

PARTE PRIMERA

RAZÓN DE ORDEN

Sin desestimar el valor de otras corrientes metodológicas del derecho, entendemos como fundamental el examen de la génesis de las normas jurídicas. Es cierto que el comportamiento social es analizado por la sociología; pero también lo es que el derecho forma parte de ese comportamiento. De ahí que la sociología jurídica, entendida tanto en el orden causal como comprensivo, ofrezca tantas posibilidades para conocer el fenómeno que llamamos dictadura constitucional.

De ninguna manera aspiramos a formular planteamientos novedosos en relación a la materia; nuestra pretensión se agota, en buena medida, en el mero intento de sistematizar algunas ideas a ese respecto.

Por otra parte, al estudiar al estado de excepción tenemos en cuenta que es una de las instituciones donde en mayor medida se acentúan los caracteres de control social del derecho. Nuestra preocupación fundamental, por ende, es resaltar ese aspecto, prescindiendo de deslices retóricos y reportándonos a la explicación de cómo y por qué se aplica el estado de excepción.

Es prudente aclarar, también, que nuestra orientación metodológica nada tiene que ver con las reiteradas acusaciones a otras corrientes, como el normologismo por ejemplo, en el sentido de estar coludidas con los sistemas totalitaristas. Llevados los argumentos a ese extremo, no otra cosa podría decirse de los cultores del sociologismo político-jurídico, quienes también se conformarían —así lo han hecho algunos— al constatar que la norma jurídica y la realidad social coinciden o no, sin importarles lo que esa realidad represente. Así procedieron muchos juristas en Italia y Alemania durante el nazifascismo.

Las razones, pues, de optar por uno u otro método deben ser examinadas de acuerdo con el interés científico que reporten y al margen del vituperio.

Algunos autores, Ehrlich entre los primeros, llegaron a asegurar que la única ciencia posible del derecho era la sociología jurídica. Trataban, con eso, de subordinar y aun de subestimar la función de la dogmática jurídica. Por parte de los cultores de ésta, también existe en ocasiones

una intransigencia coincidente, en el sentido de negar validez científica a todo cuanto tenga matices sociológicos y políticos.

No creemos justificada una actitud tozuda. El pluralismo metodológico no debe ser desdeñado, pues tampoco puede interpretársele como hibridismo ecléctico. El eclecticismo no supone la diferenciación de los distintos ingredientes que se emplean, mientras que el pluralismo sí mantiene una diferenciación expresa de los métodos adoptados.

Nosotros entendemos que los estudios jurídicos pueden contener aspectos políticos y sociológicos sin incidir de pleno en la politicología ni en la sociología. A esta tendencia se le denomina sociologismo jurídico, y no es necesariamente antinormativa.

A más de lo anterior, la materia de este estudio se encuentra íntimamente relacionada con la cuestión del derecho y el cambio social, y no podríamos emprender una investigación de derecho político sin procurar a la vez un conocimiento político.

Esa disposición nuestra, huelga decirlo, no representa novedad alguna. Al insistir en el análisis sociológico y político tenemos muy en cuenta que el derecho es una superestructura social, lo que ha venido siendo demostrado por lo menos a partir del socialismo científico.

Por lo demás, nuestra pretensión es tan modesta como la mayor parte de los estudios practicados en América Latina con esta orientación. Faltan en nuestro hemisferio investigaciones empíricas de sociología jurídica que nos permitan precisar innumerables cuestiones acerca de las cuales apenas existen suposiciones más o menos fundadas e intuiciones más o menos inteligentes.

Hecha esa reserva, podemos decir que el sociologismo político-jurídico se justifica por una de dos razones: bien porque la norma es resultado de la realidad social, o bien porque la norma se explica en la medida que sirve para regular esa misma realidad, en tanto que haya resultado de una concepción ideal.

Suele replicarse que ese sociologismo es vicioso y ambiguo. Señálase, a la vez, que la observación, la experiencia, el análisis y la comparación de los hechos en relación a la norma, significa poner de lado los principios de la razón. Estos argumentos denotan gran confusión. ¿Cómo analizar y comparar de manera irracional?

Los estudios jurisprudenciales ofrecen, sin duda alguna, importantes bases para el conocimiento del derecho. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que las decisiones judiciales también están condicionadas por cuestiones políticas. Este fenómeno se acentúa en América Latina, donde la independencia de los juzgadores es muy relativa. En esta virtud, y

aun cuando nosotros mismos hacemos numerosas referencias a la jurisprudencia relacionada con el estado de excepción, es preciso tener presente la circunstancialidad de su origen.

El estudio de la dictadura constitucional ejercida a través de los estados excepcionales ofrece perspectivas amplísimas. Es, en realidad, un tema que bien podría ser objeto de trabajos interdisciplinarios en que, además de las cuestiones de carácter jurídico, se viesan otras de antropología y sociología políticas, así como de economía.

De esa forma se encontrarían las conexiones existentes entre las distintas áreas de actividad social que desembocan en un mismo resultado: la transgresión del orden legal formal. Transgresión de la que no sólo los detentadores del poder son responsables; lo son también aquellos destinatarios del poder que consienten en los actos de autoridad al margen de la norma. Además, también hay casos en que el consentimiento para los actos ilegales cometidos por los destinatarios del poder parte de los mismos detentadores, dándose lugar a un pernicioso contubernio que convierta a todos los destinatarios de la ley en instrumentos confabulados para vulnerarla.

Interpretado ese fenómeno desde su ángulo favorable, cabe decir que durante los periodos de excepción suele cobrarse conciencia de nuevas necesidades y de viejas carencias. De la misma forma, se ponen de manifiesto problemas de la estructura económica y de la superestructura política.

Por todo lo anterior, en esta primera parte de nuestro trabajo haremos un examen de la evolución institucional de la dictadura, apoyándonos fundamentalmente en el estudio realizado por Karl Schmitt (*La Dictadura*) en 1921. Con este examen queremos probar que, contra lo que pudiera asegurarse, hay una inoculta relación entre las transformaciones sociales y políticas y la consecuente modificación de las instituciones jurídicas.

Se podrá preguntar el porqué de utilizar la obra de Schmitt. La respuesta es una: porque es, sin duda, la mejor sistematización de la evolución institucional del estado de excepción hecha hasta ahora, y sirve para encuadrar al estado de excepción como una institución en el sentido que entiende a ésta M. Hauriou. Decimos esto sin ignorar otros esfuerzos que lidian con el mismo tema, como el de Paul Leroy (*L'organisation constitutionnelle et les crisis*) en 1966; pero esta obra tiene otros alcances, muy distintos a los del trabajo schmittiano.

Tampoco ignoramos, pues además es bien sabido, que Schmitt es un jurista que estuvo muy comprometido con el nacionalsocialismo;

pero esta última circunstancia no invalida la importancia de la obra schmittiana. Obra que, por otra parte, no todos han llegado a comprender en su totalidad, ya que a menudo se han conformado con aceptar sus planteamientos decisionistas. El decisionismo, empero, no es sino una fundamental etapa para la construcción más acabada que desemboca en el pensamiento de orden concreto “que se basa en la idea de que toda comunidad lleva dentro de sí el orden con arreglo al cual se desarrolla la vida de esa misma comunidad”.

Claro que esa idea de orden concreto es, en buena medida, equívoca, pues tanto puede referirse a una actitud cambiante aunque de todas suertes muy arraigada en el ánimo de la colectividad, como a lo que suele tenerse por esencia inmutable dentro de la vida social. En cualquier caso, y pese a su equivocidad, el pensamiento de orden concreto se finca en la realidad social.

Es ésa la faceta medular del pensamiento schmittiano que justifica su inclusión en el presente trabajo.

De otra parte, tampoco aceptamos indiscriminadamente las tesis de Schmitt. Repetimos: su sistematización es valedera; pero de sus conclusiones podemos diferir y así lo haremos ver. Hemos profundizado en muchas de sus fuentes y hemos ocurrido a otras que no menciona, con el propósito de diseñar un cuadro de trabajo apto para caracterizar a la dictadura. Y en cuanto a éste, admitimos que la distinción hecha por Schmitt entre dictadura soberana y comisarial resulta de un análisis político-jurídico muy preciso, lo que no es óbice para que, como tercera modalidad, nosotros hagamos referencia a la dictadura constitucional.

Después de examinar la evolución institucional de la dictadura, entraremos a su explicación en el constitucionalismo contemporáneo, para lo cual haremos frecuente referencia a la obra de K. Loewenstein (*Teoría de la Constitución*), cuyo carácter se advierte con precisión en su título original: *Political power and the Governmental process*.

Finalmente, incluiremos una referencia muy somera a la idea del estado de excepción como resultado de un previo estado de necesidad, en extremo conjetural.

I

1. *La dictadura según Schmitt*

Karl Schmitt incluye entre los elementos diferenciales de Constitución y Ley, la intangibilidad de la primera.⁸ Sin embargo, en sus estudios sobre la dictadura, por una parte, y sobre la Constitución de Weimar, por otra, presenta conclusiones diferentes, según veremos adelante.

Para examinar el concepto schmittiano de estado de excepción se hace necesaria la compulsión de las dos obras suyas en que con profundidad analizó la institución. En *Legalidad y Legitimidad* se reporta, fundamentalmente, a los problemas planteados por la Constitución de Weimar; en *La Dictadura* su recorrido es más extenso: parte de la dictadura comisarial durante la república romana.

Toda vez que es en esta última obra donde presenta una revisión más acabada del estado de excepción, la revisaremos en primer lugar. La otra, como estudio de un caso concreto, quedará para el final.

El esquema que Schmitt sigue en la *Dictadura*, responde al propósito de señalar la génesis de una institución particularmente importante en el mundo moderno.

En primer término procede a establecer las relaciones entre la dictadura comisarial y la teoría del Estado. En seguida revisa la práctica de los comisarios regios hasta el siglo XVIII, deteniéndose en el examen de la dictadura de Wallenstein, para luego enfocar la transición hacia la dictadura soberana, en la teoría del Estado del siglo XVIII.

Finalmente, se acerca al concepto de dictadura soberana, que da lugar a repetidas referencias al *pouvoir constituant*, y repasa la práctica de los comisarios del pueblo durante la Revolución Francesa. Concluye con la delimitación del estado de sitio en el derecho existente, que es donde sienta las bases de su propio pensamiento sobre la materia.

Schmitt, pues, comienza ocupándose de la dictadura romana, a la que considera una sabia invención,⁹ y que a continuación veremos, buscando confirmar la interpretación schmittiana tanto profundizando en las fuentes que él mismo utiliza, como recurriendo a otras que no menciona.

⁸ "La Constitución es intangible, mientras que las leyes soberanas pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas del estado de excepción." *Teoría de la Constitución*. Editora Nacional. México, 1966, p. 31.

⁹ *La Dictadura*. Revista de Occidente. Biblioteca de política y sociología. Madrid, 1968, p. 33.

2. La dictadura en Roma

La figura del dictador romano, al decir de Mommsen, apareció con las primitivas instituciones de Roma,¹⁰ aunque con su significado muy distinto al que luego adquirió durante la República. Sin embargo, ese mismo origen permitió que la dictadura pudiera ser ejercida por plebeyos.¹¹ La dictadura, en el sentido que tiene relevancia para nosotros, surgió con la República.

En efecto, entre los poderes consulares aparecía la facultad de que, en casos de “urgencia y de necesidad”, cualquiera de los dos cónsules podía instituir “un soberano temporal, bajo el nombre de Dictador”. El dictador, así nombrado, estaba capacitado para suspender de inmediato los poderes del magistrado que le había nombrado y los del colega de éste, con lo que reunía en sus manos, “excepcional y transitoriamente”, todos los atributos de la antigua oligarquía.¹²

El pueblo no tomaba parte en la designación del dictador. Éste, que asumía el poder total, tenía a sus órdenes un *jefe de la caballería*, figura que ya había existido, bajo los reyes, en los casos de transtorno o peligro de guerra. Además, las decisiones del dictador sólo eran apelables en la medida que él mismo lo autorizase, y a sus medidas no podía oponerse el tribuno del pueblo, como sí lo hacía en relación a las órdenes del cónsul.¹³ La dictadura se diferenció de la monarquía por la brevedad de su duración (seis meses) y porque el dictador no podía designar a su sucesor.¹⁴

Eso no obstante, a partir del año 363 a. J. C., se encuentran ejemplos de dictadores designados sólo para ocuparse de casos específicos a los que, por ende, se conferían poderes también restringidos.¹⁵ Progresivamente, la institución fue cobrando nuevos perfiles, que representaban una disminución de las facultades originales. Para hacer frente a Aníbal, por ejemplo, fueron nombrados dictadores romanos Quinto

¹⁰ Mommsen, Teodoro. *Historia de Roma*. Nueva Biblioteca Universal. Madrid, 1876, t. I, p. 100: “La asociación romana se ha formado por el concurso de aldeanos, todos libres, todos iguales, sin nobleza instituida de derecho divino. Necesitaba, por tanto, uno que la dirigiese, *rex*, que le dictase sus órdenes, *dictator*, un maestro del pueblo, *magister populi*, . . .”

¹¹ *Idem*, t. II, pp. 82 y 361-69.

¹² *Ibid.*, p. 16.

¹³ *Ibid.*, p. 64.

¹⁴ *Idem*, t. II, pp. 20 y ss. y t. IX, pp. 49-50; Maquiavelo agrega que los dictadores tenían otro límite: no poder privar de su autoridad al Senado. *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Libro Primero, Capítulo xxxiv.

¹⁵ Mommsen, *op. cit.*, t. II, p. 104.

Fabio y Marco Minucio,¹⁶ de manera que la dictadura, creada para impedir la división del mando en tiempo de peligro, quedaba radicalmente transformada.

Así, la peculiar institución perdió su fuerza vital. Debe reconocerse que, en su forma original, la dictadura romana correspondió a un muy significativo principio funcional de la democracia pues, a diferencia de lo que hoy ocurre, en aquella época el magistrado que dictara las medidas de emergencia no era el mismo que gobernaba en periodos de estabilidad. De esa manera, quedaba conjurado el vicio de implantar un estado de excepción para afianzar no la seguridad del Estado, sino las prerrogativas de los detentadores del poder.

Durante el periodo de Sila la dictadura, caída en desuso desde la guerra con Anibal, reapareció con vigor. Sin embargo, esta nueva dictadura tuvo una serie de características distintivas en relación a la antigua institución. Reinstaurada “con la misión de decretar las leyes”, tenía, en opinión de Mommsen, más semejanza con el decenvirato, cuyos funcionarios revestidos de poderes excepcionales y absolutos, habían procedido a ocupar el lugar de todas las magistraturas ordinarias, y permanecían funcionando durante tiempo ilimitado.¹⁷

Las disposiciones adoptadas para conservar la paz dentro de la República, primero, dentro del Imperio, después, dieron lugar a múltiples deformaciones de la realidad jurídica.

Una de las obras que mejor retratan el periodo de transición de la República al Imperio, y la resistencia de los individuos a ese tránsito, se debe a Gaston Boissier,¹⁸ aunque ya el propio César apuntaba algunas de las circunstancias que llevaron a la República al naufragio. La dictadura, que este mismo ejerció,¹⁹ también obligó a actuar con energía

¹⁶ *Idem*, t. III, pp. 187 y ss.

¹⁷ *Idem*, t. VI, pp. 111 y t. IX, pp. 58-59; “En los últimos tiempos de la República, los romanos más circunspectos reservaron la dictadura con tan poca razón como antes la habían prodigado.” Rousseau, Jean Jacques. *El Contrato Social*. UNAM. México, 1969, p. 164; cuanto al poder decenviral, véase también la opinión de Maquiavelo. *Discursos*, cit. Libro Primero, Capítulos xxxv y xl: “al crear el decenvirato cometieron el Senado y el pueblo error grandísimo”.

¹⁸ *La oposición bajo los Césares*. Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia. Madrid, s. f.

¹⁹ Cayo Julio César. *De la Guerra civil*. Libro Tercero, I. Mommsen escribe que “a su vuelta de España, en 706, había sido César investido de la dictadura provisional; después de la batalla de Farsalia y a partir del otoño de 706, había recobrado aquella dignidad por tiempo indeterminado; después de la batalla de Thapsus, le fue concedida como cargo anual, y por diez años desde el 1º de enero de 709. Por último, en 710, fue nombrado dictador perpetuo...” *op. cit.*, t. VIII, p. 221; Maquiavelo,

a los partidarios de la República.²⁰

Las actividades sediciosas, sin embargo, solían ejercitarse más con las lenguas que con las armas, según decía Tertuliano.²¹ Con esta idea coincide Boissier, por lo menos en cuanto hace al Imperio. Eso no fue óbice para que, como este autor observa, de los nueve príncipes que reinaron desde César a Vespasiano, ocho hayan perecido de muerte violenta.²²

Por lo demás, Boissier considera que el ejército no presentaba una oposición sistemática al Imperio²³ e igual ocurría con las provincias y los municipios,²⁴ lo cual no significaba, desde luego, que la paz fuese absoluta; quería decir, tan sólo, que los principales focos de subversión se encontraban en otros sectores. ¿Dónde? Fundamentalmente en las clases altas. El Senado, y los grupos llamados *stationes* o *ses-siunculae* y los *circuli* preocupaban en gran medida a la autoridad imperial.²⁵

Para reprimir los brotes sediciosos existía la *Ley de la majestad*,²⁶ y se estimuló la acción de los delatores profesionales, aparecidos durante la República.²⁷ Los excesos autoritarios hicieron que Tácito se doliese "a la vista de esta sumisión de esclavos y de toda aquella sangre perdida en plena paz".²⁸

Bajo esas circunstancias, con Sila y César la dictadura cambió radicalmente. Schmitt, al hacer el estudio de esa época, señala que la dictadura republicana y la ulteriormente ejercida por Sila y César marcan

empero, refuta a quienes suponían que "de no existir la dictadura, con ningún título hubiera excusado César su tiranía". *Discursos sobre la primera década de Tito Livio, cit. supra*. Libro Primero, Capítulo xxxiv.

²⁰ César, *op. cit.*, Libro Primero, v y vii.

²¹ Boissier, *op. cit.*, p. 351.

²² *Idem*, p. 3.

²³ *Idem*, pp. 4 y 18.

²⁴ *Idem*, pp. 19, 20, 30 y 34.

²⁵ *Idem*, pp. 70 y 75 y ss.

²⁶ "Esta Ley célebre, a la que en justicia pueden achacarse buena parte de los crímenes del Imperio, tenía procedencia republicana. Dicha Ley castigaba con pena de la vida 'a quienquiera que resultase convicto de haber perjudicado la grandeza o la dignidad del pueblo romano'. La vaguedad misma de esa fórmula permitía, en cada crisis política, al partido vencedor perseguir de muerte a todos sus adversarios. . . Sila, especialmente, había hecho de ella uso excesivo, y en virtud de una interpretación hábil, encontró la manera de hacerla extensiva a las palabras lo mismo que a las obras." *Idem*, pp. 166-68; Cfr. Mommsen, *op. cit.*, t. vi, p. 114.

²⁷ *Idem*, pp. 162 y 168.

²⁸ Citado por Boissier, *op. cit.*, p. 219.

la contraposición entre la dictadura comisarial y la soberana,²⁹ cuyas características se examinarán más adelante.

3. La dictadura y la razón de Estado

Es muy lúcido el análisis practicado por Maquiavelo en relación a la figura del *dictator* romano.³⁰ En *El Príncipe*, Maquiavelo apunta con toda claridad que, si para garantizar la vigencia del Estado era necesaria la “crueldad” del gobernante, ésta estaba muy justificada.³¹ Aun Federico el Grande, en su examen de *El Príncipe* o *Antimaquiavelo*, coincidió con Maquiavelo al afirmar que “el soberano prudente no castiga jamás con severidad sino para evitar mayores males; semejante al hombre que se deja cortar un miembro gangrenado para impedir que se corrompa el resto del cuerpo”.³²

Pero el estudio de Maquiavelo sobre la defensa del Estado es más amplio en los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Allí sustenta que entre las “cosas más necesarias” para la organización de las repúblicas, se instituyó la guardia de la libertad, de cuya eficacia depende la duración del Estado.³³

Sin embargo, no es admisible la tesis de que Maquiavelo apoyara una forma rígida de control; le parece ejemplar el caso del dictador Marco Menennio que, acusado por incurrir en excesos de poder, renunció a la dictadura y se sometió “al juicio del pueblo”, resultando absuelto.³⁴

También pone de relieve cómo la dictadura era ejercida para reponer,

²⁹ *La Dictadura*, cit. supra, p. 34; cfr., en igual sentido; Beneyto, Juan. *Historia de las doctrinas políticas*. Aguilar, Madrid, 1950, p. 47.

³⁰ Schmitt opina de Maquiavelo que “sus observaciones sobre la dictadura demuestran justamente un interés político independiente y una capacidad de diferenciación”. *La Dictadura*, cit. supra., p. 36.

³¹ Capítulo xvii: “No debe hacerse caso de la nota de crueldad cuando se trata de contener al pueblo dentro de los límites de su deber; porque al fin se sabe que ha sido uno mucho más humano haciendo un corto número de castigos indispensables que aquellos que, por demasiada indulgencia, provocan el desorden, de que resultan luego la rapiña y la muerte; como que los tumultos comprometen la seguridad del Estado, o lo destruyen, al paso que la pena impuesta por el príncipe a los delincuentes sólo recae sobre algunos particulares”; cfr. *Discursos*, op. cit., Libro Segundo, Capítulo xix: *in multitudine regenda plus poena, quam obsequium valet*.

³² Examen al Capítulo xvii. Cabe recordar que Federico fue el primer monarca absolutista europeo que admitió la teoría contractual del Estado, como también lo hizo luego Leopoldo II. Cfr. Blanning, T. C. W. *Joseph II and Enlightened Despotism*. Harper and Row. N. York, 1970, pp. 95-97, 115-16 y 152-53.

³³ *Discursos*. Biblioteca Clásica. Madrid, 1895, p. 21.

³⁴ *Idem*, pp. 23-24.

posteriormente, el orden normal de la vida republicana.³⁵ De ahí que considere que la autoridad dictatorial benefició, y no dañó, a la República romana.³⁶

Por esa misma razón asegura que todas las repúblicas deben establecer una institución semejante a la dictadura, tal como hizo Venecia. “La República en que falta una institución de esta clase, se ve obligada a perecer por conservar sus procedimientos constitucionales o a salvarse quebrantándolos.”³⁷ Entiende, pues, que cuando las propias normas que organizan al Estado estatuyen las vías por las cuales puede hacerse frente a los “casos de peligro”, no se vulneran los principios constitucionales y, por ende, se actúa en conformidad con ellos.³⁸

Los argumentos utilizados por Maquiavelo en *El Príncipe*, son entendidos por Schmitt no como la fundamentación moral o jurídica del absolutismo político, sino como la técnica racional para ejercerlo.³⁹ Algunos autores han puesto en duda esa afirmación cuestionando que se tratase de una técnica, *stricto sensu*. Es el caso de García-Pelayo, quien ubica a Maquiavelo en un estado intermedio entre la técnica y el arte, en respuesta expresa a lo dicho por Schmitt.⁴⁰

Schmitt también señala que la abundante literatura de la razón de Estado, en la práctica “se manifiesta en la pura consecuencia de su tecnicidad”.⁴¹ Suponemos que a esta observación García-Pelayo opondría la misma réplica anterior. Por nuestra parte, creemos que por no estar perfeccionado aún —en la época a que aludimos— un sistema de dominación técnicamente elaborado, sobra hablar de “tecnicidad”.

Sea como fuere, vale la pena revisar algunas de las ideas correspondientes a la razón de Estado, que nació en Italia y adquirió vigencia universal durante la época del barroco.⁴²

García-Pelayo advierte que en el curso de la Baja Edad Media se produjo la transformación de la *comuna*, ordenación corporativa de la vida pública, en *signorie*, relación de dominación entre el señor y el pueblo. Este cambio se dio, principalmente, mediante la conver-

³⁵ *Idem*, pp. 51-52.

³⁶ *Idem*, pp. 95 y ss.

³⁷ *Idem*, p. 97.

³⁸ *Idem*, pp. 356 y 409-410.

³⁹ *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁰ García-Pelayo, Manuel. “De las razones históricas de la razón del Estado”, estudio preliminar a *La razón del Estado y otros escritos*, de Giovanni Botero. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1962, p. 28.

⁴¹ *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 44.

⁴² *Cfr.* García-Pelayo, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

sión de las magistraturas del *podestà* y del *capitano del popolo* en poderes rigurosamente personales.⁴³

El *podestà* fue, en sus orígenes, una magistratura excepcional, del tipo de la dictadura comisoria; el *capitano del popolo* era el contrapunto del *podestà*. A este *capitano* correspondía encabezar la *comunanza del popolo*, compuesta de los estratos inferiores de la ciudad que, confederados en una comunidad política y militar, poseían una completa organización. Como cabeza de esa *comunanza*, el *capitano* debía convocar y mandar las milicias populares cuando los derechos del pueblo estuvieran amenazados.⁴⁴

Aunque en un principio se establecieron estrictos límites para el *podestà* y el *capitano*, su acción los desbordó prontamente. Hacia el siglo XIII esos magistrados quebrantaron el ejercicio estatutario de su función, convirtiéndose en detentadores vitalicios del poder.⁴⁵

Si examinamos las ideas de un buen número de pensadores, encontraremos que hay una sistemática incidencia en la utilización de términos comunes: defender la paz, proteger al Estado, subordinar el interés privado al público. De ahí que los conceptos vertidos en torno a la razón de Estado por Botero, Ammirato, Palazzo y muchos más, posean una singular actualidad.

Para Botero, por ejemplo, la razón de Estado “es el conocimiento de los medios aptos para fundar, conservar y ampliar tal dominio”. Y esto, porque “la conservación de un Estado consiste en la tranquilidad y paz de los súbditos...” para lo cual “es necesario quitarle la ocasión y la oportunidad de las revueltas”.⁴⁶

Otros conceptos se asemejan grandemente al anterior. Scipione Ammirato afirma que la razón de Estado “no es otra cosa que la trans-

⁴³ *Idem*, pp. 14-15.

⁴⁴ *Idem*, pp. 17-18.

⁴⁵ *Idem*, p. 20. García-Pelayo describe así al *podestà*: “había de ser extranjero, a fin de garantizar su neutralidad frente a las facciones; no debía ser rebelde ni exiliado, quizá evitar el conflicto con otra ciudad...; mayor de treinta y cinco años, casado, de estirpe noble y reputado por su rectitud, pues todo ello aseguraba su madurez de juicio...; no podía ser señor o vasallo de otra ciudad, a fin de evitar las posibilidades de usurpación, para lo cual se limitaba su duración en el cargo a seis meses o a un año. Traía, además, su propio aparato de poder extraño a la ciudad, es decir, sus *iudices* o juristas para administrar justicia y los asuntos públicos, y de *milites* o soldados para las tareas de ejecución y para su propia guardia... Había de jurar los estatutos de la ciudad *ad librum clausum*... Cumplido su mandato estaba sometido a un juicio de residencia...”

⁴⁶ Botero, *op. cit.*, pp. 91, 100 y 131.

gresión de ley ordinaria en pro del beneficio público, o sea en consideración a una mayor y más universal razón”.⁴⁷

Giovanni Antonio Palazzo considera que la razón de Estado “enseña los medios para conservar los dominios justamente adquiridos... o sea, regla el arte de mantener, afirmar y conservar largo tiempo las cosas... para conseguir la tranquilidad y bien de la República”.⁴⁸

En Topio el concepto es más ambiguo, aunque cabe dentro de la misma línea. Asegura que la razón de Estado es “el arte bueno y equitativo de todo lo relativo a adquirir, conservar y aumentar el dominio”.⁴⁹

Clapmarius es muy explícito al hablar del *iusdominationis* como “lo que los jurisconsultos llaman ora excepciones regias, ora restricciones, ora derechos exorbitantes... que reduciendo las reglas de derecho común, derogan la ley”, y del *arcana imperii* como “las íntimas y ocultas razones o criterios por los cuales aquel que tiene el Principado en la República defiende tanto su tranquilidad como la conservación del presente *status* de la República”.⁵⁰

Dentro de una idea análoga, por cuanto se refiere al derecho de dominación, Jacobo Bornitti lo define como

el derecho que compete a la suprema majestad para estatuir contra el derecho ordinario en gracia al bien público y a veces por necesidad urgente; aquel derecho que “sólo compete al príncipe” es lo que llaman los italianos *ragione di Stato*.⁵¹

Según Pietro Andrea Canonieri,

cuatro cosas deben concurrir a la razón de Estado: la necesidad de no poder hacer otra cosa, el exceso de los otros derechos, la utilidad pública, y que no se pueda asignar otra causa a aquello que se hace por la sola razón de Estado; por lo que la razón de Estado se puede definir bajo estas condiciones como un exceso necesario del derecho común por el fin de la utilidad pública.⁵²

⁴⁷ *I discorsi sopra Tacito*. Florencia, 1594, cit. por García-Pelayo, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁸ *Del governo e della ragione vera di Stato*. Nápoles, 1601, pp. 35-36. Cit. por García-Pelayo, *op. cit.*, p. 185.

⁴⁹ *Tractatus de Potestate principis Saecularis*. Florencia, 1601, p. 61. Cit. por García-Pelayo, *op. cit.*, p. 188.

⁵⁰ *De arcana Rerumpublicanorum*. Amsterdam, 1641. Cit. por García-Pelayo, *op. cit.*, p. 189; “El ejemplo más importante para la literatura de los *arcana*—dice Schmitt—es la obra de Arnold Clapmar, citada como obra maestra definitiva”. *La Dictadura*, cit. *supra.*, p. 45.

⁵¹ *De Majestate politica*, Leipzig, 1610. Cit. por García-Pelayo, *ibid.*

⁵² *Dell'introduzione alla politica, Ragione di Stato et alla pratica del buon governo*. Amberes, 1627, pp. 574-5. Cit. por García-Pelayo, *op. cit.*, p. 190.

Por su parte Bragaccia habla de “derogar la razón privada”, cuando lo exija “el bien público”; Barbosa faculta al príncipe para “mantener en su propia persona los Estados que posee”, y Houssaye sustenta que la razón de Estado “deroga el derecho común”.⁵³

Como una reacción a las afirmaciones antes mencionadas, aparecieron los monarcómacos, cuyas tesis, a semejanza de las que también desarrollaría Locke, hacen referencia a la defensa de los derechos del pueblo frente a los príncipes. Sin embargo, como observa Schmitt, por “pueblo” no entienden a la *plebs* ni a la *incondita et confusa turba*, sino únicamente al pueblo representado en la organización estatal.⁵⁴

4. Comisarios y funcionarios

El pensamiento de Bodin tiene especial importancia para Schmitt, particularmente por la distinción entre funcionario y comisario que aquél hace.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que las ideas de Bodin están lejos de ser enteramente claras. Por lo menos dos estudiosos de las ideas políticas, Touchard y Sabine, consideran que Bodin suele ser en extremo confuso.⁵⁵

La contribución fundamental de Bodin, por otra parte, está en su concepto de soberanía, en el que resulta muy remarcable su referencia a la familia, como contenido central del propio concepto.⁵⁶

Reconociendo la complejidad de la exposición bodiana, Schmitt esquematiza varias de sus ideas, poniendo en claro los elementos diferenciales entre los funcionarios y los comisarios,⁵⁷ que Bodin fue el primero en desarrollar. Esta distinción es importante para comprender, después,

⁵³ Gasparo Bragaccia, *L'Ambasciatore*. Padua, 1627, p. 113; Pedro Barbosa, *Discursos de la Jurídica y verdadera razón de Estado*. Coimbra, 1629; Amelot de la Houssaye, *Tibère, Discours politiques sur Tacite*. Amsterdam, 1683. Citados por García-Pelayo, *op. cit.*, pp. 190-1.

⁵⁴ *La Dictadura*, *cit. supra*, p. 56; *cfr.*, también V. S. Pokrovski. *Historia de las ideas políticas*. Grijalbo. México, 1966, p. 154 y ss. y 186 y ss.

⁵⁵ *Cfr.* Touchard, Jean. *Historia de las ideas políticas*. Tecnos. Madrid, 1969, pp. 228 y ss.; y Sabine, George H. *Historia de la Teoría política*. Fondo de Cultura, México, 1965, pp. 303 y ss. Quizá esa confusión se explique por los propósitos perseguidos por el propio Bodin: “nous voulous remeillir les lois des anciens dispersées çà et là, car c'est dans l'histoire qu'est contenue la meilleure partie du droit universel...”, *cit.* por Mayer, J. P. *Trayectoria del pensamiento político*. Fondo de Cultura. México, 1961, p. 96.

⁵⁶ *Cfr.* Touchard, *op. cit.*, p. 229; Sabine, *op. cit.*, p. 301; Beneyto, Juan. *Historia de las doctrinas políticas*, *op. cit.*, p. 253.

⁵⁷ *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 64 y ss.

el concepto de dictadura soberana, opuesto al de dictadura comisarial.⁵⁸

La práctica de los comisarios regios hasta el siglo XVIII es analizada por Schmitt con suma acuciosidad. En esa práctica encuentra la transición al Estado moderno, toda vez que la *plenitudo potestatis* papal dio lugar a una transformación profunda en la organización eclesiástica.⁵⁹ En efecto, la aparición de los legados papales, a los que incluso se concedían atribuciones cuanto a la paz pública de las áreas sujetas a su jurisdicción, robusteció esa práctica de los comisarios regios.⁶⁰

Sin embargo, cuando los comisarios regios alcanzaron su mayor influencia política fue al participar en tareas militares. En este sentido, uno de los ejemplos más ilustrativos que examina Schmitt es el de Wallenstein.⁶¹

Este largo preludeo iniciado en la Edad Media, da lugar a que en el siglo XVIII se plantee la transición hacia la dictadura soberana; la dificultad para distinguir entre ésta y la dictadura comisarial no había existido para las representaciones medievales.⁶²

5. La dictadura soberana

Para caminar hacia el concepto de dictadura soberana, Schmitt utiliza, fundamentalmente, a Montesquieu y a Rousseau.

Por su parte, Montesquieu había dicho "... que el uso de los pueblos más libres que jamás ha habido sobre la tierra me obliga a creer que hay casos en que se debe por un instante echar un velo a la libertad, al modo que se ocultan las estatuas de los dioses."⁶³ En esta idea de Montesquieu resaltan dos características principales: echar un velo sobre la libertad no significa aniquilarla, y, además, debe ser "por un instante". Sin embargo, su expresión adolece del mismo defecto casuístico que hasta ahora conserva.

⁵⁸ En el referido esquema elaborado por Schmitt aparecen las siguientes características del funcionario y del comisario. Funcionario: tiene su fundamento en la ley, ejerce el cargo con carácter permanente, tiene una "especie de derecho" al cargo y el contenido de su actividad está previsto en la Ley. Comisario: tiene su fundamento en una *ordonnance*, ejerce el cargo con carácter temporal y es revocable, no tienen ningún derecho al cargo y el contenido de su actividad está determinado por las instrucciones que haya recibido y por su *discretion*.

⁵⁹ *La Dictadura*, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

⁶⁰ *Idem*, pp. 78 y ss.

⁶¹ *Idem*, pp. 113 y ss.

⁶² *Idem*, pp. 173-4.

⁶³ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*. Nueva Biblioteca de Ciencias Sociológicas. Madrid, s. f., t. III, p. 99.

Por eso creemos correcta la interpretación de Schmitt, de acuerdo con la cual la teoría del Estado de Montesquieu sólo es comprensible si se entiende que, para éste, la idea de los poderes intermedios ocupa el lugar más importante.⁶⁴

Rousseau considera que la inflexibilidad de las leyes les impide hacer frente a cierto tipo de acontecimientos. Habla de los “casos de gravísimo peligro”,⁶⁵ aunque no precisa cuáles pueden ser esos casos. Ésta es la orientación casuística que como decíamos, hasta la fecha domina.⁶⁶

Entiende Rousseau que cuando la actividad gubernamental se concentra en pocas manos, con objeto de hacer frente a una situación crítica, la autoridad de las leyes no se altera; tan sólo se modifica su administración. Admite que, en casos aún más extremos, las leyes puedan ponerse por un lado si constituyen un obstáculo para restablecer la paz.⁶⁷

En Rousseau, pues, cabe la suspensión temporal de la Ley. No hace reserva cuanto a las normas legales que deban permanecer en vigor, lo que ciertamente representa una omisión. Se mantiene, pues, en los mismos términos que se encontraba la dictadura romana.

Sin embargo, Schmitt asegura que en *El contrato social* existe un nuevo concepto de dictadura. Y es que, en realidad, no es posible disociar el capítulo que hemos mencionado, del contenido general de la obra roussoniana. En efecto, coincidimos en que el *Contrato* “que había hecho un axioma fundamental del autodomínio inmediato del pueblo libre. . . sirvió para justificar una dictadura y transmitió la fórmula para el despotismo de la libertad”.⁶⁸

Por otra parte, Schmitt encuentra gran paralelismo entre las conclusiones de Rousseau y Mably. Y debe recordarse que Mably sustentó, durante la Revolución Francesa, que al pueblo le correspondía asumir las riendas del Ejecutivo, de tal manera “que la nueva dictadura de la Convención Nacional, ejercida en nombre del pueblo, no sea ya una dictadura comisarial de la Reforma, sino una dictadura soberana de la Nación”.⁶⁹

⁶⁴ Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, pp. 137-142.

⁶⁵ En lo cual utiliza una terminología muy semejante a la de Maquiavelo: “Jamás será perfecta la organización de una república si sus leyes no proveen a todo, fijando el remedio para cualquier peligro.” *Discursos*, *cit. supra.*, p. 97.

⁶⁶ “Pueden presentarse mil casos que la ley no ha previsto, siendo por lo mismo previsión muy necesaria reconocer que no puede todo preverse.” *El contrato Social*, Libro IV, Capítulo VI. En iguales términos se expresaba Locke. *Two treatises on civil Government*, § 166.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 164.

⁶⁹ *Idem*, p. 154.

Por eso la Revolución Francesa ofrece un importante campo de análisis para Schmitt. Cabe, por supuesto, aprovechar ese trascendental movimiento social para ejemplificar la utilización de poderes excepcionales, pues en su defensa contra los contrarrevolucionarios, la Asamblea Nacional tuvo que adoptar soluciones sumamente drásticas.⁷⁰

Cuando se produjo la “desaprobación Real de la Revolución”, en junio de 1791, también fue necesario soportar un nuevo enfrentamiento en el que se emplearon disposiciones terminantes para sofocar a la contrarrevolución.⁷¹ En efecto, a la huida del rey la Asamblea Nacional declaró que sus decretos tendrían validez sin necesidad de la sanción real. Un decreto de 17 de agosto de 1792 refrendó, además, que los ataques a los comisarios que la Asamblea enviaba a diferentes puntos del territorio francés, constituían agravios a la soberanía del pueblo y “a la inviolabilidad de sus representantes”.⁷²

El proceso de afianzamiento revolucionario tuvo, pues, que concluir en el famoso periodo del terror, en que se consideró que aplicar la Constitución antes de terminar con las rebeliones internas y de alcanzar la victoria en las fronteras, significaba poner a prueba todas las conquistas revolucionarias.⁷³

Las facultades de la Convención se basaban en la transferencia del poder ejecutivo a los comisarios. La fórmula para su apoderamiento decía expresamente que siendo la Convención la “titular” de la soberanía, delegaba en los comisarios plenos poderes para adoptar las medidas necesarias a efecto de preservar la tranquilidad, la seguridad y el orden públicos.⁷⁴

Pudo verse, sin embargo, que los mismos instrumentos utilizados con el pretexto de defender las conquistas revolucionarias, luego también sirvieron para que Bonaparte ascendiese al gobierno francés. En seguida del 18 de brumario, declaró que “en cuanto los peligros que hacen

⁷⁰ Cfr. Soboul, Albert. *La Revolución francesa*. Tecnos. Madrid, 1966, p. 124.

⁷¹ *Idem*, pp. 170 y ss.

⁷² *Cit.* por Schmitt., *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 203.

⁷³ Soboul, *op. cit.*, p. 148. “... En los departamentos del oeste, asolados por la rebelión de la Vendée, las comisiones militares, compuestas por cinco miembros, funcionaron en las principales ciudades, Rennes, Tours, Angers, Nantes, para condenar a muerte a los rebeldes que cogiesen con las armas en la mano... En Nantes, el representante en misión, Carrier, dejó que se llevasen a cabo las ejecuciones sin juicio alguno, ahogándolos en masa en el Loire... de esta forma perecieron de diciembre (1793) a enero de dos a tres mil personas, sacerdotes refractarios, sospechosos, rebeldes, y los condenados por delitos comunes...”, p. 259.

⁷⁴ Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, pp. 207-9.

que se me concedan poderes extraordinarios hayan pasado, abdicaré esos poderes".⁷⁵

La fundamentación roussoniana de la dictadura soberana radica en que el contenido de la actividad del legislador es el Derecho, aunque sin poder político, mientras que la dictadura equivale a una omnipotencia sin Ley. "El que Rousseau no tuviera conciencia de esta antítesis, no la hace menos significativa", dice Schmitt.⁷⁶ Así, resultaría que el legislador está fuera del Estado y dentro del Derecho, mientras que el dictador está fuera del Derecho y dentro del Estado, entendiéndolo a éste como sinónimo de "poder".

Conviene puntualizar que, en el lenguaje de Schmitt, *dictadura es toda excepción de una situación considerada como justa*.⁷⁷ Este concepto puede acarrear, por su misma vaguedad, difíciles problemas para su debida inteligencia. De acuerdo con tal concepto no sería posible entender la diferencia entre dictadura comisarial y soberana. Por ende, es menester procurar otro concepto de dictadura, en el contexto de la obra schmittiana.

En otra parte de su análisis, Schmitt equipara la dictadura con la legítima defensa. Solamente que los requisitos para que esta defensa proceda (ataque antijurídico y actual) no siempre se dan como paso previo a la instauración de una dictadura, que suele imponerse por la mera previsión de que ese ataque, antijurídico pero todavía no actual, puede darse en el futuro.⁷⁸

También encontramos que en cierto momento confunde la institución con su eventual soporte personal: "tanto en la dictadura soberana como en la comisarial, forma parte del concepto la idea de una situación establecida por la actividad de un dictador".⁷⁹

Obviamente, ese encuadramiento tampoco resulta satisfactorio. La caracterización más puntual de dictadura comisarial y soberana, resulta de su confrontación como poder constituido o como poder constituyente.

Cuando la omnipotencia del dictador descansa en el apoderamiento otorgado por un órgano que existe y actúa conforme a la Constitución, se produce la dictadura comisarial.⁸⁰ En este caso, estimamos que incluso

⁷⁵ *Idem*, p. 416; *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Garnier-Flamarion. Paris, 1970, pp. 145 y 163.

⁷⁶ *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁷ *Idem*, p. 194.

⁷⁸ *Idem*, pp. 181 y 229.

⁷⁹ *Idem*, p. 179.

⁸⁰ *Idem*, p. 173.

podría hablarse, contra lo que opina Loewenstein, de una dictadura constitucional.

Quando, por el contrario, se quiere eliminar la ordenación existente, y se apela no a una constitución en vigor sino a otra cuya implantación se propone, puede hablarse de una dictadura soberana. En este caso, pues, “no se suspende una constitución valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una constitución (nueva)”.⁸¹

En otras palabras, la dictadura soberana invoca al *pouvoir constituant*, de suerte que, en este caso, no puede hablarse de una dictadura constitucional. Dice Schmitt que “puede darse el caso de que se impida el ejercicio del *pouvoir constituant* del pueblo y la situación de las cosas exija, ante todo, una eliminación de estos impedimentos...”⁸² Así, este autor incurre, palmariamente, en el mismo error —o contradicción— que él mismo apuntó en relación a Rousseau: la dictadura en nombre de la libertad.⁸³

6. El legislador extraordinario en la Constitución de Weimar

Quando Schmitt entra al estudio de la dictadura en el estado de derecho contemporáneo, repasa varios ejemplos históricos. Uno de éstos, el relativo a la Constitución de Weimar, es objeto de su atención en otra importante obra.⁸⁴

Esa Constitución había significado la remoción de los obstáculos interpuestos durante largas décadas para que el constitucionalismo alemán se desarrollase hacia el sistema parlamentario de gobierno y hacia la democracia.⁸⁵

Se considera que con la entrada en vigor de la Constitución del Reich de Weimar (11 de agosto de 1919), el Imperio alemán recibió, por vez primera en su existencia, una Constitución republicana “en la que fue reconocido el principio de la soberanía del pueblo y el *Reichstag* se convirtió en el órgano político decisivo”.⁸⁶

⁸¹ *Idem*, p. 182.

⁸² *Idem*, p. 191.

⁸³ Ese problema aparece planteado por el propio Schmitt cuando enfoca la plusvalía política adicional que resulta de la transformación de las mayorías de partido a Estado. *Legalidad y Legitimidad*, Aguilar. Madrid, 1971, p. 49.

⁸⁴ *Legalidad y Legitimidad*, *cit.*

⁸⁵ *Cfr.* Stamen, Theo. *Sistemas políticos actuales*. Guadarrama. Madrid, 1969, p. 96.

⁸⁶ *Idem*, p. 97.

Sin embargo, el dualismo consagrado en esa Constitución, entremezclando elementos de parlamentarismo y presidencialismo, impidió el adecuado equilibrio entre ambas fuerzas, contribuyendo a la caída de la República. Hacia 1933, el *Reichstag* estaba totalmente excluido.⁸⁷

Esta situación es la que Schmitt encuadró bajo el rubro de "los tres legisladores extraordinarios de la Constitución de Weimar".⁸⁸

Esos tres legisladores lo son *ratione materiae*, "como el legislador constitucional que dicta normas de carácter jurídico material";⁸⁹ *ratione supremitatis*, cuando es el pueblo quien decide por sí mismo,⁹⁰ y *ratione temporis ac situationis*.

Para el problema que estudiamos, el caso interesante es el planteado por el tercer legislador extraordinario. Al presidente del Reich también competía legislar de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de Weimar que a la letra dice:

Cuando un *Land* no cumpla los deberes que le imponen la Constitución o las leyes del *Reich*, el presidente de éste podrá obligarle a ello con ayuda de la fuerza armada.

Cuando en el *Reich* alemán se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos, el presidente del *Reich* puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de dicha seguridad y orden públicos, incluso con ayuda de la fuerza armada en caso necesario. Al efecto, puede suspender temporalmente todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

De todas las medidas que adopte con arreglo a los párrafos 1º y 2º de este artículo, el presidente del *Reich* habrá de dar conocimiento inmediatamente al *Reichstag*. A requerimiento de éste, dichas medidas quedarán sin efecto.

El gobierno de un *Land* podrá aplicar provisionalmente en su territorio medidas de las expresadas en el párrafo 2º de este artículo cuando el retraso en adoptarlas implique peligro. Tales medidas quedarán sin efecto, si lo reclaman el presidente del *Reich* o el *Reichstag*.

Una ley del *Reich* regulará el pormenor.

Schmitt señala que esas facultades legislativas otorgadas al Ejecutivo, constituyeron una amenaza inminente para la supervivencia del sistema parlamentario.⁹¹ Esto, sin embargo, choca con lo que él mismo sustenta

⁸⁷ *Idem*, pp. 98 y ss.

⁸⁸ *Legalidad, op. cit.*, pp. 59 y ss.

⁸⁹ *Idem*, p. 109.

⁹⁰ *Idem*, pp. 101 y 104.

⁹¹ *Idem*, p. 108.

un poco más adelante, en el sentido de que “el legislador de la situación normal es algo distinto del comisario ejecutivo de la situación anormal que restablece la situación normal. . .”⁹²

Por lo demás, le parece obvio que el legislador extraordinario del artículo 48 se encuentre en una situación supraordinada en relación al *Reichstag*.⁹³ De ahí que hable, paralelamente, de poderes extraordinarios para legislar o de poderes dictatoriales.⁹⁴

En el estudio de Schmitt sobre el legislador extraordinario *ratione temporis* puede verse, ante todo, que su concepto de la dictadura, o del estado de excepción, incluye tanto lo que pudiera considerarse como simple suspensión de garantías, y lo que normalmente se designa como poderes extraordinarios para legislar, por parte del Ejecutivo.

7. El estado de sitio: ficción jurídica

Queda hecha, por Schmitt, la distinción entre el estado de sitio militar y el estado de sitio político. Este último, para Schmitt, es una mera ficción jurídica, ya que el origen auténtico de la institución tiene el carácter castrense que acabamos de mencionar.⁹⁵

La discusión en cuanto a esta distinción parte de 1829, en que todavía sin plantearse la ficción legal, sí se hizo notar el carácter político (por contraposición a militar) del estado de sitio decretado para prevenir o reprimir desórdenes.⁹⁶

Esta distinción era pertinente cuando las acciones militares tenían, entre otros objetivos, los de asediar una plaza enemiga. En la actualidad, empero, el estado de sitio tiene, fundamentalmente, una connotación política y algo de ocioso hay en reiterar esta última característica, y mucho de inexacto al sustentar que se trate de una ficción, siendo como es una institución de indubitable vigencia.

Cabe puntualizar, por otra parte, que existe una contradicción, en la exposición de Schmitt, cuando considera que Napoleón “no utilizó el estado de sitio como medio de lucha política”,⁹⁷ siendo dicho estado una institución eminentemente política. No cabe pensar que un instrumento político sea utilizado para fines apolíticos. De otra parte,

⁹² *Idem*, p. 109.

⁹³ *Idem*, pp. 110 y 118. Schmitt incluso llega a equiparar la actividad del legislador extraordinario con un simple y llano procedimiento legislativo sumario ejercido sobre la base de la autorización tácita del *Reichstag*. *Cfr.* p. 140.

⁹⁴ *Idem*, pp. 112, 125 y 133.

⁹⁵ *Idem*, pp. 237-8.

⁹⁶ *Idem*, pp. 254-5.

⁹⁷ *Idem*, pp. 240 y 245.

ya hemos hecho ver que la dictadura impuesta por la Revolución también sirvió para que, posteriormente, se entronizase la reacción a ella misma.

8. *La dictadura y la lucha de clases*

El punto más débil de la construcción schmittiana es el que respecta a la vinculación de la dictadura con la lucha de clases.

Ya en el inicio de la obra *La Dictadura*, cuyo subtítulo es “Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias”, se da por sentado que la lucha de clases es un concepto cultural de cuño más o menos reciente; pero no un fenómeno histórico que ha acompañado a la sociedad en todo su desarrollo.

Entendiendo que esa actitud corresponde al criterio personal del autor en cuanto a la comprensión misma de la historia, puede decirse que, en tal caso, debió formular alguna aclaración que corrigiese el concepto.

Por otra parte, él mismo reconoce que el estado de sitio declarado por la Asamblea Nacional el 24 de junio de 1848, “tenía por fin la protección de la propiedad privada y de la Constitución burguesa”.⁹⁸

Finalmente, y con razón, identifica a la dictadura del proletariado con una dictadura soberana.⁹⁹ Esto se explica porque en los casos en que esa dictadura se ha producido, ha actuado a nombre de un poder constituyente.

De lo que hemos visto puede concluirse que Schmitt entiende que el gobierno de crisis o la dictadura dan lugar a procedimientos excepcionales para legislar. Pone de manifiesto, también, que la dictadura es un instrumento para la preservación de un orden dado, que necesariamente tiende a beneficiar a la clase detentadora del poder, sea ésta la propietaria, en las democracias liberales, sea la proletaria, en las democracias socialistas.

El estado de excepción sin embargo, también ha sido utilizado para desencadenar golpes de Estado. Ejemplos de esto fueron dados por César y Bonaparte.

⁹⁸ *Idem*, p. 252.

⁹⁹ *Idem*, p. 263.

II

1. *El gobierno de crisis*

Karl Loewenstein analiza el estado de excepción como parte del panorama correspondiente a los controles interórgano.¹⁰⁰ Alude a la suposición del constitucionalismo clásico de acuerdo con la cual una constitución rige como marco inalterable del proceso político; suposición que encuentra infundada.¹⁰¹

A ese marco constitucional, presuntamente inalterable, se opone una serie de fenómenos que doctrina y legislación designan de distinta manera, aunque con el mismo sentido. Así, Loewenstein se inclina por referirse al gobierno de crisis.

La expresión, en sí, podría dar lugar a algunas reservas. A la crisis se opone la normalidad, por lo menos dentro de una acepción lata de ambas expresiones. Ahora bien, ¿cómo atender la normalidad en la vida de un Estado? Para esto necesariamente habríamos de reportarnos a distintas circunstancias históricas del propio Estado, y analizar sus respectivas funciones.¹⁰²

De esta manera, en tanto que la normalidad del Estado medieval era su permanente disposición belicista, su crisis sería la paz. Así, el gobierno de León o de Castillo durante una época de raro sosiego, sería precisamente un gobierno de crisis.

Esta observación no parece ser ajena al pensamiento de Loewenstein, pues él mismo reconoce que, en la mayor parte del mundo, el mencionado gobierno de crisis ha pasado a constituir más una regla que una excepción siendo, incluso, “una manifestación permanente del Estado democrático constitucional”.¹⁰³

¹⁰⁰ Una de las aportaciones significativas de Loewenstein ha sido la distinción entre controles intra e interórganos. Estas son las relaciones existentes entre los distintos e independientes detentadores del poder; aquéllos son las instituciones de control que operan dentro de la organización de un mismo detentador del poder.

¹⁰¹ Loewenstein, K. *Teoría de la Constitución*. Ediciones Ariel. Barcelona, 1964, p. 284.

¹⁰² La voz “crisis” tiene varias acepciones en lengua inglesa; y las tomamos en virtud de que Loewenstein enseña, desde hace tres décadas, en Estados Unidos. En efecto, si autores como Rudyard, Fuller, Davies, Mill, Tyndal y Jowett la han utilizado para significar periodos de dificultad o inseguridad en la política, en la economía y aun en la Iglesia, otras se han referido a ella como un estado de algún o algunos asuntos de acuerdo con el cual es previsible un cambio decisivo e inminente que puede ser para bien o para mal, según que afecte o beneficie a individuos, comunidades, clases o países. Loewenstein parece inclinarse por dar cabida, primordialmente, a la primera acepción.

¹⁰³ Loewenstein, *cit. supra*.

2. *La crisis*

Así, pues, resulta necesario un enriquecimiento de la expresión “crisis”, y hay que vincularla con procesos de vulneración del orden y desestimación de las jerarquías estatuidas, debidas a tensiones revolucionarias, acomodamientos sociales y trastornos económicos.

Pero dejar las cosas en este punto resulta francamente insuficiente. Los problemas de desorganización social proceden del fracaso de los mecanismos institucionales; la desintegración parte de la imposibilidad de contener dentro de moldes invariables una serie de fenómenos que de continuo generan procesos de crisis. Las contradicciones a que se halla expuesta una sociedad, con las consecuentes alteraciones de la vida económica, del comportamiento social (propensión al crimen, verbigracia) y aun de la conducta individual, desembocan en situaciones que pueden dar lugar a que se plantee la necesidad de un gobierno de crisis.

No cabe duda, por ejemplo, que un incremento demográfico desproporcionado con el desarrollo económico, es un importante factor de desequilibrio. De la inadecuación entre oferta y demanda de empleo, también sobrevienen fenómenos de crisis que pueden amenazar la supervivencia de una estructura económica.

Por otra parte, debe precisarse cuando una crisis corresponde a un desajuste transitorio o al pródromo de una revolución. También debe distinguírsele de las naturales tendencias a la innovación que, siendo ineludibles, pueden presentar caracteres de evolución paulatina o rápida transformación. Los innovadores no deben confundirse con los revolucionarios, por mucho que en ocasiones coincidan; muchas veces la innovación consiste precisamente en la adopción de nuevos métodos de control, de dominio o de explotación.¹⁰⁴

3. *El equilibrio*

David Easton sustenta que el equilibrio es el elemento que caracteriza al orden constitucional. De esa manera, el equilibrio, cuyo contenido se encuentra en que los elementos o variables en un sistema político son

¹⁰⁴ Pueden verse, en este sentido, las tesis de Robert L. Faris, Crane Brinton, R. M. Mac Iver y Horace M. Kallen, que aparecen en *Social Change*, editado por Emitai y Eva Etzioni. Basic Book, Inc. N. York, 1964, pp. 413-415, 418-421, 424, 427-429; también Merkl, Peter H. *Political continuity and change*. Harper and Row. Tokyo, 1967, pp. 428 y ss. Cfr. también Bury, John: *La idea del progreso*. Alianza Editorial. Madrid, 1971, pp. 9 y ss. y 313 y ss. Plantea interesantes reflexiones, para diferenciar al progreso, como tal, del poderoso obstáculo psicológico denominado *ilusión de finalidad*.

funcionalmente interdependientes, y que tienden a actuar y reaccionar unos a otros, hasta un punto en que se logra la estabilidad, tendría como consecuencia el orden constitucional.¹⁰⁵

Para Easton, el equilibrio constitucional consiste en la existencia de una distribución relativamente igual de poder, de tal manera que ningún grupo, o combinación de grupos, pueda dominar a los demás. En realidad, esta contraposición de fuerzas corresponde a las tesis sustentadas por Locke y Montesquieu, cuya génesis se encuentra, además, en el pensamiento aristotélico.

Apunta ese mismo autor que cualquier distribución del poder puede mostrar una tendencia o una posición de equilibrio. Afirma, incluso, que un sistema constitucional consiste en el equilibrio que se logra cuando encontramos el poder distribuido, de manera más o menos proporcional, entre los principales elementos del sistema.¹⁰⁶

Dijimos antes que se trata de una distribución "relativamente igual" del poder, porque Easton considera que el equilibrio constitucional no consiste en un reparto equitativo del poder, sino en la tendencia de los elementos del sistema para establecer algún tipo de ajuste en el cual cada uno maximiza el rendimiento obtenido del ejercicio del poder de que dispone. Así, aunque el poder esté repartido de manera desproporcionada, esta circunstancia no evita, por sí misma, una tendencia hacia el equilibrio.¹⁰⁷

Llama la atención, sin embargo, que Easton asegure más adelante que "lógicamente no habría nada que impidiera a un investigador reunir los datos necesarios para demostrar que una democracia consiste en un equilibrio constitucional; esto es, *en una distribución igual del poder*".¹⁰⁸

Catlin opina que la democracia es el equilibrio más estable entre los grupos del poder; para Bentley la democracia es simplemente una variedad de la tendencia al equilibrio; por su parte Merriam sustenta que la democracia constitucional es un momento en el equilibrio general, pero en movimiento.¹⁰⁹ Por esta razón Merriam establece que el orden constitucional puede ser analizado como un caso especial de equilibrio general.

Dentro de esta perspectiva es fácil entender, como lo hace Easton, que la competición entre los distintos grupos sociales sólo es tolerable

¹⁰⁵ Easton, David. *Política moderna*. Editorial Letras. México, 1968, pp. 177-278.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 306.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 312.

¹⁰⁹ Citados por Easton, pp. 307 y ss.

en la medida que esos mismos grupos estén supeditados a los procedimientos constitucionales.¹¹⁰

No se oculta que este esquema explica un panorama estático del orden constitucional. En su juego natural serían admisibles apenas las llamadas crisis recurrentes, e incluso las denominadas insólitas; pero todo aquello que pudiese parecer crisis precipitante de un estado de desorganización, rompería el equilibrio constitucional y, de esta forma, daría lugar a que las fuerzas antes contenidas se desatasen en el sentido inverso y con mayor fuerza que las que hubiesen iniciado el proceso de ruptura.

Por otra parte, esa concepción del equilibrio no está identificada con algún sistema en especial; el equilibrio así entendido significa, simplemente, que las características de un sistema determinado se están cumpliendo, así se trate de una democracia o de una dictadura. Parece demasiado optimista pensar, como hace Easton, que del equilibrio entre las fuerzas depende la libertad. No es menor el equilibrio que se establece entre las fuerzas represivas y las reprimidas, en los casos en que esté en causa el mantenimiento del poder, o su conquista.

La tesis del equilibrio constitucional cierra todas las posibilidades al cambio. Entendiendo que ese equilibrio realmente existiera, su defensa implica la negación de que existan otros tipos de equilibrio también constitucional.

En los puntos de vista que apuntamos, en relación a Catlin, Bentley y Merriam, podemos advertir sensibles diferencias. En tanto que Catlin presenta la perspectiva más estática, Bentley y Merriam introducen algunos correctivos que disminuyen la rigidez del anterior. Eso no obstante, el fenómeno del equilibrio constitucional sigue siendo eminentemente conservador.

4. *La desarmonía entre Constitución y sociedad*

Hay, frente a este problema, una actitud más ponderada en K. C. Wheare,¹¹¹ quien sostiene que a menudo se producen graves desarmonías entre una constitución y la sociedad a la que regula. Así, al cambio social también podría aparejarse un cambio; constitucional. Empero, esto pocas veces ocurre así, porque la guerra, el miedo a ella tanto en lo interno como en lo externo, los transtornos económicos e incluso políticas deliberadas como la del llamado "estado de bienestar", tienden a actuar como fuerzas centralizadoras del poder.

¹¹⁰ *Idem*, p. 315.

¹¹¹ *Las constituciones modernas*. Nueva Colección Labor. Barcelona, 1971, pp. 73 y ss.

Aunque Wheare no entra al fondo del problema, porque tampoco es éste el objeto de su obra, sí parece advertir la paradójica situación que resulta de una presión hacia el cambio social, por una parte, y un acentuamiento de las facultades de control que benefician al Ejecutivo, por la otra. Cuando un Ejecutivo dispone de ametralladoras y medios de comunicación, su poder difícilmente puede ser cuestionado.¹¹²

El problema que se plantea, entonces, es sumamente delicado, y tampoco lo contempla K. Loewenstein. Se piensa que todas las crisis que ponen en peligro la vigencia de una constitución, provienen de los destinatarios del poder, y no de los detentadores. Cuando la paz constitucional es violada por un grupo guerrillero, por ejemplo, procede el establecimiento de un gobierno de crisis que haga frente a la amenaza; pero cuando el poder mismo hace un mal uso de las armas, los gobernados apenas tienen el recurso moral de una ley que no se aplica.

A decir verdad, mayor es la crisis —en cuanto signifique el peligro del desmoronamiento constitucional— cuando quien rompe el llamado equilibrio constitucional es un órgano de la propia Constitución. En este caso, cuando se ha producido un golpe de Estado, a los destinatarios del poder no les quedan más que dos caminos: la subordinación o la insurrección. Y si optasen por ésta, los nuevos detentadores del poder revivirán la parte que conviniere de la Constitución que ellos mismos vulneraron, para aplicarla contra sus enemigos, como frecuentemente ocurre en América Latina.

Lipset también ha contribuido al estudio de este problema señalando que la estabilidad no sólo depende del desarrollo económico, sino también de la efectividad y legitimidad del sistema político. En ocasiones un sistema conserva su legitimidad, pero pierde efectividad (hipótesis B); otras veces pierde (o carece desde un principio) la legitimidad, pero dispone de efectividad (hipótesis C); también es posible que carezca de ambas (hipótesis D), como que tenga las dos (hipótesis A). En opinión de Lipset, se generará un conflicto social tantas veces como deje de funcionar la hipótesis A.¹¹³

¹¹² *Idem*, p. 80.

¹¹³ Lipset, Seymour Martin. "Social Conflict, legitimacy and democracy", en *Comparative Government*, editado por Jean Blondel. Macmillan. Londres, 1969, pp. 52 y ss. Lipset expresa la relación entre legitimidad y efectividad mediante este cuadro:

	Efectividad		
Legitimidad	A	B	+
	C	D	—
	+	—	

Una fuente generadora de crisis por falta de efectividad —y esto dentro del propio pensamiento loewensteiniano— es el vicio del parlamentarismo.¹¹⁴ De ahí que él mismo afirme que la búsqueda de una “fórmula mágica para establecer un sistema a prueba de crisis, continúa; pero la cuadratura del círculo está tan remota hoy como antes”.¹¹⁵

Otra opinión concerniente a la pérdida de efectividad de un sistema es la que sustenta Paul Leroy, quien a su vez se apoya en un argumento de Röpke en el sentido de que todo es susceptible de estar en crisis: el individuo, la religión, la economía, la democracia, la civilización misma. . . .¹¹⁶

La ineffectividad para dominar situaciones críticas aumenta en la misma medida que se haya incrementado la democratización de la toma de decisiones.¹¹⁷ De aquí que, para Leroy, la superación de una crisis requiera la supremacía del poder ejecutivo.¹¹⁸ Valdría la pena inquirir si, a su vez, la primacía de ese poder no representa también la posibilidad de una crisis del sistema constitucional y si no se producen así los supuestos de la hipótesis C de Lipset.

Procurando una definición de crisis, Leroy menciona a Paul Reynaud, quien ha sugerido que el ejercicio del poder de crisis está ligado a una situación anormal, “esencialmente caracterizada por la imposibilidad en que se encuentran los poderes públicos para funcionar con regularidad”.¹¹⁹ Burdeau pone más énfasis en la idea de Reynaud al referirse a la “incapacidad material de los poderes públicos” para actuar.¹²⁰

A la luz de lo anterior podemos concluir que el concepto de gobierno de crisis que Loewenstein enuncia es, funcionalmente, estático. Tanto, que lo concibe como un instrumento que garantiza el predominio y continuidad de un sistema establecido, siempre que produce una desarmonía entre Constitución y sociedad.

5. Clasificación de las constituciones

Es menester distinguir, sin embargo, que la concepción estática coincide con la clasificación ontológica de las constituciones que Loewenstein

¹¹⁴ Loewenstein, Karl. “The ‘living’ Constitutions”. en *Comparative Government*, *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Leroy, Paul *L'organisation constitutionnelle et les crises*. Paris, 1966, p. 9.

¹¹⁷ *Idem*, p. 10.

¹¹⁸ *Idem*, p. 31.

¹¹⁹ *Cit.* por Leroy, *op. cit.*, p. 183.

¹²⁰ *Idem*, p. 185.

sustenta, y de acuerdo con la cual existen tres grandes grupos de constituciones que se diferencian por su carácter normativo, nominal y semántico.¹²¹

No cabría pensar que el gobierno de crisis pudiera darse en el ámbito de una constitución en sentido nominal o semántico; solamente es comprensible dentro del ámbito de las constituciones normativas, pues son las únicas en que se puede hablar de una estricta correlación entre legitimidad y efectividad.

Ahora bien, aquí surge otra cuestión fundamental. Entiende Loewenstein que una constitución es normativa cuando ella y la comunidad han pasado por un proceso de simbiosis; hay entonces una serie de normas efectivamente vividas por destinatarios y detentadores del poder, "necesitando un ambiente nacional favorable para su realización".¹²² Hay, sin embargo, fenómenos sociales y aun naturales capaces de interrumpir esa armonía. En tal caso y de acuerdo con Loewenstein la idea de normatividad se esfumaría, dando lugar a la mera nominalidad.

Podrá pensarse, de acuerdo con lo anterior, que el principio de legalidad habría quedado vulnerado y, en consecuencia, no sería oportuno invocar el cumplimiento de una constitución nominal para restablecer el orden normativo.

Se puede salir de esa contradicción en tanto que la Constitución nominal subsista como decisión política a alcanzar. Esto requiere, por supuesto, dinamizar la relación también estática que existe entre las distintas formas de Constitución en el orden ontológico. Loewenstein se refiere a las nominales como decisiones prematuras, insusceptibles de realización inmediata; pero no incluye la posibilidad de que una misma Constitución sea normativa, en época de estabilidad, y nominal tantas veces como surja una crisis que cuestione su propia vigencia o le divorcie de la realidad social.

Eso no obstante, el cuadro será útil si se le hacen las modificaciones adecuadas para imprimirle mayor dinamismo. Lo que esta corrección implicaría, en todo caso, es el replanteamiento de las características de las nominales y las normativas, pues incluso los países de más acentuada tradición constitucionalista saldrán del esquema normativo para entrar al nominal, tantas veces como una crisis las afecte.¹²³

¹²¹ Loewenstein, *Teoría, op. cit.*, pp. 216 y ss., y "The 'living' Constitutions", *op. cit.*, pp. 147 y ss.

¹²² *Idem*, *Teoría*, p. 217; también encontramos alguna similitud entre esta concepción y las llamadas garantías sociales de Jellinek (Georg). *Teoría General del Estado*. Albatros. Buenos Aires, 1954, pp. 591-2.

¹²³ *Cfr. Teoría, op. cit.*, esp., p. 220.

El problema se perfila con gran precisión en Estados Unidos. Loewenstein, apunta que en la unión americana existe una verdadera Constitución normativa. Por ende, el gobierno de crisis tendría caracteres muy definidos, en cuanto que sería el instrumento para la defensa del propio orden constitucional. Sin embargo, analizando los problemas a que ha dado lugar la imposición de la Ley marcial, la suspensión del *habeas corpus*, la detención preventiva y la exclusión, puede verse que la defensa de la Constitución frente a crisis hipotéticas o reales, propició graves deformaciones de su propio contenido.¹²⁴

Esa situación es explicada por Loewenstein cuando señala que si el Estado democrático considera amenazados sus valores y aun su existencia,

se ve confrontado con el mayor dilema desde su implantación. Si se decide a usar fuego contra fuego y a negar a los agitadores totalitarios el uso de las libertades democráticas para evitar la destrucción última de toda libertad, actuará precisamente en contra de los principios de la libertad y de la igualdad en que él mismo está basado. Si, por otra parte, se mantiene firme

¹²⁴ Véase Schwartz, Bernard. *Los poderes del Gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*. UNAM. México, 1966. Vol. II, pp. 289 y ss. El autor examina la causa *Milligan*, de acuerdo con la cual el fuero militar carece de poder constitucional, tanto en tiempo de paz como de guerra, para substituir a los tribunales civiles con los suyos propios, cuando esos tribunales civiles están abiertos y funcionan sin obstáculos; la causa *Duncan vs. Kabanamoku*, de acuerdo con la cual el estado de Ley marcial sólo puede durar en cuanto permanezcan los móviles que lo originaron, a riesgo de convertirse en una Ley marcial espuria, contraria a la Constitución; la causa *Ex parte Merryman* puso de relieve la invasión, por parte del presidente de Estados Unidos, de la usurpación de funciones en que incurria, en detrimento del Congreso, tantas veces como suspendía el *habeas corpus*. En efecto, el segundo párrafo de la sección 9 del artículo I, aparece dentro de las facultades atribuidas al Congreso, al que atribuye también la de suspender el *habeas corpus* "cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión"; y las causas *Korematsu vs. United States* y *Kirabayash vs. United States*, en las cuales aparece prácticamente derogado el principio de igualdad, toda vez que la Suprema Corte se pronunció en sentido favorable al establecimiento del toque de queda, en territorio americano, sólo válido para los japoneses y para los estadounidenses de origen japonés, durante la última guerra mundial. A estos mismos, por otra parte, se les confinó en Centros de Redistribución, "que si hubieran estado situados en cualquier otra parte del mundo no vacilaríamos en llamar por su verdadero nombre de campos de concentración", donde "no menos de 70,000 ciudadanos norteamericanos (fueron) colocados bajo prohibición especial y privados de su libertad por su particular herencia racial", entre 1942 y 1945. Véase, también, Jones, James E. Toward a *Definition of National Emergency Dispute*, en "Wisconsin Law Review". Vol. 1971, núm. 3. Wisconsin, 1971, pp. 700 y ss. El autor examina los procedimientos seguidos por el presidente de Estados Unidos para tratar las disputas laborales que dan lugar a una "emergencia nacional" y, en consecuencia, a una crisis que se puede manifestar, fundamentalmente, en el campo de lo económico.

en sus verdades fundamentales democráticas aun en beneficio de sus enemigos declarados, pone en peligro su propia existencia.¹²⁵

Parecería pues, que a Loewenstein le interesa que el Estado se mantenga, no importa que pierda la característica fundamental que le defina como Estado de Derecho. Lo principal es que permanezca como una entidad política, capaz de seguir imponiendo un dominio pretendidamente legalista, aun cuando la justificación política de su actuación se base en razones meramente fácticas o, por lo menos, de dudosa juridicidad.

6. Legitimidad y dominación

Hay una evidente relación entre muchas ideas de Loewenstein y de Max Weber.¹²⁶ De acuerdo con éste, debe entenderse por dominación la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato determinado entre personas dadas.¹²⁷ Además, una asociación es “en algún grado” una asociación de dominación, y ésta es una asociación política en la medida que su existencia y la validez de sus ordenaciones estén garantizadas, dentro de un ámbito geográfico específico, por la amenaza y aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo.¹²⁸

La dominación se funda en diversos motivos. Tanto puede depender de un número de intereses o consideraciones utilitarias, como de la mera costumbre; también puede fundarse en el afecto. Esa dominación, empero, descansaría en móviles “relativamente” inestables.¹²⁹

Por otra parte, es comprensible que la asociación política esté integrada por una minoría dominante, capaz de ponerse rápidamente de acuerdo para llevar a cabo una acción racionalmente ordenada destinada a conservar su posición dirigente. “De este modo, la actuación amenazadora de las masas o de la comunidad podrá ser fácilmente reprimida,

¹²⁵ Loewenstein, *Teoría, cit.*, p. 405; Cfr. También el importante ensayo de Loewenstein, “Reflections on the value of Constitutions in our revolutionary age”, en *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, editado por Arnold J. Zurcher. New York University Press. N. York, 1951, pp. 193 y 198: “casi sin excepción las nuevas constituciones se han convertido en víctimas de la revuelta de las masas...”

¹²⁶ Cfr. Gallego Anabitarte, Alfredo. “Constitución y Política”. Estudio sobre la *Teoría de la Constitución* de K. Loewenstein, publicado en el mismo volumen, pp. 486-7.

¹²⁷ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México, 1964, t. I, pp. 43 y 170.

¹²⁸ *Idem*, p. 43 y t. II, p. 701.

¹²⁹ *Idem*, t. II, p. 706.

siempre que los que oponen resistencia no hayan adoptado precauciones igualmente eficaces para dirigir una acción societaria encaminada a la obtención de un dominio”.¹³⁰

Todas las formas de dominación procuran hacer creer en su legitimidad. Esto permite a Weber elaborar una triple clasificación de los tipos *puros* de dominación legítima. Así, el fundamento primario de la legitimidad de la dominación puede ser de carácter racional, tradicional y carismático. El primero, es el que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de quienes han sido convocados, por esas mismas ordenaciones, a ejercer la autoridad legal.¹³¹

El tipo más puro de dominación legal es el burocrático, en tanto que satisface los requisitos de precisión, continuidad, disciplina, rigor y confianza. Su idea fundamental consiste en que cualquier derecho puede crearse y modificarse a través de un estatuto sancionado correctamente en cuanto a la forma. Se obedece, por tanto, no a una persona sino a una regla estatuida que es la que, a su vez, determina en qué medida se debe obedecer a quién.¹³²

Con estos conceptos básicos coincide Loewenstein.¹³³ De ahí que su enfoque sobre el gobierno de crisis esté enderezado en el sentido de explicar una relación de dominio. Así, el derecho queda entendido como un instrumento que garantiza la permanencia de un sistema, no como un eventual medio de transformación. Por esta razón hemos llamado “estática” a su posición.

7. La separación de poderes

Pero hay otros problemas que también es preciso examinar. Cuando Emilio Castelar increpó a las Cortes por haber suspendido las garantías individuales el 13 de octubre de 1869, preguntó:

¿Esto qué es, si no un golpe de Estado suicida? ¿Esto qué es, si no la abdicación completa de las facultades de las Cortes en manos del Ministerio? Y yo os pregunto: ¿tenéis, podéis tener autoridad para abdicar las facultades que habéis recibido de vuestros comitentes?¹³⁴

¹³⁰ *Ibid.*, p. 704.

¹³¹ *Idem*, t. I, pp. 171-2, y t. II, p. 707.

¹³² *Idem*, t. I, pp. 173-180 y t. II, pp. 707-8.

¹³³ *Cfr.* Gallego, *op. cit.*, pp. 496-7 y 499.

¹³⁴ *Discursos y ensayos*. Aguilar. Madrid, 1964, p. 91.

Castelar estaba, en ese momento, planteando la relación entre la llamada división o separación de poderes, cuya crítica por parte de Loewenstein es bastante enérgica, y la dictadura constitucional.

Jellinek había afirmado que “la división de poderes entre los distintos miembros del Estado se ha considerado en todo tiempo como un excelente medio para garantizar el orden existente. . .”¹³⁵ Para Loewenstein se trata, simplemente, de una teoría anticuada,¹³⁶ afirmación en la que, por lo demás, coincide ya una buena parte de la doctrina. Los trabajos de Jahreiss, por ejemplo, se incluyen en esa corriente.

Loewenstein propone una nueva división tripartita pero referida ya no al “poder”, sino a las funciones estatales. Esta separación de funciones consiste en la decisión política conformadora o fundamental (*policy determination*), en la ejecución de la decisión (*policy execution*), y en el control político (*policy control*).¹³⁷

La primera de esas funciones (*policy determination*), corresponde al poder constituyente. La limitación de Loewenstein, en este caso, consiste en seguirla considerando como el producto de una decisión “de la comunidad”,¹³⁸ cuando sabemos hasta que punto la capacidad volitiva de esa comunidad está condicionada, tanto en su integración como en su ejercicio, por los múltiples instrumentos de control hoy existentes. En todo caso, esa decisión política fundamental se realiza principalmente a través de la legislación, y ésta ya puede ser objeto de un análisis más preciso, a través del cual es factible determinar quién ejerció, efectivamente, la facultad de adoptar la decisión política fundamental.¹³⁹

La segunda función (*policy execution*) consiste en la ejecución de la legislación, a través de la administración y de la actividad judicial. Loewenstein observa, en este sentido, que la independencia de los jueces fue un postulado político y no funcional, motivado fundamentalmente por el deseo de quebrar la prerrogativa real y de establecer el Estado de Derecho.¹⁴⁰

En último término, aparece el control político (*policy control*), que, como el maestro alemán señala, constituye el núcleo de la nueva división.

¹³⁵ Jellinek, *op. cit.*, p. 592.

¹³⁶ *Teoría*, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

¹³⁷ Hemos puesto los equivalentes en inglés, para eludir eventuales problemas interpretativos, de acuerdo con las prevenciones que el autor hace a pie de página en la versión española de la *Teoría*, citada, que venimos utilizando. *Cfr.* p. 62, nota 16.

¹³⁸ *Teoría*, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

¹³⁹ *Idem*, p. 65.

¹⁴⁰ *Idem*, pp. 66-68.

El mecanismo más eficaz para el control del poder político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder u órganos estatales, que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad, están obligados en último término a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida.¹⁴¹

Esta función de control, a su vez, se desdobra en controles verticales y horizontales, y éstos en controles interórganos y controles intraórganos. Los primeros se producen entre los diversos detentadores del poder que cooperan en la gestión estatal; los segundos actúan dentro de la organización de un solo detentador del poder.¹⁴²

Por todo eso Loewenstein no incurre en la frecuente contradicción representada por quienes, al tiempo de creer en una rigidísima “separación de poderes”, admiten que en los llamados casos excepcionales sí es posible vulnerar esa misma separación. El gobierno de crisis cabe dentro de las funciones de control que el tratadista alemán incluye en su tripartición de funciones.

De ahí que llegue a la conclusión extrema de rechazar la designación “dictadura constitucional”,¹⁴³ aunque no señala razones expresas para justificar ese rechazo. No coincidimos con este punto de vista, pues aun los mecanismos de control tienen, en casos como el que analizamos, caracteres excepcionales originados en la propia crisis y, en la medida que el orden normal queda restringido y el interés social se subsume en la defensa de la Constitución, a nombre y con fundamento en ésta se ejerce la dictadura, que puede o no desembocar en el restablecimiento de la normatividad.

Nuestro argumento encuentra apoyo en el reconocimiento del propio Loewenstein, en el sentido de que es imposible encontrar criterios jurídicos para captar las circunstancias que constituyen una situación crítica excepcional, que justifiquen y hagan “inevitable” la instalación de un gobierno de crisis.¹⁴⁴

En efecto, las constituciones apenas llevan a cabo una referencia meramente casuística, dentro de la cual hasta la simple perspectiva de desórdenes parciales puede ser motivo de la implantación de un estado de excepción. Así, la decisión de imponer o no un estado excepcional se considera una decisión política. En consecuencia, depende en buena medida de apreciaciones eminentemente subjetivas. De aquí que las

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Idem*, pp. 232 y ss.

¹⁴³ *Idem*, pp. 185 y 291.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 285.

dictaduras presidencialistas encuentren en el estado de excepción el pretexto ideal para afirmar la constitucionalidad de su gestión.¹⁴⁵

Por eso la adopción de medidas restrictivas de la libertad, disimulando preservar el orden institucional, se explica más fácilmente en una república presidencial, que en otra con gobierno de gabinete. Kelsen ha distinguido entre ambos casos, asegurando que la república presidencial es una democracia en que el elemento autocrático es relativamente fuerte, mientras que en la república de gabinete y en la república con gobierno colegiado, el elemento democrático es comparativamente más importante.¹⁴⁶

Con toda su gran solidez, la doctrina de Loewenstein en relación al estado de excepción deja pendientes de aclaración algunos puntos que aquí hemos señalado. Eso no obstante, su examen es lúcido y plantea varios de los más sugestivos problemas sobre la materia.

8. *El estado de necesidad*

Paolo Biscaretti,¹⁴⁷ caracteriza al Estado de policía en su más lata acepción, como aquel cuya preocupación genérica es la seguridad y bienestar populares. Esa orientación justificó, como razón de Estado, el concepto *tout pour le peuple, rien par le peuple*.¹⁴⁸

Tal concepción del Estado de policía representa ya una justificación para el estado de excepción. Por ende todo Estado donde la implantación de situaciones excepcionales se volviese sistemática, tendería a caracterizarse como de policía.

Eso explica, en Italia, las ordenanzas de necesidad,¹⁴⁹ que comprenden todos los actos del poder ejecutivo productores de normas con eficacia de ley formal, dictadas precisamente en situaciones que se reputen como de urgente y absoluta necesidad.¹⁵⁰ La *necesidad*, considerada por sí misma, aparece como fuente de producción de normas jurídicas.¹⁵¹

Conviene, a ese respecto, tener presentes las observaciones de Hans Kelsen, quien cuestiona el precario concepto de "estado de necesidad", como circunstancia que hace ineludible la aplicación del estado de sitio.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 168.

¹⁴⁶ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, 1969, p. 358.

¹⁴⁷ *Derecho Constitucional*. Madrid, 1965.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 225.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 493.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Idem*, p. 492.

Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que “vivir” —dice Kelsen— suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del “estado de necesidad política”.¹⁵²

De acuerdo con ese mismo criterio, Kelsen entiende bien la interpretación “político-jusnaturalista” del estado de necesidad: se trata tan sólo de afirmar que el Estado tiene que “vivir” (en ocasiones es, incluso, un mero problema de supervivencia), para lo cual los órganos del mismo Estado pueden hacer cuanto parezca conveniente a efecto de conseguir el objetivo propuesto.

Así, durante tales circunstancias el Estado se encuentra habilitado para

violiar los derechos bien adquiridos, invadir la esfera de libertad de sus súbditos, privarles de su propiedad y aun destruirla sin previa indemnización; en definitiva, el estado de excepción justifica toda infracción del orden jurídico y de la misma Constitución por parte de los órganos estatales, especialmente por parte del jefe del Estado.¹⁵³

Si Kelsen tiene razón en esas puntualizaciones críticas, hay otras que también deben tenerse en cuenta, tales como las implicaciones que tienen las ordenanzas de necesidad cuanto al procedimiento legislativo¹⁵⁴ y a la “teoría de la división de poderes”, en la forma que antes vimos y a la que también Biscaretti hace referencia.¹⁵⁵

Cuanto a la tripartición clásica Biscaretti encuentra que en la actualidad cuenta con dos correctivos. Por una parte, se ha acentuado la necesidad de coordinar los diferentes *poderes*, de suerte que su actividad se despliegue en armonía con una dirección política unitaria; de otro lado, si bien cada poder debe contenerse en la órbita de su propia función institucional, suele haber algunas excepciones a ese principio. Tales excepciones se concretan en transferencias de funciones que corresponderían a otros poderes,¹⁵⁶ con lo que se da lugar a la instauración de la dictadura.

¹⁵² Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. México, 1965, pp. 206-7.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Biscaretti, *op. cit.*, pp. 392 y ss. Cfr. También el estudio de Goguel, *La procedure italienne de vote des lois par commissions*, aparecido en la “Revue Française de droit politique”, Paris, 1954, *cit.* por Biscaretti.

¹⁵⁵ Biscaretti, *op. cit.*, p. 218.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 219.

Esa dictadura, entendida como forma de gobierno, adquiere caracteres muy peculiares en la actualidad. Aparece jurídicamente configurada por la concentración de funciones en un solo órgano, que puede ser individual o colegiado; concentración que puede tener, en todo caso, un carácter temporal y excepcional, condicionado por la *necesidad* de conquistar un objetivo. Además, “se sustancia o en la defensa de las instituciones vigentes puestas en situación de grave peligro, o en el intento deliberado de crear otras nuevas”.¹⁵⁷

No debe pensarse que el poder ejecutivo sea el único que en ciertas actividades desborda el marco clásico de su encuadramiento. También cuando los parlamentos califican la urgencia y procedencia de adjudicar al primero facultades extraordinarias de carácter legislativo, para hacer frente a una situación de emergencia, están colaborando activamente en la adopción de una orientación política.¹⁵⁸

Empero, la tendencia dominante sitúa al poder ejecutivo como más directo responsable para hacer frente a los “estados de necesidad”. Biscaretti acepta implícitamente esta conclusión, al señalar que

sería difícilísimo justificar —en el plano del derecho positivo— una suspensión del goce de los derechos públicos subjetivos garantizados por las normas constitucionales, salvo invocando un principio fundamental de estructura del ordenamiento estatal que reconozca tal potestad al Ejecutivo en caso de situaciones de peligro excepcional para la existencia misma del Estado.¹⁵⁹

¹⁵⁷ *Idem*, pp. 243-4.

¹⁵⁸ *Cfr.* Biscaretti, *op. cit.*, p. 496.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 499.