

Estado de extremísima excepción reconocido tácitamente en la constitución y su aplicación al sector privado

State of extreme exception implicitly recognized in the constitution and its application to the private sector

Cómo citar este artículo: Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2020). Estado de extremísima excepción reconocido tácitamente en la constitución y su aplicación al sector privado. *Nuevo Derecho*; 16(26): 1-14

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba¹

Resumen

El presente trabajo postula la existencia de un estado de extremísima excepción, que estaría reconocido implícitamente en las constituciones de varios países. A la vez, señala cómo este régimen de excepción incide tanto en el sector público como en el privado. En el trabajo se utiliza el método histórico y se hace un análisis del derecho comparado. Se utiliza la noción lata de “estado de excepción”, que comprende los estados de: “emergencia”, “alarma”, “catástrofe”, “sitio”, “guerra” o “calamidad”. Después de una introducción, se expone cómo el estado de excepción ha evolucionado durante los siglos, y cómo se han ido limitando progresivamente los poderes conferidos al mandatario, hasta llegar en algunos países a constituir un estado de excepción débil. Luego se observan las deficiencias de ese estado de excepción débil para afrontar crisis como la pandémica del coronavirus covid-19. Tras constatar lo anterior, aplicando los principios de necesidad, autoconservación, proporcionalidad y razonabilidad se propone la existencia de un “estado de extremísima excepción” que permita a las autoridades atender de mejor manera las crisis. Se señala cómo podría funcionar este nuevo régimen y cuáles serían sus limitantes. Fijada la noción de este nuevo régimen de excepción, y delimitado su alcance, se analiza cuánta incidencia podría tener en el sector privado. Finalmente, se analizan las repercusiones en la fijación de la responsabilidad jurídica, tanto en el sector público como en el sector privado.

Palabras clave: régimen de excepción, estado de sitio, estado de emergencia, estado de calamidad, estado de conmoción, estado de catástrofe.

Abstract

The paper postulates the existence of a state of extreme exception, which would be implicitly recognized in the constitutions of several countries. On the same page, it points out how this exceptional regime affects both the public and private sectors. It uses the

¹ Profesor de Derecho constitucional y Teoría Fundamental del Derecho en la Universidad de Los Hemisferios (Quito, Ecuador). Exdecano de la Facultad de Derecho y actual director del Máster de Derechos Constitucionales y Humanos de la misma universidad. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4461-1025>; correo: juancarlosr@uhemisferios.edu.ec.

historical method and makes a comparative law analysis. The wide notion of “state of exception” used here includes the states of “emergency”, “alarm”, “catastrophe”, “war” or “calamity”. After an introduction, it is exposed how the state of exception has evolved over the centuries, and how the powers granted to the president have been progressively limited, until the constitution of a weak state of exception, in some countries. Then the deficiencies of this weak state of exception to face big crises—such as the coronavirus covid-19 pandemic—are observed. After confirming the above deficiencies, applying the principles of necessity, self-preservation, proportionality, and reasonableness, the existence of a “state of extreme exception” is proposed, which allows the authorities to deal better with crises. It is pointed out how this new regime it could work and what kind of limitations would have. Once the notion of this new exceptional regime has been established, and its scope has been delimited, it is analyzed its impact on the private sector. Finally, there are some considerations about the legal responsibility in the crisis, in the public and private sectors.

Keywords: regime of exception, state of siege, state of emergency, state of calamity, state of shock, state of catastrophe

1. Introducción

La tesis que se formula aquí es que los estados de excepción redactados en las constituciones de las últimas décadas no se diseñaron para enfrentar las grandes crisis como, por ejemplo, la crisis del coronavirus covid-19. Sin embargo, aplicando los mismos principios rectores de necesidad, autoconservación, proporcionalidad y razonabilidad, podemos considerar que el texto constitucional incluye implícitamente un “estado de extremísima excepción”, que faculta tanto a los poderes públicos como a los privados a cosas que en un Estado normal de derecho no estarían facultados.

El presente trabajo trata principalmente sobre el “estado de necesidad” real, el que hace que las constituciones de los diferentes países incluyan en su texto los estados de “emergencia”, “alarma”, “catástrofe”, “excepción”, “sitio”, “guerra”, “calamidad” o “conmoción interior”. Los nombres son muy variados y, aunque en algunos sistemas jurídicos se diferencian nítidamente,² para los efectos de este estudio los tomaremos como equivalentes porque lo que nos interesa es analizar la razón de fondo que justifica toda esta gama de “estados”. Por eso, cuando hablemos de *estado de excepción*, tal noción comprenderá en este estudio a todos los estados antes mencionados.

En la segunda parte hablaremos de la historia del estado de excepción, sobre cómo se ha llegado a una formulación *light* del mismo. En la tercera parte expondremos los problemas de esta formulación débil del estado de excepción. En la cuarta parte desarrollaremos la tesis propuesta acerca del reconocimiento tácito constitucional de un “estado de extremísima excepción”. En la quinta parte adelantaremos algunas directrices sobre cómo podría funcionar este estado en el campo privado. En la sexta parte haremos algunas puntualizaciones sobre cómo opera la responsabilidad jurídica en tiempos de calamidad o emergencia. Al final, daremos nuestras conclusiones sobre el tema.

² Véase, por ejemplo, la Constitución española, arts. 162 a 165. También la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, arts. 81, 91; Constitución peruana, art. 137; Constitución chilena, arts. 39 a 45.

2. Historia del estado de excepción

La historia del dictador romano es bien conocida. Esta figura no existió en la época de la monarquía romana, durante la cual ya existía una persona con todos los poderes para hacer frente a los grandes males. La institución surge con la República, después de que se aboliera la monarquía en el año 509 a. C. Más específicamente aparece ante el temor inminente de las guerras contra los sabinos o contra la Liga latina. Entonces, se resolvió nombrar a un *praetor maximus*, o *dictator* (“el que da las órdenes”) que tuviera plena autoridad frente a los demás magistrados o cónsules, y por sobre todos los poderes, a fin de enfrentar la emergencia militar o para para emprender una tarea específica de carácter excepcional. Sus acciones difícilmente podían ser vetadas por los tribunos de la plebe o por el pueblo (Hornblower, Spawforth y Eidinow, 2012, p. 339; Thurston, 2007, pp. 509 y ss.). La dictadura romana tuvo importantes limitaciones. El dictador solo podía actuar dentro de la esfera de autoridad a la que estaba destinado, y debía renunciar a su cargo al cabo de seis meses, o una vez cumplida la tarea encomendada. Varios dictadores se nombraron en los primeros tiempos de la República, incluso hasta la segunda guerra púnica, pero la magistratura quedó en suspenso durante más de un siglo. Luego fue restablecida por Sila y luego por Julio César, y se suprimió formalmente tras la muerte de César. Durante el Imperio no se recurrió a esta figura, pues de hecho todo el poder descansaba en el emperador de turno.

Con el advenimiento del movimiento constitucional el tema retomó actualidad. Los siglos XVIII y XIX se vieron envueltos en guerras de corte independentista, y luego en batallas de definición de límites territoriales entre los estados. Vivir en tiempos de guerra era normal. Por aquella época estaba vigente el *ius ad bellum*, que señalaba cómo declarar la guerra, cómo debía desarrollarse, la aceptación de la rendición militar, entre otras cosas.³ Ante una guerra inminente o ante una gran catástrofe, se veía como algo natural, evidente o “intuitivo” (D’Ors, 1961, p. 12), como algo razonable otorgar el poder a una persona para que hiciera frente a los grandes males que afligían a la nación.

Con todo, es claro que la institución se presta para otros fines menos nobles. Siempre los estados de excepción fueron presa codiciada del juego político. El caso más célebre fue el *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*⁴ (1933), norma emitida por el mariscal Paul von Hindenburg, presidente de Alemania, bajo la presión de Adolf Hitler, en respuesta al incendio del Reichstag. La norma dejó sin efecto diversos derechos de los ciudadanos y luego fue utilizada por el partido Nazi

³ Algunas de estas normas son la Declaración de París en que Francia e Inglaterra acordaron (entre otros) no incautar bienes enemigos en barcos neutrales, ni bienes neutrales en barcos enemigos, así como la abolición de los permisos de Corsario (1856); el Código Lieber o Instrucciones para los Ejércitos de los Estados Unidos de América (1863), luego reconocido por otros países; la Primera Convención de Ginebra para la “Mejora de la Condición de las Fuerzas Armadas heridos y enfermos en el campo de batalla” (1864); la Declaración de San Petersburgo Prohibir el uso, en tiempo de guerra, de proyectiles explosivos de peso inferior a 400 gramos (1868); la Declaración de Bruselas. El Proyecto de una Declaración Internacional concerniente a las Leyes y Costumbres de Guerra (1874), que aunque nunca entró en vigor, formó parte de la base para la codificación de las leyes de la guerra del año 1899; la Conferencia de Paz de la Haya (1920); el Manual de Leyes y Costumbres de Guerra de Oxford (1880), que fue base para la codificación de las leyes de guerra en la Conferencia de Paz de La Haya del año (1899).

⁴ La Ordenanza del Presidente del Reich sobre la protección del pueblo y el Estado.

como base legal para arrestar a los opositores al régimen, y para prohibir las publicaciones contrarias al nazismo.

En todo caso, después de los excesos de la Segunda Guerra Mundial los aires comenzaron a cambiar. Las declaraciones de guerra dejaron de permitirse y, especialmente durante las últimas décadas, los conflictos bélicos fueron decreciendo y los países fueron adquiriendo paulatinamente una gran bonanza económica, sin parangón en la historia. También el constitucionalismo y el estado de derecho fueron asentándose progresivamente —aunque siempre con defectos—, con lo cual los mandatarios se vieron más atados de manos para actuar según su parecer. Eso podría justificar que durante la segunda mitad del siglo xx los regímenes de excepción hayan sido usados cada vez más con fines políticos. Con frecuencia, el Ejecutivo de muchos países ha recurrido mucho a esta figura de excepción para aprobar de manera más ágil ciertos proyectos de ley que le interesaban (Arango, 2020). Esto generó que la institución se regulara cada vez con más detalle, imponiendo cada vez más límites jurídicos, políticos y técnicos al estado de excepción, obligando a focalizarlo en áreas y materias específicas, acotando los tiempos de su duración. En todo el mundo, hoy, es costumbre dictar un estado de excepción para un sector específico (como el eléctrico, sanitario o minero) y para áreas determinadas (un cantón determinado, una región afectada, etc.). Esta progresiva limitación de los poderes concedidos al mandatario se constata en varios documentos nacionales e internacionales.

Los primeros documentos internacionales de postguerra que regularon la materia incluyeron el principio de prohibición de **ciertas** suspensiones de derechos: la norma general era que se podía suspender cualquier derecho, a excepción de ciertos derechos inderogables. Veamos tres ejemplos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 15.2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7 (AA.VV., 1950).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4.2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18 (Asamblea General de Naciones Unidas, 1966).

Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 27.2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad); y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (Organización de Estados Americanos, 1969).

De esta manera, varias constituciones en una primera época señalaban que durante el estado de excepción el gobierno podía suspender cualquier derecho, salvo los

mencionados en algún lugar. Pero, como el abuso de la institución continuó dándose, las limitaciones al régimen de excepción fueron creciendo, sobre todo en el ámbito nacional.⁵ Véase, por ejemplo, cómo la Constitución ecuatoriana hoy regula la materia:

Art. 165 - 1.- Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, 1998).

Como se ve, el principio se invirtió: ahora la norma general dice que no cabe suspender ningún derecho, sino solo los expresamente establecidos en la constitución (la excepción pasó a ser la regla general). Además se añadieron una cantidad de controles: debe estar focalizado, el tiempo de su vigencia es reducido y generalmente solo se permite una sola renovación (en Ecuador el “plazo máximo” es de sesenta días, más treinta adicionales), se permite al Legislativo revocarlo, está sujeto al control constitucional, entre otros. Como se ve, en el Ecuador se ha terminado creando un “estado de excepción *light*” no pensado para tiempos de crisis verdaderamente agudas. En la siguiente parte veremos con más detalle los problemas que esto presenta.

Sin embargo, no todos los países han seguido el mismo derrotero. Podemos decir, según la cantidad de poderes que se otorgan al mandatario, que hoy hemos llegado a tener tres tipos de regímenes de excepción: (i) unos regímenes de excepción fuertes, como los previstos en las constituciones francesa⁶ e italiana,⁷ que dan un amplio margen de actuación al mandatario para restringir los derechos; (ii) unos regímenes de excepción débiles como el ecuatoriano, donde solo cabe restringir los derechos expresamente previstos en el texto constitucional; y (iii) varios regímenes de excepción mixtos.

De lo anterior, el ejemplo más claro de régimen mixto es el peruano. La Constitución de este país, en el capítulo VII del “Régimen de excepción” distingue el estado de emergencia, donde quedan a salvo todos los derechos salvo unos pocos,⁸ y el estado

⁵ En la historia constitucional ecuatoriana se puede constatar lo mencionado. La reforma constitucional de 1995, recogida en la codificación de 1998, dio un giro radical en la materia de suspensiones. En las anteriores constituciones ecuatorianas (de corte muy similar al CADH y al PIDCYP) el estado de sitio suspendía todos los derechos fundamentales, salvo algunos previstos taxativamente por la norma suprema. Ahora la norma general es la contraria: quedan vigentes todos los derechos fundamentales, salvo algunos que expresamente se suspendan.

⁶ La Constitución francesa de 1958 simplemente dice que “el estado de sitio será decretado por el Consejo de Ministros. Su prórroga después de doce días sólo podrá ser autorizada por el Parlamento” (art. 36) (Francia, Asamblea Nacional, 1958). Además, Francia cuenta con el estado de emergencia, regulado por la Loi 55-385 *instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie*, de 3 de abril de 1955.

⁷ La Constitución italiana de 1947 es igual de lacónica “las Cámaras acordarán el estado de guerra y conferirán al Gobierno los poderes necesarios” (art. 78) (Italia, Asamblea Constituyente, 1947). Además, Italia ha previsto el estado de emergencia, al amparo de la Legge n. 225 del 1992 sobre la protección civil.

⁸ El art. 137.1 de la Constitución peruana menciona que durante el estado de emergencia “Puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie” (Perú, Congreso Constituyente Democrático, 1993).

de sitio previsto para los casos más graves, donde se debe señalar en cada caso la “mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende”. La Constitución española cuenta con tres clases de regímenes de excepción: el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio. El primero es menos restrictivo de derechos y el último más restrictivo. En Estados Unidos la Constitución concede al gobierno algunos poderes especiales para las emergencias, para la guerra, o para ciertas emergencias.⁹

En todo caso, cuando la regulación se vuelve excesivamente detallista —como en el caso ecuatoriano— probablemente resulte adecuado aplicar el sistema de gradualidad. Por ejemplo, en el caso peruano se podría postular la teoría de una gradualidad entre ambos regímenes de excepción previstos por la constitución, justamente porque las calamidades admiten diverso grado de gravedad. Esta gradualidad está muy bien recogida en la Constitución colombiana, en el art. 214.2, donde se señala de manera genérica —sin puntualizar qué derechos subsisten y cuales no— que “las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”.¹⁰

3. El problema del estado de excepción débil en las crisis

Tanto el control fuerte como el control débil de restricción de derechos fundamentales ha sido objeto de preocupación de los estados. Un control moderado puede verse en el art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe suspender durante el régimen de excepción solo ciertos derechos. Pues bien, hasta ese control moderado ha sido visto en algunas ocasiones como no adecuado para enfrentar ciertas crisis. De hecho, Francia, Grecia, Irlanda y el Reino Unido han presentado varias excepciones al art. 15 del Convenio, para poder actuar con una mayor fortaleza en ciertos casos que ellos consideraban cruciales (Faggiani, 2012). A su vez, Faggiani (2012) observa que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los estados tienen un cierto margen de apreciación para restringir derechos fundamentales: según este criterio, la medida restrictiva impuesta debe ser necesaria en una sociedad democrática y debe existir una relación de proporcionalidad entre los instrumentos, las medidas adoptadas y las finalidades que se persiguen. En cambio, en el sistema interamericano de derechos humanos lamentablemente este margen de apreciación no se concede.

Si lo anterior pasa con las limitantes moderadas de los estados de excepción, ¿qué no pasará con las limitantes excesivas? Si un estado está perdiendo la guerra y las tropas enemigas ya se avecinan a la capital, o si se suscita una pandemia como la peste negra que cobró la vida del 30% de la población europea, probablemente resulte necesario adoptar medidas muy drásticas, superiores a las permitidas en los actuales estados

⁹ Cfr. Constitución de los Estados Unidos, Artículo 1, sección 8; *National Emergencies Act* del 1976; *International Emergency Economic Powers Act* de 1977; *National Defense Resources Preparedness* de 2012.

¹⁰ En concreto, al hablar de “los estados de excepción” el art. 214 de la Constitución colombiana dice: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos” (Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

de excepción diseñados para crisis menos graves. Volvamos al ejemplo ecuatoriano, donde la Constitución establece lo siguiente:

Art. 164. La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. *La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.*

Art. 165.- Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá: [...] 2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, *excepto los correspondientes a salud y educación* (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, 1998).¹¹

Ante una pandemia menos letal que la peste negra, las autoridades nacionales de hecho han debido interrumpir las actividades de las funciones del Estado,¹² lo cual atenta flagrantemente contra lo dispuesto en el art. 164. Desde luego no ha habido protestas, porque la gente ha captado inmediatamente la sensatez de la medida. *Non ante iuris ratio quam persona quaerenda est*, decía Escévola.¹³

Repárese también que el art. 165 no incluye entre los derechos que pueden limitarse o suspenderse a los derechos del trabajador, especialmente intocables en la Constitución ecuatoriana¹⁴ (y en muchas constituciones). Sin embargo, hay muchos derechos de los trabajadores que de hecho ya han sido trastocados en el país, por norma expresa: por ejemplo, el derecho a permanecer en el puesto de trabajo, la reducción, modificación o suspensión de la jornada laboral, la toma de vacaciones anticipadas, o la suspensión de pagos de las remuneraciones.¹⁵ La regulación muchas veces señala que tales variaciones del contrato laboral han de hacerse de acuerdo con el trabajo, lo cual tampoco deja de ser literalmente inconstitucional, porque el texto fundamental señala tajantemente que los derechos del trabajo son irrenunciables. Finalmente, ante la crisis financiera que nos deja el coronavirus, las autoridades nacionales están considerando la

¹¹ El ejemplo de la Constitución ecuatoriana es paradigmático, por el nivel de detalle que tiene. Con todo, bien pueden citarse otros ejemplos con listas taxativas de derechos suspendibles. V.gr. la Constitución chilena, art. 43.

¹² En el art. 8 del referido Decreto Ejecutivo No. 1017, del Presidente de la República del Ecuador (2020) dispuso que todas las funciones del Estado y organismos del sector público, dentro el ámbito de sus competencias, dispongan la suspensión de los términos y plazos que correspondan. La Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del mencionado decreto, y emitió un dictamen favorable el 20 de marzo de 2020.

¹³ “No se ha de buscar antes la razón jurídica que la persona” (Escévola, *Digesto* 29.7.14pr.).

¹⁴ El art. 326, num. 2, señala que “los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”. La intangibilidad se ha interpretado en el sentido más fuerte en la jurisprudencia nacional.

¹⁵ El Ministerio de Trabajo del Ecuador (2020), mediante los Acuerdos MDT-2020-076, MDT-2020-077, MDT- 2020-080 y MDT-2020-081, expidió las directrices a ser aplicadas, en materia laboral, por el sector privado durante la declaratoria de emergencia sanitaria.

reducción de las remuneraciones de todos los servidores públicos, incluido el personal de salud y educación, lo cual atentaría claramente contra el art. 165, num. 2.¹⁶

Es aquí donde reluce el verdadero cariz del derecho de necesidad, padre del estado de excepción. Sagües (2004) incluso dirá que el estado de sitio es el hijo “primogénito” (p. 101) del derecho de necesidad. Ante una necesidad extrema muchas de las cláusulas constitucionales, legales o contractuales pierden vigencia. Toda la regulación superior e inferior, todos los contratos, en el fondo llevan implícita la cláusula *rebus sic stantibus*, por la que tales normas han de aplicarse únicamente para los casos ordinarios, porque *en realidad* quien dictó o acordó tales normas solo pensaba en esos casos. La razón de tal excepción es clara, y está recogida en un adagio romano: *leges propter homines, et non homines propter leges*.¹⁷

No parece que quien diseñó el estado de excepción en la Constitución ecuatoriana haya considerado con seriedad la crisis que actualmente atravesamos. De haberlo hecho, probablemente hubiera permitido una cierta suspensión de las actividades de las funciones del estado, junto con la posibilidad de dedicar más recursos económicos—incluso los relacionados con la educación— al tema crítico de la salud.

4. El reconocimiento tácito del estado de extremísima excepción

Las deficiencias del estado de excepción literalmente reconocido por el texto constitucional podrían superarse aplicando los mismos principios rectores del derecho de necesidad, que en el fondo constituyen el presupuesto justificante del estado de excepción: el principio de necesidad, de autoconservación, de proporcionalidad y de razonabilidad. Varios de estos principios se encuentran citados en las mismas constituciones que regulan el estado de excepción. Así, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana, dice:

Art. 164§2. El estado de excepción observará los *principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad*. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, 1998).

Salvar la vida de los propios ciudadanos puede justificar, sin ninguna duda, que se usen fondos presupuestados para otras necesidades. Esto es aplicar el principio de autoconservación, profundamente enraizado en la naturaleza humana. Si ante una gran necesidad se justifica incluso el hurto famélico, a nivel estatal cabría plantear la misma tesis: ante la gente recluida sin qué comer en muchos lugares, el Estado bien podría dedicarles a ellos parte de los fondos presupuestados para otros rubros. Pero, sobre

¹⁶ Podríamos mencionar otros temas donde queda desajustada la constitución con la realidad como. por ejemplo, el tiempo máximo de duración del estado de excepción y otras cuestiones procesales.

¹⁷ Las leyes son para los hombres, y no los hombres para las leyes.

todo, lo que hace surgir la tesis del *estado de extremísima excepción* son los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, que justifican medidas extremas ante crisis extremas. Si el estado de excepción establecido es demasiado débil para afrontar una crisis extrema, es necesario pensar en una salida al problema que permita al gobernante enfrentar la magnitud de esos problemas. Si se acepta esto —y en la práctica se ha aceptado esa atribución de poderes extremos—, entonces se acepta la tesis por la cual, además del estado de excepción establecido en la constitución, *existe otro estado de extremísima excepción implícitamente admitido en el sistema jurídico*. Esta institución formaría parte, entonces, de la constitución material de cada país.

Recuérdese que el estado de excepción es un hijo del derecho de necesidad. Sagües (2003) explica que hay dos casos en los que una institución puede ser “extraconstitucional”. El primero, por imposibilidad material de cumplir la constitución: así, cuando la ciudad principal es invadida por el enemigo, allí no puede seguir siendo la capital, aunque la constitución lo exija como sucede en Argentina. El segundo, por imposibilidad racional: es el conocido caso de la disposición que obliga a restablecer la vigencia de la constitución luego de una dictadura, que a la hora de la hora nunca se observa, a fin de lograr más rápidamente la paz social y el regreso al orden democrático (pp. 1045-1053).¹⁸ Por lo antes explicado, este *estado de extremísima excepción* podría ser considerado literalmente “extraconstitucional”, pero con profundas bases constitucionales.

Aclárese ahora, que tal estado sigue siendo siempre “de excepción”. Ello comporta todo lo propio de las excepciones (que existen en cualquier área del derecho): el deber de interpretarlas de manera restrictiva, su provisionalidad o especificidad, su supervivencia solo mientras subsistan razones proporcionadas que la justifiquen, entre otros aspectos. En general, este *estado de extremísima excepción* ha de regularse de igual manera que el estado de excepción normal, pero *mutatis mutandis*, mientras ello no contradiga su naturaleza y objetivos. Tendría, los límites establecidos en el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero no necesariamente todos los límites previstos en la constitución.

Además hay que considerar todo lo que conlleva que los estados de excepción sean hijos del derecho de necesidad. Sin necesidad estos regímenes no tienen razón de ser. Según Sagües (2004), todo estado de necesidad debe tener los siguientes elementos esenciales:

- a) Una situación de necesidad, excepcionalmente grave, que provoca una crisis tensiva que hace peligrar la estabilidad y la persistencia del sistema político; b) un acto necesario para afrontar la situación de necesidad; c) el sujeto necesitado, que generalmente es el estado mismo, para adoptar al acto necesario, y d) un derecho de necesidad, que legitima y traduce jurídicamente el acto necesario (p. 101).

¹⁸ Además, se recomienda leer del mismo autor “Derechos y contraderechos (a propósito de la violencia urbana)”, en Sagües (2004, t. II, pp. 451-463), donde aclara cuál es el justo límite del derecho de necesidad.

Si no se cumplieran estos presupuestos, no habría ni necesidad, ni justificación del estado de excepción, ni permiso para restringir derechos.

5. La aplicación de la excepción al sector privado

Crisis de tan grandes dimensiones como las pandémicas no repercuten solo en el sector público, sino también, y principalmente, en el privado. Si el derecho de extrema necesidad justifica en ciertos casos no aplicar la constitución a las autoridades nacionales —las primeras llamadas a respetarla—, ¿qué no habremos de decir de los privados?

El derecho civil ha previsto ciertas figuras que modifican la responsabilidad en ciertos casos de excepción, como el caso fortuito, la fuerza mayor y la cláusula *rebus sic stantibus*. Por su parte, los estudiosos del derecho administrativo explican cómo el cambio de las reglas de juego impuestas por las autoridades modifica la responsabilidad de los involucrados en esas leyes. Recuérdese tanto la teoría de la imprevisión, como la doctrina del *hecho del príncipe* que justifica el rompimiento de ciertos contratos administrativos.¹⁹ A más de estas figuras, cabría pensar en otras limitantes de la responsabilidad jurídica para estas crisis excepcionales.

Si el estado puede suspender las actividades por una grave crisis, no menos derecho tendrán las empresas privadas. En cierta medida aquí cabría aplicar el *principio de trato igual*, que aplica *especialmente* a las autoridades públicas.²⁰ Si el estado puede reducir los sueldos y cambiar ciertas reglas laborales, porque no hay manera de sobrevivir económicamente en estos tiempos, ¿qué deberemos decir de los pequeños comerciantes que viven al día y de las empresas menos rentables? En países como España la ley prohíbe despedir empleados durante el estado de excepción, lo que casi siempre parece sumamente sensato. Pero ante una crisis económica tan extendida y tan profunda como la que se avecina, considero conveniente y preferible procurar salvar las empresas que a la corta producen riqueza y a la larga generan puestos de trabajo, que aplicar letra a letra la ley en estos temas. En efecto, las extremas circunstancias y las extremas necesidades son un campo fértil para la *epiqueya*, institución jurídica milenaria que lamentablemente hoy se conoce poco.

La epiqueya es una antiquísima figura del derecho, hoy menos estudiada (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 14; Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, q. 120 a. 1; Rhonheimer, 2000, p. 340 y ss.; Messner, 1967, pp. 470-471; Massini, 2006, pp. 66, 172). Es la definición correcta y equitativa del derecho realizada sobre un caso específico que en el fondo carece de regulación positiva específica en el ordenamiento jurídico, aunque en apariencia se le pudiera aplicar alguna norma positiva. Carece de regulación porque el legislador nunca pensó en tal caso, y si hubiera pensado en él, seguramente hubiera

¹⁹ Dromi (1994, t. III-A, p. 772) sostiene que la cláusula que incorpora el hecho del príncipe dentro del contrato administrativo es de orden público y, por tanto, irrenunciable.

²⁰ El principio tiene muchas aristas. Una muy importante aplica al igual trato entre empresas pertenecientes al sector público y las empresas privadas. Según el derecho de la competencia, las empresas que están en competencia deben ser tratadas con la misma vara por el gobierno, todo subsidio a las empresas estatales es mal visto (al menos si no se otorga también a los privados), todo trato desigual reprochable.

legislado de otro modo. La epiqueya constituye una excepción a la norma positiva general y, por tanto, es de interpretación restrictiva y solo se justifica en causas consistentes y proporcionadas. Siempre hay una causa proporcionada cuando la aplicación de la norma positiva genera injusticias en el caso concreto; en esas circunstancias, la proporción está determinada por la gravedad de la injusticia.

En realidad, como se ha dicho, todo tratado, constitución, ley o acuerdo —también los contratos laborales y de negocios— tienen implícita la cláusula *rebus sic stantibus*. Si las cosas cambian tanto que es imposible o irrazonable aplicar lo escrito, no hay que aplicarlo. Allí hay que aplicar la epiqueya, y probablemente también la equidad.

6. La responsabilidad jurídica en tiempos de crisis

Dedico esta última parte a la responsabilidad de los funcionarios públicos y privados. Es cierto que aún durante los períodos de emergencia subsiste la responsabilidad de las autoridades, públicas y privadas.²¹ Pero no es menos cierto que la necesidad extrema suele traer aparejada una gran dosis de necesidades e incertidumbres, y, como se sabe, ambas cosas aminoran la responsabilidad cuando no media la culpa. Hablemos primero de la necesidad. La presión psicológica o física actúa como causa de excusabilidad del delito, y si no hay en absoluto voluntad, ni siquiera hay delito; el derecho civil dice que estos vicios del consentimiento son causales de nulidad de los actos. En las pandemias se padecen muchas necesidades y se constata la escasez de los recursos, incluso en los países más ricos: no hay hospitales, medicamentos, médicos suficientes. Además, el personal sanitario, de limpieza y los que proporcionan los servicios básicos muchas veces se exponen a riesgos significativos en su labor. Pienso que en muchos casos es comprensible la no punibilidad de ciertos defectos en su conducta debidos a la presión propia del ambiente pandémico.

En cuanto a la incertidumbre, tan frecuente en tiempos de crisis, se puede decir otro tanto. El grado de conocimiento puede subir o bajar el nivel de responsabilidad exigido a una persona. Lo sube, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad profesional: el médico, el financiero o el contador tienen una responsabilidad cualificada mayor a la del “buen padre de familia”, porque a ellos se los contrata por lo que saben o deberían saber. Ellos están obligados a conocer, al menos, el “estado del arte” o el “estado de la técnica” de su propia profesión, y a actuar con mayor seguridad según esos conocimientos exigidos. En cambio, lo baja cuando la ciencia médica no ha descubierto con certeza cuál es el protocolo más adecuado para tratar a un paciente infectado, o cuando no hay una política pública probada para enfrentar la calamidad.

En la crisis pandémica como la que vivimos existe gran incertidumbre sobre las medidas que conviene tomar. No hay una receta preestablecida y probada para salir de la crisis: cualquier medida que se adopte tiene efectos funestos. La mayoría de los gobiernos ha priorizado aminorar el contagio, obligando a recluir a la población en sus

²¹ La Constitución ecuatoriana es clara al señalar que “las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción” (art. 166 - 4). Lo dicho aplica *mutatis mutandis* al sector privado.

casas. Aunque comparto la medida, sé que ella es difícil de mantener por largo tiempo, sé que resulta excesivamente onerosa para la gente que vive al día (pequeños restaurantes, peluqueros, vendedores ambulantes, etc.), y, sobre todo, sé que también es letal para muchas personas que necesitan de algunos tratamientos o de un ingreso diario para comprar medicina. La medida opuesta, la de permitir la circulación, también cobra vidas (quizá menos que las de otras pandemias que han afligido a la humanidad).²² Considero que, dada la gran incertidumbre que existe en la situación actual, generalmente es difícil exigir de manera *a priori* a las autoridades (públicas o privadas) la adopción de una medida concreta. El tema es, pues, más político que jurídico,²³ aunque sin duda está sujeto a varios controles jurídicos.²⁴

7. Conclusiones

Del presente estudio sacamos cinco conclusiones principales:

1. El régimen de excepción ha evolucionado por más de 2500 años. En los primeros tiempos se lo aplicaba más a cuestiones realmente calamitosas, mientras últimamente se ha tendido a aplicarlo en circunstancias menos gravosas. Por eso es comprensible que en la actualidad muchos países —no todos— hayan adoptado un “estado de excepción débil”, no previsto para situaciones como las que estamos atravesando.
2. El derecho de necesidad y los principios constitucionales de autoconservación, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad justifican que en los casos de emergencias mayores haya un “estado de extremísima excepción”, donde se otorguen a las autoridades mayores poderes —mayores a los poderes limitados dentro de un régimen de excepción débil— con el fin exclusivo de enfrentar la crisis. Todo régimen de excepción siempre debe ser gradual: a mayores calamidades, mayores poderes para enfrentarla. En ocasiones ha de aplicarse este principio incluso superando la literalidad de la ley.
3. Tales poderes excepcionales también tienen sus límites. Se podría decir que son los mismos límites del estado de excepción ordinario, pero proporcionalmente considerados.

²² Hay dos formas de medir la letalidad de las pandemias: en números absolutos y en víctimas por población. En números absolutos los datos son los siguientes en millones: la peste negra (años 1347-1351) 200; la viruela (1520) 56; la gripe española (1918-1919) 50; la plaga de Justiniano (541-542) 30-50; el VIH (desde 1981 hasta hoy) 21-35; la Tercera Peste (1855) 12; la Peste Antonina (165-180) 5; la malaria o paludismo sigue matando a medio millón de personas cada año (Miranda, 2020). Al 1 de mayo de 2020 el coronavirus 0.23. Por otro lado, si uno calcula los porcentajes de fallecidos por miles de habitantes (0.2M/8500M), la crisis del coronavirus es mucho menos grave que las mencionadas pandemias.

²³ En general, el estado de excepción se justifica más en cuestiones políticas, que jurídicas. Por ello, suele quedar más a discreción de los actores políticos (el ejecutivo lo propone, y el legislativo lo puede revocar), que sujeto al control constitucional (aunque también lo está, pero en cuestiones muy contadas). Cfr. Constitución del Ecuador, art. 181, que faculta al Presidente de la República adoptar la “mejor política” en estos casos.

²⁴ En el caso del coronavirus covid-19, varios aspectos jurídicos a considerarse son señalados en la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, de 9 de abril de 2020.

4. Tal derecho excepcional y tales principios también tienen su ámbito de aplicación en el sector privado.
5. La evaluación de la responsabilidad jurídica en crisis como la que estamos viviendo debe tomar en cuenta que se atraviesa un estado de necesidad y de gran incertidumbre, lo que aminora la responsabilidad jurídica de muchos sujetos, tanto públicos como privados.

8. Referencias

- AA.VV. (1950). *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Roma: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.
- Alemania. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 (Última modificación de 28 de marzo de 2019).
- Alemania. Presidente. (28 de febrero de 1933). *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*. Recuperado de https://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0101_rbv&l=de.
- Arango, A. (2020). ¿Son los estados de excepción el problema? El ejercicio de la función legislativa a partir de la delegación expresa del Congreso: el caso colombiano. *Revista Derecho Del Estado*, (46), 189-222. <https://doi.org/10.18601/01229893.n46.08>
- Aristóteles (1985). *Ética nicomaquea*. Trad. de J. Pallí Bonet. Madrid: Gredos.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (1966) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200A. Naciones Unidas. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Chile. Plebiscito (1980). *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago: Diario Oficial.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (9 de abril de 2020). Declaración 1/20. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf.
- D'Ors, Á. (1961). Cicerón, sobre el estado de excepción. *Cuadernos de la Fundación Pastor*, 3, 11-31
- Dromi, R. (1994). *Licitación pública* (4ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (1998). *Constitución Política de la República de Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional Constituyente y Registro Oficial. Recuperado de <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>.
- Ecuador. Ministerio de Trabajo (2020). Acuerdos MDT-2020-076, MDT-2020-077, MDT- 2020-080 y MDT-2020-081. Quito: Registro Oficial.
- Ecuador. Presidencia de la República (20 de marzo de 2020). Decreto Ejecutivo No. 1017. Quito: Registro Oficial.

- España. Referendum. (1978). Constitución. Madrid: Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Estados Unidos. Asamblea Constituyente. (1797). Constitución de los Estados Unidos de América. Filadelfia. Recuperado de https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf.
- Estados Unidos. Congreso (1977). *International Emergency Economic Powers Act*. Washington: 50 u.s.c. 1701.
- Estados Unidos. Congress (1976) *National Emergencies Act*. Washington: 50 u.s.c. 1601 et seq.
- Estados Unidos. White House (16 de marzo de 2012). *National Defense Resources Preparedness*. Recuperado de <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/03/16/executive-order-national-defense-resources-preparedness>.
- Faggiani, V. (2012). Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo. *Revista de derecho constitucional europeo*, 17, 181-232.
- Francia. Asamblea Nacional. (1958). Constitución Francesa. Paris: Asamblea Nacional.
- Hornblower, S., Spawforth, A. y Eidinow, E. (Eds.) (2012). *The Oxford classical dictionary*. Oxford: Oxford University Press.
- Italia. Asamblea Constituyente. (1947). Constitución de la República Italiana. Roma: Asamblea Constituyente: Recuperado de <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/ci1947.html>.
- Massini, C. (2006). *La ley natural y su interpretación contemporánea*. Navarra: Eunsa.
- Messner, J. (1967). *Derecho natural*. Madrid: Rialp.
- Miranda, A. (5 de abril de 2020). Algunas de las peores epidemias. *La Prensa*. Recuperado de <https://www.laprensa.com.ni/2020/04/05/opinion/2659927-algunas-de-las-peores-epidemias>.
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Perú. Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú. Lima: Congreso Constituyente Democrático. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf
- Rhonheimer, M. (2000). *La perspectiva de la moral*. Madrid: Rialp.
- Sagües, N. (2003). Los roles del Poder Judicial ante el estado de necesidad. En Victor Bazan (Ed.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles* (pp. 1045-1053). Buenos Aires: EDIAR.
- Sagües, N. (2004). *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea.
- Thurston, H. (2007). *Harper's Dictionary of Classical Antiquities*. New York: Harper.
- Tomas de Aquino. (1265-1272). *Suma Teológica*. París-Italia. Trad. de la BAC (2001). *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, 4ª ed. Madrid: BAC.