i-Latina 1 (2019): 1-28
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.19

Relatoría "Estado de excepción y Estado Constitucional de Derecho"

JUAN CARLOS RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA
Universidad de Los Hemisferios
juancarlosr@uhemisferios.edu.ec

RESUMEN

El relator sintetiza el contenido de las once ponencias presentadas respecto de este amplio tema agrupándolos en cuatro ejes temáticos interrelacionados.

PALABRAS CLAVE: Estado de excepción, estado constitucional, derecho de emergencia, seguridad jurídica.

ABSTRACT

The rapporteur synthetizes the contents of the eleven papers presented on this extensive topic, grouping them in four interconnected main themes.

KEYWORDS: Emergency powers, constitutional state, law of the exception, legal security.

Copyright© JUAN CARLOS RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA
Se permite el uso, copia y distribución de este artículo si se hace de manera literal y completa (incluidas las referencias a i-Latina), sin fines comerciales y se respeta al autor adjuntando esta nota. El texto completo de esta licencia está disponible en: http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es
Revista Digital de Acceso Abierto http://www.cervantesvirtual.com

I. Introducción

En la presente mesa se han presentado once ponentes para hablar sobre el Estado de excepción o sobre elementos relacionados con la excepcionalidad en el derecho, como los decretos ley, las intervenciones federales o las "razones de Estado" que pretenden justificar un actuar extremo del mandatario. Hilar tan diversas figuras no ha sido nada fácil. En cualquier caso, hemos previsto seguir el siguiente esquema:

- Comenzar con el análisis general de cómo funciona el derecho en "los tiempos malos".
- Luego pasaremos revista de las diversas fuentes del "derecho de excepción"
- A continuación recogeremos las consideraciones de los ponentes sobre el control del derecho previsto para situaciones de excepción
- Finalizaremos con la exposición de algunos casos concretos

Antes de dar paso a la relatoría conviene aclarar que la expresión "estado de excepción" no es usada de manera igual por todos los autores, porque con esta terminología no se entiende lo mismo en todas las legislaciones. A fin de darle mayor fluidez a la relatoría, procuraremos usarla aquí en un sentido lato o amplio.

II. El derecho en los malos tiempos

En cierto modo, en nuestra mesa se confronta dos extremos: el Estado de excepción y el Estado constitucional de Derecho. Son como dos gemelos que germinan en un mismo vientre, uno débil y otro fuerte. El débil es llamado a tomar el mando en tiempos de paz; el fuerte está destinado a gobernar como un Leviatán cuando surjan guerras o catástrofes. Ambos están en un mismo vientre, que es la Constitución. Sagües ha señalado que es como si existieran dos constituciones opuestas en un mismo código: una garantista de los derechos de las personas, y otra

totalmente inversa.

Los doctores Daniela Magalí Miranda y Jorge Augusto Barbará[1] hacen varias consideraciones en torno al denominado "derecho de la emergencia". Ellos resaltan las contradicciones que engendra la normativa de excepción. Las leyes deberían — en lo posible — generar confianza, certeza y predecibilidad de resultados. Esto es el derecho a la seguridad jurídica, constitucionalizado en muchos estados. Los autores afirman que la misma noción de "Estado de derecho" presupone el valor de la seguridad o previsibilidad en la aplicación del derecho positivo. Pero todo esto se trastoca al aplicar el "derecho de emergencia", que a priori resulta incompatible con el logro de este valor.

Señalan que a grandes rasgos el "derecho de la emergencia" es un sistema de normas dictado para resolver una coyuntura, cuyas disposiciones se apartan de las de aquel sistema de normas que está previsto para funcionar en la normalidad y cuya aplicación (es decir, la aplicación del sistema emergencial). Supone la generación de consecuencias desfavorables para parte de sus destinatarios, que no se encontraban previstas en tiempos de normalidad. Así, el "derecho de emergencia" supone la violación de ciertos derechos concedidos para los buenos tiempos.

Pero para Miranda y Barbará tal incompatibilidad sólo se da prima facie, porque entienden que la inseguridad jurídica no se produce por el mero hecho de violación de una norma o de un principio jurídico determinado; sino que se genera sólo cuando — sopesados los diversos objetivos a que aspiran normas y principios de un ordenamiento jurídico — prevalece una ley o sentencia que no resultaba esperable en base a ese material legal que fue o debió ser ponderado. En consecuencia, la normativa emergencial en realidad sería resultado de ese juicio ponderativo ordinario.

[1] Ponencia *Argumentación judicial en materia de emergencia con particular referencia al caso argentino.*

Es sin duda complejo el cálculo de previsibilidad, máxime ante las expectativas sociales de que el Estado respete el derecho, los derechos adquiridos y las funciones básicas del sistema. Estas expectativas deberían estar justificadas en algún principio o norma del ordenamiento jurídico. Esto no solo es complejo, sino que — según los autores — el incumplimiento de las normas estatales se muestra como una vía "extremadamente difícil de desandar", a tal punto que Miranda y Barbará se proponen replantearse la noción de seguridad jurídica. Es por ello que el funcionamiento del "Estado de derecho" exige una fina argumentación que legitime el "derecho de la emergencia". Este requisito de la "optimización argumental" no parece satisfecho en países como Argentina donde sistemáticamente se va de emergencia en emergencia.

En este orden de ideas, me parece que lo más plausible es considerar el "derecho de emergencia" como una excepción a la norma general, con todo lo que esto conlleva: el deber de extremar la justificación, la interpretación estricta o restrictiva, la temporalidad, entre otras cosas.

En Brasil Plinio Regis Baima tiene quejas semejantes, por considerar que se está gobernando ordinariamente con decisiones excepcionales. Dice que este es el modo de proceder de los estados absolutistas, ya señalado por Carl Schmitt en su Teoría Política (1922), donde afirma de forma pragmática que «soberano es quien decide sobre el estado de excepción». Paradójicamente, se puede decir que «la excepción es un medio que desprecia los medios, teniendo en mira solamente cómo conseguir el fin» (Matos). Y aunque luego cita a Agamben que dice que «el estado de excepción no es un derecho especial (como lo es el derecho de guerra)», en realidad nos parece grotesco y defectuoso que se tenga por normal la excepción.

Ahora bien, si se parte de una concepción pesimista del hombre donde lo normal es la calamidad, la casa terminará patas arriba. La doctora Zhenia Djanira

Aparicio Aldana[2] justamente destaca cómo para Hobbes el hombre es un ser egoísta, que por naturaleza está envuelto en un estado de odio, inseguridad y guerra permanente con los demás. El instinto natural de autoconservación desemboca en un profundo egoísmo ajeno a todo criterio racional o valorativo, que le lleva a proteger la vida y la propiedad. Según el inglés, «la inclinación general de toda la humanidad es el deseo perpetuo y sin tregua de adquirir cada vez más poder, deseo que sólo cesa con la muerte». Para el hombre en estado de naturaleza sus "derechos" son ilimitados ("derechos" entendidos como ejercicio del poder físico), sus pasiones incontrolables lo llevan a buscar cosas, a arrebatárselas a los demás y a terminar haciendo "la guerra de todos contra todos". En ese ámbito surge la inseguridad, el miedo, el odio y la desconfianza. «El que no consigue lo que apetece, desconfía del otro, y, para precaverse, lo ataca» (Marías). Por eso, homo homini lupus dic. Lo normal aquí no son los tiempos de paz y seguridad. ¡Dramática es la situación del hombre en estado de naturaleza!

Para lograr esa excepcional y anhelada paz las personas recurren por necesidad a un gran pacto: en él renuncian a sus derechos y ceden su voluntad a un nuevo ser que nace: al Leviatán, al Soberano, al Estado. Se pasa del temeroso status naturae al status civilis. Como se sabe, "Leviathán" es el nombre de un monstruo bíblico que simboliza el "dios mortal" que asegura la paz. Solo un monstruo de esa dimensión podrá contener los deseos más íntimos de los hombres. Este dios expresará la voluntad de todos a través de las leyes, leyes que obligan por el mero hecho de dictarlas el Estado. Así la teoría hobbesiana justifica el poder hegemónico o supremo en la comunidad social. Hobbes logra revestir a este Estado de todas las obligaciones y limitaciones contractuales, otorgándole una autoridad casi ilimitada. El Estado así constituido es absoluto, manda sin limitación; es una máquina poderosa, un monstruo que devora a los individuos y ante el cual no hay ninguna otra instancia.

Pero el estado civil solo provee una quimera de paz, porque en realidad el

[2] Ponencia *El homo homini lupus dic en la filosofía social de Hobbes y la justificación del Estado absoluto como reflejo en la crisis de la modernidad.*

ciudadano termina desprovisto de garantías frente al monstruo que ha creado. El individuo solo puede obtener su protección sólo a través de la fortaleza del soberano que liberado de sus ataduras; solo estará protegido cuando el Estado despliegue su poder para sosegar los intereses particulares.

Esa visión pesimista, materialista, voluntarista, nominalista e individualista de Hobbes sigue siendo gozando de tremenda actualidad. Como dice Polo (2012), «hoy en día, muchos hombres viven aterrados ante lo incontrolable, que es lo más vulnerante. Hobbes se sintió siempre sobrecogido por la presencia del terror en su alma, asustado ante todo y siempre. Pero lógicamente, quien percibe en el hombre una voluntad agresiva sin freno, si él no es el lobo mayor de todos — Hobbes no lo era —, sólo puede temer. De ahí que lo especifico del hombre sea la previsión de la amenaza. El aspecto hostil de la vida, se extiende hasta el miedo cósmico. El hombre se encuentra perdido en el mundo. Las estrellas, la inmensidad del Universo con su inexplicabilidad mecánica, es decir, en su puro energetismo espontáneo, produce espanto. El único refugio es el Leviatán, Dios suscitado por la entrega de nuestra propia sustancia dinámica». Por eso en el último siglo, en nombre de la paz y de una seguridad legal, se ha terminado justificando un sinnúmero de regímenes totalitarios. A pesar de las múltiples declaraciones de derechos, el poder del Estado se ha ido incrementando cada vez más, en la medida en que quita espacios a la autonomía individual. El Estado totalitario hoy se encubre bajo la figura de un "paternalismo estatal", de un poder omnímodo que ofrece la paz y la liberación de todos los miedos humanos. Hemos llegado así a una verdadera crisis social, a una crisis de libertad de las personas.

Obsérvese que en el curioso sistema hobbesiano la justificación del poder absoluto se dio por considerar que lo natural era la guerra, el caos, la autodestrucción. La excepción pasó a ser la norma general. Y es la misma técnica argumentativa que hoy usan los nuevos dictadores: se declara que todo es calamidad como justificativo para arranchar todo el poder posible en aras del nacimiento de un nuevo dios liberador: el dictador.

En esta lógica de guerra y autodestrucción hobbesiana parece haber entrado los Estados Unidos, luego de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2011. Vinícius Sado Rodrigues[3] observa que en ese momento la geopolítica norteamericana dio un giro, y ello a su vez ha repercutido en la política mundial de las demás naciones. Esta nueva política de "guerra contra el terror", que instaura la guerra preventiva — una guerra eterna —, Gallardo la ve como una renovación de las estrategias colonialistas de las grandes potencias. A la vez, dentro del país se instituye un gobierno basado en la excepción, donde se comienzan a dictar normas como el *Military Order*, la *Patriot Act* y otras que no observan el debido proceso y que recortan los derechos de las personas como si fueran tiempos de guerra, so pretexto de afianzar la seguridad nacional.

Agamben procura distinguir entre Estado de excepción y Estado de sitio, en un ámbito donde la terminología muchas veces resulta ambivalente. En la doctrina alemana se suele hablar de "Estado de necesidad", en la inglesa de "poder de emergencia", mientras que en Italia y Francia se usan los "decretos de urgencia" y "estados de sitio". Según Agamben, en el Estado de sitio se suspende la constitución y se instaura otro jurídico para la regulación de los conflictos locales y las situaciones de emergencia. Por eso en la guerra se dicta el Estado de sitio, a fin de suspender el orden legal de manera temporal para regular *ex novo* la situación bélica. En cambio, el Estado de excepción no presenta límites jurídicos claros: está en una zona de indefinición entre el derecho público y el hecho político. Ahí las situaciones de necesidad y excepcionalidad serán solamente aquellas que el gobierno o un grupo de personas las escojan como tales. Y a fin de cuentas, la excepción se toma como regla general para gobernar.

El ponente sigue luego la doctrina de Michel Agier, y observa que con el nuevo régimen de excepción se termina transformando a ciudades enteras en "campos de

[3] Ponencia *Campos de Refugiados e o paradigma contemporâneo do governo da Exceção.*

refugiados", que son no lugares para los sin-derechos, donde por lo mismo se suspende el estatuto ontológico de los sujetos de derecho.

III. La producción del derecho excepcional

Contra lo que pudiera parecer a una mirada superficial, la producción del "derecho de excepción" no es prerrogativa exclusiva del Ejecutivo, ni de ninguna autoridad estatal. Al contrario, cada poder del Estado ha encontrado cómo producir normas de excepción, según lo veremos.

a) El derecho excepcional en manos del Ejecutivo

Haya tenido o no razón Hobbes acerca de si lo normal es la guerra o la paz, lo cierto es que muchas autoridades gobiernan sus estados como si continuamente se viviera en tiempos calamitosos y desesperados. La doctora Ana Catalina Arango Restrepo[4] ha sido muy enfática al señalar cómo el Ejecutivo colombiano se ha saltado los procedimientos ordinarios de aprobación de leyes, dictando con una frecuencia inusitada decretos de ley en múltiples temáticas. Por eso, algunos autores se cuestionan si no se trata esto de una usurpación de las funciones legislativas, cuando el uso de estos decretos no obedece a las preferencias políticas o a otros factores excepcionales.

Según Arango, un estudio detenido del ejercicio de la función legislativa por parte del ejecutivo pone en evidencia que la temida figura de los estados de excepción podría llegar a resultar menos invasiva que la propia delegación expresa que el congreso ha hecho de sus funciones. Para dilucidar esto, la autora estudia la historia política colombiana comprendida entre los años 1974 y 2014, atendiendo a las delegaciones de facultades legislativas que la Constitución o el Congreso han hecho al presidente para dictar decretos con fuerza de ley. Divide el estudio en tres

[4] Ponencia *¿Los estados de excepción son el único problema? Un ejercicio de la función legislativa de delegación expresa del Congreso: el caso colombiano.*

secciones:

(i) Años 1974-1990, durante los cuales el presidente se arroga tanto los poderes legislativos a través de los decretos extraordinarios y de los decretos legislativos, que se lo llega a considerar «el primer legislador del país» (Archer y Chernick). En efecto, mientras el Congreso expidió 1158 leyes, el presidente expidió 1297 decretos con fuerza de ley (984 por delegación del Congreso y 313 en el marco de un estado de excepción).

El Congreso se dedicó principalmente a otorgar facultades extraordinarias al presidente (a lo que dedicó 75 leyes), a aprobar tratados y actos internacionales, a aprobar el presupuesto de la Nación, a rendir homenajes y honores, y en un 38.42% a reformas en materia penal, civil, procesal, etc. Por su parte, el presidente ha absorbido una buena parte de la función legislativa en "tiempos de paz y normalidad", con el auspicio y consentimiento del Congreso.

Se destaca el mandato de Alfonso López Michelsen, que expidió 219 decretos ley, frente a las 211 leyes del Congreso (15 para revestir al ejecutivo de facultades extraordinarias); y el mandato de Virgilio Barco, quien expidió 349 decretos, frente a las 129 leyes del Congreso, todas estas normas de ambos poderes versan prácticamente sobre los mismos temas. Las razones posibles de esta inactividad que se han dado son la falta de institucionalización del legislativo, la renuencia de los diputados a asumir la responsabilidad ante las decisiones difíciles que pueden costarle el respaldo del electorado, y la dificultad para conformar mayorías legislativas.

Arango analiza también la cantidad de decretos expedidos en virtud de un estado de excepción y las declaratorias de estado de excepción, cuyo número a veces confunde, porque hay presidentes que gobiernas bajo la declaratoria de estado de excepción dictada por sus predecesores. A la vez, no siempre hay relación entre el número y la calidad. Por ejemplo, Julio César Turbay expidió un solo decreto, el

Estatuto de Seguridad, que bastó para convertir su gobierno en el más represivo de los últimos tiempos (a criterio de la ponente). Otros presidentes recurrieron más a los estados de excepción, pero ellos duraron mucho menos tiempo.

(ii) Años 1990-2002, en donde imperó la Constitución de 1991 que especificó aún más los supuestos en que el ejecutivo podía declarar el estado de excepción y que estableció fuertes controles de este tipo de medidas. Además, la Constitución limitó las materias y el tiempo en el cual las dos cámaras de consuno podían revestir de facultades extraordinarias al presidente; y se concedió al parlamento la facultad de modificar «en todo tiempo y por iniciativa propia» los decretos ejecutivos (art. 150.10). Ello generó un declive en el uso presidencial de estas dos figuras.

En concreto, César Gaviria expidió 293 decretos, Ernesto Samper 87 y Andrés Pastranta 91. Gaviria pudo hacerlo porque el primer año de su mandato (1990) no lo ejerció bajo la Constitución de 1991, sino bajo el estado de sitio declarado por su predecesor en 1984. El Congreso recupera su papel protagónico de expedir leyes: dicta 815 leyes (37 de las cuales revisten de facultades extraordinarias al presidente), frente a 471 decretos ejecutivos (319 por delegación del Congreso).

Tanto Cesar Gaviria como Samper intentaron seguir ejerciendo sus facultades legislativas a través del estado de excepción, pero encontraron una fuerte resistencia en el control ejercido por la Corte Constitucional. Para esquivarlo, ambos utilizaron sus poderes partidistas para conseguir del congreso la delegación de facultades extraordinarias.

(iii) Años 2002-2014, donde se acentúa la tendencia anterior. Mientras el Congreso aprueba 947 leyes, el presidente expide solo 206 decretos (110 por delegación del Congreso y 85 bajo el estado de excepción, al que se recurre cada vez más). El Congreso ya no confiere fácilmente las facultades extraordinarias al ejecutivo (solo lo hace en 21 oportunidades); a partir del año 2004 esta delegación de facultades será mínima. Sin embargo, en aquellos pocos decretos el presidente

pudo realizar una reforma de la rama ejecutiva sin precedentes.

Arango concluye que en Colombia el presidente ha utilizado los estados de excepción para aprobar su agenda sin necesidad de conseguir el apoyo del congreso, cuando éste se ha enfrentado a un congreso que le hace oposición o que no coopera. Pero generalmente prefiere evitar este mecanismo excepcional, y solicita al congreso la delegación expresa de la función legislativa, si considera que cuenta con un congreso "más cooperativo". Ello nos hace plantearnos si, además de moderar y controlar los estados de excepción, acaso deberíamos hacer lo mismo con la delegación de facultades legislativas.

b) El monarca, el jefe político y las razones de Estado

También observamos un cierto recorte en los derechos y libertades de las personas en atención a las denominadas "razones de Estado", invocadas sobre todo durante la era moderna que se vio llena de guerras entre príncipes por motivos políticos, económicos y religiosos. La teoría del Estado de excepción no resultaba necesaria al príncipe que gobernaba en aquellos días, pues él no necesitaba pedir permiso a nadie para hacer la guerra o la paz. Sin embargo, fue en la academia donde se cuestionó cuáles deberían de ser las razones que han de mover al príncipe a actuar.

El doctor Eusebio Fernández García[5] recuerda que las razones de Estado han sido definidas como una «máxima del obrar político» que «dice al político lo que tiene que hacer, a fin de mantener al Estado sano y robusto» (Meinecke). Como se sabe, bajo aquellas "razones" que buscan la seguridad del Estado, algunos gobernantes han violado normas éticas y jurídicas; estas razones justificaron el uso de todo tipo de medios, a los que se recurrió de manera sigilosa. Muchas veces el secreto fue previsto no solo por cuestiones de eficacia, sino también para ocultar actuaciones

[5] Ponencia *La razón de Estado (razones y excesos de una institución imprescindible).*

que pueden ser moralmente discutibles.

Según Fernández, la invocación de la "razón de Estado" conoció sus mejores momentos con el Estado absoluto y su fortaleza se fue debilitando con los primeros pasos del Estado liberal de Derecho. En el siglo XVI obtuvo esta definición:

> «El Estado es un dominio establecido sobre los pueblos y razón de Estado es el conocimiento de los medios aptos para fundar, conservar y ampliar tal dominio. Es verdad que si bien, absolutamente hablando, la razón de Estado se extiende a las tres partes susodichas, parece comprender con mayor rigor la conservación que las otras (...). Y si bien todo aquello que se hace por los motivos antes dichos, se dice hacerse por razón de Estado, mayormente se dice de aquellas cosas que no pueden reducirse a la razón ordinaria y común» (G. Botero, Della ragion di Stato, 1589).

Si la principal razón de Estado es "conservar" al Estado, conviene preguntarnos sobre aquello que deseamos mantener. ¿Por qué vale la pena mantener el Estado? Según Fernández, el Estado halla su máximo justificativo en el adecuado desarrollo de la sociedad, en la pervivencia del interés general o público, y en la defensa de los derechos de las personas fundamentales. Es decir, la mayor razón de ser del Estado es el hacer compatible el desarrollo individual humano con el bien común y en un marco general de paz, estabilidad y seguridad. Ello le confiere legitimidad ética, política y jurídica. Este es el cometido por el cual se ha instaurado el Estado y el que constituye su razón de ser y de obrar. Si la actuación estatal no cumpliera con esta misión, si el Estado pasara de protector de los derechos fundamentales a verdugo, quedaría deslegitimado en sí mismo.

Poco después de publicada la anterior obra, el padre Pedro de Rivadeneira escribe un texto arremete contra la doctrina de Maquiavelo, distinguiendo las buenas y malas razones de Estado:

> «(...) estos que llaman políticos (...) aconsejan a los príncipes tales cosas y ponen tales como primeros principios para el gobierno della, que siguiéndoles, necesariamente se han de perder, y con nombre de conservación del Estado arruinan sus estados y señoríos; porque tomando una máscara y dulce nombre de razón de estado (cuya

> conservación y acrecentamiento es el blanco en que los príncipes comúnmente tienen puesta la mira), todo lo que consultan, tratan y determinan, miden con esta medida y nivelan con este nivel. Y como si la religión cristiana y el Estado fueran contrarios, ó pudiese haber otra razón para conservar el Estado, mejor que la que el Señor de todos los estados nos ha enseñado para la conservación della, así éstos hombres políticos e impíos apartan la razón de estado de la ley de Dios» (Tratado de la religión y virtudes que debe tener el príncipe cristiano para gobernar y conservar sus Estados, 1595).

Para Rivadeneira la buena razón de Estado equivale a gobernar y conservar los estados según las leyes de Dios. Tanto la ley divina, como la razón de ser del Estado, buscaban el bien común para todos los ciudadanos. Es comprensible que en los estados confesionales de aquella época la religión formara parte de ese bien común a proteger.

La "razón de Estado" evolucionó con el advenimiento del Estado liberal y, más tarde, con la del Estado democrático de Derecho. Fernández considera válida «la tesis de que a más Estado de Derecho le corresponde menos razón de Estado». Aun así, actualmente persisten actuaciones extremas del Estado (v.gr. en la lucha contra el terrorismo, el narcotráfico, en la carrera de armamentos o en el espionaje informático) que invocan la "razón de Estado" (es decir, la conservación y mantenimiento del Estado, la seguridad, el interés general o el bien común).

Francisco Tomás y Valiente (1996) y Elías Díaz (1966), han procurado actualizar la noción de "buena" y "mala" razón de Estado. Sería buena razón si persigue conservar el Estado democrático de Derecho y proteger los derechos fundamentales. Sería mala razón si pretendiera justificar una dictadura, un Estado totalitario, un Estado contrario al Derecho, así como cualquier actuación inmoral o ilegal.

Otra nueva formulación de la "buena razón de Estado" la ha hecho Rafael del Águila, quien entiende que la seguridad constituye un valor necesario para el funcionamiento del Estado (entendido como un marco que permite la vida política

correcta, la autonomía y el bien común). El ponente considera que esta noción se complementa con la expuesta por Díaz y por Tomás y Valiente, porque la seguridad es una condición previa del ejercicio de los derechos y una exigencia inexcusable que afecta a los Estados en su ámbito interno como externo.

La conclusión de Fernández es que la mala razón de Estado sigue siendo deudora de los planteamientos maquiavélicos, que no temen transgredir los principios legales y éticos para garantizar la conservación y mantenimiento del Estado y la seguridad de los ciudadanos que habitan en él. La buena razón de Estado, en cambio, está constituida por los valores inspiradores y los fines a conseguir por el Estado democrático de Derecho.

Otro punto de vista sobre el tema lo aporta el doctor Edgardo Rodríguez Gómez[6], quien entiende que la noción de "razón de Estado" cobró importancia en los estados modernos, cuando surgió el afán de emancipación gubernamental frente a la doctrina moral religiosa. El mejor ejemplo puede encontrarse en las recomendaciones de Maquiavelo:

> «Además, en las acciones de todos los hombres especialmente de los príncipes, donde no hay tribunal al que recurrir, se atiende al fin. Trate, pues, un príncipe de vencer y conservar su estado, y los medios siempre serán juzgado honrosos y ensalzados por todos» (El príncipe).

Desde esta óptica, cualquier medio por inmoral o cruel que parezca resultará legítimo si se revela eficaz. Maquiavelo nunca usó la expresión "razón de Estado", aunque la dejó bosquejada. Fue Guicciardini quien al hablar del arte de gobernar el Estado habló de la "razón de los estados". Desencantado del discurso moralista religioso de la época, propuso olvidar los imperativos morales, dejar de pensar y hablar como cristianos para reflexionar en términos estrictos de la razón y las costumbres que imperan en los Estados.

[6] Ponencia *La buena y mala razón de estado atravesada por la reflexión sobre la razón de guerra: Las aportaciones de Scipione Ammiratto y Giarolamo Frachetta.*

A mediados del siglo XVI, tras un despojo perpetrado por la Corona española a la Iglesia, el cardenal Giovanni della Casa, secretario de estado del papa Paulo IV, hace uso de la frase en la Oración a Carlos V para la restitución de Piacenza, al justificar su demanda advirtiendo que, si la ragione degli stati no permite tal devolución hay que cuestionarla porque no se trataría de una opinión ni humana ni cristiana. Pero será Giovanni Botero el primero en hacer circular ampliamente la expresión "razón de estado" al ponerla como título de una de sus obras "Della Ragion di Stato" (1589), que definió como "el conocimiento de los medios adecuados para fundar, mantener y aumentar un Estado". A partir de este momento, la expresión se afianzará y servirá para explicar diversas cuestiones estatales, como el tratamiento de la guerra.

Tres años más tarde, Girolamo Frachetta escribió L'Idea del libro dei governi di stato et di guerra con due discorsi, l'uno intorno la ragion di stato, et l'altro intorno la ragione di guerra (1592). Más tarde desarrollaría el tema en otras obras citadas en la ponencia de Rodríguez. Frachetta entiende la "razón de estado" como un conjunto de dispositivos de gobierno con los que el príncipe disciplina el pueblo. En contra del amoralismo maquiavélico que sólo se maneja con criterios de efectividad, él también acepta la tradicional subordinación a la moral y a los principios religiosos. Así, la buona ragione di stato sería la que permanezca enmarcada en los límites morales, mientras la cattiva ragione di stato sobrepasaría tales límites. Frachetta hace de la disciplina un elemento central de su teoría: las relaciones príncipe - súbditos deben asegurar el orden y la obediencia, para lo que quien manda debe aspirar a ganarse el consenso del pueblo, mientras el pueblo debe asumir un compromiso con el príncipe, a fin de conservar el estado y sus bienes. La prudencia política hará que el príncipe actúe sobre las inclinaciones naturales de sus súbditos conquistando el ánimo de la plebe con la ampliación de beneficios materiales. Una vez lograda la disciplina, convendrá afianzar la función favorable de las leyes con normas que concreten premios y castigos.

Lo interesante de Frachetta es que relaciona tres conceptos distintos: la

razón de Estado, los intereses de Estado y las razones de guerra. Las razones de estado, como se dijo, buscan asegurar la disciplina de los súbditos mediante la prudencia política. Los intereses de estado miran al bien común; así, por ejemplo, resulta de interés estatal evitar las revueltas aristocráticas ocasionadas por el despojo de sus riquezas. No atender a estos intereses implicaría el desmoronamiento del poder soberano. Finalmente, la razón de guerra utiliza los medios extremos para la conservación del poder político; ante la imposibilidad de solucionar los conflictos emergentes, será la guerra la que los resuelva y, por ello, será la prudencia militar y la disciplina de los soldados los criterios que dirijan estas razones.

Frachetta procura distinguir la prudencia política de la prudencia militar, aunque las concibe como due prudenze congiunte, che paiono quasi una stessa cossa. La última busca vencer con justicia, aunque no siempre resulta sencillo definir qué es "loable" en el ámbito militar. El italiano, que vivió los altercados otomanos, señala que vencer «es siempre loable, y si es loable, conviene también que sea lícito, y en consecuencia conforme a la prudencia de la guerra». Pero luego reprueba el fraude y el engaño para superar a los enemigos, señalando que «vencer con fraude detrae mucha de la gloria al que vence: lo cual es signo de no estar esto aceptado por los hombres» (Prudenza, et imprudenza del Prencipe, nel maneggio della guerra, 1624), por lo que el fraude no es nunca glorioso, a diferencia del recurso a la ventaja, la estratagema y los artificios que resultan lícitos en la guerra. Al hablar de la ratio belli integra algunas categorías elaboradas por la doctrina de la guerra justa, lo que le ayudará a definir la verdadera y la aparente razón de guerra.

Otro desarrollo de esta noción la encontramos en el florentino Scipione Ammirato, que en su Discorsi sopra Cornelio Tacito (1594) señala que «la razón de estado no es sino la contravención de la razón ordinaria en garantía del beneficio público, o en garantía de razones más grandes y universales». El autor intenta relacionar diversos criterios de actuación: la razón natural, la ley moral y la ley divina, la razón civil que regula los derechos de las personas, la razón de guerra dada por la ruptura del equilibrio establecido por las anteriores normas, así como la razón

de las gentes, que interviene para moderar la agilidad de la razón de guerra. Hoy diríamos que es un "conflictivista" de razones. Ante el conflicto, cada razón procura ser un correctivo a los daños causados por la razón precedente. A la final le corresponde a la razón de estado intervenir para intentar favorecer la razón universal que procura asegurar el beneficio público. Así, la razón de estado podría transgredir las razones ordinarias, aunque siempre estará subordinada a la razón divina.

Cuando Ammirato escribe esto tiene en mente la amenaza turca, la unidad religiosa y el futuro del mundo cristiano, así como la lucha contra el hambre que vivieron sus contemporáneos. «La amenaza turca ronda y nosotros la dejamos crecer», diría. Se trata de hechos extraordinarios que había que "prevenir", un prevenir entendido como «reunir todas las fuerzas en vista de una nueva cruzada por tierra y mar» (según las palabras de Sénellart). Su obra exige presupone el desarrollo de una ética disciplinaria en tiempos de paz, para poder afrontar luego la guerra. La visión de Ammirato es menos teórica y más fáctica, más histórica: no define a priori las condiciones, reglas y fines de la guerra, sino que primero atiende al drama de la guerra para luego entender las razones de estado.

También en España hubo autores que desde finales del siglo XVI teorizaron sobre las razones de estado, aunque allá el peso de la Segunda Escolástica hizo que muchos se decantaran preferentemente sobre el análisis del ius belli. En todo caso, vale destacar que las razones de fondo que movían a todos estos autores a justificar ciertos excesos en el ejercicio del poder (por razones de Estado o de guerra) generalmente eran cuestiones de gran calado: la guerra otomana, la invasión turca, hambrunas, la conservación de la paz, entre otras cosas. No eran cosas triviales, ni pequeñas. Eran razones, que consideraban poderosas, para limitar los derechos de las personas.

c) El derecho excepcional en manos de los jueces

Muchas veces nos quejamos del excesivo poder que figuras como el Estado de excepción y otras figuras análogas conceden al Ejecutivo. El doctor Eduardo Javier Jourdan Markiewicz[7] se plantea si no estamos haciendo lo mismo con el Sistema Judicial, al que hoy le confiamos el alma, la vida y el corazón del derecho. Jourdan recuerda el célebre cuento de La rebelión de la granja de George Orwel, donde después de expulsar al granjero, el cerdo Napoleón termina convirtiéndose en un dictador más funesto que el antiguo dueño de la granja. Queda la pregunta de si no hemos expulsado a los antiguos dueños, para quedarnos con los jueces, que no necesariamente son mejores.

Hemos visto cómo a lo largo de los siglos hemos pasado del juez-boca de la ley, al juez que debe aplicar la ley, en armonía con los derechos y garantías constitucionales, hasta llegar en Marbury vs. Madison al juez que puede reformar la ley, derogarla o darle un diverso alcance. Sin más, terminó dándosele el poder de la última palabra a los jueces, lo que no siempre ha representado la mejor solución. Podríamos citar Dred Scott v. Sandford, donde la Corte Suprema de Estados Unidos decidió en 1857 privar a todo habitante de ascendencia africana, fueran esclavos o no, el derecho a la ciudadanía y se le quitó al Congreso la autoridad de prohibir la esclavitud en territorios federales del país. La sentencia llegó a señalar que «el derecho de propiedad sobre un esclavo se encuentra afirmado en la Constitución. De manera que una ley que prohíba a un ciudadano ser dueño de su propiedad en el territorio de los Estados Unidos no se encuentra garantizada por la Constitución, por ello esa ley debía quedar sin efecto». La conmoción producida por este fallo entre los abolicionistas fue un factor decisivo que dinamitó la guerra de Secesión.

Desde entonces, los jueces son los nuevos dueños de la constitución. Esto también quedó en evidencia cuando se declaró la inconstitucionalidad de la ley de Pennsylvania de 1826, que promovía la abolición territorial de la esclavitud, disponiendo que ningún esclavo puede ser removido de este Estado. Fue un cazador

[7] Ponencia *La constitución y los jueces. Entre el poder y la arrogancia.*

de esclavos, Edward Prigg, condenado en Pennsylvania por secuestrar a los esclavos y sus familias que habían logrado radicarse ahí, quien demandó la inconstitucionalidad de la ley. En Prigg vs. Pennsylvania (1842) la Corte Suprema revocó la condena impuesta contra Prigg y declaró ley inconstitucional por contrariar la Ley Federal de Esclavos Fugitivos de 1793. Con esta interpretación el esclavo se convirtió en una cosa mueble.

No es posible confiar tanto en los jueces, después de haber visto como el sistema judicial norteamericano tuvo una participación activa en la promoción de las esterilizaciones quirúrgicas involuntarias. Es el caso de Buck vs. Bell fue sentenciado por el mítico juez Oliver Wendell Holmes, quien dictaminó que la leyes que prevean la esterilización obligatoria de los no aptos, incluidos los débiles mentales, «para la protección y la salud del estado» no violan la Constitución. En concreto, el fallo señaló que «es mejor para todos si en lugar de esperar a ejecutar a la descendencia degenerada por el crimen, o dejar que mueran de hambre por su imbecilidad, que la sociedad pueda impedir que aquellos que son manifiestamente impropios se reproduzcan». Concluyendo que «tres generaciones de imbéciles son suficientes». La Corte Suprema nunca ha revocado expresamente este fallo.

Jourdan concluye que la única solución para evitar que alguien se haga el amo de la granja, o del país en que vivimos, es el sistema democrático, con la solidez de una Constitución que se sostenga. El ponente boga en favor del Legislativo. Afirma que si el Congreso comete un error, el mismo órgano puede corregirlo mediante una sesión legislativa posterior; incluso, el cambio podría sustentarse en la presión pública, o bien a consecuencia de resultados electorales adversos. Sea como fuere, termina cuestionándose si no es tiempo de analizar nuevas alternativas para acercarnos al anhelado deseo de justicia. Una queja semejante se oye en Brasil. Plinio Regis Baima de Almeida[8] observa que hoy la producción de normativa que restringe los derechos fundamentales no la hacen sólo el legislativo, ni el ejecutivo a través del

[8] Ponencia *Decisão judicial exceptiva, ou como o Poder Judiciário pode atuar em favor do estado de exceção.*

estado de excepción, sino también el poder judiciario. El autor señala que son los jueces, con su activismo judicial, amparado en la «libertad creativa del intérprete», los que terminan saltándose el Estado de derecho para sentenciar según les parezca.

El ponente destaca que ciertas decisiones judiciales brasileñas violatorias de los derechos fundamentales han generado una gran inestabilidad política y una crisis de gobernabilidad. Observa en estas sentencias siguen tres patrones comunes: 1) tener la potencialidad de influir en la consolidación del golpe de 2016 y en la implementación de la política neoliberal; 2) apartarse del normal procedimiento y/o entendimiento adoptado por la magistratura local; 3) relativizar o desconocer algún derecho fundamental.

Ejemplo es la decisión del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, donde se levantó el sigilo judicial y se divulgó ilícitamente la conversación de Sérgio Moro protegida con el secreto de las comunicaciones, que provocó un ambiente político desfavorable para la presidenta Dilma Rousseff. Esto se hizo fundándose en las razones de un derecho excepcional; en las mismas investigaciones de la Operación Lava-Jato, se manifestó que se trataba de un «caso inédito (único, excepcional) en el derecho brasilero», que merecía también un tratamiento excepcional. Es decir, una "anormalidad" pasó a considerarse una "situación excepcional" (un "estado de excepción") que facultaba saltarse las reglas generales del Estado de derecho.

d) El derecho excepcional en manos del legislador

José Francisco Días da Costa Lyra y Péricles Stehmann Nunes[9] consideran que en las últimas décadas se ha creado una legislación "excepcional y temporal" para crímenes como el terrorismo, que luego ha perdido su razón de ser. Pese a ello, esta "legislación de emergencia" continúa en vigor bajo la égida de la eficacia y ha terminado por invadir otras esferas de la vida ordinaria. Se ha pasado, en palabras

[9] Ponencia *O controle penal em tempos excepcionais: O direito se pondo a "correr".*

de Wacquant, del Estado de bienestar a un Estado penitenciario, que solo busca de manera obsesiva la seguridad.

La lógica usada ha pasado de la dimensión serena de las garantías de los derechos, al combate de la criminalidad, absorbiendo aquí las funciones de política y policía. Se entiende que se vive en un contexto de guerra global permanente, en una dramática sociedad hobbesiana. Así el Estado de derecho se aproxima cada vez más al Estado de excepción beligerante, donde entran en crisis principios como: el principio de legalidad, el de prueba lícita, el de declaraciones espontáneas y libres, el de excepcionalidad de las prisiones cautelares y de los poderes discrecionales de los jueces. Este "emergencialismo" termina flexibilizando las garantías constitucionales en aras de un estado represivo, suspendiendo la misma Constitución a pesar de permanecer en vigor, y dejando un espacio anómico donde subsiste la «pura fuerza de ley sin ley» (Agamben). Aquí el derecho puede ser violado, contradicho, suspenso por una "razón de Estado".

Esta nueva visión incide particularmente en el derecho penal ordinario, que en principio debería respetar los derechos humanos y priorizar la protección y rehabilitación de los sentenciados. En estos tiempos, el infractor de una norma se convierte en enemigo poderoso contra el que se debe luchar con todas las fuerzas. Dentro del estado emergencial el derecho penal se transforma en "derecho penal del enemigo".

Los autores responsabilizan de esta transformación del derecho penal tanto a los jueces, como a otras autoridades. Así, por ejemplo, junto a Pavarini concluyen que la penalidad excesiva (el sistema penal de excepción) se debe a la crisis de la democracia representativa y a la irrupción de la "democracia de opinión" que exalta lo emotivo.

IV. Control del derecho de emergencia

Todos los ponentes han mostrado sus quejas contra el abuso de estas figuras de excepción que confieren poderes excepcionales a las autoridades. Sin embargo, ninguno ha recomendado eliminar por completo el Estado de excepción. En realidad, a lo que parece que todos aspiran es a un uso excepcional del derecho excepcional, bien controlado por los demás poderes del Estado.

En Argentina Miranda y Barbará justamente tratan de ese control debido. Para ellos, sólo será legítima la aplicación del "derecho de emergencia" si cumple con una serie de "condiciones agravadas". En Argentina la dogmática constitucional y la jurisprudencia[10] han fijado las siguientes condiciones de la normativa de emergencia:

a) La declaración formal de la emergencia hecha por el órgano competente. La emergencia debe estar reconocida por medio de una norma aprobada por el Legislativo, salvando el caso de ciertas facultades excepcionales del Ejecutivo en situaciones de emergencia.
b) Existencia de una real y auténtica circunstancia de emergencia, que imponga al Estado el deber de salvaguardar intereses vitales de la comunidad y que suponga la necesidad real del dictado de normativa específica de manera inmediata.
c) La medida debe ser transitoria, tener un plazo de duración relacionado con la emergencia.
d) La medida debe ser razonable. Por ello, debe: 1) encaminarse al bien común y no al bien de ciertos individuos; 2) ser apta para el fin buscado, idónea y oportunidad para superar la emergencia; y, 3) que las limitaciones al ejercicio de los derechos que impliquen mayores perjuicios que los que se pretende solucionar.

En general, el Poder Judicial puede controlar si se cumplen cada uno de estos

[10] La ponencia escrita hace un buen análisis de varios casos argentinos: Peralta de 1990, Video Club Dreams de 1995, Verrocchi de 1999, Cena de 2000, Tobar de 2002, San Luis de 2003, Bustos de 2004, Consumidores argentinos de 2010, Asociación Argentina de Seguros de 2015.

elementos. Si no se cumplieran todos, la medida de emergencia no sería válida. Pero la jurisprudencia resulta zigzagueante acerca de si la decisión judicial puede argumentar válidamente en relación a la elección de los medios empleados por el legislador para solucionar la contingencia (requisito d.2), pues se quiere mantener incólume la doctrina de que las cuestiones políticas no justiciables. Los jueces no están llamados a decidir acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas por los poderes políticos; y la idoneidad y oportunidad de las medidas emergenciales parece ser más un tema político, que jurídico. Aun así, Miranda y Barbará reflexionan sobre la posibilidad de controlar judicialmente algunos aspectos de los medios empleados, como la imparcialidad de las cuestiones políticas o la opinión mayoritaria de la ciudadanía.

En Brasil Daniel Carreiro Miranda y Ricardo Henrique Carvalho Salgado señalan que la excepcional figura de la "intervención federal" por Constitución debe estar sujeta al control:

- Del Consejo de la República y del Consejo de Defensa Nacional, que deben ser oídos con precedencia (salvo caso de urgencia), aunque su pronunciamiento no vincula al presidente. Según Colher, se trata de un requisito de validez del decreto de intervención. Este requisito no parece haberse cumplido en la intervención de Río de Janeiro.
- Del Supremo Tribunal Federal, que ejerce el control jurisdiccional.
- Del Congreso Nacional (art. 49.IV), que ejerce el control político. Este que debe "apreciar" el decreto en 24 horas en las dos cámaras. El decreto precisa ser aprobado (no ser "autorizado") por el parlamento, a través de una mayoría simple. Aun así, se dispensa al Legislativo de apreciar el decreto en los casos previstos en el art. 34.VI-VII de la Constitución Federal.

V. Algunos casos concretos

Vale confrontar la teoría descrita con algunos casos concretos, para evaluar

cómo se usa en la práctica el derecho excepcional.

En Brasil Daniel Carreiro Miranda y Ricardo Henrique Carvalho Salgado[11] analizan la intervención presidencial en el Estado de Río de Janeiro con el objetivo de «poner término a la grave puesta en compromiso del orden público» (decreto 9.288 de 16-II-2018) y lograr la seguridad pública. La intervención al Estado — clásica en el sistema federal — se hace en base al art. 34.III de la Constitución de la República (de 1988), que concede al presidente un gran margen de apreciación discrecional. Según los ponentes, la intervención no ha tenido la eficacia esperada.

Ellos consideran que esta intervención es una especie de estado de excepción, porque la Constitución Federal considera como objetivo de la República de Brasil la "no intervención" (que sería la norma general prevista para tiempos normales). Además, no existe jerarquía entre los entes federativos que se consideran autónomos. Por eso, la intervención siempre es excepcional, aplicable taxativamente en los casos previstos en el art. 34 de la Constitución Federal[12]. Se acude a ella como medida extrema para estabilizar el complejo ordenamiento federativo y para remediar las manifestaciones patológicas, los casos extremos de tumores malignos en el organismo federal (Baracho).

La intervención federal se diferencia de las siguientes figuras:

- No es una intervención militar, realizada por militares, con la respectiva toma del gobierno por el comando de las Fuerzas Armadas, lo que implicaría una violación del Estado de derecho. Las Fuerzas Armadas deberán siempre estar subordinadas al Presidente de la República.
- Tampoco es un Estado de defensa (cfr. art. 136) que busca amparar el orden público y la paz social cuando hay inestabilidad institucional o grandes calamidades.

[11] Ponencia *A intervenção federal na área de segurança pública no Estado do Rio de Janeiro: reflexão jusfilosófica acerca dos direitos e garantias fundamentais.*
[12] En concreto, la medida está prevista para garantizar cuatro cosas: el orden constitucional, la defensa del Estado, la defensa de las finanzas estatales y la defensa del principio federativo.

- Ni se identifica con un Estado de sitio (cfr. art. 137), que requiere de la autorización de la mayoría absoluta del Congreso Nacional, porque esta medida excepcionalísima es capaz de restringir los derechos fundamentales. El Estado de sitio puede darse por grave conmoción nacional o hechos que comprueben la ineficacia del Estado de defensa (aquí el decreto máximo podrá señalar 30 días de plazo, admitiéndose las prórrogas que fueran necesarias); o por declaración de Estado de guerra o respuesta a una agresión armada extranjera.

Se critica al decreto de intervención de Río de Janeiro de poco preciso, porque aunque la Constitución exige que este tipo de decretos especifique «la amplitud, el plazo y las condiciones de ejecución», el decreto no cumple con ello, pues solo señala de manera genérica que el interventor tendrá las atribuciones necesarias para la seguridad pública previstas en el art. 145 de la Constitución del Estado de Río de Janeiro (esto incluye la requisa de los recursos financieros, tecnológicos, estructurales y humanos de Río de Janeiro). Como se sabe, las medidas en materia de seguridad pública tienen grandes posibilidades de afectar derechos fundamentales y ello requiere de un control riguroso. Además, no todas las 16 atribuciones señaladas por el art. 145 están relacionadas con el objetivo de la seguridad pública (como promulgar leyes o vetar proyectos de ley).

Tampoco la intervención hecha se muestra indispensable, porque existen otros medios ordinarios adecuados para enfrentar la crisis de la seguridad pública (como las maniobras usuales de las Fuerzas Armadas dentro del Estado) y porque no ha habido un episodio específico que justificase la urgencia. Por ello, la medida se muestra desproporcionada. Más parece esta una jugada política encaminada a ganar votos en un año de elecciones.

En Perú el doctor Gilmer Alarcón Requejo[13] nos cuenta habla de las anomalías sucedidas en el caso "Diarios Chicha". En este se acusó al Presidente haber ordenado

[13] Ponencia Estado de excepción y prensa escrita. El caso "Diarios Chicha".

entre los años 1998 y 2000 el desvío de fondos militares por un monto de 122 millones de nuevos soles bajo la denominación de "gastos reservados", los mismos que fueron utilizados en la compra de líneas editoriales y titulares de los denominados "Diarios Chicha", para calumniar a sus opositores políticos y favorecer su campaña de reelección presidencial del año 2000. Todo esto fue negado por Alberto Fujimori. Aun así, la Sala Penal Liquidadora lo condenó a ocho años de prisión por delito de peculado doloso, con inhabilitación de tres años y al pago de indemnizaciones.

Como era de esperarse, esta decisión tuvo eco en la opinión pública, la cual revela una inquietante disonancia entre el porcentaje de los que aprueban la justicia de dicha sentencia (48%) y quienes consideran que Fujimori estaba al tanto de todo lo que se hacía para lograr su tercer mandato (60%). Queda entonces en evidencia cómo la sociedad valora la democracia y cómo persiste la idea de que en medio de una crisis es válido anular las garantías del proceso democrático y conculcar derechos fundamentales.

Después de detallar la argumentación de la Sala Penal Liquidadora, Alarcón considera que los argumentos de "Estado autoritario" estuvieron implícitos en esa sentencia que lo halló culpable, si bien no se hizo explícita la expresión. Esta expresión fue usada por Linz en los años 1960, a propósito de las reformas del régimen franquista[14], que se diferenciaba del "Estado totalitario" y del "Estado democrático".

Como se sabe, el régimen de Fujimori surge en un marco de grave crisis en el país, colapso económico y violencia política interna. Las características de su régimen encajarían en el concepto de "Estado autoritario competitivo" (de Levitsky): un régimen que transitó entre las reglas formales básicas de las instituciones democráticas y las acciones estratégicas abiertas y veladas del autoritarismo

[14] Ejemplo de estas reformas fue la derogación de la Ley de Prensa de 1938 que incluía la censura previa, y la instauración de una nueva ley de prensa en 1966 que sustituía el control preventivo, por la responsabilidad ulterior.

absoluto. En estos regímenes se violan derechos y el proceso democrático con frecuencia y muchas veces están tentados al fraude. Este régimen, que no es "autoritarismo absoluto" ni "democracia pura", permite la operación de medios independientes opositores. «En Perú, por ejemplo, periódicos independientes como La República y El Comercio, y revistas de publicación semanal Sí y Caretas, operaron libremente durante toda la década del noventa» (Levitsky y Way). Para ser más precisos habría que decir que hubo medios de prensa que resistieron legal y éticamente el acoso gubernamental.

Otra señal de que el régimen de Fujimori era un "Estado autoritario" fue su constante recurso al Estado de excepción. Bien señala Agamben (2003) que aquellos Estados sometidos a un Estado de excepción permanente se configuran como "Estados autoritarios". Mientras que en la época del franquismo se combinó democracia orgánica con Estado de excepción, con el Fujimorismo, se habló abiertamente de democracia protegida por el Estado de excepción, una especie de necesidad natural e histórica que se imponía sobre la libertad y el autogobierno de los ciudadanos. Los defensores del régimen de Fujimori, para restarle fuelle a la condena, han pretendido justificar la conducta del condenado en las circunstancias de necesidad histórica y en las razones de supervivencia del Estado. Los detractores en cambio señalan que los gobiernos autoritarios suelen recurrir a la "razón de Estado"[15]para perpetuarse en el poder, que fue justamente lo que pasó con Fujimori.

Sin embargo, lo decidido por la Sala Penal Permanente, desarticuló totalmente lo que la Sala Penal Liquidadora dejó implícito sobre el "Estado autoritario". En el plano probatorio, el análisis de los hechos se centró en la valoración del video N° 1792; la Sala que absuelve concluyó que las declaraciones contenidas en dicho medio de prueba no fueron debidamente valoradas por la sala que condenó al expresidente,

[15] Según Arendt —en cita hecha por el ponente—, «justa o injustamente, la raison d´Etat se basa en una necesidad, y los delitos estatales cometidos en nombre de aquella... son considerados como medidas de emergencia, como concesiones hechas a los imperativos de la Realpolitik, a fin de conservar el poder y, de este modo asegurar la continuidad del ordenamiento legal existente, globalmente considerado».

por lo que anula la sentencia. Es decir, como no hay certeza del conocimiento de Alberto Fujimori sobre las actividades realizadas en el SIN para lograr su tercer mandato presidencial y perpetuarse en el poder, la Sala aplicó el principio del in dubio pro reo a su favor, y dictó su absolución.

VI. Consideración final

Los ponentes de esta jornada han dejado claro cómo se ha abusado de la figura del Estado de excepción, del derecho emergencial y de las situaciones excepcionales bajo las que se expide normativa excepcional. Sin embargo, nadie ha tachado de plano que puedan existir situaciones o casos tan excepcionales (como una guerra o una portentosa calamidad) que verdaderamente ameriten la intervención de una autoridad con sumos poderes para afrontar el mal.

Según entendemos, la cuestión de fondo a resolver no es si estas figuras excepcionales deben desaparecer, sino cómo hacer para controlar los abusos verificados en el pasado. Ya se ha dado un paso adelante identificando el problema. Nos resta ahora analizar cómo solucionarlo.