

La naturaleza metajurídica del estado de excepción

The meta-legal nature of the state of emergency

URBINA QUIÑONES, César M.(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La regulación jurídica del estado de excepción. III. La insuficiencia de la teoría jurídica para explicar el fenómeno de la excepción. 3.1. El paradigma clásico del estado de excepción. 3.2. La negación jurídica del fenómeno excepcional. IV. La convergencia entre lo jurídico y lo político. V. Una distinción necesaria. VI. La naturaleza del estado de excepción. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

Resumen: El autor desarrolla la naturaleza metajurídica del estado de excepción, comprendiéndolo como una zona de convergencia entre la aspiración de regulación jurídica en el texto constitucional y la decisión

(*) Este artículo es una extensión de precisiones teóricas sobre lo desarrollado por el autor en su publicación *La excepción frente a la COVID-19. Reflexiones sobre el tratamiento del estado de emergencia en el caso peruano* (Urbina Quiñones, 2020), el cual busca determinar la naturaleza metajurídica del estado de excepción desde un análisis estrictamente teórico.

(***) Abogado y maestro en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Cajamarca. Aspirante al Título de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Jurídico CEDEFU. Docente de pre y posgrado en la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: curbinaq@unc.edu.pe.

política como expresión pura del poder. Para ello, recoge planteamientos decisionistas y los correlaciona con la actual teoría constitucional sobre los regímenes de excepción.

Palabras clave: Estado de excepción, régimen de excepción, decisionismo, constitucionalismo, metajurídico.

Abstract: *The author develops the meta-legal nature of the state of exception, understanding it as a convergence zone between the aspiration for legal regulation in the constitutional text and the political decision as a pure expression of power. To do this, it collects decisionist approaches and correlates them with the current constitutional theory on exception regimes.*

Key words: *State of exception, regime of exception, decisionism, constitutionalism, meta-legal.*

I. Introducción

El estudio riguroso de la teoría del derecho ha conllevado —no en pocas ocasiones— a explicar fenómenos que, sin ser necesariamente jurídicos, se ven reducidos a la mínima expresión de su regulación normativa.

La filosofía del derecho en la posmodernidad, sobre todo el actual paradigma constitucionalista, ha centrado su preocupación y sus esfuerzos en sustentar la vinculación del derecho con la moral⁽¹⁾. Incluso, desde el cientificismo o el materialismo no se ha podido dejar de advertir que el derecho tiene implicaciones morales que fundamentan parte de su existencia⁽²⁾.

En este trabajo, se llamará metajurídica a la disciplina que reviste esfuerzos por descubrir los orígenes de las instituciones y los fenómenos jurídicos más allá del derecho. Aunque, en el campo de la moral, esto ha tenido mejores resultados, el actual paradigma constitucionalista parece haber dejado de lado la discusión sobre la convergencia entre lo jurídico y lo político, aun cuando esta relación se remonta a los propios orígenes del derecho constitucional⁽³⁾, lo cual

(1) Podemos citar como un marco referencial los desarrollos teóricos de Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino o John Finnis, como algunos de los pensadores más relevantes sobre este asunto.

(2) Mario Bunge (2000, pp. 130 y ss.) sostiene que el derecho tiene una zona de convergencia con la moral, llamando nomoética a “la disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos morales —o la ausencia de fundamentos morales— de la jurisprudencia”.

(3) Para ahondar sobre la relación entre los fenómenos jurídicos y los fenómenos políticos se recomienda revisar: (García Belaúnde, 1978).

permitió, implícitamente, que discusiones esencialmente políticas se reduzcan a su sola regulación normativa.

Dicho caso es el fenómeno de la excepción como una preocupación que parte de la teoría política, pero que se ha reducido en la mera discusión de las regulaciones normativas de los regímenes de excepción constitucionales.

La pandemia del coronavirus puso nuevamente, en la palestra, la añeja discusión sobre el estado de excepción, pero sin ahondar en su ontología, olvidando responder la pregunta: ¿cuál es su naturaleza? Es así que en este trabajo se pretende responder a dicha interrogante desde un enfoque metajurídico, sin reducciones normativas y ahondando en los orígenes de la discusión sobre el fenómeno excepcional.

II. La regulación jurídica del estado de excepción

Las constituciones contemporáneas contemplan regímenes de excepción en los que se pretende regular cómo el Estado responde frente a situaciones de amenaza a la normal continuidad en la vida del país.

El tratamiento de dicha amenaza ha sido abordado por la doctrina jurídica contemporánea, bajo el concepto de amenaza existencial, el cual hace referencia a situaciones de peligro inminentes para la vida de la sociedad y del Estado, como característica intrínseca de la situación excepcional (Wright, 2014, p. 208).

Por ejemplo, la Constitución Política del Perú prevé en su artículo 137 dos estados de excepción: (i) el estado de emergencia, regulado para los supuestos de perturbación a la paz o el orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la nación; y (ii) el estado de sitio, regulado para los supuestos de invasión, guerra exterior, guerra civil o, incluso, el peligro inminente de que estos se produzcan. Estos supuestos, aunque dotados de una fuerte indeterminación conceptual⁽⁴⁾, representan las amenazas existenciales previstas por el constituyente peruano.

Pero las constituciones no solo prevén supuestos en los que es válido disponer la declaración del correspondiente estado de excepción, pues, también contemplan la legitimidad, procedimiento, forma y modo de la declaración. De ahí que se sostenga la limitación de los poderes de excepción a través de la regulación normativa realizada por la Constitución.

(4) Que se acrecienta con la falta de normas de desarrollo constitucional sobre la materia y con la ausencia de desarrollo jurisprudencial (*Cfr.* STC Exp. N.º 00002-2008-PI/TC).

Bajo un enfoque esencialmente jurídico, el estado de excepción se definiría como la regulación constitucional de las potenciales amenazas existenciales consideradas por el constituyente, a través de ciertas causales determinadas como situaciones excepcionales, así como sus correspondientes consecuencias. Dicho de otro modo, cuando el constituyente valora algunos supuestos como potenciales amenazas existenciales, las positiva en causales para la declaración del estado de excepción, según la regulación que estime conveniente.

Esta regulación constitucional, que se repite en la gran mayoría de ordenamientos nacionales, dota de una aparente naturaleza jurídica al estado de excepción, y reduce el fenómeno excepcional (v. gr. amenaza existencial) a las prescripciones normativas que el constituyente le haya reservado; no obstante, esta “excepcionalidad” radica exclusivamente en la poca probabilidad de que el supuesto previsto ocurra en la realidad y no tanto en la real condición de causa imprevisible.

III. La insuficiencia de la teoría jurídica para explicar el fenómeno de la excepción

3.1. El paradigma clásico del estado de excepción

Los orígenes de la discusión sobre la regulación del fenómeno de la excepción se remontan a la Roma republicana, en donde se comprendía a la situación excepcional como circunstancias de peligro que requerían de un poder público fuerte y sin obstáculos para hacerle frente (Schmitt, 1968, p. 33).

Es así como los romanos crearon a la dictadura, para que un magistrado extraordinario (el dictador) sea nombrado por el cónsul a solicitud del senado y así pueda eliminar el peligro que motivó su nombramiento, para lo cual no se encontraba sujeto a las limitaciones que poseían las demás magistraturas ordinarias de Roma (Siles, 2014, p. 418). Esta designación duraba seis meses, y era usual que el magistrado renunciara a su investidura una vez cumplida su misión, aun antes del término indicado (Schmitt, 1968, pp. 33-34).

La tradición occidental se nutre de la dictadura romana como el modelo primigenio del estado de excepción (Siles, 2014, p. 412); desde entonces, se denotan los esfuerzos por regular jurídicamente esta institución, definiendo quién se encargaba de la designación, nombramiento y fines a cumplir por parte de aquel magistrado.

En ese sentido, Schmitt (1968) identifica diferencias contrapuestas entre una dictadura soberana y una dictadura comisarial. La dictadura romana era

esta última, porque el poder se lo confería el senado para una tarea específica y por un espacio de tiempo determinado (Schmitt, 1968, pp. 57 y ss.).

Por su parte, en una dictadura soberana, la decisión sobre el estado de excepción recae en la propia autoridad del soberano y no en una regulación normativa, pues, la situación excepcional es una realidad no prevista. Mientras los fenómenos puramente jurídicos se presentan como normales para la vida estatal, la excepción es una situación de anormalidad o de anomia (Hernando, 2000, pp. 222-223).

El decisionismo schmittiano centra la problemática del fenómeno excepcional en que se trataría de toda situación no prevista por el ordenamiento jurídico, cuya consecuencia es el caos, porque no se encuentra forma jurídica para afrontar tal situación, de manera que es la decisión soberana —y no la norma— el remedio para tal contexto (Schmitt, 2009, p. 18).

Señalar algún caso como excepcional se torna difícil desde la esfera jurídica, pues la aparente imposibilidad de prever normativamente un caso excepcional hace imposible su delimitación (Schmitt, 2009, p. 13). Lo excepcional se expresa como la realidad que supera al derecho, como lo fáctico por sobre lo jurídico (Wright, 2014, p. 206). En suma, como sentencia Loewenstein (1979):

Es imposible encontrar criterios jurídicos para captar las circunstancias que constituyen una situación de crisis o de excepción y que justifican, y hasta hacen inevitable, la instalación de un gobierno de crisis. Cualquier definición jurídica se opone al objetivo esencial del gobierno de crisis, esto es, proporcionar al gobierno la libertad de movimiento que le permita acabar con la crisis. [...] Las situaciones de crisis son causadas por las más diversas razones. (p. 285)

Esa es la razón por la que Schmitt (2009) se refiere al estado de excepción como “un concepto general de la doctrina del Estado, no un decreto de necesidad cualquiera o un estado de sitio” (p. 13). Entonces, si el estado de excepción no está supeditado a la preexistencia de una norma, ¿cuándo se está frente a una situación excepcional? La respuesta del decisionismo es cuando el soberano así lo decida, pues el “soberano es quien decide sobre el estado de excepción” (Schmitt, 2009, p. 13). La lógica de esta argumentación estriba en que, si la situación excepcional no admite regulación jurídica alguna, solo se podrá saber que se está frente a una real situación de excepción cuando el soberano así lo disponga.

3.2. La negación jurídica del fenómeno excepcional

Desde este enfoque, el derecho, dotado de orden y de previsión de causas, acaba por ser insuficiente para explicar el fenómeno de la excepción; puesto que la propia teoría jurídica ha negado la idea de la excepción, ya sea por razones epistémicas, de —presunta— coherencia con sus postulados, o por cuestiones de fundamentación lógica y ética, en cuanto a las consecuencias que acarrea aceptar la suspensión del orden jurídico frente a la decisión.

El positivismo jurídico asume la validez del ordenamiento normativo en sí mismo, refiriendo la validez de toda norma jurídica hacia otra jerárquicamente superior a ella, continuando una progresión ascendente que concluye en la norma fundamental, la cual tiene validez presupuesta al no poder provenir de una autoridad que requiera de una norma que se la confiera (Kelsen, 1982, p. 202). Esta autosuficiencia normativa exige obviar cualquier actuación estatal fuera de los parámetros de validez, es decir, no puede haber hecho de la realidad que no sea subsumible en el ordenamiento jurídico vigente⁽⁵⁾, por lo tanto, cualquier anomia es inexistente y, en consecuencia, no es posible la excepción en los términos propuestos por el decisionismo (Hernando, 2000, pp. 222-223).

El constitucionalismo de la posmodernidad tampoco es ajeno a aquella concepción del derecho, pues, en él, la norma básica kelseniana se manifiesta en la Constitución. El actual paradigma constitucionalista plantea que todo el ordenamiento jurídico se adecúa, como consecuencia, deductivamente posible de las premisas constitucionales que sirven de parámetro para el control de su validez (Laporta, 1999, pp. 321-322). Por eso, Ferrajoli (2001) sostiene que el Estado constitucional representa la forma última y más desarrollada del positivismo jurídico, pues, en él, se está frente a “la positivación no sólo ya del ser del derecho, es decir de sus condiciones de ‘existencia’, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de ‘validez’” (p. 35).

En otro sentido, el constitucionalismo más clásico plantea que los poderes constitucionales existen por la Constitución y, por lo tanto, estos poderes no pueden suspenderla —o limitarla— (Constant, 1820, p. 255). En la lógica de la consecuencia del estado de excepción, esta advertencia a suspensión —en todo

(5) Por ejemplo, al abordar las lagunas del derecho, el positivismo jurídico clásico sostenía que es lógicamente posible aplicar el orden jurídico válido, pese a que no sea aplicable una norma jurídica aislada que contemple el supuesto (Kelsen, 1982, p. 255).

o parte— del ordenamiento jurídico, también ha sido abordada como una paradoja, aun como aporía, por el constitucionalismo contemporáneo, el cual se plantea si: “¿puede salvarse la Constitución mediante su suspensión o quebrantamiento? ¿Este designio no significa, acaso, atentar contra la propia naturaleza del Estado constitucional? ¿No estamos ante una contradicción irresoluble, ante un callejón sin salida desde el punto de vista teórico?” (Siles, 2015, p. 77).

Ante ello, es necesario mencionar que el poder soberano es anterior a la propia constitución, incluso, esta última es producción del poder soberano manifestado a través del poder constituyente, siendo este quien legitima, en última instancia, todo el sistema jurídico. No obstante, resulta un equívoco pensar que, con la declaración del estado de excepción, se busque salvar a la constitución como fin en sí mismo, pues en realidad se lo hace en cuanto representa un medio para la protección de la sociedad y la persona humana. Bajo esa premisa, es perfectamente razonable suspender el contenido de la constitución para alcanzar su *telos*.

Otro cuestionamiento, esta vez de índole ético, recae en la evidente concentración de poder en el gobierno tras la declaración del estado de emergencia. Para Constant (1820), al suspenderse el contenido de la Constitución, se la estaría violando y, en ese sentido, ya no se conserva el orden constitucional sino el poder del gobierno, que, en tales circunstancias, tiende a caer con facilidad hacia el despotismo (pp. 257 y ss.).

Estas circunstancias han sido descritas como normalización negativa del estado de excepción (Urbina, 2020, pp. 161-162) para referirse a la normalización fáctica de la situación excepcional, esto es, cuando los gobiernos abusan de la declaración del estado de excepción, haciéndolo parte de la cotidianidad del país⁽⁶⁾ (Despouy, 2010, pp. 128-131).

Pero, justamente, en los términos propuestos por el decisionismo, aquella normalización negativa es una situación no excepcional. Un schmittiano contemporáneo como Alain de Benoist (2007), al cuestionar la política antiterrorista norteamericana, sentencia que “la permanencia del estado de excepción —la excepción sin excepción— no es schmittiana” (p. 86).

(6) En el Perú, se ha cuestionado la normalización del estado de emergencia (Siles, 2017, p. 126; Rubio, 1999, pp. 476-477), porque se ha empleado, indiscriminadamente, en ciertas zonas de aplicación de la estrategia contrasubversiva, inclusive para combatir a la delincuencia común en la región del Callao.

IV. La convergencia entre lo jurídico y lo político

Si la determinación de la situación excepcional desde la norma es inconsistente con su propio carácter anómico y, además, la teoría jurídica se sustrajo del estudio del fenómeno de la excepción, entonces, ¿por qué las constituciones nacionales recogen al régimen de excepción en sus textos?

Una posible respuesta se puede ensayar desde el cambio de paradigma del Estado constitucional, donde, al regir como norma suprema, la constitución tiene fuerza normativa y vocación por recoger parámetros de la actividad estatal, lo que, en palabras de García (2010), se traduce como:

El régimen de excepción compromete el funcionamiento normal de las instituciones y la vida coexistencial de los ciudadanos. Forman parte integrante de la propia dialéctica constitucional, que, en su afán de encuadrar dentro de su seno toda la actividad estatal y ciudadana, se ha visto en la necesidad de prever la institucionalización normativa del régimen de excepción. (p. 748)

El correlato de esta regulación del poder estatal no es otro que su cabal limitación, a efectos de evitar su uso desmedido. La propia República romana aseguró mecanismos de control para contrarrestar la concentración del poder, distinguiendo entre quién declara la situación excepcional: el senado romano; asimismo, quién ejerce el poder dictatorial: el dictador. El primero era quien le encomendaba al segundo qué tarea debía cumplir y el plazo del que disponía para hacerlo, lo que Schmitt (1968) llamó “dictadura comisarial” (pp. 57 y ss.). Asimismo, el senado mantenía el control de los fondos públicos y se reservaba el ejercicio de control posterior sobre los actos del dictador, quien debía rendirle cuentas al término de su investidura (García, 2010, pp. 750-751).

La concentración del poder durante los estados de excepción es un temor fundado del constitucionalismo occidental, el cual se ha embarcado en la ilustre tradición de limitar los poderes de excepción, buscando mantenerlos dentro del cauce constitucional (Siles, 2015, p. 75).

Este afán democrático por limitar los poderes de excepción se ha denominado normalización positiva del estado de excepción (Urbina, 2020, p. 161), describiendo la transformación de un fenómeno político en uno jurídico. Sin embargo, no se puede caer en el extremo normativista de negar el carácter político de la excepción, para el cual “resulta decisivo ubicar a esta institución dentro del campo del derecho y desterrar así erróneas concepciones que la empa-

rentan al estado de excepción con la potestad discrecional de ejercer el poder en situaciones de crisis” (Despouy, 2010, p. 91).

Cuando la teoría jurídica niega el carácter político del estado de excepción, y lo reemplaza por un carácter eminentemente jurídico, niega también la posibilidad de la situación excepcional por el solo hecho de —crear— regularla bajo el régimen constitucional. Esa consideración autosuficiente del positivismo jurídico clásico y del constitucionalismo posmoderno —vistos *ut supra*— no hacen más que negar la propia realidad.

Crear que el marco de actuación estatal frente a la excepción se agota en lo normativo, es lo mismo que no enfrentar una situación excepcional, porque al encontrarse presupuestada se trata de una situación perfectamente normal. No obstante, resulta peor pensar que, ante una verdadera situación excepcional, no se pueda actuar fuera del marco normativo, porque ello supondría una problemática de real indefensión para la sociedad y el Estado.

Por ejemplo, el estado de emergencia, decretado por el gobierno peruano en el contexto de la pandemia —ocasionada por la covid-19—, no se ajustó a lo establecido en el artículo 137 de la Constitución Política del Perú⁽⁷⁾. En principio, porque cuando se declaró el estado de emergencia, la situación constitucionalmente prevista (v. gr. graves circunstancias que afecten la vida de la nación) aún no se concretaba: el número de contagiados era mínimo y no se enfrentaba una crisis sanitaria, y se adoptaron medidas de prevención (como la cuarentena), que justamente pretendían evitar la caída del país en graves circunstancias que le supongan un riesgo. Sobre todo, porque no existe causal regulada en la constitución peruana para la declaración del estado de emergencia con el fin de evitar sus causales previamente recogidas (v. gr. perturbación de la paz o el orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la nación), como sí es el caso del estado de sitio, regulado para casos de invasión, guerra exterior, guerra civil o el peligro inminente de que estos se produzcan.

Evidentemente, aunque el Gobierno peruano intentó revestir de constitucionalidad la declaración del estado de excepción, lo concreto es que dicha declaración no se ajustó a los parámetros normativos establecidos; sin embargo, no se hicieron cuestionamientos sobre su constitucionalidad.

(7) Es decir, la primera declaración de emergencia del 15 de marzo de 2020, mediante D.S. N.º 044-2020-PCM.

Lo cierto es que la realidad demostró —una vez más— que la situación excepcional pone en evidencia al derecho y su incapacidad para predecir todas las situaciones posibles (Quispe, 1982, p. 141). La normalización positiva del estado de excepción representa una solución preventiva frente a su normalización negativa, mas no agota su contenido político. Ninguna constitución bien elaborada puede ignorar las exigencias normativas de la excepción (Quispe, 1982, p. 148), pero ninguna sociedad correctamente organizada debe olvidar la imprevisibilidad de la excepción.

V. Una distinción necesaria

Loewenstein (1979) señala que, en el estado de excepción, “la optimista suposición del constitucionalismo clásico según la cual la constitución regía en todas las circunstancias como la ley suprema del país, constituyendo el marco inalterable del liderazgo del proceso político, no ha sido confirmada por la realidad” (p. 284). Esta afirmación bien puede adherirse a la teoría schmittiana, en el sentido de entender a la decisión sobre la excepción como decisión en sentido eminente, donde una norma nunca puede captar una excepción absoluta, ni mucho menos fundar la decisión sobre ella (Schmitt, 2009, p. 13).

La excepción decisionista no advierte norma alguna, ni siquiera constitucional y, en palabras de Schmitt (2009), a lo sumo se puede indicar, en la constitución, quién es el autorizado a actuar en tal caso (p. 13). El control posterior, al estilo de la dictadura comisarial romana, también es una razonable posibilidad sobre la actuación en estos casos. No obstante, de todas formas, estos mecanismos jurídicos para el control del poder excepcional (normalización positiva) no pueden negar el carácter político del estado de excepción, porque su realidad es fáctica y no normativa.

De ese modo, la necesidad de distinguir a la excepción constitucionalmente regulada o dictadura constitucional (v. gr. régimen de excepción) de la excepción en pureza o estado de excepción schmittiano (v. gr. el estado de excepción derivado de una situación verdaderamente excepcional) se torna imperante.

Lo excepcional siempre estará vinculado al “advenimiento brutal de acontecimientos extraños o situaciones imprevisibles que, dado su carácter amenazante, exigen que sean afrontados inmediatamente con medidas así mismo excepcionales” (De Benoist, 2007, p. 81). La dicotomía excepcional-normal se caracteriza entonces por la posibilidad de conocer determinada situación; si se la conoce y, por lo mismo, se la regula, entonces, cuando se produzca, será una situación normal. Sin embargo, si no se conoce y, consecuentemente, no se regula, cuando se produzca, será una situación excepcional.

Esto último revela la condición de mutabilidad entre lo excepcional y lo normal, pues las circunstancias excepcionales que se producen con cierta frecuencia llegan a normalizarse, lo cual hace que lo “alguna vez” excepcional se convierta en algo perfectamente normal (Wright, 2014, p. 207). Por ejemplo, la guerra es un fenómeno social lamentable que se ha hecho parte indisoluble de la historia, por ende, previsible; constituciones como la peruana —además de la regulación específica— la contemplan como presupuesto para la declaración de un estado de sitio (artículo 137, inc. 2, Constitución Política del Perú). Lo mismo ocurre con los desastres naturales, para los cuales se ha reservado la declaración del estado de emergencia (artículo 137, inc. 3, Constitución Política del Perú).

Esa mutabilidad, a su vez, no hace otra cosa que poner de manifiesto el carácter temporal del estado de excepción, el cual no tiene vocación de permanencia, lo que representa un estadio de transición entre la situación excepcional y la normal (García, 2010, p. 752). Por ello, las prórrogas constantes del estado de excepción (normalización negativa), no escatiman en vaciar su contenido excepcional y transitorio.

No obstante, para que sea una situación excepcional, en los términos planteados por este trabajo, además de una situación desconocida, deberá representar una situación de amenaza, de extrema necesidad o de peligro inminente para la existencia de la sociedad y del Estado (Schmitt, 2009, p. 14; Wright, 2014, p. 208). Esto es, que se vea comprometida parte de su entidad en alguno de los elementos que configuran a la sociedad o al Estado, como unidades de desarrollo para el ciudadano.

La cognoscibilidad o previsibilidad de la situación determina su excepcionalidad o normalidad, como parámetro de distinción entre el estado de excepción schmittiano y el régimen de excepción constitucional, respectivamente; de manera que este último no define situaciones excepcionales, en el sentido estricto del término, debiendo su terminología a un aspecto nominativo y no conceptual. Por su parte, la temporalidad y la amenaza a la existencia de la sociedad y del Estado son características comunes que comparten ambas concepciones, las cuales permiten cierto margen de regulación.

En ese sentido, no es factible regular supuestos de aplicación para el estado de excepción, como lo hace el régimen de excepción constitucional, pues ello implica normalizar las situaciones previstas y aunque se realice, eso solo será nominalmente, pero no se tratará de un estado de excepción, en sentido estricto. Empero, sí es posible definir quién es comisionado con el poder soberano para decretar que se está frente a una situación excepcional, como la posibilidad de

una auto investidura (quien declara el estado de excepción ejerce los poderes de excepción) o hetero investidura (quien declara el estado de excepción designa a quien ejerce los poderes de excepción), el tiempo por el que son investidos los poderes excepcionales, así como la posibilidad de un control simultáneo y posterior sobre la actuación de los poderes excepcionales.

VI. La naturaleza del estado de excepción

Al diferenciar al estado de excepción del régimen de excepción constitucional, más allá de aspectos lingüísticos, se puede abordar su verdadera naturaleza. La teoría schmittiana presenta al estado de excepción como un fenómeno aparentemente político, basado en la decisión del soberano; no obstante, una lectura más profunda de sus postulados permite visualizar aspectos que lo vinculan a la teoría jurídica, aunque no desde un enfoque positivista.

En comparación al *creatio ex nihilo*, el decisionismo propone que el origen del Estado y del ordenamiento jurídico proviene de una decisión, de la voluntad de crearlos (el poder soberano), y es esta su fuente primordial, la cual permite crear derecho sin que exista norma que la habilite a hacerlo (Schmitt, 1996, p. 26). El orden jurídico ya no reposa, entonces, en la norma, sino en la decisión soberana que ordena y confiere seguridad a un estado de naturaleza preestatal o infraestatal, caracterizado por la anarquía y la inseguridad (Schmitt, 1996, p. 31).

Aquella premisa devela el carácter original del derecho, el cual permite colegir que, durante el estado de excepción, no se suspende al ordenamiento jurídico, sino solo su elemento normativo (De Benoist, 2007, p. 82). Entonces, un fenómeno aparentemente político “sigue siendo accesible al conocimiento jurídico, porque ambos elementos —la norma y la decisión— permanecen dentro del marco de lo jurídico” (Schmitt, 2009, p. 18).

La naturaleza del estado de excepción no ha de buscarse fuera del espectro jurídico, puesto que lo propiamente jurídico se origina en la decisión política de creación del Estado y del orden constitucional, situación que se manifiesta en la voluntad del poder constituyente como depositario del poder soberano. Dicho origen se materializa nuevamente cuando se afronta la situación excepcional, lo cual suspende el orden constitucional por decisión soberana, ya sea del constituyente que comisiona una investidura en el texto constitucional o del nuevo soberano que se hace con el poder; es decir, “gracias a que existe el estado de excepción la soberanía puede manifestarse abiertamente” (Hernando, 2009, p. 52).

Esto último, que se encuentra más allá del análisis de lo jurídico, es lo metajurídico, en el cual convergen disciplinas transversales y complementarias al derecho para explicar fenómenos jurídicos a través de categorías que son parte de su campo de estudio, como —en este caso— la teoría política y el concepto de soberanía.

VII. Conclusiones

- a) La situación de excepción o situación excepcional se entiende como un concepto fáctico, es decir, hechos que no están previstos en la norma, pero que, además, representan un peligro inminente para la propia existencia de la sociedad y del Estado.
- b) La cognoscibilidad o previsibilidad de la situación determina su excepcionalidad o normalidad, como parámetro de distinción entre el estado de excepción y el régimen de excepción.
- c) El régimen de excepción es un concepto normativo, el cual hace referencia a la regulación en el texto constitucional de situaciones consideradas —nominal y no conceptualmente— como excepcionales por el constituyente.
- d) El estado de excepción es la situación jurídico-política posterior a la declaración hecha frente a la situación excepcional, ejecutada por el órgano estatal asignado constitucionalmente para tal fin o, en su defecto, por el poder soberano que se expresa en dicha declaración.
- e) No es posible responder a la situación excepcional desde el sistema normativo, sino desde la decisión política, la cual se debe entender como parte del ordenamiento jurídico, en tanto es su fuente primordial. Dicha transversalidad entre lo jurídico y lo político —extensible a otras disciplinas que complementen la explicación de fenómenos jurídico— se denomina metajurídica.

VIII. Referencias

- Bunge, M. (2000). El derecho como técnica social de control y reforma. *Isonomía*, (13), 121-137.
- Constant, B. (1820). *Curso de política constitucional* (t. II). (M. A. López, Trad.). Imprenta de la Compañía. (Obra original publicada en 1820).
- De Benoist, A. (2007). Del caso de urgencia al estado de excepción permanente. *Empresas políticas*, (8), 81-86.

- Despouy, L. (2010). *Los derechos humanos y los estados de excepción*. El Mono Armado.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de Derecho. *Revista internacional de filosofía política*, (17), 31-46.
- García, D. (1978). Derecho constitucional y Ciencia política (a propósito de la relación entre fenómeno jurídico y fenómeno político). *Derecho PUCP*, (33), 105-136.
- García, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional* (3.^a). Editorial Adrus.
- Hernando, E. (2000). Entre la excepción y la regla: El decisionismo jurídico frente a la escuela de Frankfurt. *Themis*, (40), 219-228.
- Hernando, E. (2009). Excepción y realismo político: algunas cuestiones de fondo. *Revista Enfoques*, VII (10), 47-65.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. (R. J. Vernengo, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México. (Obra original publicada en 1960).
- Laporta, F. (1999). Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *Doxa*, (22), 321-330.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la constitución* (2.ª). (A. Gallego Anabitarte, Trad.). Ariel. (Obra original publicada en 1965).
- Quispe, A. (1982). Régimen de excepción. *Derecho PUCP*, (36), 141-148.
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Vol. 4). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Schmitt, C. (1968). *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. (J. Díaz García, Trad.). Revista de Occidente.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. (M. Herrero, Trad.). Editorial Tecnos. (Obra original publicada en 1934).
- Schmitt, C. (2009). *Teología política*. (F. J. Conde, & J. Navarro Pérez, Trads.). Editorial Trotta.
- Siles, A. (2014). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Derecho PUCP*, (73), 411-424.
- Siles, A. (2015). La emergencia... En el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización. *Themis*, (67), 73-84.

- Siles, A. (2017). Problemática constitucional del estado de emergencia en Perú: Algunas cuestiones fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 15 (2), 123-166.
- STC Exp. N.º 00002-2008-PI/TC. (2009). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00002-2008-AI.pdf>
- Urbina, M. C. (2020). La excepción frente a la COVID-19. Reflexiones sobre el tratamiento del estado de emergencia en el caso peruano. *Gaceta Constitucional*, (153), 155-170.
- Wright, C. (2014). Poderes de emergencia y regímenes de excepción en América Latina: Una perspectiva política. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, 3(1), 205-230.