

EXCEPCION Y NECESIDAD: LA POSIBILIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL DE LA EMERGENCIA

WILLIAM VÁZQUEZ IRIZARRY^{*}

SELA Junio 2010 (Chile)

I. Emergencia, derecho y seguridad

Un elemento fundamental para explicar y justificar el estado de derecho es proveer seguridad jurídica.¹ Esto es, la conducta en la comunidad política es normalizada. En el caso de un funcionario de gobierno, éste debe poder conocer de manera certera si el acto que interesa realizar está autorizado o no por el ordenamiento. Para el resto de la ciudadanía, deslindar si un acto es permitido o prohibido, posibilita que cada persona tome decisiones conociendo las consecuencias que pueden tener sus acciones para determinar si quieren realizarlas, evitarlas o bien modificar su conducta.

Ahora, el propio ordenamiento da cuenta de situaciones en que dicha seguridad se ve trastocada por situaciones que por exceder los supuestos de normalización son denominadas como “excepcionales”, “emergencias” o “imprevistos”. La realidad entonces es que la seguridad jurídica supone ciertas condiciones de normalidad conforme a las cuales es posible

^{*} Catedrático Auxiliar, Escuela de Derecho, Universidad de Puerto Rico.

¹ ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, LA SEGURIDAD JURÍDICA (2da ed. 1994).

brindar previsibilidad a las consecuencias de la conducta individual. Alteradas o eliminadas dichas condiciones, la promesa de seguridad no puede ser cumplida.

Pueden ser varias las maneras en que las condiciones de normalidad dejan de operar de forma efectiva, siendo en ocasiones el resultado de una combinación entre un conflicto material y las circunstancias en que el mismo se desarrolla. El origen del conflicto precede por su naturaleza lo normativo y tiene como base relaciones y situaciones fácticas que requieren atención o solución. El carácter material del problema puede manifestarse de distintas maneras. Por ejemplo: 1) el ordenamiento no contiene una norma que brinde solución al conflicto; 2) se identifica una norma que aparenta atender el conflicto, pero su contenido o alcance no está claro; ó 3) se identifica una solución al conflicto que parece adecuada conforme a la naturaleza del problema, pero está prohibida en el ordenamiento.

De otra parte, en lo que respecta a las circunstancias que inciden sobre las condiciones de normalidad, las mismas son esencialmente de tipo temporal. Atender de forma efectiva el conflicto supone tomar decisiones inmediatas, pues de lo contrario pudiera acontecer un daño de carácter irreparable.

Desprovistos de seguridad jurídica ante una emergencia, ¿qué hacer? La pregunta puede ser abordada desde diferentes enfoques. Por ejemplo, el sujeto de la pregunta. La interrogante puede tenerla quien deba actuar para solucionar un conflicto, pero no cuenta con una solución normativa claramente establecida para ello. De igual modo, la pregunta puede hacerla el propio estado si crea conciencia de este tipo de situación y opta por brindar criterios sobre cómo el sistema jurídico valora posibles respuestas.

Mi interés primordial es atender el segundo caso, la manera en que el propio estado comprende la inseguridad acontecida en situaciones de emergencia. En fin, la pretensión de normalizar la inseguridad mediante la creación de un estado de derecho diseñado para atender la emergencia; la aspiración de que la inseguridad, lo excepcional, sea domesticada.

Es usual que este tipo de reflexión se considere al discutir los poderes de emergencia que reclama un gobernante o bien como parte del análisis de lo que se conoce como el estado de excepción. Visto de este modo, el planteamiento suele ser asociado con temas de teoría constitucional o del estado, en todo caso como un esbozo fundamentalmente de derecho público. Así se plantea, pues, al analizar un estado de sitio, la guerra global contra el terrorismo, la respuesta a desastres naturales o la crisis financiera internacional. Este enfoque desde el derecho público es discutido en la Parte III del ensayo.

Sin embargo y éste es uno de los planteamientos medulares del trabajo, el tratamiento que el ordenamiento brinda a la emergencia está presente en temas y debates jurídicos no necesariamente asociados con la autoridad estatal en un rol protagónico. Por ejemplo, en la Parte IV del escrito veremos cómo situaciones de emergencia pueden crear un estado de necesidad conforme al cual el derecho penal reconoce como legítimo que un individuo transgreda lo que el ordenamiento ha establecido como norma general de conducta.

Finalmente, la Parte V compara diferentes aspectos doctrinales con el objetivo de examinar si más allá del debate de teoría clásico asociado a la excepción, es posible identificar elementos comunes a una teoría general de la emergencia que permitan superar la distinción derecho privado / derecho público, así como las fronteras “common law” / derecho civil.

II. Paradigma del estado de excepción como crisis

A. Los límites de la normalidad

En los últimos años se ha desarrollado un amplio espectro de comentarios en torno al significado político y legal del llamado estado de excepción.² Es claro que esto tiene relación directa con el auge que tomó, a partir de 11 de septiembre de 2001, el tema del terrorismo, la declaración de una guerra global en contra del mismo y el debate en torno a lo que tal postura significaba para la protección de derechos civiles. Parte del debate supuso rescatar discusiones previas, algunas desarrolladas a partir de contextos históricos igualmente críticos, otras, producto de reflexiones sobre la evolución del propio estado de derecho.

Tal vez la manera más adecuada de explicar el estado de excepción sea reconstruyendo el problema, al menos de la manera que el mismo se presenta en el caso de las democracias liberales modernas. Partimos de un orden constitucional cimentado en un esquema de separación de poderes y una lista de derechos individuales oponibles por los individuos ante el estado. Si surge un problema entre miembros de esta comunidad política, en un marco adecuado de gobernabilidad esperaríamos que el mismo sea atendido por los organismos públicos conforme la distribución constitucional de funciones. Esto, porque la situación en controversia esté regulada por normas de conducta general adoptadas por el poder legislativo, porque sólo se requiera que el poder ejecutivo ponga en vigor dicha norma existente o bien porque sea necesario que el poder judicial adjudique una controversia en cuanto al contenido o

² De particular influencia ha sido GIORGIO AGAMBEN, *EL ESTADO DE EXCEPCIÓN* (Trad. Flavia Costa & Ivana Costa 2007). Cabe señalar que gran parte de estos debates se han nutrido de los trabajos que durante las pasadas décadas generó el renovado interés en el constitucionalista alemán Carl Schmitt. Su trabajo más pertinente al tema es CARL SCHMITT, *POLITICAL THEOLOGY: FOUR CHAPTERS ON THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY* (Trans. George Schwab 1985) (2nd ed 1934). Sobre Schmitt, véase *LAW AS POLITICS. CARL SCHMITT'S CRITIQUE OF LIBERALISM* (Ed. David Dyzenhaus 1998).

alcance de la norma. El ejercicio de cada una de estas funciones está, a su vez, limitado por el respeto a los derechos individuales de los componentes de la comunidad.

Lo anterior describe un ordenamiento jurídico-político operando en normalidad. Supongamos, sin embargo, que existe un problema cuya solución no es posible alcanzar bajo la distribución ordinaria de poderes o bien si debemos respetar los derechos individuales. Para efectos de esta parte de la discusión y con el objetivo de poder entender los principales lineamientos del debate, supongamos que el problema en cuestión goza del carácter de una crisis. Se trata de una emergencia que pone en juego la existencia misma del estado o de la comunidad política. Pensemos en el caso de una invasión por un enemigo externo o un desastre natural como el terremoto acontecido en Haití en enero de 2010.

Al escenario anterior añadimos entonces que la única manera en que la crisis puede ser superada es mediante medidas que no serían permisibles bajo el ordenamiento existente. Esto, porque supongan actuar de forma contraria al esquema de división de poderes, como sería reconocer la facultad de legislar a la rama ejecutiva, o bien porque requieran limitar derechos constitucionales de los individuos, como sería el caso de la detención preventiva de personas.

Desde el punto de vista del sistema normativo, la situación anterior podría tener una clara respuesta: ninguna de las alternativas realmente existe pues el ordenamiento no admite actuaciones contrarias al mismo. Sin embargo, por tratarse de circunstancias de crisis que ponen en riesgo la existencia misma del ordenamiento o la comunidad política, se plantea que la situación de necesidad forzaría a actuar, aun cuando esto suponga una transgresión al orden

establecido.³ Procede preguntar entonces: ¿se trata lo anterior de una realidad que escapa al entorno legal y funciona como mero hecho necesario, o es posible afirmar que este tipo de alternativa puede existir dentro del propio ordenamiento jurídico?

Sobre este particular, la literatura se caracteriza por intentar dar explicaciones mediante dramáticos dualismos. Se habla así de la relación normalidad – excepcionalidad,⁴ enfoque de acomodo – enfoque de rigor,⁵ gobierno regular – gobierno excepcional,⁶ o bien simplemente de la dicotomía legal – extralegal.⁷ Estos dualismos se presentan en ocasiones como propuestas normativas, en otras como descripciones de cómo opera el estado de derecho.

Sin embargo, afirmar que lo excepcional es actuar fuera de la normalidad no agota la discusión pues resta todavía atender cómo se relaciona la excepción y el derecho. ¿Es la excepción una figura jurídica o estamos ante una realidad fáctica? O utilizando una imagen recurrente en estos debates, ¿está la excepción dentro o fuera del derecho? Una considerable parte de la literatura reciente se ha concentrado precisamente en las implicaciones que tiene para un estado de derecho optar por entender las emergencias bajo un “modelo legal”, frente a la alternativa de enmarcar la discusión en un “modelo extralegal”. Veamos.

³ “Certain situations can so threaten the constitutional(ity of the) state that the binding constitutional provisions cannot, or at least, not with the necessary speed, [...] handle state of emergencies sufficiently”. András Jakab, *German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency – Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse*, 7 GERMAN LAW JOURNAL 453, 454 (2005).

⁴ Pedro Cruz Villalón, *Normalidad y excepción*, Año 24, Vol. 71, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL 187 (mayo-agosto 2004).

⁵ Eric A. Posner & Adrian Vermelue, *Accommodating Emergencies*, en THE CONSTITUTION IN WARTIME: BEYOND ALARMISM AND COMPLACENCY 55 (Mark Tushnet ed. 2005).

⁶ John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *Emergency Powers*, en THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL THEORY 332, 336 (Eds. John S. Dryzek, Bonnie Honig & Anne Phillips 2006).

⁷ Kim Lane Scheppele, *Legal and Extralegal Emergencies*, en THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND POLITICS 165 (Eds. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen & Gregory A. Caldeira 2008).

B. El debate “legal” - “extralegal”

Al amparo de una crisis donde la existencia misma del ordenamiento está en juego, se afirma que la excepción no es una opción, sino una obligación y única vía disponible. Circunstancias de ese tipo requieren tomar las medidas necesarias que permitan preservar el orden estatal, aún cuando las mismas supongan un quebrantamiento momentáneo o al menos episódico del sistema jurídico. Para efectos de la discusión me referiré a lo anterior como el “modelo extralegal”. Adviértase que su reconocimiento es consecuencia de las limitaciones inherentes a la propia normalidad: someter la crisis a los contornos del orden normal es condenar el sistema mismo a su destrucción.⁸

Entre quienes defienden una actuación “fuera” del ordenamiento, hay diferentes maneras de explicar cómo la excepción se relaciona con el estado de derecho. De un lado hay quien plantea que se trata de dimensiones esencialmente distintas, donde lo excepcional simplemente escapa al derecho.⁹ Otros describen el problema como uno de carácter político, por lo que el conflicto que pueda generar la excepción debe atenderse precisamente dentro de dicho proceso.¹⁰

Uno de los proponentes de mayor relevancia del modelo extralegal, Oren Gross, ha dedicado especial atención a defender cómo éste sirve precisamente como instrumento para

⁸ “The extralegalists argue that serious crises of state must be met with responses outside the law. Law, they claim, must operate by rules but the very nature of serious crises is that they cannot be predicted, rationalized, and normalized by rules (Schmitt 205, 6-7). Constraining the executive by ordinary rules of law when the state faces a mortal challenge is to deprive the state of the wherewithal to protect and defend itself in the ways it may need to in order to survive (Yoo 2005)”. Schepelle, *supra* nota 7, en las págs. 165-66.

⁹ “The exception, which is not codified in the existing legal order, can at best be characterized as a case of extreme peril, a danger to the existence of the state, or the like. But it cannot be circumscribed factually and made to conform to a preformed law”. SCHMITT, *supra* nota 2, en la pág. 6.

¹⁰ Mark Tushnet, *The political constitution of emergency powers: some conceptual issues*, en EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY 145 (Ed. Victor V. Ramraj 2008).

proteger el estado de derecho.¹¹ Para él, no es posible acomodo alguno entre el estado de derecho y la excepción. Que el ordenamiento pretenda reconocer y aceptar una situación de excepcionalidad donde es necesario transgredir el orden establecido, es detrimental para los supuestos que sustentan un estado de derecho. El quebranto de la ley no puede ser avalado por la ley, sin que la legitimidad de ésta no resulte lacerada.¹²

En cambio, Gross invita a reconocer que la respuesta a la emergencia es inevitable y contraria al ordenamiento legal. En estas circunstancias, su propuesta es que el respeto al estado de derecho descansa precisamente en aceptar de forma abierta y pública el carácter extra-legal de la conducta. Parte de la propuesta descansa en la expectativa de que el requisito de publicidad sirva como disuasivo para excesos por parte de algunos funcionarios de gobierno.¹³ Quien decida actuar en el ámbito extra-legal deberá entonces enfrentar el juicio público, lo cual puede implicar que reciba un endoso por sus actuaciones, que deba renunciar, que enfrente acusaciones criminales, reclamaciones civiles o bien que sea objeto de un juicio político.¹⁴ En cualquier caso, esta propuesta pretende atender una realidad, proteger un ordenamiento legal y consignar una rendición de cuentas por parte del funcionario que actúe bajo una situación de emergencia.

En el extremo opuesto, el “modelo legal” denuncia la excepcionalidad descansando en la idea de que la comunidad política moderna es definida por su organización a base del principio del estado de derecho. Esto, no por lo que significaría en términos formalistas, sino

¹¹ OREN GROSS & FIONNUALA NÍ AOLÁIN, *LAW IN TIMES OF CRISIS. EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE* (2006).

¹² “[B]ringing emergencies into the law contaminates the law itself by making it accommodate practices that will of necessity spoil the law (Agamben 2005, 32-3)”. Scheppele, *supra* nota 7, en las págs. 165-66. Véase, además, William E. Scheuerman, *Emergency Powers and the Rule of Law after 9/11*, 14 *THE JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY* 61, 70-71 (2006).

¹³ *Id.* en la pág. 71.

¹⁴ GROSS & AOLÁIN, *supra* nota 11, en las págs. 134-62.

como consecuencia de valorizar que la democracia liberal se define precisamente por limitar el campo de acción del estado en protección de los ciudadanos.

Los argumentos a favor del modelo legal deben resultar en principio claros pues son los mismos que definen el ordenamiento jurídico en casi todas las sociedades contemporáneas, al menos en lo que se conoce como el mundo occidental. Estos son los atributos de estabilidad, claridad, accesibilidad, prospectividad, reglas consistentes susceptibles de ser obedecidas y puestas en vigor.¹⁵ El problema es la alegada imposibilidad de atender la emergencia sin violentar algunos de estos principios. Después de todo, parecería haber un problema lógico con pretender que exista una norma previa clara que permita enfrentar un imprevisto.

Si vamos a ser fieles al sistema jurídico-político liberal, es medular reconocer que habrá respuestas que simplemente no resultan permisibles. Luego, habrá que ver si esta posición es viable dada la inminencia de una tragedia. A este respecto, el modelo legal, conforme defendido por uno de sus principales exponentes, David Dyzenhaus, reconoce que no puede haber una total inflexibilidad en términos de querer atender la emergencia de igual forma a un problema común y corriente. En cambio, propone crear experimentos institucionales imaginativos, los cuales supondrían flexibilidad, pero bajo la posibilidad de control judicial.¹⁶

Esto último es fundamental pues el modelo legal descansa en el rol de los jueces como guardianes del estado de derecho. Se trata de un planteamiento controversial en el contexto histórico de las experiencias de intervención judicial en conflictos que giran alrededor de emergencias. Aún entre quienes defienden el respeto por el estado de derecho, existe la

¹⁵ Victor V. Ramraj, *No doctrine more pernicious? Emergencies and the limits of legality*, en EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY 3, 11 (Ed. Victor V. Ramraj 2008). Véase también, BRIAN Z. TAMANAHA, ON THE RULE OF LAW. HISTORY, POLITICS, THEORY (2004).

¹⁶ David Dyzenhaus, *The state of emergency in legal theory*, en GLOBAL ANTI-TERRORISM LAW AND POLICY 65 (Victor V. Ramraj, Michael Hor & Kent Roach eds. 2005).

opinión de que el papel de los jueces es sumamente limitado pues en este tipo de situación tienden a guardar suma deferencia a los poderes políticos. El caso emblemático es la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Korematsu v. US*, 323 US 214 (1944), donde dicho foro brindó deferencia a consideraciones de seguridad nacional y sostuvo así la decisión de internar en campos de concentración a ciudadanos de los Estados Unidos de ascendencia japonesa.

Sin embargo, lo que parece representar un precedente negativo en términos de falta de voluntad de un foro judicial para vindicar límites a poderes de emergencia, Dyzenhaus lo convierte en un argumento a favor del modelo legal apuntando que el propio ordenamiento legal proveyó el espacio para que se emitieran opiniones disidentes.¹⁷ Para Dyzenhaus, esto es testimonio de que, si bien no siempre prevalecen, el ordenamiento es capaz de articular posiciones que respeten el estado de derecho.

Por último, si antes indicamos que el modelo legal reconoce la necesidad de flexibilidad frente a los intereses del estado en atender una emergencia, eso no resuelve cómo trazar límites. En el caso de sistemas con una constitución escrita liberal, las limitaciones las establece el propio texto de conformidad a la interpretación que los tribunales puedan hacer de los derechos allí consignados. Esta referencia normativa no está presente, sin embargo, en países como el Reino Unido, que no goza de una constitución escrita. Se ha planteado que en estos casos corresponde buscar los límites en los valores fundamentales del “rule of law” o lo que se ha denominado un “common law” constitucional.¹⁸

¹⁷ DAVID DYZENHAUS, *THE CONSTITUTION OF LAW. LEGALITY IN A TIME OF EMERGENCY* 63 (2006).

¹⁸ Thomas Poole, *Constitutional Exceptionalism and the Common Law*, 7 INT. JNL. OF CONSTITUTIONAL LAW 247 (2009).

C. Algunas observaciones

1. Contexto histórico

Por interesante que sea el debate anterior, su utilidad está condicionada a que entendamos el contexto y las experiencias históricas en el tema. Esto es así en tanto el uso generalizado es que las constituciones contemporáneas incluyan disposiciones que expresamente intentan atender el tema de los poderes de emergencia. En ocasiones el debate doctrinal no parece reconocer de forma adecuada este contexto.¹⁹

Sin lugar a dudas lo primero a considerar es que la atención a situaciones de emergencia y excepción ha estado presente en el desarrollo histórico de los procesos políticos y de gobierno.²⁰ Un primer referente histórico y normativo de particular valor es la “dictadura romana”. Alrededor de 500 AC, la función ejecutiva en la república romana descansaba en dos cónsules, quienes ostentaban gran poder, pero que debía operar de forma colegiada y ocupar la posición por un término no renovable de un año. Sin embargo, en caso de tiempos de emergencia el Senado podía determinar que era necesaria la designación de un “dictador”.²¹

Explica el jurista Norberto Bobbio que éste:

era nombrado por uno de los cónsules en circunstancias excepcionales, como podía ser la conducción de una guerra (“dictador rei publicae gerundae causa”) o la sofocación de una revuelta (“dictador seditionis sedandae causa”) y al que se le atribuían, por lo excepcional de la situación, poderes extraordinarios, que consistían principalmente en la desaparición de la distinción entre el *imperium domi*, que era el mando soberano ejercido dentro de los muros de la ciudad, en cuanto tal no sometido a los límites constitucionales. Lo exorbitante del poder del dictador era contrabalanceado por su

¹⁹ Véase Schepelle, *supra* nota 7 en la pág. 166, para un punto similar.

²⁰ Varios observadores apuntan que el desarrollo del estado de excepción es simultáneo con el del estado constitucional. Jean-Francois Kervégan, *Estado de excepción*, en DICCIONARIO AKAL DE FILOSOFÍA POLÍTICA 258 (Philippe Raymond & Stéphane Rials Eds. 2001) y John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *The law of the exception: A typology of emergency powers*, 2 INT. JNL. OF CONSTITUTIONAL LAW 210, 211 (2004).

²¹ GROSS & AOLÁIN *supra* nota 11, en las págs. 17-26 y CLINTON ROSSITER, CONSTITUTIONAL DICTATORSHIP. CRISIS GOVERNMENT IN THE MODERN DEMOCRACIES 15-28 (1948).

temporalidad: el dictador era nominado solamente por la duración de la tarea extraordinaria que se le confiaba y de cualquier manera no más allá de seis meses o la duración en el cargo del cónsul que lo había nominado. Así pues, el dictador era un magistrado extraordinario, sí, pero legítimo, porque su institución estaba prevista por la constitución y su poder era justificado por el estado de necesidad[.]²²

Este esquema permite deslindar varios aspectos de diseño constitucional en términos de cómo atender emergencias. Adviértase cómo la dictadura romana descansaba en una distinción/distribución de funciones: la declaración de la emergencia (el Senado), la facultad de designar al dictador (uno de los cónsules) y el ejercicio de los poderes especiales (el dictador). Esto es importante si lo comparamos con desarrollos posteriores, donde la tendencia ha sido concentrar los poderes de emergencia en el ejecutivo.

Ya en épocas más recientes, Francia desarrolló la tradición de darle forma legal formal a los poderes de emergencia mediante la declaración del llamado estado de sitio.²³ La continuada pretensión de reconocer estos procesos dentro del propio ordenamiento legal ha dado pie a que el caso francés sea reconocido como un modelo neo-romano.²⁴ En este caso, sin embargo, las funciones propias del estado de emergencia recaen en una misma persona: lo que se pierde respecto a la dictadura romana en términos de dividir poderes, se recompensaría por el hecho de que el funcionario que recibe la encomienda goza de legitimidad política producto de ser funcionario electo. La versión contemporánea de esta práctica está consignada en los siguientes artículos de la Constitución de la Quinta República de 1958:

²² NORBERTO BOBBIO, ESTADO, GOBIERNO Y SOCIEDAD. POR UNA TEORÍA GENERAL DE LA POLÍTICA 206 (Trad. José F. Fernández Santillán 1989) (1985).

²³ En general, Schepelle, *supra* nota 7, en las págs. 168-69.

²⁴ Ferejohn & Pasquino, *supra* nota 20, en la pág. 213.

Artículo 16

Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional.

Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje. Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado sobre ello.

El Parlamento se reunirá de pleno derecho. No podrá ser disuelta la Asamblea Nacional durante el ejercicio de los poderes extraordinarios.

Artículo 36

El estado de sitio será decretado por el Consejo de Ministros.
Su prórroga después de doce días sólo podrá ser autorizada por el Parlamento.

Nótese que se trata de una disposición relativamente sencilla que no incluye una delimitación de los poderes a ser utilizados por el Presidente de la República. Otros países han procurado, sin embargo, estructurar de forma más completa sus procesos para casos de emergencias, como es el caso de Alemania. Su Constitución, por ejemplo, cubre de forma pormenorizada todo lo relacionado a la proclamación de un estado de emergencia, su duración, distintas etapas en que puede desarrollarse, su terminación, distribuye responsabilidades en los órganos públicos, delimita los poderes a emplearse y sujeta el uso de los poderes por parte del ejecutivo a un mandato revocatorio del legislativo.²⁵

²⁵ Jakab, *supra* nota 3. Es preciso reconocer que el grado de especificidad que caracteriza la constitución alemana tiene que ver con las experiencias que sufrieron bajo la República de Weimar, cuya constitución resultó ser de poca efectividad en poder controlar el abuso de sus disposiciones de emergencia. ROSSITER, *supra* nota 21, en las págs. 33-73.

Cabe observar que en este asunto el tratamiento jurídico que le dan los distintos países al tema guarda correspondencia con sus correspondientes tradiciones legales. Los países del “common law” lo han atendido desarrollando por la vía judicial la doctrina de ley marcial, entendida ésta como el traspaso de autoridad a las fuerzas militares para el restablecimiento del orden interno.²⁶ Mientras, el caso francés y el alemán reflejan una disposición a codificar estos poderes mediante normas generales.²⁷

La dimensión constitucional no es, sin embargo, el único ámbito para regular los poderes de emergencia. Aún en países que no cuentan con normas constitucionales específicas, es común hoy día encontrar legislación que pretende regular algunos procesos relacionados a las declaraciones de emergencia y sus consecuencias.²⁸ De igual manera, existen a nivel internacional importantes acuerdos que si bien reconocen la autoridad estatal para suspender derechos en situaciones de emergencia, pretenden establecer limitaciones respecto a ciertas garantías que aun en esos casos no podrían ser vulneradas.²⁹

²⁶ William Feldman, *Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege*, 38 Cornell Int’l L.J. 1021 (2005); Schepelle, *supra* nota 7, en las págs. 168-69; y PEDRO CRUZ VILLALON, EL ESTADO DE SITIO Y LA CONSTITUCIÓN: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN EXTRAORDINARIA DEL ESTADO (1789-1878) 121-22 (1980).

²⁷ Más de la mitad de las 28 constituciones europeas regulan de algún modo el estado de excepción. Anna Khakee, *Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe* 11 (2009), Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Policy Paper No. 30.

²⁸ Kent Roach, *Ordinary law for emergencies and democratic derogations from rights*, en EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY 229 (Victor V. Ramraj ed. 2008).

²⁹ Comments, Laura Conn, *The Enumeration of Vital Civil Liberties Within a Constitutional State of Emergency Clause: Lessons from the United States, the New Democracy of South Africa, and International Treaties and Scholarship*, 10 JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 791, 809-14 (2008). Sobre esto se puede examinar la Convención Europea de Derechos Humanos, el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Pareciera existir un consenso a través de estos instrumentos de que al menos los siguientes derechos no debieran estar sujeto a suspensión en casos de emergencia: derecho a la vida, prohibición de esclavitud, tortura, trato o castigos cruel, inhumano y degradante, y el principio de legalidad. Khakee, *supra* nota 27, en la pág. 9.

2. Delimitar y problematizar la emergencia

Tal como ha sido explicada hasta el momento, la emergencia alrededor de la cual gira la mayor parte de este debate es aquella “situación extrema” que pone en juego la existencia misma del ordenamiento.³⁰ En este sentido es preciso reconocer que puede haber otro tipo de situación no prevista, para la cual no haya una solución en el ordenamiento y que no llegue al rango de “emergencia”.³¹ Esto no es impedimento, sin embargo, para que el concepto de emergencias se utilice aún en estos casos. Por ello, “when emergency powers are used, they are almost never the sort of total emergencies that cover all or even most aspects of political life as one might imagine from the theory. Many fly under the radar of constitutional alarm”.³² Hay, pues, emergencias normales y otras excepcionales.

Otro punto a considerar es la pretensión de que la emergencia es identificable por gozar de atributos objetivos. No hay duda de que determinados eventos pueden ser fácilmente catalogados como emergencias dado su origen y magnitud. Pensemos en grandes terremotos o una pandemia.

Sin embargo, aún estos casos pueden ser debatibles en tanto distingamos con qué propósito pretendemos atribuir la naturaleza de “emergencia” a un evento. En este sentido, Jaume Curbet señala que ya “empieza a emerger una nueva visión que no se limita a contemplar los desastres y las violencias como fenómenos naturales o inevitables, sino que se fija en los riesgos y los conflictos, producidos socialmente, de los cuales el desastre y la

³⁰ Kervegan, *supra* nota 20, en la pág. 260.

³¹ El propio Schmitt estaba consciente de esto: “not every extraordinary measure, not every police emergency measure or emergency decree, is necessarily an exception. What characterizes an exception is principally unlimited authority, which means the suspension of the entire existing order.” SCHMITT, *supra* nota 2, en la pág. 12.

³² Schepelle, *supra* nota 7, en la pág. 174. Para un planteamiento similar, véase Ferejohn & Pasquino, *supra* nota 20, en la pág. 216.

violencia no son sino sus manifestaciones extremas.”³³ La idea del desastre como manifestación de una situación previa es de singular importancia pues se vincula también con la asignación de responsabilidades al momento de estructurar las medidas de emergencia. Se pueden identificar, así, "las causas de fondo que explican la catástrofe y, en particular, unas condiciones de acceso a los recursos que resultan extremadamente desiguales para los diferentes grupos sociales".³⁴ Esta realidad puede ser importante para determinar quién debe soportar la mayor carga de las medidas de emergencia.

Por último, debemos considerar también el carácter político de la emergencia. Por más que se pretenda enmarcar la declaración de emergencia en un marco normativo, sea el mismo de carácter constitucional o estatutario, al final, es posible afirmar que no estamos ante un problema "legal". Más bien parece que enfrentamos una decisión del tipo administrativo-gubernamental que al final descansa en elementos discrecionales de quien tiene la facultad y los mecanismos para actuar. Al final, "the politically accountable organs will necessarily have to make the epistemic judgment of whether or not an emergency exists that would justify the invocation of emergency powers".³⁵

El problema con lo anterior reside en cómo controlar el uso retórico de la emergencia como excusa para lograr por la vía extraordinario, lo que el proceso político-legal ordinario no hubiera permitido.³⁶ En este sentido no es inusual que los gobernantes hagan uso de un

³³ JAUME CURBET, LA GLOCALIZACIÓN DE LA (IN)SEGURIDAD 86 (2006).

³⁴ Id. en la pág. 84.

³⁵ John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *Emergency Powers*, en THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL THEORY 332, 347 (Eds. John S. Dryzek, Bonnie Honig & Anne Phillips 2006).

³⁶ "As Schmitt prophesied, crisis management constitutes a paramount activity for contemporary government, as it struggles to tackle a host of oftentimes unprecedented political, military and economic challenges, at least some of which pose major threats to the existing political and legal order. The necessity for emergency action, in short,

discurso de la crisis y la emergencia para generar cohesión social detrás de sus políticas o bien querer imponer la “lógica” de las mismas.³⁷ El problema es cuando se pretende utilizar la misma narrativa para justificar la activación formal de poderes especiales.

Es precisamente por eso que el modelo extralegal de Gross resulta hasta cierto punto ingenuo en pretender que la manera de salvaguardar el estado de derecho sea forzando a los funcionarios a que hagan una admisión pública de que están actuando de forma contraria al mismo. Para que una propuesta de transparencia como ésta tenga el efecto deseado, es necesario que exista el incentivo para realizar tal admisión. La realidad es que no hay porque pensar que esto ocurriría en tanto el funcionario pueda recurrir a alguna justificación que encuentre respaldo en el estado de derecho.³⁸

3. Elementos básicos

De lo antes discutido es posible identificar elementos comunes tanto a la situación de emergencia, como al esquema normativo para el uso de poderes de emergencia. En cuanto a lo primero, la emergencia parece estar caracterizada por: 1) su carácter temporal (imprevisto y de duración desconocida); 2) su potencial gravedad (amenaza a la vida y subsistencia); 4)

appears more widespread than classical liberalism conceded. [nota omitida]”. Scheuerman, *supra* nota 12, en la pág. 63.

³⁷ Juan Felipe Moreno, *La emergencia de una (nueva) lógica de seguridad política*, 62 COLOMBIA INTERNACIONAL 148 (2005)

³⁸ “After all, there is normally nothing to be gained politically –and much to be lost–by a leader’s admitting to constitutional infidelity”. Sanford Levinson & Jack Balkin, *Constitutional Crises*, 157 UNIV. OF PENN. L. REV. 707, 724 (2009). Tomemos como ejemplo el caso de las determinaciones tomadas durante la presidencia de George W. Bush en Estados Unidos como parte de la “guerra global contra el terrorismo”. Aún los funcionarios que en ese momento adoptaron medidas que pudieran considerarse fuera del ordenamiento legal o incluso criminales, tomaron la salvedad de gestionar la elaboración de opiniones legales que sustentaran sus acciones. Véase JACK GOLDSMITH, *THE TERROR PRESIDENCY: LAW AND JUDGMENT INSIDE THE BUSH ADMINISTRATION* (2007).

percepción (quién declara e identifica la emergencia); y la respuesta (requiere acción inmediata, no siempre disponible reconocida en el ordenamiento).³⁹

Por otra parte, al momento de adoptarse esquemas para el reconocimiento de poderes de emergencia, los siguientes elementos deben ser tomados en consideración: quién puede declarar el estado de emergencia, el procedimiento para ello, límites de tiempo y los derechos que no pueden ser suspendidos.⁴⁰ Como vemos, explicar cómo se maneja la excepción requiere realizar también fundamentales decisiones respecto a quién debe hacerlo. La pregunta es compleja una vez reconozcamos que en realidad son varias las decisiones a tomar y en tanto pretendamos buscar su respuesta en el propio andamiaje político-constitucional.

III. Estado de necesidad

Hasta ahora la discusión se ha concentrado en el ámbito de lo público y el rol del estado como gobierno y administración ante emergencias. Un enfoque que hemos obviado, pero que nos llevaría a examinar las mismas circunstancias desde un punto de vista “privado”, es la responsabilidad individual de los funcionarios por las decisiones que toman al momento de atender situaciones de excepción.⁴¹ He optado, sin embargo, por no abordar dicho tema.

En cambio, esta parte del escrito examina el tema de la emergencia desde un punto de vista no-gubernamental. Veremos cómo, en situaciones donde se ocasiona un daño o se incurre en una conducta que conlleva reproche social, el derecho releva de responsabilidad al causante en tanto éste o ésta tuvo que actuar en un contexto de necesidad. El llamado “estado de necesidad” tiene una presencia reconocida tanto en el ámbito penal, así como en el civil.

³⁹ Harold C. Relyea, *National Emergency Powers*, CRS Report for Congress, p. 4 (Updated August 30, 2007).

⁴⁰ Conn, *supra* nota 29, en la pág. 792.

⁴¹ Me refiero a la posibilidad de que producto de responder a una emergencia, incurran en actos no autorizados por el ordenamiento, los cuales generen daños por los cuales el funcionario pudiera responder en el ámbito civil, administrativo o penal.

Además, es reconocido de forma simultánea en la tradición de derecho civil, así como en el “common law”.

A. Derecho penal

Tradición civilista

En la tradición civilista la estructura de la responsabilidad criminal supone que una conducta se adecua a dos cosas. Primero, a la descripción que la ley hace de lo prohibido, los elementos cuya agrupación se conoce como el tipo penal. En segundo lugar y como supuesto fundamental, la conducta debe ser reprochable por resultar contraria a lo esperado por el ordenamiento. Si es reprochable, es posible hablar entonces de que estamos ante un comportamiento “antijurídico”. La combinación de ambos conceptos permite afirmar que determinadas conductas pueden ser típicas, pero carentes de antijuricidad.⁴²

Para comprender que una conducta pueda ser típica, pero no reprochable, recordemos que el ordenamiento jurídico tiene prohibiciones, pero de igual manera contiene autorizaciones.⁴³ El planteamiento básico es que una determinada conducta puede de manera simultánea configurar la descripción de lo prohibido por el estado (el tipo penal), pero descansar en una autorización que el propio estado ha concedido. Se reconoce que la conducta es una “justificada”. En tal caso, si bien la conducta es típica por corresponder los actos desplegados con los elementos de lo prohibido por la ley penal, no existe antijuricidad pues la conducta no es desaprobada por el ordenamiento.⁴⁴ En ese caso, “la acción, aunque se oponga en sí a una norma prohibitiva general, se configura de tal modo en el caso concreto que la

⁴² CLAUS ROXIN, I DERECHO PENAL: FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO 557 (2da ed. 1997).

⁴³ HANS-HEINRICH JESCHECK, TRATADO DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 290 (Trad. José Luis Manzanarez Samaniego 4ta ed. 1993).

⁴⁴ ROXIN, *supra* nota 42, en la pág. 557.

lesión o la puesta en peligro del protegido objeto de la acción ha de aceptarse en aras de valores superiores y ha de aprobarse también el fin perseguido por el autor”.⁴⁵

El caso clásico es la legítima defensa. Una persona mata a otra para defenderse de una agresión que está sufriendo. La conducta desplegada posiblemente corresponda con la sancionada por la ley penal, quitarle la vida a otro ser humano. Sin embargo, el propio ordenamiento justifica el interés del que mata en no ser víctima de una agresión.

El estado de necesidad es una versión mucho más general donde el actor ocasiona un daño a otra persona para evitar, a su vez, un daño mayor.⁴⁶ Pensemos en quien le arrebató un libro a otro para alimentar un fuego que los mantiene a ambos calientes mientras acampan en el medio de una nevada. En el Código Penal de Puerto Rico se consigna del siguiente modo:

Artículo 27. Estado de Necesidad. No incurre en responsabilidad la persona que para proteger cualquier derecho propio o ajeno de un peligro inminente, no provocado por ella y de otra manera inevitable, infringe un deber, o causa un daño en los bienes jurídicos de otro, si el mal causado es considerablemente inferior al evitado y no supone la muerte o lesión grave y permanente de la integridad física de una persona.

Esta causa de justificación no beneficia a quien por razón de su cargo, oficio o actividad tiene la obligación de afrontar el riesgo y sus consecuencias.

El presupuesto del estado de necesidad es una “situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio del otro. Ello supone que el bien jurídico que se trata de salvar esté en inminente peligro de ser destruido”.⁴⁷ El peligro debe ser “real y objetivo”,⁴⁸ la conducta desplegada debe ser el único camino posible.⁴⁹ Para Muñoz Conde la figura se resume en los siguientes requisitos: 1) el mal causado no puede ser

⁴⁵ JESCHECK *supra* nota 43, en la pág. 292.

⁴⁶ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, LA LEY Y EL DELITO 306 (3era ed. 1986).

⁴⁷ FRANCISCO MUÑOZ CONDE & MERCEDES GARCÍA ARÁN, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 327 (7ma ed. 2007).

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Id. en la pág. 328.

mayor al que se pretende evitar, aunque se reconoce la dificultad de ponderar las bienes jurídicos en conflicto; 2) la situación de necesidad no debe ser provocada intencionalmente por el sujeto; y 3) que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.⁵⁰

Mientras, los supuestos del estado de necesidad para el penalista Roxin son: peligro para un bien jurídico, su existencia debe ser enjuiciada mediante un criterio ex ante, concurrencia de peligro no se puede enjuiciar de modo puramente subjetivo, el peligro puede ser natural o creado por el hombre, y el peligro debe ser “actual”.⁵¹

Como antes indiqué, quien actúe conforme a un estado de necesidad debe realizar una ponderación entre el daño que pretende evitar y el que ocasionaría con su conducta, estando llamado a optar por el menor. En ocasiones los males pueden parecer relativamente equivalentes, con lo cual la conducta en la que incurra el actor conlleva un alto riesgo de que algo que creyó justificado, eventualmente no sea visto así por un tribunal. El penalista español Muñoz Conde indica que casos como estos han sido atendidos en ocasiones mediante un enfoque procesal. “[A]lgunos casos de colisión de derechos de difícil solución por la vía del estado de necesidad o alguna otra causa de justificación específica se solucionan legislativamente estableciendo una *justificación por el procedimiento*, cuya observancia legitima la intervención que de otro modo sería lícito”.⁵²

La tradición del “common law”

Es interesante cómo en el “common law” las figuras de derecho penal antes descritas son relativamente similares. Aquí también hay causas de justificación, sobre las cuales se ha

⁵⁰ *Id.* en las págs. 328-30.

⁵¹ ROXIN, *supra* nota 42, en las págs. 676-80.

⁵² MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, *supra* nota 47, en la pág. 310.

indicado lo siguiente: “justified conduct is conduct that under ordinary circumstances is criminal, but which under the special circumstances encompassed by the justification defense is not wrongful and is even, perhaps, affirmatively desirable”.⁵³

Asimismo, el “common law” reconoce entre las causas de justificación el caso particular de la defensa de necesidad: “As a result of some natural (non-human) force or condition, [an actor] must choose between violating a relatively minor offense, on the one hand, and suffering (or allowing others to suffer) substantial harm to person or property, on the other hand”.⁵⁴ “The necessity defense exculpates an actor for conduct that would otherwise be a crime when the actor engages in the conduct in order to prevent something worse from occurring”.⁵⁵

Es usual que esta defensa no tenga una base estatutaria, sino que se reconoce como una de último recurso, casi residual, cuando no hay ninguna otra. “It legitimizes technically illegal conduct that common sense, principles of justice, and/or utilitarian considerations convince us is justifiable, but which is not dealt with –neither authorized nor disallowed– by any other recognized justification defense”.⁵⁶

El penalista norteamericano Dressler identifica las siguientes condiciones para reconocer la defensa de necesidad: 1) el actor debe enfrentar un peligro claro e inminente, 2) debe esperar, como una persona razonable, que sus acciones sean efectivas en controlar el peligro que intenta evitar; debe haber una relación causal directa entre su acción y el daño que interesa controlar; 3) no debe haber otro mecanismo legal efectivo para controlar el peligro; 4)

⁵³ JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 208 (5ta ed. 2009).

⁵⁴ *Id.* en la pág. 289. “Necessity may not have been a common law defense in England, but it is a part of the common law tradition of the United States”. *Id.* en la pág. 291.

⁵⁵ Michael H. Hoffheimer, *Codifying Necessity: Legislative Resistance to Enacting Choice-of Evils Defenses to Criminal Liability*, 82 TUL. L. REV. 191, 192 (2007).

⁵⁶ DRESSLER, *supra* nota 53, en la pág. 290.

el daño que el acusado causaría violentando la ley debe ser de menor seriedad que aquel que procura evitar; 5) el legislador no debe haber anticipado la selección de males y seleccionado ya el balance entre los valores en competencia; y 6) actor debe llegar a la situación con manos limpias; no puede haber creado la emergencia.⁵⁷

De otro lado, el mismo autor señala tres limitaciones de la defensa: 1) algunos ordenamientos limitan la defensa a emergencias naturales (posición que Dressler no comparte); 2) defensa no debe estar disponible en casos de homicidio; y 3) algunos ordenamientos limitan la defensa a la protección de personas y propiedad (excluyendo, por ejemplo, la defensa de la reputación).⁵⁸

B. Responsabilidad civil

La tradición del “common law”

Si nos movemos del ámbito penal al civil, veremos consideraciones parecidas al momento juzgar la responsabilidad de una persona que ha realizado un daño a otra bajo una situación de necesidad. En el “common law” y el llamado derecho de “torts”, se reconoce la necesidad como una defensa en el caso de acciones intencionales. En general, se trata de un privilegio que busca evitar un desastre público o daños serios e inminentes, al actor u otros.⁵⁹

Ahora, como defensa tiene dos vertientes: la necesidad pública y la necesidad privada. En el caso de la necesidad pública, una persona puede incurrir en un acto que de otro modo sería considerado una entrada ilegal en propiedad ajena, si el acto es razonablemente necesario

⁵⁷ *Id.* en las págs. 291-93.

⁵⁸ *Id.* en las págs. 293-94.

⁵⁹ DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS 248 (2000).

para propósitos de evitar un desastre público.⁶⁰ Ese sería el caso de la persona que con el propósito de evitar la propagación de un incendio forestal, entra en el terreno de su vecino y destruye una plantación con el propósito de construir una barricada que detenga el avance de las llamas. La doctrina de la necesidad pública tiene su origen en el “common law” inglés.⁶¹

Mientras, en el caso de la necesidad privada, el daño serio que se interesa prevenir es al propio actor o su propiedad, o a un tercero.⁶² Para poder invocar la necesidad privada es necesario reunir los siguientes elementos: 1) peligro, 2) creencia razonable de que existe el peligro, 3) daño serio, 4) respuesta es razonable a la luz de la amenaza.⁶³

Es importante señalar que en términos de las consecuencias de incurrir en un acto de necesidad, la norma en cuanto a responsabilidad varía dependiendo si se trata de una necesidad pública o privada. Pudiera responder en daños quien actúe bajo un estado de necesidad privada. Sin embargo, no responde en caso de necesidad pública como incentivo para que la persona actúe en circunstancias que serían provechosas para el interés general.⁶⁴

Por último, el “common law” no es indiferente al origen de la emergencia. Queda claro que la defensa de necesidad no aplica si el peligro que el actor intenta evitar mediante sus acciones, ha sido ocasionado por la propia persona.⁶⁵

⁶⁰ JERRY J. PHILLIPS, NICOLAS P. TERRY, FRANK L. MARAIST, FRANK MCCLELLAN, THOMAS C. GALLIGAN, JR. & PHOEBE A. HADDON, TORT LAW: CASES, MATERIALS, PROBLEMS 204 (3rd ed. 2002), citando de Restatement (Second) of Torts §§ 196 y 262.

⁶¹ “The right to destroy property, to prevent the spread of a conflagration, has been traced to the highest law of necessity, and the natural rights of man, independent of society or civil government. ‘It is referred by moralists and jurists to the same great principle which justifies the exclusive appropriation of a plank in a shipwreck, though the life of another be sacrificed; with the throwing overboard goods in a tempest, for the safety of a vessel; with the trespassing upon the lands of another, to escape death by an enemy. It rests upon the maxim, *Necessitas inducit privilegium quod jura privata*.” citando al Tribunal Supremo de California en *Surocco v. Geary*, 3 Cal. 69, 73 (1853), ARTHUR BEST & DAVID W. BARNES, BASIC TORT LAW: CASES, STATUTES, AND PROBLEMS 747 (2nd ed. 2007).

⁶² PHILLIPS et als., *supra* nota 60, en la pág. 208, citando el Restatement (Second) of Torts § 197.

⁶³ DOBBS, *supra* nota 59, en la pág. 249.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ PHILLIPS et als., *supra* nota 60, en la pág. 208.

Tradición civilista

En la tradición de derecho civil también es frecuente reconocer una defensa de estado de necesidad en el ámbito de la responsabilidad civil. Además, cabe señalar que en su contenido y alcance resulta una figura similar a la utilizada en el derecho penal. Se le ha definido como “la situación de peligro inminente que impulsa al agente, como último recurso, a la violación del derecho ajeno para sustraerse de un mal al que ha sido extraño” y donde el “el estado nos enfrenta siempre a una colisión de intereses jurídicamente reconocidos, uno de los cuales ha de ceder ante el otro”.⁶⁶

Los requisitos de la defensa según consignados por Benítez Caorsi, son: 1) “que exista un peligro inminente y cierto”, 2) la “inevitabilidad y gravedad del daño”, 3) “que no se haya provocado por causa propia”, 4) “que la conducta del agente sea proporcionada a la magnitud del mal afrontado” y 5) “que no haya obligación profesional de afrontar el mal”.⁶⁷

IV. Coincidencias y divergencias

Los puntos de encuentro entre el estado de excepción en el derecho público y el estado de necesidad en el ámbito de responsabilidad individual, deben ser patentes. Las nociones de lo imprevisto, del peligro real y la proporcionalidad de la respuesta, son algunos de los elementos comunes a ambos discursos doctrinales. En esta parte discuto algunas de esas instancias de coincidencia. Antes, es necesario resaltar una diferencia fundamental.

⁶⁶ Juan J. Benítez Caorsi, *El estado de necesidad en la responsabilidad civil*, Año II, núm. 4, REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO 27, 29 (2005).

⁶⁷ Id. en la pág. 39.

A. Los límites de la necesidad

Vimos que una preocupación recurrente del debate sobre la excepción es entender si la misma se da dentro o fuera del derecho. Visto el asunto desde el punto de vista del estado de necesidad, pareciera que la respuesta es que la persona que responde a la emergencia actúa dentro del derecho. Después de todo, se trata de doctrinas de amplio reconocimiento en el derecho penal y en el campo de la responsabilidad civil. Sin embargo, conviene indicar que el asunto es más complicado que meramente invocar una “emergencia” o una “necesidad”.

Recordemos que al menos en el derecho penal continental, las causas de justificación suponen una conducta autorizada por el ordenamiento. Al respecto cabe señalar que esto va más allá de una autorización que nazca del mismo derecho penal, sino que “pueden tener su origen en cualquier norma del Ordenamiento jurídico que, por medio, de sus disposiciones (ley, reglamento, Derecho consuetudinario, etc.), autorice la realización de un hecho totalmente típico”.⁶⁸ Si aplicamos lo anterior al estado de excepción, el gobernante que actúe de forma contraria al ordenamiento legal no podría simplemente invocar el “estado de necesidad”. Tendría que sostener que el propio ordenamiento lo autoriza, lo cual es problemático en un caso como el de los Estados Unidos donde, salvo la suspensión del auto de habeas corpus, no hay autoridad constitucional para dejar de respetar los derechos constitucionales. Un posible planteamiento en estas circunstancias es el deber de un gobernante de conservar la existencia del estado, pero el planteamiento es uno fundamentalmente político.⁶⁹ El manto de legalidad

⁶⁸ MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, *supra* nota 47, en la pág. 308. Jescheck se refiere a esto como el “principio de la unidad del ordenamiento jurídico”. JESCHECK, *supra* nota 43, en la pág. 293.

⁶⁹ Para un intento de demostrar la naturaleza jurídica de este planteamiento bajo la Constitución de los Estados Unidos, véase Michael Stokes Paulsen, *The Constitution of Necessity*, 79 NOTRE DAME L. REV. 1257 (2004).

que trae consigo la figura jurídica del estado de necesidad no es lo suficientemente ancho como para cobijar la excepción.

B. La naturaleza y origen del peligro

Por otra parte, de forma reiterada se señala que el peligro debe ser real, serio, objetivo e inevitable. Nótese que en ambas instancias, la excepción y la necesidad, la preocupación es similar. Después de todo, no perdamos de perspectiva que en ambos casos el escenario es el de una persona que ha incurrido en una conducta que ha resultado lesiva para el interés de otra. Que exista una defensa reconocida por el ordenamiento jurídico a lo que va dirigido es a eximir de responsabilidad al causante de los daños o bien para juzgar si lo ocurrido fue legal o ilegal. Quien defiende la excepción y la necesidad no niega la ocurrencia del daño, sólo puede reclamar que se trata de un mal menor ante el interés que se pretende proteger.

En cambio, si el peligro no es real e inevitable, el daño que sufre la otra persona no sólo sería injustificado, sino que en el caso de la excepción se trataría de un simple abuso de autoridad por parte del estado. En este sentido, el problema resulta cualitativamente más preocupante que en el caso del daño que ocasione una persona privada a otra.

En esta misma dirección, es relevante que el peligro sea objetivo. Al respecto reitero lo ya antes expresado en torno a los usos retóricos del discurso de la emergencia y la necesidad de controlar la posibilidad de abuso en este sentido. No deja de resultar difícil, sin embargo, compaginar este criterio de objetividad con lo que también antes afirmé en cuanto al carácter político de la emergencia. Si la declaración de emergencia es un acto político, ¿cómo entonces puede estar sujeta a un análisis de objetividad?

Cuando afirmo que la emergencia es política no pretendo con ello implicar que se trata de un ejercicio subjetivo realizado dentro de consideraciones de poder y que no está sujeto a ser evaluado por los demás integrantes de la comunidad política, ni por otras instituciones públicas. Al contrario, con esto apunto al peligro de que se manipule la situación para obtener ventajas de las facultades que se reconocen bajo un estado de emergencia. De ahí que por ser potencialmente política la decisión, es necesario que se pueda exigir cuentas sobre la misma. A lo sumo esto requeriría que toda determinación de este tipo sea fundamentada con un alto grado de detalle. Se trata de un criterio que garantiza un mínimo de fiscalización por el foro judicial, pero que expone la decisión ante el foro público. En el caso de los tribunales, por más deferencia que exista a una decisión de este tipo, la misma no dejaría de estar sujeta a examen en términos de las razones públicas expuestas para sustentar la decisión.

Reconozco que esta postura pudiera parecer eminentemente procesal en tanto se limita a exigir un buen esfuerzo de fundamentación, pero con limitadas posibilidades de fiscalización efectiva por los tribunales. En un sentido parece recordar la explicación que daba Muñoz Conde sobre aquellas situaciones donde la ponderación de cuál es el mal menor es tan difícil, que el ordenamiento ha optado por reconocer una justificación por procedimientos. En estos casos se acentúa “más el cumplimiento con determinados requisitos y procedimientos que la justicia de la decisión en el caso concreto”.⁷⁰

Esto no impide, sin embargo, que en determinados circunstancias exista un mayor rigor en la intervención judicial. Para esto considero de particular importancia el requisito que está

⁷⁰ MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, *supra* nota 47, en la pág. 329. De otra parte, lo propuesto no se distancia tanto de Gross, quien abogaba por que el funcionario se expusiera al juicio público. En este caso, sin embargo, lo estaría haciendo al mismo tiempo que debe justificar que actúa dentro del marco del ordenamiento legal.

presente en prácticamente todas las vertientes del estado de necesidad: que quien invoque el mismo como defensa no lo haya provocado.

Para sustentar lo anterior y demostrar la importancia de los requisitos anteriores de seriedad y objetividad, tomemos como ejemplo el caso de las emergencias económicas. En particular, quiero comparar dos experiencias, una en Argentina y otra en Puerto Rico, cuya discusión arroja luz al tema.

El punto de partida es el mismo. En *Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell*, 290 US 398 (1934), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos validó una legislación estatal que había sido impugnada por dejar en suspenso el pago de contratos privados de hipotecas. Se trataba de una moratoria adoptada por el estado de Minnesota al amparo de una declaración de emergencia, con el objetivo de paliar la situación económica de miles de dueños de hogares que estaban en peligro de perder sus hogares durante la recesión de los años 30's. Aunque la Corte fue enfática en que una emergencia no creaba autoridad, reconoció el poder del gobierno de atender una crisis económica de igual manera que atendería un desastre natural.⁷¹ Esto, aunque el efecto neto fuera menoscabar las obligaciones contractuales, actuación que la propia Constitución de los Estados Unidos prohíbe.

Legislación similar fue aprobada para la misma época en Argentina. Allí también hubo una impugnación judicial, emitiendo en 1934 la Corte Suprema de dicho país un dictamen, "Avico", que validó la acción estatal bajo criterios muy parecidos a los del caso *Blaisdell*.⁷² Luego, el principio que parece quedar esbozado es que las emergencias económicas pueden

⁷¹ "An if state power exists to give temporary relief from the enforcement of contracts in the presence of disasters due to physical causes such as fire, flood or earthquake, that power cannot be said to be nonexistent when the urgent public need demanding such relief is produced by other and economic causes". *Blaisdell*, 290 US en las págs. 439-40.

⁷² HORACIO RICARDO GONZÁLEZ, ESTADO DE NO DERECHO. EMERGENCIAS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES 44 (2007).

resultar de tanto interés público, que justifican la intervención estatal, incluso si esto significa limitar derechos contractuales.⁷³

Sin embargo, en un libro dedicado al tema de las emergencias y los derechos constitucionales, Horacio Ricardo González explica como décadas después, en los 90's, el mismo argumento fue utilizado para validar acciones estatales tomadas al amparo de emergencias económicas de distinta naturaleza.⁷⁴ En esta ocasión las medidas fueron tomadas por el estado para suspender sus propias obligaciones fiscales al amparo de una situación financiera precaria. Denuncia González que se trataba “ahora, de la emergencia del Estado y no de la protección de sectores o grupos sociales necesitados de la intervención estatal”.⁷⁵ “Se pasa de una emergencia orientada a resolver o dar respuesta a crisis socioeconómica, más transitorias o más permanentes, que afectaba a distintos sectores de la sociedad, a una emergencia destinada a preservar al Estado. En este punto, se asemeja la nueva emergencia al estado de sitio que también tiene por objeto fundamental preservar al Estado.”⁷⁶

Véase la similitud de lo anterior con la controversia que tuvo que enfrentar recientemente el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso *Domínguez Castro v. ELA*, 2010 TSPR 11. Allí se cuestionaba la constitucionalidad de una ley aprobada en el año 2009 por el gobierno de Puerto Rico mediante la cual se declaraba un estado de emergencia fiscal y se tomaban varias medidas, incluyendo la congelación de convenios colectivos, e incluso el

⁷³ Para un planteamiento de que en una situación de emergencia los derechos de tipo económico son más susceptibles de ser afectados que los de carácter político, véase Bernadette Meyler, *Economic Emergency and the Rule of Law*, 56 DEPAUL L. REV. 539 (2007).

⁷⁴ *Supra* nota 72.

⁷⁵ *Id.* en la pág. 59.

⁷⁶ *Id.*

despido de empleados públicos. El Tribunal sostuvo la constitucionalidad de la ley y de igual modo citó con aprobación lo resuelto en Estados Unidos en el caso *Blaisdell*.

Sin embargo, al igual que en el caso argentino, el origen de la crisis fiscal invocada por el gobierno en Puerto Rico descansaba, en gran parte, en decisiones que había tomado el mismo estado. Claro, las decisiones habían sido tomadas por administraciones previas, por lo que el discurso político suponía que la presente administración se distanciaba de ese desarrollo histórico para reclamar ahora tomar medidas de carácter especial.

En fin, en ambos escenarios, el argentino y el puertorriqueño, el estado reclamó una situación de emergencia para tomar medidas especiales, aún cuando el origen de las circunstancias apremiantes le era atribuible. Claro, esto tampoco querría decir que no podían tomar medidas de emergencia. Si aplicáramos a esta situación el requisito del estado de necesidad conforme al cual el actor no puede ser responsable de crear el peligro, el resultado sería que la defensa no estaría disponible.

En este caso la óptica debe ser otra pues no está en juego el asunto de responsabilidad individual. Afirmar que el estado es el causante de la emergencia no significa que la misma no exista o que tal hecho incapacite al estado a asumir medidas correctivas. Sin embargo, asunto distinto es permitirle que goce de los beneficios que usualmente tendría quien invoque la emergencia, pero no sea responsable de crearla.

Si traducimos lo anterior al escenario de una impugnación judicial, el asunto debería verse entonces en el contexto del grado de deferencia del que debe gozar el estado. Tanto en Argentina, como en Puerto Rico, los tribunales terminaron siendo en extremo deferentes a las medidas adoptadas por el gobierno. Incluso en el caso de Puerto Rico, el Tribunal Supremo se

mostró impresionado por el hecho de que era la primera vez en la historia que la Asamblea Legislativa utilizaba el término “estado de emergencia” en el contexto de una situación económica del todo el país.

Esto podría ser importante, pero también un ejemplo de mero uso de la retórica. Lo que sí me parece fundamental es que habiendo sido la llamada crisis una creada por el propio gobierno, lo que requería la situación era un tribunal que fuera sumamente estricto en evaluar los fundamentos invocados por el estado y que examinara con mucho rigor la razonabilidad de las medidas adoptadas para zanjar la crisis. Lo que recibió el estado, en cambio, fue la deferencia que posiblemente buscó desde un inicio al utilizar el discurso de la emergencia. El requisito del estado de necesidad de excluir de sus beneficios a quien cree el peligro, es sin dudas una contribución a incorporar en el análisis del estado de excepción.

V. Comentarios finales

A la pregunta si hay elementos comunes en la manera que el derecho trata el tema de las emergencias desde sus distintos campos y a través de las principales tradicionales legales, la respuesta es que sí. Hay en este sentido cosas que aprender y ya en la parte anterior he tratado de dar cuenta de ello.

Existe, sin embargo, un elemento que entiendo amerita especial particularización en el caso de cómo el estado de excepción responde a la emergencia. Gran parte de la discusión parte de una visión estática respecto al modo en que el sistema jurídico-político está constituido. De ahí que al momento de evaluar si un ordenamiento está preparado o no para atender una emergencia, el ejercicio suponga examinar la distribución y relaciones de poder existentes. De ahí surgen entonces conclusiones respecto a lo que se puede o no se puede

hacer. Este es el tipo de análisis realizado en la obra de Gross para finalmente concluir que el sistema legal no cuenta con la capacidad de atender situaciones de emergencia sin corromperse en el proceso.⁷⁷

El problema con esta visión es que no da cuenta de forma satisfactoria del elemento evolutivo del proceso político-constitucional.⁷⁸ Las dificultades de encontrar un acomodo satisfactorio al estado de excepción dentro del ordenamiento legal, no tienen que ser más problemáticas que otras muchas controversias relacionadas a cómo limitar la autoridad estatal al mismo tiempo que se preserva el espacio para la acción institucional que responda al interés colectivo. Se trata, al fin y al cabo, de un proceso. De ahí que en ocasiones posibilite transformaciones y, en otros casos, marche a ritmo muy lento o casi imperceptible. Lo importante es que siempre esté presente el convencimiento de que el interés general requiere la búsqueda e incluso la lucha por la mejor solución. A este respecto parecen acertadas las palabras de Pérez Luño cuando indica que la “formación conceptual de la seguridad jurídica, como la de otras importantes categorías de la Filosofía y la Teoría del Derecho, no ha sido la consecuencia de una elaboración lógica sino el resultado de las conquistas políticas de la sociedad”.⁷⁹

⁷⁷ GROSS & AOLÁIN *supra* nota 11, en la pág. 228.

⁷⁸ “By reifying ‘models’ of emergency and ‘doctrines’ of necessity as either legal or extralegal, these approaches neglect the constitutive role of political contestation in producing and traversing that boundary”. Leonard C. Feldman, *The Banality of Emergency: On the Time and Space of ‘Political Necessity’*” en SOVEREIGNTY, EMERGENCY, LEGALITY 136, 138 (Ed. Austin Sarat 2010).

⁷⁹ PÉREZ LUÑO, *supra* nota 1, en la pág. 481.