la utilización de los estados de necesidad.

Constitución Española de 1978. - La Constitución Española de 1978, heredera ideológica de la Constitución de Weimar, se apartó en general de la fórmula del estado de necesidad y escogió los estados de excepción como los mecanismos idóneos para sortear las contingencias extraordinarias. Se trata de los estados de alarma, de excepción y de sitio previstos en el artículo 116-1 de la C.E., que integran un arsenal para crisis. El estado de alarma está referido a las emergencias no bélicas, como catástrofes naturales, epidemias, parálisis de servicios públicos esenciales, interdicción del abastecimiento de productos esenciales y calamidades públicas similares.³²

³² CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado op.cit, p. 693.

El estado de excepción es una herramienta de naturaleza civil, creada para enfrentar perturbaciones internas y por ende para reprimir la acción de personal no militar. A diferencia del estado de alarma, el estado de excepción tiene como uno de sus efectos más significativos la suspensión de garantías esenciales tales como la libertad individual, el domicilio, la libertad de utilizar medios impresos, las garantías de circulación y de expresión. No son susceptibles de interdicción las libertades de asociación, expresión literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el acceso a los medios de comunicación.³³

Finalmente, el estado de sitio, heredero del anterior estado de guerra, es el mecanismo que pone en efecto la ley marcial y opera la sustitución de las autoridades civiles por las militares en materias de orden público, para abrirle la puerta a la aplicación de la jurisdicción militar a situaciones específicas de ese orden. Se trata de un procedimiento ritual, que se inicia con el bando que conmina a los enemigos del Estado a la rendición. Como ocurre con el estado de excepción, el estado de sitio permite al gobernante suspender los derechos fundamentales, incluso con mayor rigor, pues afecta los derechos de defensa de los detenidos³⁴

Los estados excepcionales incorporados en la nueva Constitución Española no se prestan para dictaduras constitucionales ni para un esquema de estado de necesidad como el que existía en la Constitución Española de 1931.³⁵ Estos mecanismos están severamente limitados. La misma Constitución dispone que (a) el Gobierno no puede actuar sin la intervención de la Cámara Baja del Órgano Legislativo, que será convocada inmediatamente si no está reunida (artículo 116 ordinales 1,2,3 C.E.); (b) la declaratoria de estados de excepción no podrá utilizarse para disolver el Congreso de los Diputados (equivalente a nuestra Cámara de Representantes), y de manera general, (c) no podrá alterarse o suspenderse el funcionamiento ordinario de los demás

³³ CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado, op.cit, pp. 694 – 697.

³⁴ CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado, op. cit. P. 704.

³⁵ CRUZ VILLALÓN. La protección extraordinaria del Estado op. cit. P. 716.

poderes del Estado (artículo 116 – 5 C.E.)³⁶; (d) tampoco podrán utilizarse estos hiatos de normalidad para iniciar reformas constitucionales y (e) está prohibido al Gobierno "afectar" los derechos fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución (artículo 86 - 1 C.E.).

Como puede apreciarse, los estados excepcionales de la Constitución Española guardan una estrecha semejanza con los estados de excepción de la Constitución Colombiana de 1991, lo cual no debe sorprender a nadie. En ambos casos, los mecanismos de excepción se caracterizan por evitar: (a) la disrupción del funcionamiento ordinario de los Poderes Públicos; (b) la vulneración de los derechos fundamentales de las personas; (c) la creación de espacios de poder sin freno; (d) la suspensión de los mecanismos de equilibrio entre la Rama Ejecutiva y la Rama Legislativa del Poder Público; (e) la opacidad de las decisiones, que deben ser informadas y explicadas al Congreso de los Diputados. Son poderes de excepción "domesticados", que asumen la persistencia del sistema durante su vigencia.

Sólo en una instancia la Constitución Española abandona la precaución que la caracteriza al momento de tratar lo excepcional. Este momento llega hipotéticamente, cuando las Comunidades Autónomas o bien se aparten de las obligaciones que les imponen la Constitución y las leyes o bien actúen de manera atentatoria contra el "interés general de España". Estos supuestos están contemplados en el artículo 155 C.E. que le permite al Gobierno "adoptar las medidas necesarias" para llevar a la Comunidad o Comunidades Autónomas por cauce de la normalidad.

Autores tan esclarecidos como Cruz Villalón se han pronunciado con alarma sobre estos poderes plenos conferidos por la Constitución al Gobierno, con respecto no a sus súbditos sino a los elementos constitutivos de la Nación Española. Para ese autor, el texto del artículo

³⁶ Tal como lo prescribe el ordinal 3º del artículo 214 de la Constitución Colombiana de 1991.

155 permite al Gobierno central invocar los poderes más radicales que se confieren en la Constitución de 1978, no con ocasión de una crisis o de una infracción, sino por "razones de índole política libremente apreciables por el Gobierno y por el Senado."³⁷

Cruz Villalón señala el artículo 155 C. E. como la nota discordante en el contexto garantista de las disposiciones de excepción. Refiriéndose a la norma en comento, dice:

"...cláusula cuya gravedad estriba no sólo en la absoluta indeterminación de las medidas adoptables sino, sobre todo, en la absoluta discrecionalidad otorgada a los órganos del Estado a la hora de aplicar la oportunidad de su aplicación. El artículo 155 es seguramente, el exponente más expresivo, y desafortunado, de esa concepción de la unidad del Estado, latente en la formulación del artículo 2º, como algo anterior, previo, y, por tanto superior a la misma Constitución y al ordenamiento jurídico en su conjunto. En definitiva, cabría afirmar que, por lo que hace a nuestra Constitución, 'soberano es quien decide acerca del artículo 155'; pero estas manifestaciones de soberanía son más un síntoma de ruina que no un instrumento de salvación del Estado".³⁸

Es preciso disentir de la posición asumida por Cruz Villalón en los párrafos citados. El artículo 155 de la Constitución ibérica cobra sentido al contrastarlo con el texto del artículo 2º inserto en la misma obra, que textualmente reza:

"La Constitución se fundamenta en la **indisoluble unidad** de la Nación española, patria **común e indivisible** de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas." (Acento fuera de texto).

³⁷ CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado, op. cit. p. 714.

³⁸ CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado, op. cit. p.717.

Es evidente que el artículo 155 de la Carta Política Española opera como freno de última instancia contra la secesión y la disgregación del conjunto nacional. El primer deber de un sistema es mantener la cohesión del conjunto, so pena de desaparecer como resultado de las fuerzas centrífugas que alientan la independencia de los subsistemas que lo habitan. Esto no es retórica abstracta. España recuerda bien los intentos separatistas vascos y catalanes del siglo XIX y principios del XX. Hoy incluso, existe un grupo separatista vasco que recurre a la violencia para expresar su voluntad de apartarse de la corriente general del pueblo español. Bajo esta luz cobra sentido la existencia del artículo 155 en la C.E.

Constitución Colombiana de 1886. - En la génesis del Estado unitario colombiano apareció fugazmente la noción del "estado de necesidad" presentado por don Miguel Antonio Caro al Consejo Nacional Constituyente de 1885 para el artículo 121 de la Constitución. El proyecto original de Caro decía:

"En caso de invasión extranjera o de conmoción interior y siempre que la paz y la seguridad pública peligraren, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

"Mediante tal declaración **quedará el presidente investido de las facultades que crea necesarias** para contener la agresión o reprimir el alzamiento, con arreglo al derecho de gentes..." (Negrilla añadida)³⁹.

Nótese que la propuesta de Caro era una versión "pura" del estado de necesidad, toda vez que ungía al presidente de los poderes y facultades que el Primer Mandatario juzgara necesarias. Esta redacción plasmaba la idea del soberano como único funcionario responsable de la decisión suprema consistente en hacer lo necesario para afrontar los peligros extremos. Como dice Vélez García, en el estado de necesidad la

³⁹ Artículo 119 del proyecto de Constitución, presentado en sesión del 27 de mayo de 1886 por el señor Caro.

decisión queda al "arbitrio psíquico" de quien la adopta, al hacer una valoración subjetiva de las causas y riesgos de la crisis⁴⁰.

Caro perdió el debate. Sus pares, con Ospina Camacho a la cabeza, censuraron el aparte resaltado argumentando que eliminaba la responsabilidad del Presidente porque todo quedaba a su albedrío, a lo que creyera en ese momento, al "hecho meramente psicológico que sólo puede apreciar el ser en quien se efectúa."⁴¹ En palabras de Ospina Camacho, "... la necesidad no se mide por meros juicios, sino por la necesidad misma."⁴² Dejar los poderes de excepción a la discreción del Presidente, a su arbitrio psíquico y moral les pareció excesivo a los Constituyentes de 1885, para quienes la necesidad no se mide sobre juicios "sino por la necesidad misma"⁴³, que supuestamente aportaría los linderos al actuar presidencial.

Don Miguel Antonio Caro se transó por la expresión "las facultades necesarias" y desapareció así la formulación "pura" del estado de necesidad. Obsérvese que, en esta fase, el artículo 121 de la Carta de 1886 era el equivalente en latitud al artículo 155 de la Constitución Española actual. Sin embargo, los constituyentes, y en especial Ospina Camacho y José María Samper, insistieron en limitar aún más los alcances del estado de sitio para llegar al texto definitivo que decía:

"Artículo 121. En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el presidente, **previa audiencia del Consejo de Estado** y con la firma de todos los ministro, declarar turbado el orden publico y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

"Mediante tal declaración quedará el presidente investido de **las facultades que le confieran las leyes**, y en su defecto de las que le da el derecho de gentes para defender los derechos de la Nación o para reprimir el alzamiento. (...)" (Negrilla fuera de texto).

⁴⁰ VÉLEZ GARCÍA, *Los Dos Sistemas*, supra, p. 85.

⁴¹ Texto original, p. 282.

⁴² Sesión del 27 de mayo de 1886.

Caro argumentó sin éxito que por una parte, el Consejo de Estado era una institución para tiempos de paz y por ende su juicio no era apropiado para tiempos de guerra y conmoción. Se trataba de una formalidad que no se avenía con el tiempo de la emergencia. Además, arguyó que el derecho de gentes era desconocido por las personas a quienes se les aplicaría en caso de guerra o levantamiento interno y por ende se le estaba dando al Presidente un amplio margen de arbitrariedad.⁴⁴

Los argumentos del señor Caro cayeron en el vacío y empezó una tendencia constitucional que todavía no termina sino que por el contrario se acentúa, a blindar los derechos fundamentales en tiempo de crisis, a garantizar la vigencia de las instituciones de normalidad en momentos de anormalidad y a imponerle controles al Presidente en situaciones de grave crisis política, social, militar o económica. Esta tendencia, bueno es recordarlo, camina paralelamente a una tendencia general al agravamiento de las crisis, los desastres y las guerras. Se presenta entonces un debilitamiento de los poderes de excepción al tiempo que se agravan las circunstancias que los invocan.

Es cierto que durante el siglo XX se abusó en nuestro país del estado de sitio, probablemente porque es más fácil gobernar con él, porque en la práctica el Ejecutivo es el único poder efectivo cuando existen condiciones de anormalidad grave, como lo explicó con lucidez José Joaquín Guerra, al señalar que en casos de guerra, alzamiento u otra calamidad colectiva, "la única autoridad que quedaba en pie, defendiéndose permanentemente era la autoridad ejecutiva."⁴⁵

Guerra añadió que si la única autoridad era el Ejecutivo, dictar medidas de carácter permanente sobre asuntos con vocación de permanencia era auto – defensa del Estado y de la sociedad. Agregó que los poderes extraordinarios del Gobernante se justifican en el hecho mismo y son anteriores – y superiores se puede agregar – a la Constitución.⁴⁶

⁴⁴ Sesión del 27 de mayo de 1886.

⁴⁵ Citado en CHARRIA ANGULO, Alfonso. *Legalidad para Tiempos de Crisis*. Ediciones Pedro Valencia Goekel y Jorge Alberto Gil. Bogotá, 1984, p. 34.

⁴⁶ CHARRIA ANGULO, *Legalidad para Tiempos de Crisis*, op. cit. p. 35.

Compartimos la apreciación de Guerra sobre el Poder Ejecutivo como último baluarte de la sociedad en tiempos de crisis, pero agregamos, de *gravísima* crisis, pues un estado de cosas en el cual sólo se mantenga la autoridad del Ejecutivo, del Presidente, del Gobernante y Jefe del Ejército y la Administración, es un escenario en el cual se han derrumbado las columnas del Estado de Derecho, para ceder el puesto a la fuerza organizada. En términos de Hobbes, la concentración de poderes que visualizó Guerra, acota el desorden, que se mantiene a raya mediante **el miedo**, pero ha desaparecido **el mito**, integrado por las creencias, los valores, la legitimidad que confieren la ley, la representatividad parlamentaria y el funcionamiento de la Justicia.⁴⁷

No es de recibo en cambio su opinión, según la cual si el Ejecutivo es el pilar más sólido del Estado y si las turbulencias que lo rodean hacen de ese Estado la única entidad viable (temporalmente), entonces debe aplicar sus poderes de excepción a legislar sobre los asuntos cotidianos, sobre procesos y estructuras de la normalidad. Esto equivaldría a aceptar la "normalidad de la anormalidad" como ha sido reconocido ampliamente por sectores críticos del ejercicio del estado de sitio en Colombia.⁴⁸

Pero, ¿cuál era entonces ese estado de gravísima necesidad, de crisis profunda que inspiró a Don Miguel Antonio Caro para proponer su fórmula de "estado de necesidad" en los eventos de guerra exterior y alzamiento interno? Acaso el ideólogo conservador estaba simplemente expresando su horror por el desorden como corolario de su pensamiento político?

La historia del Siglo XIX en Colombia parece darle la razón a Caro. En 1885 el conglomerado social estaba al borde del caos, de esa disolución social de la que habla Aníbal Romero, de ese "estado de naturaleza" que

⁴⁷ Para un acercamiento al pensamiento hobbesiano sobre el desorden, ver Aníbal Romero, Teoría de la Disolución Social. En *Ciencia Política* (46): 37 – 73, II Trimestre de 1997, pp 64 a 66.

⁴⁸ ZAFRA, Gustavo. *El Derecho a la Constitución*. Ediciones Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998, pp. 245, 271.

preocupaba a Hobbes y que reduce la interacción humana a la guerra de todos contra todos, que es el mal definitivo.⁴⁹

Las guerras y alzamientos que se sucedieron entre 1839 (Guerra de los Supremos) y 1885 (levantamientos Radicales contra Núñez) erosionaron hasta el hueso la civilidad y la tranquilidad de la incipiente República, al punto que sólo quedaba una sensación de anarquía, de prevención y miedo al próximo levantamiento, a la siguiente insurrección. Esa situación intolerable de hostilidades internas permanentes tuvo su origen en algunos elementos o características de la sociedad muy marcadas, a saber, (i) **la cuestión religiosa**, que oponía a los conservadores católicos contra los liberales, draconianos o "democráticos"; (ii) **la cuestión racial**, que enfrentaba a vastas capas de esclavos libertos negros y mulatos, captados por los draconianos, contra los sectores conservadores con intereses en las grandes haciendas; (iii) **la cuestión indígena**, que oponía a los indígenas del Cauca, y en particular de Pasto, a los terratenientes, vinculados al poder central. En esta lucha Obando lideró aquellos intereses locales ligados al tema de los ejidos, de los resguardos y en general de la tierra ancestral y (iv) **las cuestiones políticas**, puramente partidistas, donde el adversario era siempre el enemigo y donde el fraude electoral era el comportamiento esperado, y el alzamiento la respuesta usual.⁵⁰

El señor Caro no tenía dudas sobre el resultado de medio siglo de guerras e insurrecciones. En sus términos, "Acaso no ha habido una nación más sistemáticamente anarquizada que Colombia bajo el régimen de la Constitución de Rionegro, que ... pulverizó la soberanía nacional creando tres soberanos absolutos, la nación, la provincia, el individuo"⁵¹.

⁴⁹ Aníbal Romero, *Teoría de la Disolución Social*, op.cit. p. 38.

⁵⁰ *Las guerras civiles desde 1830 y su proyección en el Siglo XX*. Memorias de la II Cátedra Anual de Historia "Ernesto Restrepo Tirado. Ediciones Museo Nacional de Colombia, 2ª edición, Bogotá, 2001.

⁵¹ BANCO DE LA REPÚBLICA. Biblioteca Luis Ángel Arango. *Antología del Pensamiento Político Colombiano*. Tomo I Selección de Jaime Jaramillo Uribe. Talleres Gráficos del Banco de la República, Bogotá, 1970, p. 156.

Caro, ante esa situación calamitosa, decidió restablecer esa soberanía perdida y con ella el principio de autoridad. Para ello era necesario entregarle al Presidente la decisión política soberana, a saber, aquella del estado de necesidad, de la actuación con todos los poderes a mano del Gobierno para enfrentarse a la hidra de los desórdenes.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Los comentarios precedentes tienen como núcleo temático la existencia de retos sin precedente, que se levantan para subvertir el orden que nos ampara y que constituye la premisa de nuestras existencias individuales. Orden que debemos proteger, así se trate de un orden imperfecto, precario e incluso injusto en algunos de sus rincones, pero en último término, orden.

Estos retos se asocian con el segundo umbral de las crisis sistémicas, más allá del cual se desencadenan procesos fuera de control, procesos de desestructuración y desestabilización auto - sostenidos. Se trata de la dinámica del caos, que tiene la potencialidad de acabar con el sistema o de sumirlo en una regresión prolongada.

El umbral que señala el advenimiento de estos retos, llámese umbral crítico o para ser más gráficos, "umbral de catástrofe", a partir del cual "el infortunio (aun improbable) se experimenta como catástrofe",⁵² es el límite más allá del cual el sistema y su entorno no vuelven a ser los mismos. En el plano nacional, los hechos del 9 de abril de 1948 sirven de ejemplo clásico, como lo es con mayor razón el atentado de Sarajevo del 28 de junio de 1914, que desencadenó la hecatombe de la Gran Guerra y con ella todos los padecimientos colectivos del Siglo XX. En ambos casos, los efectos se prolongaron por décadas y modularon de manera infortunada el futuro.

⁵² BAUMAN, Zigmunt. Modernidad y Ambivalencia, en *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad*. Editorial Ántropos, Barcelona, 1996, p. 125.

En nuestra época, Chernobyl se destaca como un caso típico de la situación que cruza el umbral de catástrofe. En palabras de Gorbachev, se trató de un "punto de inflexión histórico, que marcó una era anterior y posterior al desastre."⁵³ El atentado terrorista del 11 de septiembre comparte con Chernobyl la triste distinción de ser un Evento Mayor con capacidad para sacudir el mundo. Este último insuceso desencadenó la primera conflagración internacional del Siglo XXI, la cual se extiende inexorablemente y amenaza la paz global. El ataque, enderezado contra el símbolo del capital financiero, de la modernidad, de Occidente y específicamente de la Superpotencia solitaria, constituyó un golpe certero al centro neurálgico del sistema en palabras de Baudrillard.⁵⁴

El gobernante, que debe contemplar cara a cara situaciones extremas como las descritas, que amenazan con deformar el futuro como lo hicieron los disparos de 1914 y 1948, puede estar tentado de resucitar la fórmula de Caro, si las circunstancias lo exigen y si tiene la visión de lo que puede desencadenarse. Es por lo menos inquietante reconocer que con el paso del tiempo es más probable que emerjan situaciones límite, considerablemente más graves y peligrosas que las insurrecciones endémicas del Siglo XIX a las que se enfrentaron Núñez y Caro. No se trata de hacer una apología de lo a-jurídico, de la fuga a zonas vacías de Derecho. Pero es necesario tomar conciencia de los riesgos mayores que merodean en las sombras y en los rincones de nuestros sistemas sociales y tecnológicos de gran complejidad.

Bogotá, 18 de abril de 2007.

⁵³ GORBACHEV, supra, p. 31.

⁵⁴ BAUDRILLARD, Jean. La violencia de lo mundial en *La Violencia del Mundo*. Ediciones del Zorzal, Buenos Aires, 2003, p. 13.

