



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

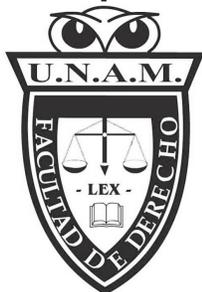
**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE TEORÍA GENERAL DEL ESTADO**

ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS

**TESIS:
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:
MANUEL DE JESÚS JIMÉNEZ MORENO**

**ASESOR:
MTRO. ENRIQUE ABRAHAM MALDONADO NIETO**



CIUDAD UNIVERSITARIA

NOVIEMBRE 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE TEORÍA
GENERAL DEL ESTADO
JAL/11 DE OCTUBRE DE
2010
ASUNTO: OFICIO
APROBATORIO DE TESIS.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNAM.
P R E S E N T E

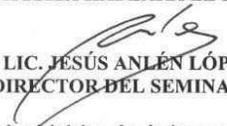
El pasante de Derecho: *MANUEL DE JESÚS JIMÉNEZ MORENO* con número de cuenta 30257420-5, ha elaborado en este Seminario, bajo la dirección del MTRO. ENRIQUE ABRAHAM MALDONADO NIETO la tesis titulada:

“ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS”

Se autoriza su impresión, con las correcciones hechas al capitulado original, en virtud de que reúne los requisitos reglamentarios.

En consecuencia y cubiertos los requisitos esenciales del Reglamento de Exámenes Profesionales, solicito a usted, tenga a bien autorizar los trámites para la realización de dicho examen.

A t e n t a m e n t e
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”


LIC. JESÚS ANLÉN LÓPEZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados día a día) de aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caduca la autorización que ahora se le concede para someter su tesis profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por causa grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad”.

c.c.p. Secretaría de Exámenes Profesionales de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Alumno.
c.c.p. Seminario.
JAL/rga.

100 UNAM
UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE MÉXICO
1910 - 2010



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Lic. Jesús Anlen López
Director del Seminario de
Teoría General del Estado
de la Facultad de Derecho de la
UNAM.

Muy Apreciable Sr. Licenciado

Por este conducto me permito hacer de su conocimiento que el **C. Manuel de Jesús Jiménez Moreno** estudiante de nuestra Facultad de Derecho con número de cuenta 302574205, ha concluido su trabajo de investigación y consecuente tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho, lo anterior bajo la dirección del suscrito.

La tesis intitulada "**Estado de Excepción y Suspensión de Garantías**" cumple con los requisitos de forma establecidos para trabajo de esta naturaleza, en la Legislación Universitaria, por lo que solicito, de no haber inconveniente de su parte, tenga a bien, girar sus apreciables instrucciones a quien corresponda a fin de que se proceda con el trámite correspondiente.

Agradezco de antemano la atención que brinde a la presente al tiempo que hago propicia la ocasión para reiterar a usted las consideraciones de mi afectuosa y respetuosa estima.

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPIRITÚ"
Ciudad Universitaria a 18 de septiembre de 2010.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Enrique'.

Mtro. Enrique Abraham Maldonado Nieto.

A la Universidad Nacional Autónoma de México,
por brindarme conocimientos y hacerme así libre.

A mis padres: María Elena Moreno y Manuel Jiménez,
de quienes soy.

A Karina,
no dejes de cumplir tus leyes hermana.

El derecho y el arte son una enmienda del hombre a la realidad.

JOSÉ ANTONIO RAMOS SUCRE

ÍNDICE

Introducción

I. El Estado y sus elementos constitutivos

1.1. Noción de Estado moderno.....	1
1.2. Elementos constitutivos del Estado.....	20
1.2.1.Territorio.....	20
1.2.2.Pueblo.....	28
1.2.3.Poder público.....	36
1.3. Fines del Estado.....	46

II. Aproximación y delimitación de conceptos

2.1. Noción de Estado de excepción y otras denominaciones.....	58
2.1.1.Estado de necesidad.....	97
2.1.2.Estado de emergencia.....	102
2.1.3.Estado de sitio.....	106
2.1.4.Estado fallido.....	111
2.2. Noción de Suspensión de Garantías.....	118

III. Alcances y limitaciones del Estado de excepción

3.1. Facultades extraordinarias del Ejecutivo.....	143
3.2. Legislación de emergencia.....	156

3.3. La dictadura y los límites al soberano.....	166
3.4. Anulación, suspensión y disminución de los derechos fundamentales.....	177
3.5. Temporalidad del Estado de excepción.....	189
3.6. Vuelta a la normalidad.....	198

IV.El Estado de excepción en la forma de gobierno

4.1. El Estado de excepción como paradigma de gobierno.....	206
4.2. Régimen especial de garantías.....	227
4.3. De qué modo se puede hablar de legalidad en el Estado de excepción.....	238

Conclusiones

Bibliografía de consulta

Introducción

Hay temas que para el estudio jurídico nunca se agotan, más aún, si éstos se ven actualizados constantemente por la realidad social. El Estado de excepción es uno de ellos, puesto que se manifiesta en el umbral de lo jurídico y lo político. La frecuencia del suceso se advierte más como una cuestión *de facto* que un auténtico problema de derecho. Se podría decir, desde este punto de vista, que gran parte de su contenido escapa al entendimiento sistemático y a las explicaciones netamente jurídicas. Quizá sea por esto que el maestro Mario de la Cueva se refiere al tema como una “mala pasada” que la Historia les ha jugado a los juristas. Decidí escribir sobre este tema porque me interesó precisamente el punto donde convergen con más claridad, a mí parecer, el poder y el derecho. Además, considero poco abordado el estudio del Estado de excepción y la suspensión de garantías. La temática es rica por el contenido no sólo jurídico sino filosófico y político.

La problemática central viene con la dimensión que implica hablar de un Estado anómalo, donde el orden constitucional parece alterarse sustancialmente por eventos previstos por la ley, pero de difícil regulación. La idea de que las perturbaciones puedan averiar

la maquinaria de una Constitución es un conflicto de alcances mayores, no sólo porque se trata de la norma fundamental y la conformación legal de una nación, sino porque además fluye un cauce de “extralegalidad” en la mayoría de las ocasiones que el Estado de excepción se presenta.

Es cierto que no se puede hablar de Estado de excepción sin tomar en cuenta la figura de la suspensión de garantías. El fenómeno del Estado de excepción no se materializa por sí mismo, sino que tienen que darse una serie de presupuestos y condiciones, traducidas en desorden y crisis. El Estado de excepción se distingue por la suspensión de los derechos fundamentales y el quiebre de la división de poderes. La suspensión de garantías supone una modalidad de Estado de excepción, al igual que el Estado de necesidad, Estado de sitio, Estado de emergencia, entre otros. Los valores son aquí evidentes, ya que existe la ponderación de categorías en la investigación de la Teoría Constitucional y la Teoría General del Estado. Por un lado tenemos la consagración histórica que le permitió al hombre el goce de sus derechos humanos y por otro lado está el intento por preservar un Estado. Estos valores cruciales se confrontan en el Estado de excepción.

Tal vez este sea el punto más frágil de las posturas acerca del tema, tanto que ocasiona polémica sobre cómo los estudiosos miran al Estado de excepción. Hay quienes lo justifican completamente con base en intereses generales y existen otros que lo vislumbran como el peligro más artificioso para la sociedad. Podemos hablar entonces de una dicotomía entre Estado de excepción y suspensión de garantías. Mientras que el primero atiende principalmente al conflicto constitucional, orgánico o de poderes, es decir, de gobierno; el segundo implica la relación directa con los gobernados o el impacto que crean las medidas excepcionales en ellos.

En la presente investigación nos enfocaremos a dar una descripción del Estado de excepción, tomando en cuenta sus diferentes modalidades, causas y efectos en el orden constitucional moderno. El trabajo no se centrará en un sistema jurídico particular o en una investigación de derecho comparado, sino en un estudio monográfico del tema; aunque sí se hará expresa mención a la figura mexicana (suspensión de garantías) y al caso latinoamericano. El afán es producir una idea precisa de lo que es el tópico y sus mecanismos de acción en un orden jurídico preestablecido. Asimismo, se busca generar un interés sobre el

Estado de excepción para el gremio jurídico, ya que, como se ha mencionado con antelación, el tema ha sido poco tratado por nuestros juristas y estudiantes a la fecha. Nuestro artículo 29 constitucional no se encuentra debidamente armonizado con el derecho internacional en materia de derechos humanos y apenas se presenta la preocupación legislativa para reformarlo (Minuta del Senado del 7 de abril del 2010). Los objetivos planteados son crear una noción lo suficientemente clara para comprender los efectos teóricos y prácticos del Estado de excepción como figura genérica; reflexionar a partir de lo anterior, sobre la suspensión de garantías en México y la necesidad de reformar el artículo 29 constitucional para que sea más concordante con el derecho internacional; por último, llegar a conclusiones propias sobre el tema.

Empezaremos, en el primer capítulo, con una exposición de conceptos imprescindibles para el objeto en estudio. Antes de tratar el Estado de excepción, debemos comprender las características del Estado moderno. En este apartado se incorporarán algunas visiones clásicas y contemporáneas sobre los elementos constitutivos del Estado y sobre sus fines.

En el segundo capítulo se busca generar una aproximación y delimitación de los conceptos que son materia de estudio. En este

apartado se expondrá una visión general del Estado de excepción con sus antecedentes, modalidades, causas, efectos y dogmática. También se describirán los acontecimientos conocidos como Estados de excepción y si existe una diferencia a parte de la denominación entre las modalidades de Estado de necesidad, Estado de emergencia y Estado de sitio; así como las características que comparte el Estado de excepción con el Estado fallido. A su vez, se tratará el tema de la suspensión de garantías como una modalidad de derecho excepcional y su caso particular en México (artículo 29 constitucional). En este apartado, además de lo anterior, se agrega un cuadro enunciativo sobre las denominaciones del Estado de excepción por las Constituciones de los países de América Latina.

Una vez entendido esto, en el tercer capítulo se estudiará el rango de actuación y las características del Estado de excepción como género de los demás Estados anómalos. Saber cómo funcionan y cuáles son las facultades extraordinarias del ejecutivo; la problemática y peculiaridad que guarda la legislación de emergencia como concentración de la potestad legislativa y administrativa en el ejecutivo; la dictadura como forma de gobierno en el exceso del derecho excepcional y los límites al soberano; las

causas y consecuencias sobre la anulación, suspensión o disminución de los derechos fundamentales; la temporalidad del Estado de excepción; y la vuelta a la normalidad con la restauración del orden público.

En el cuarto capítulo se profundizará sobre el Estado de excepción en la forma de gobierno. En esta sección se tratará El Estado de excepción como paradigma o modelo de gobierno por parte de los gobiernos militares, las dictaduras e incluso las democracias contemporáneas; los efectos que ha ocasionado el excesivo uso de este mecanismo; el caso del régimen especial de garantías como medida emparentada con la excepcionalidad. En el último subtema de la tesis se reflexionará sobre la legalidad en el Estado de excepción como una “legalidad excepcional”.

¿Cómo podemos dar un trato de legalidad al Estado de excepción? La cuestión es si convive en armonía con los preceptos constitucionales en fondo y forma, o si se da una ruptura con la Constitución vigente para dar paso a una nueva situación jurídica. La rareza teórica que genera el Estado de excepción como paradigma de gobierno, es lo que nos advierten algunos estudiosos sobre la importancia del asunto: parece que la excepción se

convirtió en la regla durante el siglo XX y probablemente también lo sea en el XXI.

Es preciso recalcar que poco se ha tratado estas cuestiones en la tradición jurídica nacional, de los únicos momentos en los que nuestros juristas voltearon la vista a la materia, fue en 1942 cuando se decretó la suspensión de garantías durante el periodo de guerra contra las potencias del Eje. Tres años más tarde, se llevó a cabo en la Escuela Nacional de Jurisprudencia un “curso colectivo sobre suspensión de garantías y legislación de emergencia”, donde se escucharon al tenor las voces de maestros como Mario de la Cueva, Antonio Martínez Báez, y Felipe Tena Ramírez, entre otros. Hoy día parece que estas cuestiones vuelven a aparecer sobre la mesa y en el contexto de la vida pública. La proliferación de la delincuencia organizada, el uso del ejército en las calles para fines de seguridad pública, que no son parte de sus facultades ordinarias, y el clima generalizado de violencia, hacen que los estudiosos del derecho y la política debatan nuevamente sobre la aplicación o no aplicación del artículo 29 para confrontar constitucionalmente la crisis de seguridad que vive el país. Lo cierto es que en muchas poblaciones y ciudades México sufre de “perturbación grave a la

paz pública”, y el mecanismo de suspensión de garantías es una posibilidad para regresar al orden institucional.

En países sudamericanos, en especial Argentina, y en Europa, Alemania e Italia, los profesores en política, sociología y derecho han tratado profundamente el tema del Estado de excepción hasta llegar a aportaciones en las ciencias sociales. Tal vez se deba al proceso histórico que estos países realizaron para la formación de sus instituciones actuales o que en estas naciones se instituyeron regímenes duros donde el Estado de excepción fue un modo de vida. No pretenderemos elaborar aquí una teoría nueva al respecto, ya que eso es una tarea para juristas, politólogos y especialistas de la materia. El afán es hacer un estudio monográfico del tema y exponer las generalidades del mismo con puntos de partida y llegada bien establecidos.

Capítulo Primero

El Estado y sus elementos constitutivos

1.1. Noción de Estado Moderno

El tema del Estado resulta necesariamente un tópico inconmensurable. Nunca se logra abarcar en la totalidad los aspectos de esta estructura jurídico-política que inciden en cualquier ciencia social, e inclusive en disciplinas aparentemente ajenas, como las humanidades y artes. El problema emerge desde los múltiples conceptos que se vienen generando a partir de la historia del hombre. El Estado también ha sido otras cosas: *res publica*, *civitas*, *polis*, *landa*, *status*, etc. En un principio las relaciones fueron difusas entre el pueblo y el gobierno. El enlace fue, y ha sido siempre, el poder y la ley. Nombrar este gran fenómeno de poder normativo como “Estado” surge a partir del acontecimiento de la modernidad; así que hablar de “Estado moderno” parecería una tautología.

Delimitar el momento en que el Estado dejó de ser un Estado “pre-moderno” para transformarse en “moderno” es un problema perpetuo para los estudiosos, juristas, politólogos y sociólogos.

Pocas cosas son tan indeterminables o inciertas como fijar este instante en la historia de las disciplinas sociales. El conflicto tiende hacia la dirección de otro con dimensiones más amplias: el origen del Estado moderno. Habrá quienes piensen que el Estado surge precisamente cuando empieza a distinguirse de ese modo particular, haciendo la distinción entre estructuras jurídicas o políticas pasadas. Por otro lado, habrá quienes visualicen con los elementos que forman el Estado desde los modelos previos en la antigüedad y en el Medievo, rastreando las formas de Estado anteriores al moderno.

Enfocado desde otro punto de vista, puntualizar lo que es el Estado moderno en su contenido y configuración puede trasladarse, sin sufrir ninguna alteración considerable, a un problema clásico de semiótica. En el uso de la lengua tenemos un significante, que es el que significa, o sea, la representación gramatical o fonética de un signo lingüístico. Pero también tenemos un significado que es la parte fundamental, es decir, la que designa la idea o representación mental de lo nombrado. Entonces podemos advertir que el problema del concepto Estado está en la palabra "Estado"

(significante) y la definición, modelo y elementos que constituyen dicha organización en sus diferentes modalidades (significado)¹.

Uno de los pensadores que mantiene una vía rumbo a este problema semiótico, es Norberto Bobbio, quien distingue en el momento de tocar esta reflexión en su obra *Estado, gobierno y sociedad*, entre “el nombre y la cosa”. El nombre de “Estado” se le atribuye primordialmente a Maquiavelo en su libro *El príncipe*, pero encuentra su justificación más remota en las teorías sobre la naturaleza del Estado visto como situación o *status*². Por otra parte, está el estudio de la “cosa”, es decir, la organización político-jurídica que entraña la idea de Estado. ¿Qué es un Estado?, ¿qué no es un Estado?, y principalmente, ¿qué se debe entender por el calificativo “moderno” en el Estado?, ¿hay estados no modernos?

La idea de modernidad se desarrolla con el Renacimiento italiano, el antropocentrismo, el heliocentrismo y la caída o desprestigio de las explicaciones teológicas de los fenómenos. En ese contexto, durante el siglo XVI, se presenta el Renacimiento político representado principalmente por el florentino Nicolás Maquiavelo y sus innovadoras ideas políticas captadas a partir del

¹ Este problema se advierte cuando alguien menciona la palabra “Estado” y los escuchas pueden estar pensando en diferentes tipos de Estado: Estado de derecho, Estado cooperativista, Estado totalitario, Estado griego, Estado neoliberal, etc.

² Vid. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 164 (El Estado en cuanto estado. VI. De la naturaleza del Estado).

Estado más evolucionado para entonces: Florencia. Dice Bobbio que el prestigio de la obra *El príncipe* se debe a la introducción del término de Estado en las ya afamadas líneas “Todos los estados, todas las dominaciones que ejercieron y ejercen imperio sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principado”³. Pero reconoce el valor de fondo de este hecho para adaptar una nueva y genuina voz en la ciencia política de la época.

“Pero ya en Europa en tiempos de Maquiavelo, el término *civitas* debía haberse considerado, como cada vez más inadecuado para representar la realidad de los ordenamientos políticos que territorialmente se extendían mucho más allá de los muros de una ciudad, incluidas las repúblicas que tomaban el nombre de una ciudad, como la república de Venecia: la necesidad de disponer de un término de género más acorde para representar la situación real debió ser más fuerte que el vínculo de una larga y reconocida tradición. De aquí el éxito del término ‘Estado’ ”.⁴

Partiendo de su teoría del “nombre y la cosa” para conceptualizar el fenómeno del Estado, Norberto Bobbio desprende dos tradiciones antagónicas que explican la evolución del mismo. Separa dos grandes grupos: “argumentos a favor de la discontinuidad” y “argumentos a favor de la continuidad”. Esta

³ BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pág. 86.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, pág. 88.

cuestión se reduce a un apego ideológico y de posturas; a diferenciar aquellos que creen en ruptura y aquellos que creen en una prolongación, a diferenciar a aquellos que creen en una interrupción y aquellos que forman una cadena. Los argumentos a favor de la discontinuidad sólo conciben al Estado desde los modelos descritos a partir del siglo XVI en adelante (Hobbes, Hegel, Bodin, Jellinek, Marx, Kelsen, Schmitt), esto se debe porque se miran más las diferencias que las semejanzas, la discontinuidad que la continuidad.

“El problema del nombre ‘Estado’ no sería tan importante si la introducción del nuevo término en los umbrales de la época moderna no hubiera dado ocasión para sostener que no solamente corresponde a una necesidad de claridad terminológica sino que se resolvió la exigencia de encontrar un nombre nuevo para una realidad nueva (...) el término ‘Estado’ debería usarse con cuidado para las organizaciones políticas que existieron antes del ordenamiento que de hecho fue llamado por primera vez ‘Estado’; el nombre nuevo no es más que el símbolo de una cosa nueva”.⁵

Los argumentos a favor de la continuidad teorizan al Estado desde otra perspectiva. Se trata indistintamente de Estado tanto al Estado de Jellinek o Kelsen como la *polis* griega o la *civitas* romana, se pondera más las analogías que las diferencias, más la

⁵ *Ibid.*, pág. 89.

continuidad que la discontinuidad. Aquí se retoma la vigencia y la viabilidad de los clásicos.

“De manera semejante las relaciones entre las ciudades griegas, caracterizadas por guerras, represalias, treguas, tratados de paz que se reproducen a un nivel cuantitativamente superior, pero no cualitativamente diferente, en las relaciones entre los estados de la época moderna en adelante (...) Así como la *Política* de Aristóteles para las relaciones internas, también las *Historias* de Tucídides para las relaciones externas son todavía hoy una fuente inagotable de enseñanzas, de puntos de referencia y comparación”.⁶

Si bien ambas posturas acarrearán críticas, ninguna de las dos puede vencer a la otra. Para los argumentos de continuidad se podría reprochar la cuestión de que toda organización política, e incluso, social sea considerada como Estado, aunque no tenga los elementos característicos de poder y coerción social propios del Estado moderno. ¿La *gens*, las primeras organizaciones políticas y comunidades primitivas pueden considerarse Estados? Para los argumentos de discontinuidad se podría formular la crítica de que serían pocas organizaciones y estructuras las que merecerían el apelativo de Estado, tanto así, que el concepto sería reducido y no abarcaría otro tipo de formaciones político-jurídicas que quizás sean

⁶ *Ibid.*, pág. 93.

más funcionales que el Estado moderno (u otras manifestaciones análogas a éste que no concuerdan con el paradigma y sus principios, como los Estados de las familias religiosas en la actualidad).

Para el jurista italiano Bobbio, la idea de Estado lleva implícita varios matices que lo hacen difícil de clasificar en un proceso histórico. Si desde una primera impresión el nacimiento del Estado señala el inicio de la época moderna o señala el paso de la barbarie a la civilización, donde se contraponen la noción de Estado civil como civilizado al estado natural como salvajismo; lo importante no sería un análisis rígido de estas diferentes organizaciones, sino el balance de las mismas en pro de la evolución política y jurídica.

Sin embargo más allá de una cuestión meramente nominalista y los problemas entre el nombre y el objeto que plantea el mismo Norberto Bobbio. Él admite que este inconveniente no excluye a los estudiosos a precisar –o tratar de precisar- el momento histórico en el que aparece el Estado moderno. Por su parte, la doctora Arnáiz Amigo busca centrar en la evolución de la Ciencia Política el surgimiento de esta nueva clasificación de Estado. De acuerdo con su análisis, éste se consolida a mediados del siglo XVII en un

momento de fractura con el antiguo régimen y encuentro con nuevas ideas.

“En 1648, con la paz de Westfalia que puso fin a la denominada Guerra de los Treinta Años (1618-1648), aparece el Estado moderno. Separada la Iglesia del Estado surgirá éste con su elemento constitutivo específico: un supremo poder político, delegado por el pueblo soberano. Su estructura orgánica, autoridad y Derecho, imperará en los límites del territorio nacional.

La gente asentada tradicionalmente en él, alcanzó con el tiempo peculiaridades somáticas y físicas, psíquicas. A su clasificación por grupos se les denomina razas. La creencia en su existencia, en el núcleo nacional originario. Se pertenece a una raza. Si se cree en ella, aparecerán las naciones y el concepto de nación. Hacia el siglo XIX, los Estados de Derecho, liberales y burgueses, se resumen bajo el rubro de Estado-nación. Las causas que contribuyeron a la aparición del Estado moderno se dice que fueron el Renacimiento (siglos XIV-XV), la Reforma Protestante (siglos XVI-XVII) y la expansión geográfica con sus descubrimientos (siglo XVII y ss.)

La paz de Westfalia fue la causa directa. El Renacimiento, la Reforma y la expansión geográfica, fueron causas coadyuvantes”.⁷

Estos acontecimientos no discrepan en el fondo con la cuestión planteada por Bobbio, en la tesitura de que el Estado moderno se manifiesta paulatinamente con el uso académico del vocablo “Estado” en las obras políticas y jurídicas. Maquiavelo, recordemos, se instaura en el pensamiento renacentista justo cuando Jean Bodin

⁷ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, 1997, pág. 54.

realiza también sus teorías sobre la soberanía, que la maestra Arnáiz pone en relieve. Estas tesis bodianas constituyen en la interpretación de la maestra española la catapulta ideológica del Estado moderno, que tiene ocho fundamentos enlazados con autores particulares.

“El Estado moderno tiene ocho fundamentos destacados:

1. La soberanía.
2. El Estado como sujeto de relaciones internacionales.
3. El respeto a los derechos del hombre.
4. La representación política.
5. La democracia indirecta y el constitucionalismo.
6. La libertad y la axiología política.
7. La división de poderes.
8. La separación de la Iglesia y del Estado

Los siguientes autores contribuyeron a la fundamentación del Estado moderno:

1. Bodino: *Los seis libros de la República*. (1530-1596) (Soberanía)
2. Grocio: *El Derecho de la guerra y la paz*. (1583-1645) (El Estado como sujeto de la relación internacional)
3. Altusio: *Política*. (1557-1638) (Derechos del hombre)
4. Hobbes: *El Leviatán*. (1588-1679) (Representación política)
5. Locke: *Ensayo sobre el gobierno civil*. (1672-1704) (Democracia y constitucionalismo)
6. Rousseau: *El contrato social*. (1712-1775) (Libertad y axiología política)
7. Montesquieu: *El espíritu de las leyes*. (1685-1755) (División de poderes)

8. Estadistas del siglo XVII, *Paz de Westfalia*, (1648) (Separación de Iglesia y del Estado)”⁸

Por su parte, el maestro Francisco Porrúa, también sigue una serie de características esquemáticas en la concepción de Estado moderno, que él entiende como una definición analítica del concepto de Estado: “El Estado es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes”⁹.

“El análisis de cada una de las partes de que se compone esa definición nos proporciona el convencimiento de la existencia en la realidad estatal de los siguientes elementos o notas de su concepto:

- a) La presencia de una sociedad humana como género próximo de la definición y la existencia, en esa sociedad, de las diferencias específicas que anotamos a continuación.
- b) Un territorio que sirve de asiento permanente a esa sociedad.
- c) Un poder que se caracteriza por ser supremo, esto es, soberano, en el seno de la misma sociedad.
- d) Un orden jurídico que es creado, definido y aplicado por el poder estatal y que estructura a la sociedad que está en su base.

⁸ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Op. cit.*, pág. 55.

⁹ PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. Porrúa, 18^aed., México, 1983, pág. 190.

e) Una teleología peculiar que consiste en la combinación del esfuerzo común para obtener el bien público temporal”.¹⁰

Además agrega Porrúa Pérez, de manera sintética, las características esenciales del Estado que emanan de los elementos antes mencionados.

- a) “*Soberanía* como adjetivo del poder, pero calificando al Estado mismo en su unidad total como soberano
- b) *Personalidad moral y jurídica*, al ser el Estado un ser social con posibilidad de tener derechos y obligaciones.
- c) *Sumisión al derecho* que significa la necesidad de que la estructura del Estado y su funcionamiento se encuentren regulados por un orden jurídico imprescindible”.¹¹

La definición que nos da el maestro Porrúa parece en cierta medida una concepción desglosada y complementaria de la que hace Georg Jellinek en su libro *Teoría general del Estado*. El jurisconsulto alemán hace dos conceptos de Estado: uno social y otro jurídico. Este último lo formula como “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Idem.*

en un determinado territorio”¹². Sean las similitudes ciertas, dado que quizás Jellinek resulta una influencia en el pensamiento del profesor mexicano, lo importante es rescatar que para llegar a esta definición, el jurista alemán tuvo que analizar las etapas en la evolución del Estado. Él encuadra cinco tipos de Estados en diferentes momentos: el antiguo Estado oriental, el Estado helénico, el Estado romano, el Estado de la Edad Media y el Estado moderno como la concretización de los demás¹³.

Georg Jellinek mira al Estado moderno desde los cambios que ocurren en su interior. Si bien es importante el influjo que éste puede recibir fuera de él, como los acontecimientos históricos y las nuevas ideas políticas o jurídicas; lo verdaderamente fundamental es saber si estas cuestiones determinan de forma directa cómo se constituye el Estado. Si existe una modalidad considerable desde las entrañas estatales y su funcionamiento cambia, entonces se habrá erigido una nueva categoría de Estado. El estudioso alemán vislumbra así el último tipo de organización. “El Estado moderno ha nacido como unidad de asociación organizada conforme a una

¹² JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 196

¹³ Cabe aquí hacer la aclaración que, de acuerdo con las teorías de Bobbio, Georg Jellinek sería un estudioso del Estado a favor de su continuidad.

Constitución, gracias a haber dominado el doble dualismo que forman rey y pueblo y el poder espiritual y temporal”¹⁴.

El documento supremo de una nación, que la forma y la constituye en su totalidad es el factor clave para pasar hacia el Estado moderno. La Constitución política de un Estado rompe con esa carga de poderes que aparecían en varias direcciones, sin uniformidad o sistematización. Los poderes discordantes del Medievo son aglomerados y neutralizados en el nuevo pacto. La idea de dualismo entre las partes en la relación jurídico-política, la lucha para establecer una novedosa forma en las relaciones políticas, se afianzan, se logra a fin de cuentas el establecimiento de una unidad de Estado que sobresale al conflicto de sus partes.

“La formación de los Estados modernos recibe su forma postrera y acabada mediante las transformaciones que se llevan a cabo dentro de los mismos a consecuencia de los movimientos revolucionarios, por la formación y separación de nuevos Estados con una pluralidad de pueblos que antes formaban una unidad, y a la inversa, pueblos separados entre los que existía afinidad y que logran constituir una unidad política de Estado. (...) La unidad, su organización conforme a la constitución y la autolimitación del Estado frente al individuo, son los caracteres esenciales de lo que denominamos el Estado moderno, y lo que lo separa de todas las formas que el Estado ha revestido en el pasado”.¹⁵

¹⁴ JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, pág. 311.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 313.

El proceso en la elaboración de una Constitución es vital para entender los alcances y limitaciones de un Estado moderno, dado que es en ese momento cuando se plantean los derechos y deberes que en su conjunto las partes poseen. La unión es una cohesión que se establece cobijada por la ley, así que se distinguen relaciones que no se pueden soslayar. El gran triunfo de este pacto no es dejarlo en la costumbre o celebrarlo de manera verbal, sino redactar un documento legal donde se decanten los contenidos del Estado-nación. La claridad de las disposiciones es una característica para la viabilidad del proyecto y la exigencia de las partes unidas.

“El mundo antiguo y las naciones civilizadas de Oriente que no han sufrido el influjo europeo no han tenido jamás idea de una constitución escrita. Es que ésta descansa precisamente en un pensamiento que sólo pudo haber nacido en el Estado dualista y representa la garantía de los derechos que ambas partes se ofrecen; es decir, es como un contrato de paz conseguido después de larga lucha. Estos supuestos históricos de las constituciones escritas no están ya vivos en la conciencia actual; pero continúan siempre influyendo, bien cuando se exige una constitución, bien cuando se trata de redactar un proyecto, pues entonces se recurre a la idea de que los derechos y deberes de los

gobiernos y el campo de su acción respecto del otro elemento del Estado, el pueblo, debe ser precisado con claridad”.¹⁶

La Constitución moderna, es decir, a la que se refiere Jellinek, es un producto o fundamento del Estado moderno. Referimos anteriormente que el adjetivo “moderno” resulta un epíteto de lo que ya se entiende hoy en día por Constitución y Estado (léase Estado contemporáneo). La materia principal para estudiar la estructura y las finalidades estatales es la propia Constitución como pilar unificador de los afanes de la sociedad civil y su gobierno. Es a través de la “Constitución como ciencia de la cultura” donde el profesor Peter Häberle proyecta al Estado moderno actual y su futuro más como un “Estado constitucional”.

La Constitución para este jurista es un crisol cultural. Ésta es cultura misma en todos sus aspectos, es un pacto de generaciones. La base se forma con el pluralismo y remarcando la dignidad humana como eje de sus pretensiones. El Estado nacional clásico, el Estado burgués o moderno ya no son el paradigma de la actualidad. El Estado constitucional, puesto que una nación contemporánea supone un pacto primigenio para su formación, debe ser independientemente de la variedad cultural en su

¹⁶ *Ibid.*, pág. 317.

población, una estructura plural en todos los sentidos¹⁷. No hay orden previo ni posterior entre Constitución, ley y Estado. Todo es al mismo tiempo Constitución, extendiendo su sentido de manera amplia y totalizadora. “Debemos concebir a la Constitución lo mismo que al derecho y al Estado como partes de ella ‘como sí’ se fundara en un pacto de todos con todos”¹⁸.

La dignidad del hombre es ahora la premisa “antropológica-cultural” en que se amalgama la Constitución. No se trata tanto de estructurar los órganos y funciones del Estado, sino que el objetivo último es incorporar a los individuos a esa gran suma de finalidades políticas que busca el texto constitucional. Ya no sólo se reconocen garantías al individuo como un ente estático y ajeno a la manipulación del poder. Él es poder mismo. Por eso la Constitución es una senda para los ciudadanos donde logran la realización humana.

“La Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la *Constitución* no es sólo un texto jurídico o un ‘*mecanismo normativo*’, sino también expresión de un

¹⁷ Este elemento del Estado constitucional de Häberle se encuentra incorporado a nuestro sistema jurídico. Nuestra Constitución general menciona en su artículo segundo: “México es una nación pluricultural”.

¹⁸ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2003, pág. 14.

estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”.¹⁹

De este modo, el profesor Häberle construye la idea de Constitución como un ente místico, donde aguarda todo porvenir y donde respira la historia nacional en su narración más fiel. El tránsito de Estado moderno a Estado contemporáneo y Estado constitucional depende en asumir el texto del constituyente no sólo en su dimensión jurídica, sino en su dimensión cultural que engloba los espectros más amplios del prisma nacional. “El Estado constitucional es, respectivamente, una suma parcial de filosofías políticas, texto de los clásicos, programas de partidos políticos, saber derivado de la experiencia, incluso de las ‘heridas’, de numerosas generaciones, así como de utopías concretas; es también la suma parcial de procesos revolucionarios y evolutivos”²⁰.

En la teoría del jurista alemán, el factor del tiempo juega un papel en la aplicación de las Constituciones. Éstas no deben permanecer mucho tiempo sin considerar un cambio estructural, puesto que no es admisible que en ese pacto de generaciones, sean las generaciones menos afines y más distanciadas las que

¹⁹ HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, pág. 5.

²⁰ *Ibid.*, pág. 45.

lleven ese acuerdo. Existen elementos reales e ideales que cimientan al Estado, estos, admite Häberle, no se han logrado ampliamente en ningún Estado constitucional. Los elementos se dirigen a una situación magnífica del deber ser y una situación posible del ser.

“Tales elementos son: la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias histórica, y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del derecho de cultura (*‘Kulturstaat’*) abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera. Todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo”.²¹

No existe otro modo para la evolución del Estado moderno que hacer de nuestro Estado contemporáneo un Estado constitucional, donde la ley fundamental sea el real espíritu de la nación e

²¹ *Ibid.*, pág. 1.

incorpore todas las voces en un lienzo ideológico y plural. Reconocer a la cultura como su elemento vivificante en la dimensión normativa. La guía verdadera es la cultura constitucional para el Estado y su efectividad cotidiana.

A modo de síntesis del presente apartado, es preciso advertir, que nos enfrentamos al problema de definir el concepto de Estado moderno, problema también compartido por los juristas al definir lo que emana del Estado, es decir, el derecho positivo. Seguir las reglas de definición complican al sujeto que intenta explicar el objeto. Los argumentos a favor de la discontinuidad o a favor de la continuidad son algunos modos de enfrentarse al conflicto. Sin embargo, me parece más precisa la postura de la discontinuidad, pues la noción de “Estado”, ya sin el agregado de “moderno”, es una idea que requiere ciertas características universales y medianamente homogéneas en las asociaciones políticas. El Estado no puede ser todo aquello que tenga poder coactivo, sino que requiere de una sistematización institucional y categorías jurídicas para advertirse como tal.

1.2. Elementos constitutivos del Estado

En el siguiente subtema buscará dar un esbozo sobre los elementos que constituyen el Estado moderno. Ciertamente existen varios criterios acerca de los fundamentos teóricos que conforma al Estado. Nosotros atenderemos a aquellos que no se pueden sustituir en cualquier explicación jurídico-política: territorio, pueblo y poder público. Si bien hay autores que agregan más elementos o denominan a éstos de otro modo, los aquí mencionados resultan la tradición más firme en el estudio del fenómeno estatal.

1.2.1. Territorio

El Estado no puede subsistir como una cuestión simbólica entre los hombres. La formación de un pueblo y el poder público que regulen las relaciones pueden pasar como asuntos teóricos de la política o el derecho. El elemento clave del Estado es su asentamiento, es decir, el espacio geográfico donde se orientan materialmente las consecuencias de la población y la autoridad. No es en balde que “el Estado que pierde su territorio desaparece,

pues ya no tiene espacio donde hacer valer su poder, donde desarrollar su misión. Del territorio depende también su independencia frente al extranjero”²². Jellinek nos muestra la transformación conceptual de espacio a territorio en virtud del poder público y cómo se percibe la doble significación del territorio.

“La tierra sobre la que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado puede desarrollar su actividad específica, o sea, la del poder público. En este sentido jurídico, la tierra se denomina territorio. La significación jurídica de éste se exterioriza de una doble manera: negativa una, en tanto que se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado”.²³

El territorio como categoría estatal puede ser estudiada desde diferentes perspectivas, no es limitativa la visión del derecho, de la política o de la sociología para entender la trascendencia del elemento territorial en el Estado. Se dice, con toda razón, que el territorio es la superficie donde se aplica el derecho y donde la potestad del Estado surte sus efectos absolutos, pero a la vez el

²² PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. Porrúa, 18ª ed., México, 1983, pág. 271.

²³ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 368.

mismo Estado se limita con el alcance de sus leyes. La maestra Aurora Arnáiz nos brinda cinco ejes para estudiar al territorio.

“Desde entonces hasta nuestros días, el territorio, parte integrante de la resultante Estado, puede estudiarse:

1. Como un hecho.
2. Como un derecho.
3. Como formando parte de la personalidad del Estado.
4. Como presupuesto del Estado.
5. Como elemento constitutivo del mismo”.²⁴

La propia autora explica así lo anterior.

“En el primer caso, podemos considerar al territorio como un dominio real del Estado. En el segundo, como una potestad que impera legalmente sobre una demarcación reconocida y respetada por el Derecho público propio y ajeno. En el tercer caso, habría que aceptar la denominada personalidad del Estado, es decir, la Institución Política Suprema capaz de derechos y obligaciones, tanto en el ámbito interno como en el externo. Para estudiar el territorio como presupuesto del Estado habría que admitir la sedentariedad que contribuye a transformar a la muchedumbre en un pueblo junto con los principios generales del Derecho”.²⁵

Visto desde todas estas perspectivas, el análisis del Estado resultaría complejo, puesto que englobaría diversas disciplinas. Lo

²⁴ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, 1997, pág. 69.

²⁵ *Idem*.

más significativo en la relación de Estado y territorio, para nuestro estudio, es precisamente el enlace jurídico que existe entre ambos, ya que se busca no sólo estudiar este elemento constitutivo de forma aislado sino incorporarlo a las demás cualidades intrínsecas del Estado. ¿Existe entonces un derecho sobre el territorio que ejerce el Estado de forma continua? Para el profesor Porrúa Pérez el derecho sobre el territorio es general y limitado.

“El derecho del Estado sobre su territorio es, a la vez, general y limitado. *General, porque se extiende a todo el territorio*, en tanto que la propiedad, aun la de los bienes del dominio público, se limita a determinados objetos que se encuentran dentro de ese territorio. Pero es *limitado, porque se ve obligado a respetar los derechos de propiedad que tienen los habitantes del Estado sobre partes del territorio*”.²⁶

Georg Jellinek marca esta cuestión como relevante para entender la interacción entre Estado y su territorio. Por un lado, la existencia de un derecho real que va vinculado a la noción de imperio (*imperium*) por ser fundamento del derecho privado. Por otro lado, subsiste la idea de dominio, más propia para las asociaciones políticas, puesto que se trata de construir una Teoría del Estado desde el derecho público y no como una mera adaptación de las instituciones del derecho privado. Entre los

²⁶ PORRÚA PÉREZ, FRANCISCO. *Teoría del Estado*. Porrúa, 18^a ed., México, 1983, pág. 272.

Estados, las cesiones son exclusivas de transmisión de *imperium*. El *imperium* de un Estado disminuye cuando el de otro Estado aumenta. El jurista alemán observa, en este punto, un posible desconcierto entre poder público y propiedad.

“La concepción del territorio como un derecho real conduce en sus últimas consecuencias a la confusión entre poder público y propiedad. Esta confusión entre *dominium* e *imperium* puede designarse justamente como la nota más característica de la concepción práctica que la Edad Media tuvo del Estado”.²⁷

Desde su visión, Porrúa Pérez atiende parte de este asunto. El derecho que tiene el Estado, entendido como una suprema persona moral, es un derecho real; ya que el territorio carece de vitalidad y para efectos jurídicos se le tendrá por cosa. Al dotar de soberanía a la organización estatal, ésta ejerce su potestad exclusivamente sobre las personas. “Vemos que el objeto del derecho del Estado sobre el territorio es una cosa. *El territorio es una cosa*. Por lo tanto, *el territorio forma un objeto material*. Se trata, entonces, de un *derecho sobre una cosa*. No es un *imperium* o soberanía, puesto que el poder, la autoridad en que se traducen los conceptos de *imperium* o de soberanía se ejerce sobre las personas, no sobre las

²⁷ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 376.

cosas. Por tanto, es inexacto hablar de 'soberanía territorial', porque la *soberanía es personal*. Habría que decir 'soberanía sobre las personas que se encuentran en un determinado territorio' ".²⁸

El maestro Porrúa mira como elemento constitutivo del Estado al poder público, puesto que es la potestad soberana: la piedra angular en la estructura de cualquier organización política. El pueblo, o mejor dicho según él, la población, junto con el territorio son elementos previos al Estado: los presupuestos para el surgimiento de la asociación estatista. El territorio es importante en tanto su función como cimiento de los individuos. "No hay que olvidar que la substancia misma del Estado se encuentra constituida por la sociedad humana que le da vida con sus relaciones. El territorio es el asiento de esa sociedad, pero no forma parte esencial o constitutiva de la misma"²⁹.

Sin embargo, las opiniones del territorio respecto a su cualidad de elemento del Estado son debatibles. El profesor Peter Häberle no ve en el territorio un componente estático y desprovisto de valor fecundo. El territorio va más allá de ser una superficie determinada, sino que es el continente donde se depositan los asentamientos culturales de un pueblo. "El ser humano, en su libertad fundamental,

²⁸ PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. Porrúa, 18^a ed., México, 1983, pág. 271.

²⁹ PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Op. cit.*, pág. 273.

se precipitaría literalmente al vacío sino hubiera un terreno ‘seguro’ culturalmente conformado, desde el cual pudiera extenderse al entorno”³⁰. El constitucionalista alemán trasmuta el concepto clásico de territorio; es espacio y es base, pero sobre todo, es un valor básico para el Estado constitucional.

“El ‘territorio se convierte en espacio’ y ‘el ambiente y la naturaleza, en cultura’. De este modo, el territorio del Estado incrementa su primera y última significación en el Estado constitucional, todo ello gracias a una teoría constitucional alimentada por los textos y la ciencia cultural. Dicho en otras palabras: a través de la proyección de los valores constitucionales fundamentales hacia el territorio, se convierte éste mismo en un ‘valor fundamental’ de la Constitución. El territorio se presenta como ‘base’ espacial para la realización de los valores fundamentales de la Constitución”.³¹

En este mismo tenor, Häberle, menciona que el Estado contemporáneo a través de su Constitución dispone en cláusulas expresas los valores materiales, que poseen la característica de ser fundamentos políticos como la libertad y la democracia. En la identidad cultural y de su individualidad histórica, el territorio, los recursos naturales, la tierra y los mares son el Estado porque éste

³⁰ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2003, pág. 22.

³¹ HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, pág. 25.

se apropia de ellos y, al hacerlos suyos, los convierte en símbolos nacionales.

“Todo ellos se manifiesta en algunos textos mediante la atribución y descripción histórica de sus fronteras, pero también expresa de otras maneras: por ejemplo, en las Constituciones que lo declaran como inalienable, o que lo convierten en límite absoluto de la revisión constitucional, así como en los casos, en los que se requiere una enmienda constitucional formal para modificar las fronteras. Si J.G. Herder podía hablar de la historia como ‘geografía puesta en movimiento’, en todos estos casos el territorio se presenta a la vista en el horizonte del tiempo. Cada Estado constitucional se apropia internamente, una y otra vez, de su propio territorio, que se convierte en cultura. Solamente en un sentido secundario es el territorio “fundamento del Estado’ ”.³²

³² *Ibid.*, pág. 23. Esta característica del territorio en el Estado constitucional de Häberle, se puede observar en nuestra Constitución Política mexicana en el artículo 27, donde se declara “*La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada (...)*”.

1.2.2. Pueblo

Un elemento fundamental para entender al Estado es el pueblo. Éste constituye el contenido humano que dota de vitalidad a la organización estatal para pasar de una idea jurídico-política a la realización del Estado-nación. Al tratar la noción de pueblo en la Teoría General del Estado, nos es imprescindible acercarnos a disciplinas como la antropología, la sociología, entre otras. Los alcances de este término nos hacen reconsiderar otros como nación, población, sociedad y cultura; aspectos que se entrelazan y dificultan una correcta delimitación.

Sin embargo, la maestra del exilio español, Aurora Arnáiz Amigo, puntualiza lo que entiende por pueblo. “Así, podemos decir que el pueblo es la sociedad política establecida tradicionalmente en un territorio, que posee los principios generales del Derecho público y que se dispone a organizar su vida política de acuerdo con dichos principios”³³.

Los afanes jurídicos que lleva a una multitud a organizarse en una sociedad política, teniendo como presupuesto una amalgama

³³ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, 1997, pág. 59.

cultural y racial, es la característica subjetiva para construir una noción de pueblo como elemento constitutivo del Estado. Se da entre los hombres de una sociedad civil la necesidad de elaborar un pacto, donde se obedezcan convencionalismos y principios éticos comunes, para que una vez puntualizados en el contrato, se edifique el orden jurídico tomando en consideración la dicotomía gobernante-gobernado. Así, el pueblo se asienta en un territorio determinado, unidad espacial, aunque jurídicamente la base que mantiene en pie a la organización es el derecho público.

La importancia del pueblo, en la visión moderna del Estado, radica en ser soberano y, por lo tanto, creador y receptor de derecho positivo. Jellinek remarca la capacidad de desplazar el orden jurídico por parte de los individuos de una sociedad, explica la relevancia del derecho público subjetivo. “La capacidad que el Estado concede al individuo de mover el orden en razón de sus intereses personales crea, como todo poder limitado reconocido por el derecho al individuo, un derecho subjetivo; por eso corresponde la personalidad al derecho público; es la condición del derecho privado y de todo el orden jurídico en general”.³⁴”

³⁴ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 387.

Este derecho que surge históricamente como el poder que tiene la población civil para exigir el cumplimiento de ciertos deberes al Estado, como el reconocimiento de derechos fundamentales y la obligación de éste para actuar únicamente dentro de las coordenadas de sus funciones, con apego a la legalidad, hace del pueblo un elemento esencial para la configuración auténtica del Estado. “Una pluralidad de hombres sometidos a una autoridad común, que no lleguen a poseer la cualidad subjetiva de un pueblo, no sería un Estado, porque a todos les faltaría ese momento que hace de la pluralidad una unidad”³⁵. El pueblo entendido como unidad hace factible la representación como uno de los paradigmas de las democracias modernas, sin ésta, sería casi imposible la asimilación del pueblo en las estructuras de gobierno.

Para Georg Jellinek, los hombres forman una totalidad en el Estado. El pueblo tiene una doble función para él: es un elemento de la asociación estatal, puesto que forma parte del él, es sujeto del poder público; pero es también fin de las funciones y actividades, es decir, el pueblo como objeto del poder público. De este modo, el

³⁵ JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, pág. 379.

jurista alemán, basándose en J.J. Rousseau, advierte la doble naturaleza del individuo en la organización política moderna.

“Ambas cualidades han sido por vez primera diferenciadas, gracias a la teoría moderna de la soberanía del pueblo. Rousseau asigna a todo individuo una doble cualidad, a saber: la de ser *citoyen*, es decir, ciudadano activo que participa en la formación de la voluntad común, y la de ser *sujet*, esto es, un sometido a aquella voluntad”.³⁶

El pueblo, si bien es un concepto amplio, no resulta de las dimensiones como el de nación. El pueblo nos remite a una unidad analítica de diferentes aspectos antropológicos, políticos, jurídicos, sociológicos y raciales pero circunscrita a una serie de características homogéneas. ¿Cuándo se da ese paso para convertir al pueblo en una nación? “Cuándo un pueblo se transforma en nación? Cuando teniendo conciencia de sí mismo, actúa por mantener la unidad psíquico-física entre los miembros de la comunidad”³⁷. La maestra Arnáiz observa esa transición en un acto de discernimiento, donde el pueblo ya se percibe como una unidad fija.

³⁶ *Ibid.* pág. 378.

³⁷ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, 1997, pág. 64.

Sin embargo, el maestro Porrúa Pérez hace acotaciones interesantes al respecto. Para él, el concepto de población “se utiliza para designar un conjunto de hombres en un sentido aritmético. Se dice que la población es el número de habitantes de un Estado”³⁸. A diferencia del concepto de pueblo que es más restringido “se usa este vocablo para designar aquella parte de la población que tiene derechos civiles y políticos plenos, es decir, el concepto de pueblo tiene una característica distintiva: el tener ese ingrediente jurídico”³⁹. Concatenando estos significados de lo que son estas nociones, el autor mexicano nos brinda lo que entiende por nación.

“Vamos a examinar en forma mas detenida el *concepto de nación*. La nación significa la suma de individuos o, más bien, la serie de generaciones sucesivas marcadas con el mismo carácter nacional. Surge inmediatamente *el problema del dualismo de la nación y el Estado*. El problema de determinar si la nación constituye una persona moral o entidad diferente del Estado (...) Entonces se habla de *un ser que existe como algo diferente de los individuos que lo componen. Pero la nación no es una persona moral diferente de los hombres que se encuentran formándola*. La nación no es sino abstracción de las características especiales que distinguen a un grupo de hombres. No se trata sino de un hecho social, que *puede o no darse dentro del Estado*”.⁴⁰

³⁸ PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. Porrúa, 18^a ed., México, 1983, pág. 263.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 264.

Sea la nación y el pueblo elementos diferentes o idénticos, lo importante es notar sus consecuencias entre los hombres que están sometidos a la jurisdicción de un Estado. ¿Quiénes verdaderamente entran en el reconocimiento derechos y obligaciones ya sea como nación o pueblo? En este punto es donde las Constituciones determinan quienes tienen la calidad de ciudadanos y quienes son “ciudadanos disminuidos”. ¿Cómo confrontar una heterogeneidad de intereses en un mismo campo?

Visto desde este enfoque, el jurista alemán Peter Häberle mira la necesidad de crear un Estado constitucional plural y abierto en su forma y contenido. El pluralismo como una división amplificada de poderes, donde quepan todas las expresiones sociales. “El Estado nacional clásico ya no puede ser el modelo obligatorio para el Estado constitucional. En la etapa actual de desarrollo es preciso que todos los Estados constitucionales, independientemente de lo mono o pluriculturales que puedan ser en la realidad, se conciban en todos los sentidos como pluralistas”.⁴¹

El Estado, el pueblo y la cultura se encuentran íntimamente relacionados. Hay conexiones necesarias o fundamentales en estas

⁴¹ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2003, pág. 28.

ideas para desarrollar una Teoría del Estado que toque cada ángulo de la realidad política, social y jurídica en un territorio. La cultura es quizás lo que permea toda lo demás. La maestra Arnáiz entiende esta característica como “la síntesis política que se obtiene de su precepto étnico, del canon religioso, de la norma jurídica, en suma, de los convencionalismo sociales”⁴². Lo cultural también es tomado en cuenta por Peter Häberle, quien ve un elemento adicional a los tradicionales en las formaciones del Estado. La cultura nos da libertad y es a través de ella que se llega a la verdadera realización del hombre.

“Si la cultura es concebida, desde la ciencia cultural, como ‘cuarto’ elemento del Estado, aunque no como el ‘primero’, tal concepción debe referirse también, y de manera intensiva, al pueblo, del mismo modo como la libertad del individuo se cumple no como libertad ‘natural’, sino cultural”.⁴³

A través de la cultura se construye la nación y en modo paralelo el Estado. Los elementos que hacen a un pueblo distinto de otro no sólo son lo étnico, religioso, político o jurídico; sino el sentido de pertenencia a una tradición nacional, donde el folklore,

⁴² ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, 1997, pág. 66.

⁴³ HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, pág. 16.

las costumbres y la lengua amoldan lo que distingue, por ejemplo, a un mexicano de un ruso. La nación mexicana muestra su síntesis desde la bandera, la Constitución Política y la moneda hasta las fiestas, la comida, las artesanías y los corridos. Llegar a encerrar lo que significa el pueblo mexicano es acotarlo en una camisa de fuerza. La virtud de un pueblo, y en mayor medida, de una nación, es mutar y extender su alcance de interpretación sin olvidar su pasado u origen.

1.2.3. Poder público

El poder público es la característica particular que funda la noción de Estado. La coerción o la fuerza legalmente válida es el medio por el cual el Estado materializa sus acciones y el motivo por el que los individuos no se pueden resistir a sus determinaciones. Con el advenimiento de la modernidad, el Estado sufre modificaciones substanciales en su estructura y desenvolvimiento fáctico. La ley y los marcos jurídicos acotan los poderes estatales para contenerlos en atribuciones públicas. “En el Estado Moderno y contemporáneo, las atribuciones de la autoridad están concedidas por el derecho. La autoridad carece de imperio sobre las personas. Opera mediante el concepto de atribuciones, previamente conferidas⁴⁴”. La maestra Arnáiz sugiere que la voz *imperium* resulta inadecuada a la estructura moderna de Estado, puesto que éste remite a dominio y propiedad:

“En el Estado Moderno, la autoridad depende de los límites conferidos por el Derecho. La autoridad no tiene imperio sobre las personas sino facultades; es decir,

⁴⁴ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, 1997, pág. 166.

atribuciones de intervenir en determinadas conductas que el Derecho confiere. En su consecuencia, la primera autoridad en el Estado moderno es el Derecho que condiciona la conducta en el ámbito social tanto de los gobernantes como de los gobernados”.⁴⁵

Sin embargo, para otros autores, el poder del Estado se encuentra ligado a sus fines. Jellinek da relevancia al poder en tanto a voluntad que se cumple, o por lo menos, tendiente a dirigir la ejecución de las órdenes. El poder de la asociación es necesario para contemplar la unidad de las partes y, sobre todo, para el surgimiento de un poder distinto del de los miembros de la comunidad, que sea superior a ellos. Dentro de su teoría, existen diversos poderes como los poderes disciplinarios y los poderes de dominación. Éstos últimos son los que utiliza el Estado para llevar a cabo sus funciones.

“El poder que está dotado de esta fuerza es un poder de dominación, y, por consiguiente, poder del Estado. La dominación (Herrschen) es la cualidad que diferencia al poder del Estado de todos los demás poderes. Allí donde hallamos el poder de dominación, bien sea en una sociedad inserta en la vida del Estado o en un individuo, es porque procede del poder del Estado. Incluso cuando esta dominación ha llegado a ser derecho propio de una asociación, no tiene un carácter originario, sino que es siempre poder derivado”.⁴⁶

⁴⁵ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Op. cit.*, pág. 149.

⁴⁶ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 397.

Para Aurora Arnáiz Amigo, el dominio y la obediencia de los gobernados son una consecuencia del uso del poder político. Esta especie de poder no únicamente responde a causas de sometimiento, sino que el carácter de “político” hace que los individuos no sólo actúen por estar avasallados por la fuerza, sino por un deber de civilidad, es decir, como ejercicio de pertenecer a una estructura política que obliga pero otorga prerrogativas.

“El poder político se mantiene por la asociación de dos fenómenos; a) el hábito de mando y b) el de obediencia.

El primero proviene de la desigualdad de la naturaleza humana. Unos nacen para mandar y otros para obedecer (Aristóteles). Si el hombre es animal sociable por naturaleza, también es cierta la tendencia al mando activo, y a la obediencia pasiva e irreflexiva”.⁴⁷

El jurista mexicano Francisco Porrúa enlaza el concepto de poder político o poder público con el de autoridad. La autoridad, explica en su libro, se encuentra capacitada para emitir órdenes. Para él, el principal objetivo del poder del Estado debe estar orientado hacia la realización del bien común, a ausencia de éste, la

⁴⁷ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, 1997, pág. 151.

existencia del Estado estaría en duda y sus fines serían meras tentativas. Porrúa ve en el orden y la coordinación, los elementos esenciales del bien público, que necesitan la participación de los habitantes del Estado para practicarlos. Existen dos aspectos a considerar en el desarrollo de la autoridad:

“La autoridad tiene que definir las actividades positivas y negativas susceptibles de llegar al fin propio del Estado. Pero una orden que no pueda imponerse es una orden dada en el vacío, carece de efectividad. Por ello es lógico que la autoridad llamada a mandar tenga el derecho de obligar a la obediencia de sus órdenes. Y en esto consiste la primera tarea en que se manifiesta la autoridad.

Este aspecto consiste en formular mandatos exigiendo que se realicen o no actividades en tal o cual sentido, para la conservación del Estado y para el logro de sus fines. El segundo aspecto formal o segunda tarea de la autoridad aparece cuando ésta organiza los servicios públicos destinados a ayudar o suplir la actividad de los particulares en vista de la obtención del bien público.

La primera tarea es el *Gobierno*, propiamente dicho. La segunda es la *Administración*”⁴⁸

Otra noción a considerar en el libro *Teoría del Estado* del maestro Porrúa es la que se despliega de la noción positiva de autoridad, el gobierno, que es la superestructura necesaria en todo orden para decidir la dirección del rumbo político de una nación.

⁴⁸ PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. Porrúa, 18ª ed., México, 1983, pág. 291.

Francisco Porrúa lo define del siguiente modo: “el Gobierno es esencialmente la acción por la cual la autoridad impone una línea de conducta, un precepto, a individuos humanos. Los gobernados son los habitantes del Estado, nacionales y extranjeros, que se encuentran en un territorio estatal”⁴⁹.

El gobierno es la autoridad oficial y reconocida por el Estado. Las determinaciones que da son órdenes. El mismo autor refiere que las órdenes pueden ser generales y particulares respecto a sus objetos.

“Esas órdenes de la autoridad pueden revestir diferentes características. A veces son generales, dictadas *a priori*, para todo o para determinado grupo, en forma abstracta. Estamos en presencia entonces de leyes, reglamentos, jurisprudencia y, en forma supletoria, de las costumbres y doctrina. Pero los mandatos también pueden ser particulares; el Gobierno puede tomar una decisión en vista de un caso concreto. Entonces estamos frente a las sentencias, las concesiones administrativas y en general los actos administrativos en sentido estricto”.⁵⁰

El tratamiento del poder para la Teoría General del Estado, y más aún para la Teoría Política es relevante en el fondo y la forma. El estudio de las potestades del Estado, la Constitución y los órganos de gobierno entraña una disección del poder público.

⁴⁹ PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Op. cit.*, pág. 292.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 292.

Norberto Bobbio advierte esta situación al abordar el binomio Estado y poder, ya que como nos indica, las raíces del análisis político de la antigüedad (Aristóteles), toma en consideración mayoritariamente el concepto de poder (*kratos*) en la forma de gobierno. De allí los modelos de democracia, aristocracia y términos subsiguientes como olocracia⁵¹, partidocracia⁵² y kakistocracia⁵³.

“No hay teoría política que no parta de alguna manera directa o indirectamente de una definición de ‘poder’ y de un análisis del fenómeno de poder. Tradicionalmente el Estado es definido como el portador de la *summa potestas* (poder supremo); y el análisis del Estado se resuelve casi totalmente en el estudio de las diferentes potestades que le competen al soberano. La teoría del Estado se entrelaza con la teoría de los tres poderes (legislativo, ejecutivo, judicial) y de sus relaciones”.⁵⁴

Relacionado con la significación de poder, el otorgamiento de dicha cualidad a una persona o a un grupo de hombres, nos remite al vocablo de “soberano”. ¿Quién es este soberano y cuál es su relación con el poder? La cuestión del monopolio del poder en uno o

⁵¹ “Gobierno de la muchedumbre”, según la perspectiva aristotélica es una de las tres formas específicas producto del vicio de las formas puras de gobierno, en concreto de la *politeia* (que actualmente se toma como un término antecedente de la democracia moderna).

⁵² Forma de gobierno que hace referencia a la desvirtuación de un sistema democrático por parte de los intereses de partidos políticos.

⁵³ La “kakistocracia” es un término introducido a la Teoría Política por Michelangelo Bovero en su libro *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*. Este término hace alusión al gobierno de los peores en el sentido de las personas menos calificadas para gobernar.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México 2006, pág. 102.

varios agentes es un pivote de la teoría moderna del Estado. Anteriormente en la agrupación política medieval, los detentores del poder eran plurales y el acomodo del mismo desordenado. Bobbio explica el advenimiento del poder supremo, con las siguientes palabras.

“Quien tiene el derecho exclusivo de usar la fuerza sobre un determinado territorio es el soberano. Como la fuerza es el medio más resolutivo para ejercer el dominio del hombre sobre el hombre, quien detenta el uso de este medio excluyendo a todos los demás dentro de ciertos confines es quien dentro de esos confines tiene la soberanía entendida como *summa potestas*, como poder soberano; *summa* en el sentido de que no reconoce superior alguno, suprema en el sentido de que no tiene ningún poder por encima de sí misma”.⁵⁵

Ya referimos en el apartado anterior, de acuerdo con la maestra Arnáiz Amigo, que la idea de soberanía y la Paz de Westfalia produjo el levantamiento del nuevo Estado. La soberanía es construida por los líderes de las familias sobresalientes de la ciudad y tiene la característica en Bodin de un poder absoluto y perpetuo.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, pág. 108.

“Aquel que es tomado como el teórico de la soberanía (en realidad más que el teórico, el reconocido expositor de un concepto que tiene tras de sí una larga y consolidada tradición), Jean Bodin, define al Estado como ‘un gobierno justo de muchas familias y de lo que les es común con poder soberano’ y al poder soberano como ‘el poder absoluto y perpetuo’, donde ‘absoluto’ significa que no está sometido a otras leyes más que a las naturales y divinas, ‘perpetuo’ significa que logra obtener obediencia a sus mandatos con continuidad también gracias al uso exclusivo del poder coactivo”.⁵⁶

En su sentido actualizado, la soberanía tiene una doble cara, esto se debe principalmente a los ámbitos del derecho interno y el derecho internacional. La representación que el Estado debe adquirir es una para sí mismo y otra para sus pares o iguales. La maestra Aurora Arnáiz nos explica esta ambivalencia jurídica. “Y así, en el interior, la soberanía consiste en poder obligar a los ciudadanos de un Estado a la conducta determinada por la ley; o aun a crear la ley que obligue a conducta determinada. En el exterior, la soberanía es el derecho al respeto de los demás Estados mediante la independencia, o no dependencia frente a los otros Estados”.⁵⁷

La soberanía es incorporada como característica necesaria de lo que hoy entendemos como Estado. No se puede concebir un

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 109.

⁵⁷ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, 1997, pág. 154.

Estado si no está dotado de soberanía para organizarse por sí mismo. La autonomía de los Estados es resultado del valor de la soberanía, una entidad soberana no se encuentra supeditada por un poder externo. Sin embargo, Jellinek observa a la soberanía como una categoría histórica y por lo tanto no inherente al Estado.

“Esta debatida cuestión sólo puede alcanzar una solución definitiva si se reconoce que la soberanía no es una categoría absoluta, sino una categoría histórica. La exposición de los orígenes de la soberanía muestra de un modo incontestable que Estados de otro tiempo, que hoy consideramos soberanos, no tuvieron realmente ese carácter de soberanos. En la época en que la Iglesia instituía y deponía a los reyes, proclamaba la tregua de Dios, y sin consideración de los límites del Estado ejercitaba su derecho valiéndose de tribunales propios, constituía un poder superior al Estado”.⁵⁸

Podemos añadir que el concepto de soberanía, como hoy lo conocemos, se ha transformado debido al florecimiento de los tratados internacionales y la idea de un poder supraestatal que puede vincular a los Estados partes de un convenio. Los Estados se someten a la jurisdicción de tribunales internacionales, como es el caso de México y otros países, que reconocen la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Corte Penal Internacional. La soberanía en su sentido

⁵⁸ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 442.

tradicional y formador de Estados-nación se transfiere a una dimensión donde el ámbito internacional obliga al reconocimiento de un poder público que rebasa los límites territoriales y culturales de un pueblo, para pasar a normar una colectividad más heterogénea y mundial.

1.3. Fines del Estado

Cualquier objeto creado con funciones debe perseguir un fin. El propósito de una estructura u organización es cumplir cabalmente sus finalidades. El Estado también se traza una misión y es precisamente el asunto más importante para entender los alcances de su poder. La utilidad de una organización política se da con la necesidad de su existencia, para desarrollar esta cuestión, este tema se encuentra vinculado con la justificación del propio Estado. Para Jellinek, el Estado es una corporación territorial que busca fines objetivos. Existe un patrón en la mayoría de los Estados que nos hacen ver metas similares. Hay en el Estado fines particulares, pero se encuentran suscritos a los fines generales. “Es completamente arbitraria la teoría de los fines particulares del Estado, según la cual cada Estado ha tenido, y tendrá fines enteramente privativos que sólo a él corresponden y que habrán de ser condicionantes de su situación histórica”⁵⁹.

Para esclarecer esta situación, la maestra Aurora Arnáiz Amigo realiza una separación de los fines del Estado: fines esenciales y

⁵⁹ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 236.

fines inmanentes. Los primeros descansan en la proyección de las tareas estatales para mantener en orden a la comunidad; los segundos se encaminan a la cuestión de la duración, el mantenimiento y existencia del aparato estatal. Si bien es cierto que en un determinado punto ambos grupos se unen, la distinción sirve para conocer los fines permanentes y temporales del Estado.

“El Estado tiene fines-objetivos esenciales, que llevan a cabo los hombres políticos, ya se denominen gobernantes o gobernados. Se deduce que el Estado es una abstracción que se integra con sus elementos constitutivos de pueblo, territorio, poder político supremo, derecho y fines. Estos fines esenciales son: realizar en el interior el orden y la organización necesarios para que el hombre coexista socialmente con sus semejantes. Y en el exterior ha de proclamar y defender su existencia. La cooperación y la coexistencia son inmanentes, es decir, estrictos, del Estado”.⁶⁰

La clasificación es distinta en el caso de Jellinek, quien aunque observa también una clasificación dual en los fines del Estado, el contexto es distinto al de la doctora Arnáiz. Los fines para él son limitativos y expansivos. Los primeros advierten un óbice que lleva acabo el derecho en su función regulatoria y los segundos implican el radio expansivo que el Estado tiene en su papel de control. En esta cuestión dice Georg Jellinek: “Toda nuestra cultura moderna

⁶⁰ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, 1997, pág. 94.

descansa sobre la afirmación de que los poderes del Estado tienen un límite y de que nosotros no estamos sometidos como esclavos al poder ilimitado”⁶¹. Esta clasificación supone un desarrollo histórico, donde los fines limitativos superan a los expansivos por el triunfo de derecho sobre el poder.

La primera teoría de los fines expansivos del Estado es una de las más remotas: la eudemonista utilitaria. Los conceptos de bienestar y felicidad resultan desde siempre ambiguos, no es posible formularse una noción universalmente válida de lo que representan estas ideas. Lo que ocurre normalmente es la imposición, por parte del Estado, de la idea de bienestar. La segunda es la teoría ética, que es un apéndice axiológico de la teoría eudemonista.

- A. *“Teoría eudemonista utilitaria.* Esta doctrina es la más antigua. Fórmese especulativamente y es de suma claridad para las conciencias ingenuas. Parece evidente desde luego que el bienestar del individuo y de la comunidad sean el objetivo supremo y único de toda organización pública. La antigua doctrina del Estado está edificada sobre la idea del eudemonismo (...) Pero cuando se intenta llevar a la práctica estas ideas, surgen inmediatamente grandes dificultades; porque el concepto del bienestar y el del que le es tan próximo, el de utilidad, a tal punto son susceptibles de interpretaciones varias a causa de su indeterminación,

⁶¹ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 241.

tan fuertemente dependen de las concepciones subjetivas (...) Por eso la doctrina del bienestar ha sido aceptada por quienes han tratado de ampliar ilimitadamente el círculo de actividad del Estado. Ésta es la teoría clásica del Estado-policía y del Estado absoluto.⁶²

- B. *Las teorías éticas.* Muy unido a las anteriores doctrinas están aquellas según la cual el fin del Estado consiste en la realización de la moralidad; considera esta doctrina el bien más próximo como el bien moral. (...) Platón asigna como objetivo al Estado ideal, la realización de la justicia que coincide con la virtud total, y Aristóteles, para quien el Estado ha nacido meramente por la voluntad de los hombres, cree que éste no existe sino para alcanzar un bien, esto es una *eudemonía*, no sólo física sino también moral. Con Hegel ha tenido lugar un renacimiento muy peculiar de estas doctrinas antiguas; este autor explica el Estado como la más alta forma de la moralidad objetiva. Pero la teoría de Hegel es una doctrina metafísica de los fines del Estado".⁶³

Por su parte, la doctrina de los fines limitativos del Estado es un esfuerzo sistemático para frenar los ímpetus del poder estatal. La cuestión resulta relevante, ya que el derecho aparece como un ente que debe dispersarse por todo el aparato estatal. Tapar los vacíos de poder con que el Estado ejerce sus funciones a fin de atar su actuación. Únicamente el Estado está facultado para hacer exclusivamente las atribuciones que la ley le otorga. Éste es el pilar de la construcción moderna del Estado de derecho.

⁶² JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, pág. 244.

⁶³ *Ibid.*, pág. 246.

“En oposición a las doctrinas de que acabamos de hablar, encuéntrense aquellas otras que ponen al Estado, en vista de sus fines, grandes limitaciones respecto del individuo. Tres formas adoptan estas doctrinas: asignan como fin o a la seguridad, o a la libertad, o bien consideran que su fin es el derecho. Las tres forman una, porque la seguridad es el efecto del derecho (...) Pero en los tiempos modernos, la teoría que ha adquirido más importancia es la que considera que el fin único del Estado consiste en la realización del derecho objetivo, del orden jurídico”.⁶⁴

La cuestión a tratar más allá de las clasificaciones de los fines del Estado atendiendo al objeto, es conocer de donde provienen esos afanes para conducir la “voluntad” del Estado. ¿Cuál es el móvil que encamina al Estado hacia una dirección determinada? En una primera inspección, éstos los encontramos entre las cúpulas dirigentes, en la clase política que inexorablemente precipitan el camino de los pueblos y los Estados. Sin embargo, “los fines esenciales e integrales de un Estado determinado forman su acervo doctrinario y pragmático, que se encuentran en los principios políticos y en su organización”⁶⁵. El mapa que sigue el Estado se haya en su ideología, en los principios políticos que mueven la maquinaria con una tendencia particular.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 247.

⁶⁵ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, 1997, pág. 98.

“Los fines políticos del hombre y la comunidad, inmersos en el Estado, trasforman las voluntades políticas individuales en voluntades unificadas, representadas en el derecho y en la autoridad gubernamental. De aquí se deducen dos fines comunitarios que realiza el Estado; la tolerancia (Bodino) y la convivencia entre los individuos y entre los Estados (coexistencia pacífica: Maquiavelo)”.⁶⁶

Ese entrelazado de voluntades unificadas es, en sí mismo, una finalidad del Estado; pues si bien es cierto que la pluralidad y la heterogeneidad de expresiones deben hacer eco en la construcción del Estado, también es necesario alcanzar un mínimo de consenso para lograr los objetivos elementales que nos atañen a todos como: vivienda, educación, seguridad, salud, etc. Aurora Arnáiz asegura, a partir de Hobbes, que el problema se reduce a la voluntad de hombres, que en su conjunto, pueden llegar a resultados efectivos.

“Los fines del Estado, aunque proceden en primera instancia del irracional instinto del hombre por supervivir, se racionalizan en el Derecho positivo de la organización política. El Estado institucionaliza con su poder, el orden y la paz. Y así, el fin de la obediencia, implica la protección (Hobbes). Para este autor, el fin del Estado es su función social. Ni el Estado, ni la sociedad ‘se producen fines’. Tienen funciones que los hombres, gobernantes y gobernados, cumplen”.⁶⁷

⁶⁶ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Op. cit.*, pág. 99.

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 120.

En este punto, Georg Jellinek hace una anotación sobre la influencia temporal de los hombres en el Estado. Es cierto que los fines particulares del Estado se encuentran en función de la época, y en última instancia, de la manera de pensar de los hombres de determinada época. El Estado, sus fines y propósitos, no han sido siempre constantes. Sin embargo, dice Jellinek, hay “fines superiores” que terminan imponiéndose con el paso del tiempo a las ideas y a los hombres de cada siglo. Las necesidades primarias son la aspiración última de los Estados.

“Aquí podría haber la objeción, tan frecuente, de que todo Estado concreto tiene en cada época fines propios, y que éstos son los únicos que tienen significación, pero a los cuales no se les puede abarcar dentro de un nombre común. Por diferentes que puedan ser las acciones humanas y por múltiples formas que sean susceptibles de revestir los fines humanos, siempre puede ser fundida esta variedad de fines en algunos que valgan como superiores y últimos. La mayor parte de las acciones humanas, por confusa que pueda ser la diversidad de fines que inmediatamente se trate de alcanzar; están subordinadas a los fines superiores de conservación de la existencia individual y de felicidad de los mismos individuos”.⁶⁸

La relación individuo-Estado se encuentra, desde el punto de vista de sus fines, en múltiples direcciones. El problema de los fines

⁶⁸ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 237.

del Estado se vincula con los objetivos de la asociación política. Esta asociación política se encuentra dividida en dos campos de actividad: el de los individuos y el del Estado. Sectores que parecen estar en una tensión de intereses. El quehacer del Estado debe estar dirigido primordialmente a uno de los dos. ¿Son el eje de la actividad estatal los individuos o el propio Estado? Este es el panorama que plantea el mexicano Porrúa Pérez desde las explicaciones de Groppali.

“El problema de los fines del Estado, como todos los problemas que se relacionan con los fines de la organización política, (...) es resuelto en distintos sentidos por la doctrina, de acuerdo con las bases filosóficas de los pensadores que se ocupan de los mismos.

En relación con este punto, dice Groppali, existen dos tendencias fundamentales.

1ª La que sostiene que el fin de todo Estado es la conservación y el bienestar de los individuos.

2ª La que afirma que el Estado es el fin y los individuos son el medio”.⁶⁹

De acuerdo con Porrúa ambas posturas son extremas. El Estado no es una entidad subordinada a los individuos, pues el carácter de autoridad de éste se podría en duda. Tampoco el Estado tiene la legitimidad de aplastar la actividad humana y los

⁶⁹ PORRÚA PÉREZ, FRANCISCO. *Teoría del Estado*. Porrúa, 18ª ed., México, 1983, pág. 440.

fines particulares del individuo en beneficio de los intereses estatistas. “Estado y persona humana deben entenderse como valores no colocados en distintos planos, sino coordinados y complementarios”⁷⁰. Por esta razón, el maestro Francisco Porrúa resuelve. “De esta manera rechazamos las dos posiciones expuestas; condenamos por deleznable la primera posición, que subordina totalmente el Estado al servicio de los fines individuales e, igualmente, condenamos la posición totalizadora, que destruye la esfera de los derechos individuales”⁷¹. Porrúa mira los fines del Estado en el desarrollo y cumplimiento del bien común.

“La actividad del Estado tiene por contenido teleológico, según hemos explicado el analizar este elemento, el bien común. Al realizar, al obtener ese bien común por medio del desarrollo de su actividad, el Estado logrará que se perfeccione, que llegue a su meta la personalidad moral de los individuos”.⁷²

Si bien la cuestión de la incidencia en la moral por parte del Estado es cuestionable, pues podría tratarse de una modalidad totalitaria, la idea del bien común es una piedra angular en los fines del Estado. Aquí es donde la importancia de esclarecer este concepto servirá para darnos una mejor opinión del objetivo estatal.

⁷⁰ PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Op. cit.*, pág. 442.

⁷¹ *Idem.*

⁷² *Ibid.*, pág. 443.

Parece que el “bien común” engloba diversas nociones de difícil alcance e interpretación. Porrúa encuentra varios “bienes” entre la interacción sociopolítica. “El bien particular es el que concierne de manera inmediata a cada individuo o grupo. El bien público no sólo comprende a la generación presente, sino incluso a las venidades”⁷³. El bien común resulta una idea amplia y de alcances mayores.

*“Por ellos, para precisar en lo que consiste este fin, debemos distinguir entre ‘bien común’, fin de toda sociedad y ‘bien público’, fin específico de la sociedad estatal. Siempre que los hombres se agrupan socialmente para la obtención de un fin que beneficie a todos, ese fin, al perseguirse precisamente para beneficiar a un conjunto de hombres, es un bien común (...) El Estado también persigue un bien común, un bien que beneficie por entero a todos los que lo componen. Pero por ser una sociedad más amplia, una primera distinción del bien común puede ser esta: bien común particular o bien común público, según que se relacione de manera inmediata con intereses particulares o en el interés público. El bien común perseguido por el Estado es el bien público”*⁷⁴

La concatenación de estos bienes hace pensar en un bien supremo que sea el verdadero baluarte de la organización política. Los esfuerzos orientados hacia el bien común son enormes, si pensamos en éste como la piedra angular de las aspiraciones del

⁷³ *Ibid.*, pág. 278.

⁷⁴ *Ibid.*, pág. 277.

Estado. Peter Häberle vislumbra un momento en el porvenir, donde los fines de los Estados constitucionales se fundirán en uno. La gran comunidad se concentrará en aspectos definidos. “Nos atrevemos a afirmar que los diversos Estados constitucionales no existen más ‘para sí’, sino que de entrada constituyen una comunidad universal abierta. La referencia al mundo y a sus semejantes en dicho mundo (la humanidad) es un pedazo de su noción de sí mismos, ya sea que se manifieste en forma de referencia a principios generales del derecho o a la internalización de derechos humanos universales”⁷⁵.

Lo que persigue un Estado es difícil de observar si pensamos al Estado como una estructura que junta todas las voluntades de los ciudadanos, más aún si creemos en un gran contrato que establece sus directrices en relación con la voluntad general. Es decir, ¿cómo podemos conocer la voluntad general o popular?, ¿a través de qué medios se manifiesta? El Estado puede poseer fines específicos que se ven traducidos en políticas públicas aunque éstas puedan variar entre cada gobierno o administración; lo cierto es que los objetivos de un Estado siempre serán establecidos por los hombres.

⁷⁵ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2003, pág. 75.

De ahí que la ética e ideología de los gobernantes sea fundamental para saber hacia dónde se dirige la maquinaria estatal.

Los fines que pueden perseguir los Estados constituyen un abanico de posibilidades. No se sabe ciertamente los casos particulares en los que un Estado busca crear una noción de bien común, y si ésta, no se contrapone con otro significado distinto del mismo término. Lo cierto es que existe una finalidad superior que se traduce en la sobrevivencia del Estado. Garantizar la existencia del aparato estatal y sus instituciones es de suma importancia. La primera obligación del Estado es sustentarse; sostener su soberanía; mantener su vigencia coactiva y su aparato jurídico. En el Estado de excepción, la existencia del Estado se cuestiona, pues tiene que desarmarse para operar mayoritariamente con el poder. El Estado de derecho o el Estado constitucional, en términos de Häberle, se ven interrumpidos para levantar un Estado de fuerza excepcional, que confrontará la fuerza de la circunstancia emergente.

Capítulo Segundo

Aproximación y delimitación de conceptos

2. 1. Noción de Estado de excepción y otras denominaciones

Tratar el tema del Estado de excepción, en un espectro amplio, lleva consigo la opinión de muchos juristas, sociólogo, politólogos y filósofos. El campo de su estudio es difícil de delimitar a unas cuantas disciplinas, claro está, que para los fines de la presente investigación, no es posible adentrarnos en un caleidoscopio y sólo podremos abordar el tópico desde una o dos visiones. Sin embargo, no debemos creer que este tema se agota con un tratamiento, por eso nos empeñamos en mostrar otra óptica del Estado de excepción. Las causas del Estado de excepción, su delimitación material, territorial y temporal las trataremos más adelante, así como la tipología de los diversos Estados de excepción.

El estudio del Estado, según Jellinek, implica un análisis bifurcado de la materia. El jurista alemán hablaba sobre los distintos modos de cómo puede conocerse el Estado. Esta estructura titánica de los hombres podía estudiarse bajo la óptica político-sociológica o la óptica jurídica. Es decir, tomándolo como un fenómeno social o

como un sujeto de derecho⁷⁶. El Estado entonces, se muestra con dos sedimentos, uno vinculado con el aspecto de poder y fuerza (político); y otro relacionado con el aspecto de competencia y límite (jurídico). Estos dos materiales se desarrollan en tensión. De esta forma, los órganos del Estado se encuentran dotados de poder y coerción, pero su uso se haya delimitado en el derecho positivo vigente. Tanto el sedimento jurídico como el político se manifiestan en una coordinación institucional. Uno es la variante del otro. Mientras el poder sea expresado a través de las instituciones estatales, siempre estará en el marco de legalidad que todo Estado democrático supone. La idea de enfrentarnos a un Estado excepcional, desajusta el acoplamiento de estos dos elementos, puesto que total o parcialmente se suspende el imperio de la ley para liberar ese aspecto de poder y fuerza en beneficio de la permanencia del propio Estado.

La actuación del Estado sólo es posible mediante la existencia de órganos, sin ellos, el Estado se recrea sólo en el plano de las ideas. Carecería de un poder efectivo, ya que las consecuencias de su desarrollo no serían palpables para los gobernados. En la

⁷⁶ Cfr. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, Capítulo VI De la Naturaleza del Estado (I. Distintos modos como puede conocerse el Estado).

excepción, el diseño constitucional del Estado se modifica por las condiciones de la vida pública que exigen esa alteración. Si bien la competencia de los órganos estatales es fundamental para crear la certidumbre en los gobernados, aquí las facultades en el *status* de armonía Estado-individuos sufren un desperfecto que a la postre ocasionará una delegación de poderes dentro del diseño constitucional, trayendo como consecuencia el desequilibrio de poderes. Aquí es donde localizamos esa “mala jugada”⁷⁷ hacia los juristas, de la que habló Mario de la Cueva hace ya más de medio siglo, puesto que el Estado de excepción escapa a la normatividad y se centra en el hecho social. Los peligros emergen por el objeto en cuestión, lo cualitativo del Estado en cuanto que su poder es supremo y su voluntad soberana. Para evitar precisamente estos riesgos que corren las instituciones durante la excepción, se propone en nuestro país a través de la publicación de la minuta del Senado el 9 de abril del 2010, una reforma integral a la Constitución en materia de derechos humanos, incluyendo al artículo 29, donde entre otras cosas, se evitarían esas “malas jugadas” de las que se hablaron en 1945. En este proyecto de reforma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estaría obligada a revisar y pronunciarse

⁷⁷ Vid. AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*. Facultad de derecho UNAM, México, 2006, pág. 3.

inmediatamente sobre los decretos del Ejecutivo durante la suspensión de garantías a fin de que éstos se apeguen a la constitucionalidad y al derecho internacional en materia de derechos humanos. Esto se revisará más adelante.

Volviendo a lo anterior, el Estado posee un valor categórico y perpetuo en el desarrollo cultural. A la par de la formación de las grandes civilizaciones, de las ideas y de los descubrimientos tecnológicos; la maquinaria del Estado se fue adaptando a dichos cambios. No es una invención libre de los hombres, sino que éste es resultado de fuerzas sociales y procesos históricos. Si hablamos de un Estado de excepción, estamos estudiando un Estado anómalo, un Estado defectuoso, quizás enfermo en términos médicos, o posiblemente, un Estado insólito, ya que las variaciones lo pueden transformar en un ente más poderoso y colosal.

Para construir una noción del fenómeno jurídico-político que entraña la figura del Estado de excepción, es preciso buscar los cauces que le dan vida. No es posible atender este problema sólo desde un enfoque porque nuestra visión del tema resultaría parcial. Exige el acercamiento a disciplinas filosóficas y políticas a parte de las explicaciones jurídicas sobre el tópico. Debido a estos ejes multidisciplinarios, la exposición del Estado de excepción como

noción general se dará a partir de una explicación tendiente a la Filosofía del Derecho y Teoría Política, y otra tendiente a la técnica jurídica y la Teoría del Derecho. El Estado de excepción involucra todos estos aspectos y quizás más, hasta la propia denominación de esta figura depende de las relaciones sociales y los sistemas jurídicos a tratar. Cabe mencionar la salvaguarda que hace Leonardo Despouy al respecto de la terminología de “Estado de excepción”:

“Se utiliza la expresión ‘estado de excepción’ por su precisión jurídica y su empleo corriente en la ciencia jurídica contemporánea. Además dicha expresión abarca el conjunto de situaciones cubiertas por los términos ‘estado de emergencia’, ‘estado de sitio’, ‘estado de urgencia’, ‘estado de alarma’, ‘estado de prevención’, ‘estado de guerra interna’, ‘suspensión de garantías’, ‘ley marcial’, ‘poderes de crisis’, ‘poderes especiales’, ‘toque de queda’, etcétera. Incluye también, todas aquellas medidas adoptadas por los gobiernos que impliquen mayores restricciones al ejercicio de los derechos humanos de las que regularmente se autorizan en situaciones ordinarias”.⁷⁸

Como nuestro objetivo no es el estudio particular en una nación sino un entendimiento monográfico del Estado de excepción, aglutinaremos algunos conceptos y apreciaciones hechos por estudiosos del tema.

⁷⁸ DESPOUY, Leandro. *Los derechos humanos y los estados de excepción*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, pág. 12.

Para entender los sistemas constitucionales contemporáneos, es necesario comprender las áreas limítrofes que los propios textos constitucionales han creado para salvaguardarse en momentos de contingencias, de los escenarios que escapan a la normal regulación de las instituciones y las leyes. El jurista Carlos Sánchez Viamonte habla de “brechas del constitucionalismo” para explicar este fenómeno donde el texto constitucional sufre una fisura para que se desarrolle el Estado de sitio, como él lo nombra, o el Estado de excepción de acuerdo al término que nosotros hemos optado. A través de esta abertura que experimenta el constitucionalismo, se suspenden momentáneamente la vigencia de la Constitución, pero con el fin de crear una acción directa contra las circunstancias que amenazan la vida del Estado. Las brechas del constitucionalismo se desarrollan desde el inicio de la formación del Estado.

“Estos estados de guerra transitorios, pero ubicados en la entraña misma del movimiento revolucionario que daba origen al Estado de derecho y al constitucionalismo, trajeron como consecuencia fatal la necesidad de abrir brechas al orden jurídico, para permitir una acción defensiva de las conquistas en vías de realización. Esa acción debió también ser necesariamente ofensiva contra el enemigo que era indispensable eliminar o, por lo

menos, anular, porque de ese triunfo material dependía la consagración y estabilización de aquellas conquistas institucionales”.⁷⁹

De acuerdo con la explicación histórica que da Sánchez Viamonte, la suspensión de vigencia entre los sistemas jurídicos clásicos era una cuestión permitida y aceptada por las vías institucionales. En Grecia no existía propiamente dicho un derecho excepcional, pero sí se encontraban acciones para declarar la inconstitucionalidad de una disposición.

“En el ordenamiento jurídico ateniense no encontramos nada que autorice la interrupción de su vigencia. Ni siquiera el pueblo reunido en asamblea (*ecclesia*) podía modificar el derecho, si no lo hacía con rigurosa observancia de las formas y procedimientos establecidos; aún así, la ley que sancionase podía ser atacada de inconstitucionalidad, mediante la acción que, dentro del término de un año, se podía entablar contra su autor (*graphe paranomon*)”.⁸⁰

En el Derecho romano, existían figuras como el *legibus solvere* y el *consultus ultimum*.

“Entre los romanos, también era respetado el orden jurídico existente, no obstante que, en casos extremos, cuando la demagogia lo asediaba, el Senado adoptaba, como

⁷⁹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Editorial Perrot, Argentina, 1957, pág, VII.

⁸⁰ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Op. cit.* pág, XXI.

medios de defensa extraordinaria, la dispensa de las leyes (*legibus solvere*), en casos particulares, o el *senatus consultus ultimum* (*sic*), o sea una decisión por la cual se reunían en manos de la autoridad ejecutiva todos los poderes de la república, hasta que pasara el peligro o la situación de fuerza”.⁸¹

Siguiendo a Carl J. Friedrich, el argentino Carlos Sánchez Viamonte recuerda algunas medidas de la antigüedad y la época medieval donde se daba la concentración de poderes en la figura del Ejecutivo, no es casual que haya sido un poder unipersonal, puesto que concentrar facultades en un órgano colegiado como una asamblea o el senado hubiera traído lentitud en la toma de decisiones y el ataque frontal a la emergencia. En tiempos de inestabilidad la celeridad es básica para llegar a resultados satisfactorios. Las figuras del comisario medieval y la dictadura romana son un ejemplo:

“El comisario. El orden constitucional medieval conocía ya métodos semejantes, pero los príncipes acabaron por conseguir transformándolos en instrumentos para la destrucción del propio constitucionalismo medieval. ¿Cómo se consiguió este resultado? Esencialmente, mediante la institución de los comisarios extraordinarios *-commissarii-* a quienes los príncipes, siguiendo el precedente papal, nombraron en ejercicio de su plena autoridad (*plenitudo potestatis*). Se consideraba como parte de la prerrogativa regia determinar cuándo una situación excepcional requería medidas excepcionales. Así, en

⁸¹ *Idem.*

lugar de los funcionarios normales, con esferas de jurisdicción, definidas jurídicamente, aparecen delegados, con nombramientos del monarca, que, basados en instrucciones especiales, deben resolver situaciones particulares.

En la República Romana, la dictadura fue durante varios siglos un baluarte del gobierno republicano, y no condujo a una usurpación de poderes. Las condiciones de este estado de cosas parecen haber sido esencialmente cuatro. En primer lugar, el nombramiento de dictador se hacía con arreglo a formas constitucionales precisas. En segundo término, el propio dictador no podía declarar a su arbitrio la existencia de la situación extraordinaria. Una tercera condición, de gran importancia, era la estricta limitación de tiempo impuesta al dictador para la realización de su tarea, plazo que no podía exceder nunca de seis meses. Por último, la dictadura se instituía siempre en defensa del orden constitucional existente, y nunca con vistas a destruirlo (como ocurrió con César)".⁸²

Para el jurista argentino, el Estado de sitio es una institución constitucional y propia de las leyes del estado civil, esta figura se halla dentro del orden jurídico preexistente. El Estado de excepción es una hipótesis descrita por las leyes constitucionales y aunque dé cabida a una normatividad distinta a la original en los fines de la Constitución, esa brecha no implica la recisión de todo el aparato legal de una nación, sino sólo la vigencia de medidas excepcionales para tiempos excepcionales. El Estado de sitio es superior al estado de arbitrariedad de tipo guerrero, conocido como la ley marcial, porque en el Estado de sitio subsiste la ley civil. El estado natural y

⁸² SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Op. cit.*, pág, XIV.

el salvajismo que se puede desarrollar en un imperio bélico quizás sea el antecedente del Estado de sitio, pero éste evolucionó y se trasladó de esa posición de arbitrariedad castrense, con su grado de violencia, hacia una posición de civilidad y derecho. Así nos explica la evolución el propio Viamonte.

“La institución del estado de sitio evoluciona desde su remoto y vago origen, puramente guerrero, hacia su definitiva configuración de carácter puramente civil. Puede decirse que nació como producto de una situación de conflicto entre las exigencias de la guerra y las ventajas pacíficas del orden jurídico impuesto a gobernados y gobernantes. Ya en Roma tuvo ese carácter la dictadura, como una excepción justificada dentro de cierto tiempo, determinado rigurosamente. Algo aconteció en Francia en el año 1791. Allí nace el estado de sitio como institución de gobierno civil dentro del orden constitucional y en presencia de un peligro exterior inminente”.⁸³

Por su lado, el jurista Eduardo Gregorini Clusellas parte de un presupuesto de convivencia para entender las desviaciones del Estado. La idea en el liberalismo clásico donde existe una oposición continua del individuo frente al Estado, por ser éste último, un peligro para los hombres, no es compartida por el argentino. Eduardo Gregorini cimienta su teoría en una relación armónica entre individuo-Estado. “La relación individuo-Estado no es en

⁸³ *Ibid.*, pág. VII.

definitiva otra cosa que una relación particular entre los seres humanos esencialmente iguales entre sí, que conviviendo en funciones supuestamente alternadas, unos desde el poder y otros desde el llano, deberán concurrir al objetivo común de bienestar general”.⁸⁴ La relación nos remite a una distribución equilibrada de valores, donde el compromiso entre gobernantes y gobernadores alcanza una madurez política para calibrar las fuerzas y los límites del aparato estatal, a fin de encaminar los esfuerzos hacia un objetivo general.

Sin embargo, Gregorino reconoce que esta relación no siempre se da en la sociedad, puesto que existen ciertos mecanismos y poderes que alteran este orden. Uno de ellos es el Estado de excepción, que en su libro es tratado como Estado de emergencia. Él marca diversas emergencias que padecen los Estados en todo tiempo y lugar, hace una analogía de estos malestares con los de un organismo natural, acercándose a una visión del Estado como entidad viva y susceptible de sufrir afecciones. Nos dice: “Si los organismos vivientes se hallan inermes ante las agresiones patológicas o físicas, pueden enfermar o perecer, e igualmente las instituciones sometidas a embates internos o externos que las

⁸⁴ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*. Ediciones DePalma, Argentina, 1987 p. 4.

encuentren carentes de protección suficiente, pueden sufrir situaciones de crisis muchas veces capaces de jaquear la continuidad del sistema”.⁸⁵

Entendiendo los males de los que puede dolerse el Estado, las propias Constituciones admiten medidas desmesuradas para contrarrestarlos. El instituto de Estado de emergencia o excepción es el más común en los ordenamientos jurídicos del mundo, pero Gregorini nos advierte de la ambivalencia en su uso.

“Este instituto, que es una verdadera arma jurídica, puede ser utilizado en legítima defensa, que es su fin natural, o como medio de agresión desvirtuando su esencia, y como toda arma, su mal uso muchas veces la ha vuelto contra quienes así la esgrimieron. Cuando opera como factor defensivo, los valores en juego son la seguridad colectiva y la existencia misma de las instituciones de la República, y cuando lo hace como herramienta de agresión se comprometen valores tales como la libertad y la dignidad del ser humano”.⁸⁶

La desvirtuación del institución de emergencia es el arma que apunta contra su propio poseedor, acarrea problemas profundos en los regímenes que suponen un respeto y una garantía de los derechos fundamentales, además de que el Estado mantiene un poder supremo con límites cada vez más ambiguos. Por eso es

⁸⁵ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Op. cit.*, pág. 27.

⁸⁶ *Ibid*, pág. 3.

contrario este tipo de Estado hiperbólico al Estado de derecho, que lo define Gregorini Clusellas como “un modo de ser del Estado en que el imperio de la ley sustituye al de la voluntad de quien ocasionalmente manda, y donde el propio Estado queda sometido a las normas que él ha generado”⁸⁷.

Para él no existe una teoría expansiva de los fines del Estado; asegura categóricamente que “fines serán sólo los del hombre y el Estado siempre será el medio”⁸⁸. De acuerdo con el pensamiento del estudioso argentino, en nuestro planeta se polariza la división entre aquellos para quienes los hombres son el eje de la vida estatal y aquellos para quienes el individuo es una pieza del aparato estatal que puede ser sacrificada en favor de la voluntad pública. “En esta última corriente conceptual nos encontramos con que para Marx la libertad no es más que un ‘prejuicio burgués’ y resulta una concesión condicionada que el Estado hace a los ciudadano. Para otro exponente de esta misma concepción, Benito Mussolini, la definición resulta de su expresión: ‘Todo en el Estado, todo por el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado’ ”⁸⁹.

⁸⁷ *Ibid.*, pág 6.

⁸⁸ *Ibid.*, pág 7.

⁸⁹ *Ibid.*, pág. 12.

Notoria también es la visión del poder en Gregorini Clusellas, aparte de estudiar su noción como potestad o atribución dada al príncipe o al gobernante, el autor indaga a través de Karl Löwenstein sobre las condiciones psicológicas de una persona dotada de poder por un cargo público.

“Hay un elemento adicional a tener en cuenta, y es la característica propia del poder que se denomina ‘carácter demoníaco’, que aparece y se manifiesta con la ilimitación de él. Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento. El poder lleva en sí mismo un estigma y sólo los santos entre los detentadores del poder -¿y dónde se pueden encontrar?- son capaces de resistir a la tentación de abusar. En nuestra exposición ha sido hasta ahora usado el concepto poder para designar un elemento objetivo del acontecer político sin ninguna cualificación ética; sin embargo, el poder incontrolado es por su propia naturaleza malo”.⁹⁰

Para resistir este poder exacerbado, los cauces institucionales contienen medidas jurídicas para afrontarlo. No en balde una de las dimensiones más importantes del derecho, aparte de su función regulatoria, es la de permanecer como límite al actuar del soberano. Debido a esto, Gregorini contempla como *ultima ratio* a las formas de actuación colectiva. Figuras como la resistencia y la oposición

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 15.

civil son fundamentales políticamente para establecer un óbice ciudadano a las disposiciones tiránicas, que pueden emerger en un Estado de excepción. “Aun el supuesto mismo de la resistencia a la opresión tiene cabida dentro de los carriles que el sistema permite, el que en última instancia, cuando las vías propias de la división de poderes orgánica son renuentes a actuar, reconoce en el pluralismo social recursos extremos de acción cuasidirectos, como son distintas formas de expresión, de reunión, de petición, de huelga, de abstenciones masivas y de presión”⁹¹.

Eduardo Gregorino llama a un compromiso social ante las emergencias. Lo que se requiere para afrontar una situación excepcional es un nuevo pacto entre gobernantes y gobernados, a fin de superar la incertidumbre y volver a esa situación armónica en la relación individuo-Estado. Para enfrentar cualquier crisis que vulnere las estructuras del Estado, se requiere necesariamente un basamento ético-cultural por parte de la población y la autoridad. “El acierto o desacierto en el modo que cada comunidad encara sus emergencias institucionales requiere una doble idoneidad cultural, tanto por parte de quienes ejercen el poder como de sus destinatarios. Los pueblos como las personas demuestran su

⁹¹ *Ibid.*, pág. 31.

solidez de criterio en los momentos de prueba, que es cuando más fácilmente se desvía el rumbo”⁹².

Uno de las visiones más genuinas del Estado de excepción, que se ha dado en los últimos años, es sin duda la del filósofo y jurista italiano Giorgio Agamben, quien ha hablado de temas tan diversos como la literatura, la muerte y *el hombre sin contenido*. La grandeza de este pensador radica en el dominio de varias materias, en los vasos comunicantes que construye a partir de la literatura y la filosofía con otras disciplinas. En este caso en particular, con el Derecho y la Teoría del Estado. Él percibe al fenómeno del Estado de excepción como un “umbral de indeterminación” entre democracia y absolutismo, entre hecho y derecho, breve pero capaz de atravesar al mundo con sus puertas de fierro. Nos explica al inicio de la obra al respecto de la metáfora de Estado de excepción: “es esta tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida”⁹³. En su estudio, Agamben parte de la idea generalizada de que esta institución acarrea una suspensión del orden jurídico cotidiano, pero con una implicación paradójica, el Estado de excepción se da cuando la fuerza voltea en

⁹² *Ibid.*, pág. 34.

⁹³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo editora, 3ª ed., Argentina, 2007, pág 24.

dirección contraria al propio derecho, es decir, la incapacidad de éste último para encerrar a la indomita política. El hecho es superior al derecho.

“Si lo propio del estado de excepción es una suspensión (total o parcial) del ordenamiento jurídico, ¿cómo puede tal suspensión estar comprendida en el orden legal? ¿Cómo puede una anomía estar inscrita en el orden jurídico? Y si el estado de excepción es, en cambio, solamente una situación de facto, y como tal extraña o contraria a la ley, ¿cómo es posible que el ordenamiento contenga una laguna precisamente en lo que concierne a la situación decisiva? ¿Y cuál es el sentido de esta laguna?”⁹⁴.

De acuerdo con el iusfilósofo, el Estado de excepción es un tema espinoso y de substancia mutable, pero indica que no siempre ha sido soslayado por los teóricos “El intento más riguroso. De construir una teoría del estado de excepción es obra de Carl Schmitt”⁹⁵. La obra *La dictadura* es un acercamiento interesante a este tema, no sólo por las concepciones dualistas de la dictadura comisarial y soberana en el pensamiento schmittiano, sino por imaginar la maquinaria jurídica con una serie de flexiones, enfrentamientos y rechazos en un cuerpo aparentemente sistemático. Lo caótico entre la norma y su aplicación.

⁹⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Op. cit.*, pág. 59.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 71.

“El Estado de excepción separa, de este modo, la norma de su aplicación, para hacer que esta última sea posible. Introduce en el derecho una zona de anomia para hacer posible la normación efectiva de lo real. Podemos entonces definir el estado de excepción en la doctrina schmittiana como un lugar en el cual la oposición entre la norma y su actuación alcanza la máxima intensidad. Es un cambio de tensiones jurídicas en el cual un mínimo de vigencia formal coincide con un máximo de aplicación real, y viceversa”⁹⁶.

El elemento peculiar para llevar acabo la anomia del Estado de excepción es la “fuerza de ley”, una condición necesaria para la autoridad excepcional. Normalmente la fuerza de ley se encuentra vinculada a la ley, es decir, a su característica de coercitividad. En la emergencia existe un distanciamiento y hasta un desfase entre ambas. “fuerza de ley’ se refiere, en tanto en la doctrina moderna como en la antigua, no a la ley, sino a aquellos decretos –que poseen, precisamente, como se dice, fuerza de ley- que el poder ejecutivo puede estar autorizado en algunos casos –y particularmente, en el estado de excepción- a emanar”⁹⁷, como es el caso mexicano en el artículo 29 de la Constitución Política, donde se faculta al Ejecutivo a expedir “disposiciones necesarias para atender el Estado de emergencia”.

⁹⁶ *Ibid.*, pág. 77.

⁹⁷ *Ibid.*, pág. 79.

También es cierto que ésta no es la única consecuencia del fenómeno excepcional, pues la división clásica de poderes sufre una modificación sustancial; quizás tan honda para pensar en el levantamiento de un nuevo sistema de poderes, determinado por el propio hecho anormal. Giorgio Agamben admite que existe una confusión en las emisiones normativas de los órganos de gobierno, entre actos del poder ejecutivo y del poder legislativo, pero esto constituye parte de los rasgos del Estado de excepción. En su opinión, “la contribución específica del estado de excepción no es tanto la confusión de los poderes, sobre la cual se ha insistido ya suficientemente, sino el aislamiento de la ‘fuerza de ley’ de la ley”⁹⁸.

Teniendo en cuenta esta preponderancia en la conceptualización del Estado de excepción, Giorgio Agamben construye una definición valiéndose de un elemento visual. La anulación de la ley a través de unas líneas no es un motivo caprichoso y extravagante, sino una forma de enrarecer al discurso jurídico, trayendo un elemento ajeno a su lenguaje de puntuación. “El Estado de excepción es un espacio anómico en el que se pone en juego una fuerza-de-ley (que se debería, por lo tanto, escribir: fuerza de ley): Una “fuerza de ley” semejante, en la cual la potencia

⁹⁸ *Ibid.*, pág. 80.

y el acto son separados radicalmente, es ciertamente algo así como un elemento místico o, sobre todo, una *fictio* a través de la cual el derecho busca anexarse la propia anomia⁹⁹”.

El pensador italiano pone en relieve los matices y modalidades que encarna la idea del Estado de excepción, desde el manejo del *iustitium* que literalmente significa la “interrupción o la suspensión del derecho” y el intento desmedido de los juristas por convertir lo que se encuentra fuera del derecho en algo con apariencia legal; lo que escapa a toda definición jurídica. Si se encontrara algo jurídico en el Estado de excepción sólo lo encontraríamos en la superficie, porque el fondo es una estructura de poder sin ningún parámetro o medida. Agamben piensa que el Estado de excepción no es una institución jurídica como tal, y por lo tanto, no puede ser conocida sólo por instrumentos jurídicos. La figura a la que nos enfrentamos es un vacío o un paréntesis del derecho. “La tarea esencial de una teoría no es la de aclarar al menos la naturaleza jurídica del estado de excepción, sino sobre todo la de definir el sentido, el lugar y los modos de su relación con el derecho”¹⁰⁰.

Uno de los problemas para llevar a cabo un estudio de este tipo, es la dificultad de conocer con exactitud el Estado de excepción en

⁹⁹ *Ibid.*, pág. 81.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pág. 101.

un tiempo y lugar determinado, debido a la cantidad innumerable de declaraciones de regímenes excepcionales y su encubrimiento por parte de los gobernantes. El poder y el derecho en el Estado de excepción se enfrentan o, por lo menos, su relación se ve minada. “El origen de este problema se encuentra en la difícil y traumática relación entre poder y derecho, tema que nos obligaría a una consideración filosófica, histórica, sociológica y politológica”¹⁰¹.

Una de las preocupaciones de los juristas ha sido incorporar una teoría del Estado de excepción a la doctrina del derecho, teniendo en cuenta las hipótesis normativas, los principios aplicables y la clasificación de los regímenes de excepción. Esta gran empresa sistemática y racional es una ocupación constante en la mente de los estudiosos. Se podría afirmar que ya existen intentos y logros en este campo. La delimitación del objeto de estudio es imprescindible para explicar y comprender el tema, de allí partimos, que doctrinalmente se habla de tres tipos de delimitaciones: (I) material, (II) temporal y (III) geográfica (territorial). En un estudio sobre el constitucionalismo comparado,

¹⁰¹ HERNÁNDEZ, Antonio María. *Las emergencias y el orden constitucional*. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas - Culzoni Editores, 2ª ed., México, 2003, pág. 8.

principalmente en América latina, Daniel Zovatto nos dice sobre la primera:

(I) material

“Tres son las causas, generalmente aceptada por la doctrina, que pueden llevar a la declaración de un estado de excepción:

(i) Crisis políticas de carácter grave, que pongan en peligro la vida de la nación, producto de un conflicto armado –internacional o interno-, o como consecuencia de situaciones de disturbios interiores y tensiones internas; (ii) Casos de fuerza mayor (diversos cataclismos); y (iii) Diversas circunstancias económicas relacionadas con el subdesarrollo”.¹⁰²

Teniendo en cuenta la dificultad de precisar la primera causa, hace una subdivisión de la causal “crisis política de carácter grave”, debido a que ésta puede obedecer a diversos motivos.

“(i) Conflicto armado de carácter internacional; (ii) Guerra de liberación nacional; (iii) Conflicto armado de carácter no internacional, (iv) Situaciones de disturbios o tensiones internas”.¹⁰³

Respecto a las causales (II) temporal y (III) territorial, éstas complementan a la material puesto que extienden el sentido de la

¹⁰² ZOVATTO G. Daniel. *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humano - Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, 1990, pág. 40.

¹⁰³ ZOVATTO G. Daniel. *Op. Cit.*, pág. 41.

materia del Estado de excepción hacia una dimensión espacial o geográfica y hacia una dimensión eventual o transitoria. La delimitación territorial (III) involucra dos posibilidades. 1) Que el Estado de excepción rijan en todo un territorio nacional y 2) Que el Estado de excepción sólo rijan en un determinado lugar, punto, estado o provincia de un país. La elección de cualquiera de las dos está limitada en el modo propio de la emergencia y en la causa que le dio origen.

De acuerdo con estas tres causales, en nuestro artículo 29 constitucional la delimitación material se entiende como *“los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto”*, en cuanto a la delimitación temporal sólo se hace mención que la suspensión de garantías deberá hacerse de manera rápida y fácil por *“tiempo limitado”*. El aspecto territorial se vincula con el siguiente fragmento del artículo: *“(la autoridad) podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación”*.

Por otro lado, la delimitación temporal sólo se encuentra supeditada por la finalidad del Estado de excepción, es decir, hasta que la emergencia o la anomia hayan cesado y se tenga un control

habitual sobre las instituciones constitucionales. Así nos explica Carlos Sánchez Viamonte parafraseando su legislación nacional. “El estado de sitio tiene por finalidad restablecer el orden perturbado en uno o varios puntos del territorio nacional, afectados por ataque exterior o conmoción interior de tal gravedad que puedan destruir el imperio de la Constitución o la estabilidad de las autoridades creadas por ella”¹⁰⁴.

El jurista argentino Leandro Despouy sostiene la necesidad de crear principios que regulen los Estados de excepción, en su visión, éstos son una serie de requisitos que los Estados excepcionales están obligados a juntar para que su regulación sea conforme a los requerimientos de las normas internacionales y su comunidad. La idea principal es crear una dogmática jurídica que se pueda aplicar a los Estados de excepción y, que a través de ella, se logre sortear la emergencia sin dañar la capa constitucional del país ni pasar por los derechos de la ciudadanía: dotar de certidumbre jurídica a un hecho incierto como la emergencia y su duración. Dichos principios son:

A) Principio de legalidad

¹⁰⁴ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Op. Cit.*, pág.57.

“Consustancial a la naturaleza de instituciones del Estado de derecho que reviste el estado de excepción, este requisito indica:

-La necesidad preexistente de normas que lo regulan;

-La existencia de mecanismos de control, tanto internos como internacionales, que verifican su conformidad a las mismas”.¹⁰⁵

Está cuestión se observa de manifiesto en nuestro sistema jurídico mexicano, donde la “suspensión de garantías”, se debe hacer conforme a lo dispuesto en el artículo 29 constitucional, norma preexistente a cualquier emergencia eventual, además de debe realizarse por medio de “prevenciones generales”.

B) Principio de proclamación

“Se trata de un requisito de forma, consistente en la necesidad de que la entrada en vigor del estado de excepción vaya precedida de una medida de publicidad, bajo la forma de declaración oficial. Es inherente a la forma republicana (*res publica*) de gobierno y tiende a evitar los estados de excepción de facto. El significado de la proclamación es asegurar que la población afectada tenga exacto conocimiento de la amplitud material, territorial y temporal de la aplicación de las medidas de emergencia y su impacto en el goce de los derechos humanos”.¹⁰⁶

En nuestro sistema jurídico mexicano, la declaratoria de suspensión de garantías es un acto de colaboración entre los poderes ejecutivo y legislativo, dado a conocer a través de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

¹⁰⁵ DESPOUY, Leandro. *Los derechos fundamentales y los Estados de excepción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999, pág. 25.

¹⁰⁶ DESPOUY, Leandro. *Op. Cit.*, pág. 26.

C) Principio de notificación

“A diferencia de la proclamación, que en tanto medida de publicidad está dirigida fundamentalmente a informar a la comunidad del país, la notificación tiene como ámbito específico la comunidad internacional. Los destinatarios son: Los otros Estados Partes, tratándose de un convenio; el conjunto de los Estados Miembros de las Naciones Unidas”.¹⁰⁷

Este principio también se encuentra plasmado en el derecho internacional público. Para los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existe la obligación de informar la medida adoptada de suspensión de derechos; esto de acuerdo al párrafo 3 del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dice a la letra: *“Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”*.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pág., 29.

Los siguientes principios buscan, además de crear certeza jurídica, la regulación misma del Estado de excepción, limitando su actuación en tiempo y forma. El motivo es ajustar las facultades excepcionales y graduar su impacto en el diseño constitucional.

D) Principio de temporalidad

“La enunciación de este principio, implícito en la naturaleza misma del estado de excepción, apunta fundamentalmente a señalar su necesaria limitación en el tiempo y evitar así la indebida prolongación del mismo. El artículo 27 de la Convención Americana lo consagra expresamente al señalar que las medidas que se adopten deben serlo ‘por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación’ ”.¹⁰⁸

Este principio se hace evidente en la disposición, dentro mismo artículo 29 constitucional, de que la suspensión de garantías por parte del Ejecutivo “*deberá hacerlo por un tiempo limitado*”, sólo durante el periodo en el que se hace frente a la situación excepcional.

E) Principio de amenaza excepcional

“Este principio define la naturaleza del peligro y se refiere a los a los presupuestos de hecho (conmoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales o generadas por el hombre, etcétera) que conforman el concepto de ‘circunstancias excepcionales’ ”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ *Ibid.*, pág., 32.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pág., 34.

En lo relativo, el artículo 29 de nuestra Constitución Nacional dice: “*En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, (...) podrá suspender (...) las garantías*”. Aquí se muestran las causas de la medida de emergencia.

F) Principio de proporcionalidad

“Este requisito apunta a la necesaria adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis. Enunciado de manera similar tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Europea y la Convención Americana, implica que las restricciones o suspensiones lo sean ‘en la medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación’. Este principio, al igual que su fundamento –la legítima defensa- supone la existencia de un peligro inminente y exige una relación de adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo. A su vez, éstos para ser legítimos, deberán ser proporcionales a la gravedad del peligro. De manera tal, que todo exceso en el empleo de los medios convierte en ilegítima ‘la defensa’, la que se transforma así en agresión”.¹¹⁰

De acuerdo con la normatividad internacional, el párrafo 1 del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dice al respecto en relación con este principio: “*En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar*

¹¹⁰ *Ibid.*, pág., 38.

disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención". Por su parte, el párrafo 1 del artículo 4 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos establece: *"En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional"*. De este modo se muestra la cobertura de este principio por la comunidad internacional y la legislación supranacional.

En lo concerniente a este principio, nuestra Constitución General nos menciona en su artículo 29, que las garantías que se suspendan sólo serán las que *"fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación"*.

El siguiente principio no va dirigido a la potestad que ejerce el Estado de excepción, sino que es precisamente una medida para

proteger a las minorías, que a causa de las medidas excepcionales pueden sufrir un abuso de la autoridad encaminado a menguar a un sector social opositor y no a atacar la crisis.

G) Principio de no discriminación

“El artículo 27 de la Convención Americana, al igual que el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exige que las restricciones impuestas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Obviamente la palabra “únicamente” tiende a acentuar el móvil discriminatorio de las medidas”¹¹¹.

Este requisito se muestra tímidamente en la parte del artículo 29 constitucional, a diferencia de la forma extensiva que establecen los instrumentos internacionales invocados con antelación; el artículo 29 de la Constitución mexicana sólo dispone que la suspensión de garantías no “*se contraiga a determinado individuo*”. Aparte de que las prevenciones deben ser generales.

Crear estándares en los Estados de excepción es una actividad compleja, debido a la expresión multifacética que cada uno tiene en la práctica. Si la normatividad de un país no contempla una relación formal con estos principios, el Estado de excepción resulta un fenómeno difícil de calificar. Existen varios tipos de Estados de

¹¹¹ *Idem.*

excepción que se generan por la “desviación del modelo de referencia”, como explica Zovatto, para este autor la aplicación de los Estados de sitio se encuentra lejos de satisfacer su objetivo natural y, en los hechos, se emplea para sostener a los gobiernos ilegítimos.

Otro autor argentino, Leandro Despouy, a su vez partiendo de los estudios de Nicole Questiaux, habla de las “principales anomalías” o de desviaciones en la aplicación de este mecanismo. Él afirma que en la medida en que el Estado de excepción se desprende de la legalidad regulatoria, se desencadenan una serie de errores institucionales, que acarrearán necesariamente consecuencias al constitucionalismo, sobre todo, a los derechos fundamentales. La siguiente clasificación es la propuesta por el propio Despouy acerca de las irregularidades en el modelo, es decir, el que debiera ser un Estado de excepción de plena legalidad.

A) Estado de excepción de facto

Para el jurista Despouy, esta desviación reconoce dos variaciones

- “Adopción de medidas excepcionales sin proclamación previa del estado de excepción;
- Mantenimiento de dichas medidas no obstante el levantamiento oficial del mismo.

- Desde el punto de vista jurídico, ambas situaciones conducen al mismo resultado, pues se trata del incumplimiento del requisito de publicidad con que deben ser acompañadas las medidas de excepción. Reflejan también el desconocimiento de los mecanismos nacionales de control sea para su puesto en vigor, como para su prórroga o mantenimiento”.¹¹²

El argentino también afirma sobre la incompatibilidad con el derecho internacional, puesto que este tipo de anomalía encuentra su inspiración únicamente en el *Common Law* y su fundamento en la seguridad nacional¹¹³, donde la adopción de medidas excepcionales sin proclamación está permitida. Se pierde la certidumbre más la acción de motivar y fundar el acto de autoridad, como también advierte Daniel Zovatto al respecto del Estado de excepción de hecho.

“Esta tipología se caracteriza por la perpetuación en el tiempo del Estado de excepción. Después de haber sido proclamado oficialmente u posteriormente suspendido. Al mismo tiempo, se promulgan un número creciente de disposiciones que suspenden el ejercicio de un elevado número de derechos y garantías, pese a que la mayoría de éstos sólo podrían ser suspendidos en virtud de una declaración, o bien mediante una prórroga del estado de excepción declarado.

¹¹² *Ibid.*, pág., 56.

¹¹³ La seguridad nacional es una doctrina para precisar algunas políticas públicas exteriores de los Estados Unidos orientadas a que las fuerzas armadas de los países latinoamericanos modificaran sus estrategias para garantizar el orden interior, con el fin de combatir aquellas ideologías y movimientos que apoyaran al comunismo durante la Guerra Fría, legitimando la toma del mando efectivo en esos países por parte de las fuerzas armadas y la violación sistemática de los derechos fundamentales.

Así, el efecto que produce esta legislación ordinaria en cuanto a la suspensión del ejercicio de ciertos derechos humanos es igual del que resultaría de la proclamación de un estado de emergencia”.¹¹⁴

B) Estado de excepción no notificado

“Se trata, claro está, del incumplimiento de un requisito formal cuyos destinatarios son, como ya fuera señalado en el capítulo anterior, los otros Estados Partes en una Convención, (...) Si bien el incumplimiento de este requisito no prejuzga acerca de la conformidad, o no, de la proclamación del estado de excepción con la legislación interna de un país, generalmente *la falta de notificación va acompañada de otras anomalías*”.¹¹⁵

Si bien es la falta de una formalidad lo que conduce a este tipo de desviación, la sola carencia del principio de notificación hace pensar en una anomalía mayor. Una explicación fundamentada con la legislación internacional puede ser la siguiente:

“Esta categoría importa una violación de las normas internacionales pero no del Derecho Interno. Pese a que el párrafo 3 del artículo 4 y del artículo 27 imponen la obligación de la notificación por intermedio del depositario del instrumento pertinente (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente), son numerosos los Estados Partes que no cumplen esta obligación de notificación, impidiendo con ello que los órganos de

¹¹⁴ ZOVATTO G., Daniel. *Op. Cit.*, pág. 48.

¹¹⁵ DESPOUY, Leandro. *Op. Cit.*, pág. 59.

supervisión internacional estén en condiciones de ejercer plenamente su poder de apreciación”.¹¹⁶

Este acto de incumplimiento para notificar el Estado de excepción por un Estado Parte, resulta contrario a la propia Convención Americana sobre los Derechos Humanos, ya que en el artículo primero de dicho instrumento, los Estados firmantes se obligan a respetar lo establecido en la propia Convención. Además de que cabe la posibilidad de que el asunto sea del conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los términos de los artículos 61 y 62, sin omitir el aspecto político, que se traduce en una condena por la comunidad internacional.

C) Perennización del Estado de excepción

“Esta anomalía consiste esencialmente en la aplicación rutinaria del estado de excepción y puede obedecer a la perpetuación lisa y llana del mismo o bien a su renovación o prórroga constante. En las décadas pasadas, ésta fue una de las desviaciones más comunes en el contexto latinoamericano: el Paraguay conoció esta situación en forma ininterrumpida de 1954 a 1987 (...); otro ejemplo similar es el de Colombia donde el estado de excepción, bajo diversas formas, ha estado vigente en forma casi ininterrumpida desde hace unos 40 años; asimismo Chile, Argentina, el Uruguay, El

¹¹⁶ ZOVATTO G., Daniel. *Op. Cit.*, pág. 48.

Salvador, entre otros, han conocido largos periodos de estado de excepción, generalmente bajo regímenes militares”.¹¹⁷

La solución más efectiva por los gobiernos para prolongar su poder es sin duda el Estado de excepción; éste es un ardid jurídico para mantener los afanes de una política arbitraria. La sucesión indefinida de regímenes excepcionales no muestra una crisis perpetua en la ciudadanía, sino una anomalía que se sitúa desde los órganos de poder y los mandatarios. La Constitución puede o no dar límite a esta cadena de excepciones, pero es el poder quien dirá la última palabra en este caso.

“Esta modalidad hace referencia a aquellos estados de excepción proclamados o no, que se perpetúan en el tiempo, bien a causa de una prórroga sistemática de hecho, o como resultado de la Constitución no ha previsto, a priori, ninguna limitación de tiempo para los mismos.

Dentro de esta categoría, una de las modalidades más comunes es la prórroga sistemática del estado de emergencia. En este caso, la excepción es la regla y el país pasa a estar regido por un estado de emergencia que es renovado de manera sistemática.
(...)

De estos ejemplos surge una serie de consecuencias comunes, tales como: i) cada vez se tiene menos en cuenta el carácter inminente o no, del peligro; ii) no se considera como

¹¹⁷ DESPOUY, Leandro. *Op. Cit.*, pág. 60.

fundamental el principio de proporcionalidad; y iii) no se prevé ninguna limitación en el tiempo”.¹¹⁸

D) Sofisticación e institucionalización del Estado de excepción

“Se trata de dos anomalías que guardan un evidente parentesco, puesto que la primera es condición de la segunda y ambas describen un perverso engranaje donde las normas de excepción reemplazan al orden constitucional y legal ordinario, y finalmente ambas buscan su autolegitimación.

La primera de estas desviaciones presenta como característica tangible la proliferación de normas de excepción cuya complejidad aumenta en la medida en que están destinadas a regir de manera paralela al orden constitucional ordinario, o bien se acumulan a éste, aunque muchas veces fijan reglas retroactivas o establecen regímenes transitorios, paralela, se va conformando un orden jurídico especial, para constitucional, basado muchas veces en las llamadas ‘actas institucionales’, o su equivalente que, en las mayoría de los casos, se consideran superiores a la propia Constitución nacional, de tal manera que el orden jurídico normal sólo queda vigente en lo que no ha sido derogado por aquél”.¹¹⁹

Sin duda éste es el escenario más peligroso para el Estado y las Constituciones democráticas. Una maquinación de las normas de excepción para incorporarlas legítimamente al cuerpo constitucional, sin saber con exactitud cuales son unas y cuales otras. El caso más representativo en América puede ser el chileno,

¹¹⁸ ZOVATTO G., Daniel. *Op. Cit.*, pág. 48.

¹¹⁹ DESPOUY, Leandro. *Op. Cit.*, pág. 61.

Daniel Zovatto habla sobre la reforma de la Constitución en 1980 y su impacto en el sistema jurídico del país andino.

“(i) La facultad que la Constitución de 1980 le otorga al Presidente de la República para declarar uno o varios de los diversos ‘estados de excepción’ previstos, tanto en las disposiciones transitorias como en las disposiciones permanentes de la propia Constitución. Debe recordarse al respecto, que desde la entrada en vigor de la Constitución de 1980, en marzo de 1981, varios de estos estados de excepción han estado en vigor y continúan estándolo hasta el presente (hace referencia a la época del gobierno militar).

(ii) La expresión ‘institucionalización’ hace también a la adopción de disposiciones legislativas o de otra naturaleza, que se producen al amparo de la declaración de uno o varios de esos ‘estados de excepción’, disposiciones éstas que limitan, restringen o suspenden el ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

(iii) El término ‘institucionalización’ guarda igualmente relación con el conjunto de disposiciones legales que, independientemente del estado de excepción que rija en un momento determinado, son susceptibles de aplicarse con carácter permanente, cuyo común denominador es el considerar como ‘delitos’ y castigar con actos, que en muchos casos no tendrían tal carácter en una sociedad democrática, o en otros serían más levemente castigados. Además, estas disposiciones suelen combinarse frecuentemente en su aplicación con otras leyes y medidas adoptadas en virtud de los ‘estados de excepción’ en número cada vez mayor”.¹²⁰

E) Ruptura del orden institucional

Esta categoría es una amplificación de la excepción, donde ya la figura del Estado se vislumbra tenue en el panorama social de

¹²⁰ ZOVATTO G., Daniel. *Op. Cit.*, pág. 50.

una nación. Los extremos a los que puede llegar el desorden, los conflictos armados y el caos institucional quiebran los enlaces de población y gobierno hasta desaparecer parte de los cimientos normativos. La población civil cae en un estado natural donde la incertidumbre y la fuerza son los elementos permanentes en su convivencia. Ya no existe esa intermitente luz que daba el Estado de excepción. El imperio de la ley sucumbe a los hechos y su ineficacia hace del Estado un holograma teórico. Despouy nos dice lo que pasa desde el enfoque jurídico.

“Si bien desde el punto de vista jurídico, no cabe duda de la aplicabilidad de las normas de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la preocupación de fondo surge como consecuencia de la escasa aplicación y de la falta de eficacia de las mismas para impedir las consecuencias más graves de la crisis. Esta notoria insuficiencia de las normas jurídicas para contener, por sí solas, la expansión de los conflictos, plantea la imperiosa necesidad de conocer sus causas y la forma en que los mismos se desarrollan”.¹²¹

En los apartados posteriores se explorará sobre las diferentes denominaciones del Estado de excepción, entendiendo a éste, como el género jurídico-político que engloba los mecanismos e instituciones excepcionales. Bajo este tenor, se tratará de clarificar

¹²¹ DESPOUY, Leandro. *Op. Cit.*, pág. 63.

a través de la diferencia terminológica en las instituciones, las características específicas que hacen peculiar al Estado de necesidad, el Estado de emergencia, el Estado de sitio, el Estado fallido (no como mecanismo excepcional sino como fenómeno político emparentado con la excepcionalidad) y la suspensión de garantías. Si bien estos no son todas las denominaciones, ni mucho menos todas las instituciones excepcionales; serán consideradas para fines de este trabajo como las más representativas. En la parte final del capítulo se anexará un cuadro con las distintas denominaciones que recibe la institución excepcional por los constitucionalismos de América Latina.

2.1. 1 Estado de necesidad

Si bien en este trabajo, se toma al Estado de excepción como el género de todos los demás Estados anómalos, el Estado de necesidad, y más específicamente la necesidad, puede resultar el fundamento de cualquier medida extraordinaria. En la teoría del derecho penal, donde surge la concepción de un estado de necesidad, como causa extrema para preservar un bien jurídico a costa de sacrificar otro bien de menor valía, hace su adaptación en escalas mayores cuando se habla de nación y territorio. Resulta paradójico que a través de un perjuicio ocasionado a un bien jurídico, se estén conservando los fines encaminados a proteger dicho bien. En este tenor, cabe una acotación sobre este tipo de necesidad. “Una acción que es útil para la conservación de un bien jurídico, no puede, al mismo tiempo, contrariar la norma que tiene la misión de tutelar ese bien jurídico”¹²²

Por eso, Giorgio Agamben habla del *status necessitatis* como soporte teórico donde se diluye el Estado de excepción. La necesidad, para él, es el verdadero móvil para desatar la fuerza

¹²² MALAMUD GOTI, Jaime E. *Legítima defensa y estado de necesidad*. Cooperadora derecho y ciencias sociales, Argentina, 1977, pág. 59.

pura y las medidas excepcionales en el aparato estatal. El principio de la necesidad crea circunstancias especiales, de algún modo, las cosas por necesidad pueden ser cumplidas en contra de la regla, porque la necesidad no tiene ley.

“La teoría del estado de excepción se disuelve integralmente en la teoría del *status necessitatis*, de modo que el juicio sobre la subsistencia de ésta agota el problema de legitimidad de aquél. Un estudio acerca de la estructura y del significado del estado de excepción presupone, de hecho, un análisis del concepto jurídico de necesidad”.¹²³

El iusfilósofo italiano pondera una teoría de la necesidad sobre la teoría del estado de excepción, pues éste último, resulta un reflejo de la primera. La problemática central es saber el lugar que ocupan las leyes ante la necesidad. Recordemos que una característica de las leyes es su obligatoriedad, cualidad que debe ser respetada en todo tiempo y lugar; mas con la necesidad cambia esta situación. “La teoría de la necesidad no es otra cosa que una teoría de la excepción (*dispensatio*), en virtud de la cual un caso singular es sustraído a la obligación de observar la ley. La necesidad no es fuente de ley ni tampoco suspende, en sentido

¹²³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo editora, 3ª ed., Argentina, 2007, pág. 60.

propio, la ley; se limita a sustraer un caso singular a la aplicación de la norma”¹²⁴.

Santi Romano, un estudioso del derecho que ejerció influencia en el pensamiento jurídico en Europa, como advierte Agamben, piensa a la necesidad no sólo como ajena al ordenamiento jurídico, sino concebida como una cualidad de cosas que no pueden ser reguladas por una norma previamente establecida. Ante una necesidad presente se debe actuar con normas presentes, o más propiamente dicho, con las herramientas propias del poder y gobierno para legislar.

“La necesidad se puede decir que es la fuente primera y originaria de todo el derecho, de modo que a su respecto las otras deben considerarse en cierto modo derivadas [...]. Y en la necesidad debe rastrearse el origen y la legitimación de la institución jurídica por excelencia, es decir el Estado, y en general de su ordenamiento constitucional, cuando éste es instaurado como un procedimiento de facto, por ejemplo por la vía de una revolución”.¹²⁵

El *status necessitatis* se presenta tanto en el Estado de excepción como en la revolución civil, pues en esta última la urgencia por condiciones de mayor bienestar también genera una

¹²⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Op. Cit.*, pág. 61.

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 64.

fuerza de necesidad que, en ocasiones, justifica al propio movimiento. Pensemos en la Revolución Mexicana o la Cubana que derrocó los gobiernos de Díaz y Batista respectivamente. En la zona incierta que crean ambas, los procesos *de facto* de origen antijurídico, es decir la lucha armada o la sedición, pasan a formar derecho legítimo donde las normas jurídicas resultan indeterminadas por los acontecimientos. “El estado de excepción, en cuanto figura de la necesidad, se presenta así –junto con la revolución y la instauración de facto de un ordenamiento constitucional- como una disposición “ilegal” pero perfectamente “jurídica y constitucional”, que se concentra en la producción de nuevas normas”¹²⁶.

El mayor inconveniente que tiene la teoría del Estado de necesidad, es saber precisamente en términos objetivos, cuando existe la necesidad de actuar de una manera y cuándo existe la necesidad de actuar de otro modo. Para Malamud Goti, el punto medular del asunto está en la precisión del concepto de “interés general”, puesto que es precisamente por el interés general que se toman determinaciones, inclusive, todo aparato legal, las acciones de gobierno y la convivencia humana van dirigidas a cumplir ese

¹²⁶ *Ibid.*, pág. 65.

interés general. La confusión de este elemento implica el desvío del Estado.

“El problema principal radica, a mi juicio, en la ambivalencia del concepto de “interés general”. Desde un punto de vista objetivo, no cabe duda de que el interés general y la salvación de un valor social superior a través de la lesión de un bien de menor jerarquía coinciden. Pero no puede desconocerse que también hace al interés general la seguridad de los ciudadanos y posibilidad de éstos de defender una posición ajustada a derecho. Desde este ángulo, resulta que la seguridad y el ejercicio de los derechos individuales deben ser reputados bienes jerarquizados por el derecho; y éstos se ven afectados precisamente por estas acciones de necesidad. Un Estado no puede obligar así a sus súbditos a someterse a situaciones objetivamente –o más bien materialmente- reputadas provechosas para la generalidad”.¹²⁷

La idea de la necesidad acerca los motivos principales de las formas excepcionales con el hecho social. El ímpetu de superar una contingencia fundamenta las medidas cuando la ley falla en sus objetivos más primarios. Por necesidad un Estado puede tomar cualquier medida pertinente para arreglar esas situaciones que amenazan su conservación y perduración, pero cierto es que aun en el Estado de necesidad, los límites son imprescindibles para garantizar los derechos más básicos y primordiales de los gobernados.

¹²⁷ MALAMUD GOTI, Jaime E. *Op. Cit.*, pág. 61.

2.1.2 Estado de emergencia

La emergencia puede ser atendida como un acontecimiento imprevisto, si adecuamos la emergencia en panoramas políticos y nacionales, ésta resulta de suma gravedad. El Estado de emergencia implica la presencia de una acción emergente, un acontecimiento en la vida pública que no era previsto, un accidente que impide el normal desarrollo de los cauces institucionales.

El peligro mayor de la emergencia es el no estar preparados para ella, es por ésta razón, que los legisladores se han preocupado por dotar a los sistemas jurídicos de instituciones de emergencia. Sin embargo, la máxima tensión que crea una emergencia es algo constante en las sociedades. “En la vida de las comunidades políticas este tipo de circunstancias extremas recibe el nombre genérico de emergencias, como concepto comprensivo de eventos anómalos de máxima gravedad que razonablemente pueden alterar el ser nacional”¹²⁸.

El jurista Eduardo L. Gregorini menciona que las emergencias, además de tener el potencial de modificar dramáticamente el ser

¹²⁸ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*. De Palma, Argentina, 1987, pág. 27.

nacional, se presentan de forma distinta y con modalidades varias en relación con las causas que las provocan. La clasificación que realiza de las emergencias es la siguiente:

“Estos acontecimientos se presentan con diversas características, y según sean ellas, determinarán el tratamiento defensivo adecuado. Podríamos ensayar una clasificación de las emergencias del organismo político en: a) emergencias económicas; b) emergencias derivadas de catástrofes naturales; c) emergencias institucionales internas o conmoción interna; d) emergencias revolucionarias, las que a su vez pueden consistir en el hecho revolucionario propiamente dicho, o el golpe de estado o asonada”.¹²⁹

Explicar cada una de estas emergencias resultaría repetitivo, puesto que además de ser demasiado elocuentes, ya se hizo un análisis similar en el estudio de su delimitación material y formal.¹³⁰ La creación de los institutos de emergencia pretende contemplar lo irrealizable, una suerte de adelantarse a los hechos y ver desde el presente los posibles vaticinios de una nación. El esfuerzo de legisladores y juristas, por agregar hipótesis normativas que sirvan de blindaje al sistema constitucional, es una tarea colosal en cuanto a la amplitud de la norma. La cuestión es crear una disposición capaz de ser aplicada a todas las emergencias.

¹²⁹ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Op. Cit.*, pág. 28.

¹³⁰ Ver en 2.1. “Noción de Estado de excepción y otras denominaciones” la clasificación propuesta por Daniel Zovatto.

Por lo contrario, hablar de los fines de los institutos de emergencia resulta más sencillo, ya que sólo persiguen el triunfo del Estado a través de su Constitución. “Los institutos de emergencia constitucionales suponen, contrariamente, el funcionamiento del sistema vigente y una forma de operar de él. Su objetivo es precisamente defender la constitución y sus instituciones durante condiciones particularmente difíciles que se procura controlar. Ellas, además de extraordinarias, tienen carácter de excepcionales”¹³¹.

De acuerdo con Gregorini, la emergencia no acarrea excepcionalidad, para él, el propósito de crear institutos de emergencia y contemplar al Estado de excepción en las normas es propio de los Estados que desean apegarse a la legalidad. Las tiranías y las formas excesivas de gobierno resultan fortificadas cuando los sistemas jurídicos no desarrollan instituciones de emergencia, sin ellos, el despotismo puede presentarse y lesionar los intereses legítimos de los ciudadanos. La fórmula más reconocida para evitar esto, es crear disposiciones constitucionales capaces de limitar al soberano y que describan el actuar correcto del Estado frente a la emergencia.

¹³¹ *Ibid.*, pág. 30.

“Prever la excepcionalidad y las normas específicas para cuando ocurra, es propio de pueblos libres que desean regirse siempre por la ley. La Rusia de los zares y los déspotas que remplazan la ley por su voluntad, nunca consideraron necesario legislar sobre instituciones de emergencia. Ellas, si bien muchas veces han sido utilizadas como pretexto para el exceso, son parte integrante del constitucionalismo que contempla sus reglas específicas de ejercicio, sus dispositivos de control y de eventual responsabilidad. Dentro del constitucionalismo no cabe nunca, bajo ninguna circunstancia, la arbitrariedad del gobernante, y las emergencias no constituyen excepción”.¹³²

El Estado de emergencia, en tanto al término que lo califica, involucra lo accidental, es decir, los hechos que al aparecer necesariamente surgen otros. El nacimiento de un hecho que escapa a la normatividad ordinaria y es por eso, que se da la excepcionalidad. La emergencia está ligada al evento, un hecho que sorprende, para superarlo cabe la norma previa (los institutos de emergencia) o la improvisación gubernamental con los mecanismos *de facto*. La eventualidad de la emergencia es lo que pone en alerta al Estado.

¹³² *Ibid.*, pág. 33.

2.1.3 Estado de sitio

Uno de los términos más usuales para referirse al Estado de excepción o para darle nombre a las medidas emergentes ante una crisis, es el denominado “Estado de sitio”. Esta referencia clara nos induce a una comunidad sitiada, es decir, cuando la población civil se encuentra en una plaza dirigida por una fuerza militar o, en su caso, cuando existe un bloqueo del normal desarrollo constitucional. El Estado de sitio históricamente está vinculado, como se explicará a continuación, con otras denominaciones como la ley marcial y el estado de guerra; sin embargo habrá que delimitar:

“La ley marcial o estado de guerra consiste prácticamente en la sustitución del fuero civil por el militar, no sólo cuando se trata de delitos, sino también de faltas que el gobierno revolucionario reputa peligrosas para su estabilidad, y aún de actos que, dentro del régimen legal, son perfectamente lícitos.

La vigencia de la ley marcial o estado de guerra origina un sistema “sui generis” de potestad y de voluntad gubernativas. Se le legisla por medio de bandos, extraños a toda norma jurídica, en los cuales la fuerza se impone arbitrariamente, irresponsablemente. Por eso, la ley marcial es inconciliable con el estado de sitio instituido y reglamentado por la Constitución”.¹³³

¹³³ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957, pág. 14.

La diferencia entre ambas figuras está arraigada y soportada por diferentes sistemas jurídicos como nos señala Sánchez Viamonte. Por un lado la familia jurídica del *Common Law* admite la ley marcial como el mecanismo extremo donde la estructura legal sucumbe en sus bases civiles y es suplantada por el fuero militar; mientras que el Estado de sitio conlleva un límite institucional y una salvaguarda a la ley fundamental propia de la familia románica, es la Constitución francesa de 1791 donde se consagra esta figura.

“La diferencia que existe entre el sistema de ley marcial y estado de sitio, (...) en el primero se subraya la suspensión del imperio del derecho, y el estado de sitio se define como la suspensión de ciertos derechos individuales, concretamente enumerados, y de modo especial el derecho a ser juzgado ante un tribunal ordinario, la libertad de palabra y la libertad de reunión. Además, advierte el contraste entre uno y otro sistema, porque, con arreglo al *common law*, son los tribunales los que tienen la última palabra de si se ha producido o no una situación extraordinaria; con el sistema del estado de sitio, son el Ejecutivo y/o el Legislativo los que deciden”.¹³⁴

Incluso con estas diferencias sustanciales, el germen que une a las figuras es el mismo. Para el jurista Sánchez Viamonte existe un “recurso heroico” en el momento de levantar un Estado de sitio,

¹³⁴ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Op. Cit.*, pág. XVII.

puesto que la guerra es el acontecimiento real y es necesario actos valientes que se opongan a los enemigos del Estado. “Desde cualquier ángulo que se le mire, el problema adquiere, así, elemental sencillez. El mayor riesgo que puede amenazar a una nación constituida es la guerra, que la coloca en situación de plaza militar sitiada. Prevista esa situación, se procura remediarla por medio de un recurso heroico, que se considera indispensable para la salvación del país: el estado de sitio”¹³⁵.

La diferencia entre ley marcial y Estado de sitio está motivada por la evolución de las instituciones jurídicas. Carlos Sánchez Viamonte no niega el parentesco entre ambas, pero puntualiza la distancia en relación con la protección jurídica y el mantenimiento de la legalidad que cada una entraña. La civilización y la modernidad son los ejes del desarrollo de las ideas. El Estado de sitio es superior en la medida que evita las formas viciadas de gobierno.

“La ley marcial es el precedente rudimentario del estado de sitio, característico de pueblos sin orden jurídico propiamente dicho, o sujetos a la omnipotencia de una voluntad despótica; (...) En los países regidos por constituciones se reemplazó casi siempre este sistema por el estado de sitio por tiempo determinado, conservando el orden institucional,

¹³⁵ *Ibid.*, pág. L.

y reglamentando las facultades excepcionales otorgadas al P.E.¹³⁶ La ley marcial significa en nuestro tiempo renunciar a más de veinte siglos de civilización y cultura; regresar al estado preconstitucional, a la autocracia propia de la horda guerrera; a la suplantación del derecho por la fuerza y de la justicia legal por el capricho, la pasión o el interés particulares”.¹³⁷

El Estado de sitio por su vinculación castrense se hace manifiesto en las innumerables dictaduras militares que se han suscitado en el mundo, principalmente en los países en vías de desarrollo. América Latina y África son quizás las regiones más afectadas por los excesos de los gobiernos militares. Un jefe militar se hace del control de una nación y la “perennización del estado de excepción” se presenta a lado del culto paulatino del ídolo nacional. El Estado de sitio significa, como en su sentido original, el asedio a la población, su sometimiento en una plaza militar. Eduardo L. Gregorini recata un concepto casi aforístico. “Sin embargo, en medio de doctrinas y jurisprudencias heterogéneas, una constante surge nítida, y ella hizo que el Dr. Juan Carlos Rébora, en el año 1935 identificó al estado de sitio como ‘la ley histórica del desborde institucional’”.¹³⁸

¹³⁶ Léase Poder Ejecutivo

¹³⁷ *Ibid.*, pág. 16.

¹³⁸ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Op. Cit.*, pág. 36.

La denominación de “Estado de sitio” probablemente sea de las más antiguas para referirnos al fenómeno político-jurídico de la emergencia y la excepción en el Estado. Ésta nos recuerda la beligerancia inicial de este mecanismo último de sobrevivencia. La palabra “sitio” proviene del léxico militar y en el momento en que califica al Estado presume una supremacía castrense en las formas estatales. Quizás no caiga el imperio de la ley civil como con su antecedente la ley marcial, pero si trastoca las instituciones constitucionales: la fuerza, la disciplina y la obediencia son las que permanecen.

2. 1. 4. Estado fallido

El término de Estado fallido es un concepto relativamente nuevo en el campo de la Teoría Política, por esta razón, los alcances y límites resultan imprecisos. A primera instancia, al advertir que un Estado es fallido, la idea central es pensar en el fracaso de los órganos de gobierno y el debilitamiento de las instituciones. El Estado aparece como un ente malogrado, donde su soberanía disminuye considerablemente impidiendo abarcar todas las funciones que un Estado común realiza; es en este punto donde surge la aproximación con el Estado de excepción, ya que en ambos la fuerza vence o trata de derribar al imperio de la ley. También podemos agregar que en la presente investigación se estudia el tema del “Estado fallido” para desapegarlo de cualquier relación que pueda tener con el Estado de excepción, si bien admitimos sus similitudes, no se puede confundir estos fenómenos como a menudo lo hacen algunos medios de comunicación y la opinión pública, ya que responden a circunstancias políticas y jurídicas diferentes.

Uno de los pensadores más influyentes en el siglo XX y aún en el presente siglo, es el norteamericano Noam Chomsky, quien hace un intento loable para aclarar los elementos y peculiaridades del Estado fallido, relacionándolo con otros tipos de Estado con abuso de poder y que atacan a las democracias del orbe.

“Aunque se reconoce que el concepto es <<frustrantemente impreciso>>, es posible identificar varias de las características primarias de los estados fallidos. Una es la falta de capacidad o voluntad para proteger a sus ciudadanos de la violencia y tal vez incluso de la destrucción. Otra es su tendencia a considerarse más allá del alcance del derecho nacional o internacional, y por tanto libres para perpetrar agresiones y violencia. Además, si tienen forma democrática, padecen un grave <<déficit democrático>> que priva a sus instituciones formales de auténtica sustancia”.¹³⁹

El análisis de Chomsky no se limita únicamente a realizar un catálogo de requisitos para considerar un Estado fallido entre la comunidad internacional, sino que señala las políticas de E.U. como vicios tendientes hacia el Estado fallido. Esto se agrava, dice el autor, cuando paradójicamente los Estados Unidos es la nación dispuesta a sacar de la lista negra a otras que han fallado como Estados. Sin embargo, la noción de Estado fallido es sumamente ambigua y lleva aparejada otro tipo de conceptos como los “Estados

¹³⁹ CHOMSKY, Noam. *Estados Fallidos: el abuso de poder y el ataque a la democracia*. Ediciones B, España, 2007, pág. 7.

forajidos”. “Otras características de los estados fallidos es que son <<estados forajidos>>, cuyas cúpulas se desentienden con desdén del derecho y los tratados internacionales. Puede que esos instrumentos sean vinculantes para los demás, pero no para el estado forajido¹⁴⁰”.

Noam Chomsky toma la idea de Estado forajido de John Rawls, ya que este último al diseñar su panorama de una sociedad internacional moralmente aceptable, donde la universalidad debía ser normada por el derecho de gentes a través del consenso de pueblos democráticos liberales y pueblos decentes; al exterior de ese pacto imaginario subsisten los Estados forajidos como verdaderos peligros para la democracia y la legalidad.

“Fuera del ámbito de esos <<pueblos bien ordenados>>, dice Rawls, se encuentran los <<estados forajidos>> que se niegan a acatar el derecho de gentes. El derecho de gentes incluye los compromisos de <<observar tratados y promesas>>, reconocer que todos son <<iguales y partes de los acuerdos que los vinculan>>, rechazar el uso de la fuerza <<por motivos ajenos a la legítima defensa>> y <<respetar los derechos humanos>>, además de otros principios que deberían aceptarse de buena gana, aunque no lo hagan los estados forajidos y sus acólitos”.¹⁴¹

¹⁴⁰ CHOMSKY, Noam. *Op.cit.*, pág. 49.

¹⁴¹ *Ibid.*, pág. 51.

Las medidas que ejercitan los Estados fallidos y forajidos son múltiples, van desde políticas improvisadas hasta ideologías donde la tradición hostil busca siempre el protagonismo de un Estado. La “autodefensa anticipatoria” es un ejemplo, pues es el derecho de atacar a un país que el Estado agresor crea que pueda atacarle primero, puesto que aquí, según la legitimación de la figura, el Estado que ataca no se encuentra sorprendentemente sometido a las leyes y normas internacionales. Otros ejemplo es la “definición operativa de crimen” que se da con el presupuesto de agresiones similares durante la guerra, con la misma intensidad, el mismo fin y quizá los mismos armamentos; pero en el momento de vencedor y vencido, el delito y la imputación es para quien resultó perdedor, aunque la conducta del querellante se encuadra también en la hipótesis jurídica del acusado.

Según Chomsky, la evolución del Estado fallido como voz para nombrar varios fenómenos jurídico-políticos determinados por las necesidades de los tiempos recientes, adquiere gran maleabilidad al otorgarle esa denominación no sólo a los más vulnerables sino a los países enemigos o a los países amenazantes. Así explica Chomsky los acontecimientos.

“La categoría de <<estado fallido>> salió a colación en repetidas ocasiones en el transcurso de la <<revolución normativa>> declarada en los autoproclamados <<estados ilustrados>> durante la década de 1990, pues les daba derecho a recurrir a la fuerza con la supuesta meta de proteger a las poblaciones de algunos estados (cuidadosamente seleccionados) de modo que podía ser <<ilegal pero legítimo>>. A medida que los temas dominantes del discurso político se desplazaban de la <<intervención humanitaria>> a la redeclarada <<guerra al terror>> tras el 11-S, se otorgó al concepto de <<estado fallido>> un alcance más amplio para que incluyera a países como Irak que supuestamente amenazan a Estados Unidos con armas de destrucción masiva y terrorismo internacional. Los textos especializados que trazan (con aprobación) las raíces históricas de la doctrina Bush han ampliado el concepto de <<estado fallido>> para que incluya los <<vacíos de poder>> que Estados Unidos se ha visto obligado a llenar por su propia seguridad”.¹⁴²

Tomando en cuenta la ambigüedad del concepto en cuestión, un Estado fallido no es un ente frágil o endeble, visto éste desde un sentido amplio. Este Estado quizás resulte contrario a la interpretación más restringida, que lo conciben por su incapacidad para ofrecer seguridad, garantizar derechos fundamentales dentro y fuera del territorio, y su imposibilidad para mantener instituciones democráticas efectivas. “Bajo este uso más amplio, no es necesario que los <<estados fallidos>> sean débiles. Irak no se considera un <<estado fallido>> que amenazaba la seguridad de Estados Unidos porque fuera débil. Una autoridad jurídica escribe que <<se

¹⁴² *Ibid.*, pág. 131.

considerará asimismo que ha ‘fallado’ el estado agresivo, arbitrario, tiránico o totalitario, por lo menos de acuerdo con las normas y estándares del derecho internacional actual>>”¹⁴³.

El Estado fallido puede ser un concepto comodín que se usa en múltiples circunstancias. Todavía no se ha delimitado totalmente las características esenciales que debe poseer un Estado para ser considerado fallido. Chomsky nos muestra que este calificativo responde más a situaciones políticas de momentos que a un verdadero estudio de la figura y su relación con las disciplinas sociales. “Un abanico demasiado amplio para ser doctrinariamente aceptable”¹⁴⁴, es una reflexión metafórica del politólogo norteamericano sobre la indeterminación del concepto. Estamos de acuerdo que el Estado falla, pero el auténtico problema es precisar cuándo y en qué falla y con respecto a quiénes falla.

De lo anterior desprendemos que el concepto de Estado fallido poco tiene que ver con el Estado de excepción en su aspecto más preciso, ya que el primero aparece como un calificativo oportunista para señalar las limitaciones en las funciones estatales. La relación, que en los últimos años se le ha venido haciendo a México con el Estado fallido, es más por cuestiones de opinión pública y alarma

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ *Idem.*

ante el crimen organizado, que por una verdadera adecuación del concepto a la realidad del país, puesto que éste hoy por hoy sigue siendo impreciso.

2.2. Noción de Suspensión de Garantías

Una de las formas para llamar al Estado de excepción o, por lo menos, al impacto y el procedimiento de éste en el modelo institucional es la denominada “suspensión de garantías”. Este concepto, quizás eufemístico, hace hincapié en la consecuencia jurídica en los gobernados, en vez de sugerir el cambio en la estructura estatal. La mayoría de los Estados de excepción requieren de un mecanismo constitucional para suspender las garantías de los habitantes que se encuentren involucrados con la crisis.

Sin embargo, llamar sólo a este fenómeno “suspensión de garantías” hace a un lado los efectos en el diseño del Estado, como si éste no se hubiera modificado sustancialmente. La denominación suspensión de garantías es la que nuestra Constitución recoge y establece como institución de emergencia. Nunca se habla en todo el cuerpo constitucional mexicano de Estado de excepción, de sitio o de emergencia. A propósito, nos dice el maestro Felipe Tena Ramírez sobre la excepción.

“Cuando una situación de éstas [es decir, cuando el orden se quebranta y la paz se perturba de modo serio y trascendental, a consecuencia de una invasión extranjera, guerra civil, de un terremoto, etc.] se presenta, el ritmo normal, pausado, de la actividad estatal no puede estar a tono con el desarrollo acelerado y arbitrario de los acontecimientos. Las constituciones no se hicieron para organizar los cataclismos, que son casos de excepción, sino para vigilar el orden, que debe ser la regla general.

¿Qué hacer en presencia de una de esas situaciones excepcionales, incompatibles con la marcha normal del Estado? Habría que elegir, a primera vista, entre dos extremos: o el Estado hace frente al desorden, haciendo a un lado la Constitución por inservible en esos momentos, o el Estado se abstiene de intervenir, dejando que la sociedad se hunda o se salve por sí sola”.¹⁴⁵

Para José Aguilar Maya, las implicaciones de la suspensión de garantías son graves para el sistema jurídico. Hay una relación inmediata con el régimen constitucional; poner en vigencia la suspensión de garantías de la mano con las facultades extraordinarias del Ejecutivo, equivale a cambiar todo el marco constitucional e inclusive a alterar la normal división de poderes. Por esta razón, la noción sobre Estado de derecho es puesta a prueba cuando los órganos del Estado se encuentran bajo lo excepcional de la suspensión de garantías.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, y TENA RAMÍREZ, Felipe. *Suspensión de garantías y legislación de emergencia*. Facultad de Derecho UNAM, México, 2006, pág.27.

“La suspensión de garantías se relaciona directamente con el régimen constitucional que comprende: *derechos del hombre y división de poderes*. Opera, por consiguiente, en derredor de estos dos principios fundamentales de la teoría del Estado de derecho y, en el de carácter federal, trasforma el orden legislativo, por cuanto a que convierte, en legislación nacional, la doble competencia federal y local; aparte de que, como indica Bielsa, *el estado de emergencia o de necesidad es, en sí mismo, por naturaleza sui generis, fuente de derecho*”¹⁴⁶

Sin embargo, nos menciona el propio autor que la suspensión de garantías no entraña interrupción o revocación de los derechos fundamentales, sino únicamente un “tratamiento excepcional” basándose en la distinción entre poderes reforzados y poderes arbitrarios.”Todas estas figuras jurídicas no originan, en modo alguno, la abrogación de los derechos individuales públicos, sino, precisamente su ‘tratamiento excepcional’, ya que poderes reforzados no es lo mismo que poderes arbitrarios; pues la suspensión de garantías no significa la ausencia de regla de derecho, sino, antes bien, su consagración, a través de un derecho de restricción, bien de un llamado derecho de necesidad”¹⁴⁷.

De los grandes juristas mexicanos que han tratado el tema de la suspensión de garantías, destaca el maestro Ignacio Burgoa, su

¹⁴⁶ AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*. Facultad de derecho UNAM, México, 2006, pág. 31.

¹⁴⁷ *Idem*.

impacto fue tal en este tema, que gran parte de los trabajos posteriores donde se atendía el tema de garantías constitucionales, en lo que cabe al apartado de la suspensión, resultaban una calca de las teorías originales de Burgoa o, en su caso, con ligeras modificaciones. La investigación concienzuda de lo que significa suspender las garantías individuales en un Estado de forma democrática, deriva para el jurista mexicano en justificar la anomalía y dotarla de una legalidad constitucional. Por eso, se busca sistematizar los mecanismos excepcionales en etapas y momentos.

“El proceso jurídico constitucionalmente autorizado para investir al gobierno estatal con el *summum* de poderes necesarios para enfrentarse a la situación anormal que surge en la vida del Estado, se desenvuelve a través de dos fases fundamentales que son: a) *cesación* de vigencia de las normas constitucionales y legales que de alguna manera condicionen en general o prohíban a una autoridad el ejercicio de la actividad de emergencia, y b) otorgamiento de *facultades extraordinarias* sobre las bases establecidas en la propia Constitución a favor de uno de los tres poderes que componen el gobierno estatal, y que generalmente es el Ejecutivo, el cual, por razón de sus propias funciones normales, es el más indicado para enfrentarse a la situación anómala de peligro público”.¹⁴⁸

El doctor Burgoa elabora una definición de suspensión de garantías viéndolo únicamente como un problema jurídico y se

¹⁴⁸ BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Porrúa, 18ª ed., México, 1984, pág. 204.

centra en permitir la acción gubernativa de emergencia en el marco de las atribuciones que la ley fundamental le otorga al Estado. El enfoque jurídico es llevado hasta sus últimas consecuencias, ya que la suspensión de garantías no es otra cosa que la materialización de una hipótesis constitucional (artículo 29), y lo que el estudioso del Derecho mira, no es más que el ejercicio normativo de la Constitución. Incluso subyacen los mecanismos de defensa como el amparo.

“La suspensión de garantías es un fenómeno jurídico-constitucional que tiene lugar como antecedente necesario para la actividad gubernativa de emergencia pueda válidamente desarrollarse. Sin que previamente se decrete la suspensión mencionada por medios y autoridades a que alude la Ley Fundamental, la labor del gobierno estatal tendiente a prevenir o remediar los males públicos inherentes a la situación anormal, sería jurídicamente inválida, teniendo el gobernado el derecho de oponerse a ella a través de los conductos que, como el juicio de amparo, la Constitución le brinda”.¹⁴⁹

De acuerdo con la visión de Burgoa Orihuela, la suspensión de garantías puede ser oponible por el gobernado cuando no se cumplan los requisitos formales, pues ésta, aún debe cierto apego a disposiciones constitucionales, cuando su finalidad es dejar sin vigencia otras. Por lo anterior, la suspensión de garantías pasa bajo

¹⁴⁹ BURGOA, Ignacio. *Op., Cit.*, pág. 208.

un escudriño constitucional para poder dejar sin valor parte de la misma. El presente autor nos advierte acerca de las implicaciones y los efectos de la suspensión de garantías, “¿en qué estriba la suspensión de garantías individuales? Esta implica la cesación de vigencia de la relación jurídica que importa la garantía individual, o sea, la paralización de la normatividad de los preceptos constitucionales que la regulan. Consiguientemente, a virtud de la suspensión de garantías, tanto los derechos públicos subjetivos como las obligaciones estatales que se derivan o emanan de la relación jurídica que aquéllas entrañan, dejan de tener eficacia, ejercitabilidad o exigibilidad jurídica”¹⁵⁰.

El sentido de norma fundamental para el maestro Burgoa sigue en la excepción. El valor de la Constitución nunca se desecha y aun en la emergencia, cuando el espíritu de la ley parece entrecortado, el lugar de la Carta Magna sigue intocable puesto que su movilidad implicaría consecuencias no deseables y desastrosas para un sistema jurídico. La pirámide normativa luciría frágil y se vislumbraría el escenario más peligroso: la caída de la ley frente al hecho. En la suspensión de garantías, por más poder que se concentre, no escapa a los requisitos de legalidad.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pág. 208.

Para Burgoa Orihuela, no se trata de un problema de poder o fuerza, sino de un problema de aplicación. Si la figura de la suspensión de garantías es ejercida tomando en cuenta las modalidades de derecho, ésta será válida y armónica con el cuerpo constitucional, si no se hace de este modo, la suspensión de garantías será jurídicamente inválida y contraria a la Constitución. Principalmente hay tres elementos a considerar aquí: las prevenciones generales, el alcance espacial o territorial y el carácter temporalmente limitado.

“El acto que intuye la mencionada suspensión debe ser materialmente legislativo, conteniendo *prevenciones generales*, o sea, sin que el fenómeno suspensivo se contraiga a ningún individuo o individuos determinados. Consiguientemente, un decreto ‘ley’, que no contenga dicha característica de generalidad, sino que suspenda las garantías individuales en relación con una sola persona moral o física o con un grupo determinado de sujetos, sería inconstitucional a todas luces (...) Por lo que concierne al *alcance espacial o territorial* de la suspensión de garantías individuales, ésta puede ser nacional, o sea, tener vigencia en toda la República, o bien regir solamente en un Estado o región determinados (...) el acto o la situación suspensivos tienen un carácter *temporalmente limitado o transitorio*, rigiendo únicamente mientras subsista el estado de emergencia que los motivó”.¹⁵¹

¹⁵¹ *Ibid.*, pág. 211.

En este mismo tenor se nos presenta la visión sobre el tema que da Mario de la Cueva. En el análisis del artículo 29 constitucional que se hace con motivo del ciclo de 1945 en la Escuela de Jurisprudencia, el maestro De la Cueva centra su teoría en la importancia de las “prevenciones generales”, como el eje clave por el cual deben transitar todas las medidas excepcionales y, claro está, la propia suspensión de garantías. Recordemos que el tema del Estado de excepción y suspensión de garantías tuvo un auge crucial por estos años, pues fue cuando aunado a la declaración de guerra a las potencias del Eje por parte de nuestro país, en el marco de la Segunda Guerra Mundial; Miguel Ávila Camacho, presidente constitucional, suspende las garantías individuales con aprobación del Congreso de la Unión. Fue con el presidente Ávila Camacho cuando se usó la facultad presidencial de forma óptima para suspender las garantías, en este sentido, el maestro Enrique Sánchez Bringas narra el proceso:

“Es ejemplo de ejercicio de esa atribución la actitud del presidente Manuel Ávila Camacho cuando declaró la guerra a las potencias del eje y dio a conocer su decisión en un memorable discurso que pronunció a la nación el 23 de mayo de 1942. Al propio tiempo envió al Congreso de la Unión el decreto suspensorio de la Constitución con la solicitud de facultades extraordinarias para legislar. El Congreso aprobó las decisiones

presidenciales en sesión extraordinaria del 30 de mayo de 1942, en la que diputados y senadores autorizaron la suspensión y concedieron las facultades extraordinarias. El 13 de junio de 1942, se publicó en el Diario Oficial la ley reglamentaria del decreto suspensorio de la Constitución que tuvo vigencia hasta el año de 1945, en que concluyó la segunda guerra mundial¹⁵².

De acuerdo con el maestro Ignacio Burgoa, en la reunión que sostuvieron el Presidente Ávila Camacho y el Consejo de Ministros en mayo de 1942, se acordó unánimemente: 1) declarar el estado de guerra entre la República mexicana y las potencias del Eje (Alemania, Italia y Japón), 2) suspender la vigencia de las garantías individuales que fuesen obstáculo para hacer frente a la situación, y 3) solicitar a favor del Ejecutivo Federal facultades extraordinarias para legislar por parte del Congreso de la Unión. En el momento en que se tomó esta determinación, el Congreso de la Unión se hallaba en receso, la Comisión Permanente convocó a éste a un periodo extraordinario de sesiones, en el cual se tratarían únicamente los puntos de la suspensión de garantías y la declaración de guerra.

El Congreso de la Unión, en sesión extraordinaria de día 30 de mayo de 1942, aprobó la ley que facultó al Ejecutivo para declarar la guerra, conforme a la fracción VIII, del artículo 89 constitucional. Así quedó declarado el estado de guerra entre nuestro país y las

¹⁵² SÁNCHEZ BRINGAS, ENRIQUE. *Derecho Constitucional*. Porrúa, 8ª ed., México, 2003, pág. 274.

naciones del Eje, ley que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 2 de junio de 1942, junto con el *Decreto de Suspensión de Garantías Individuales*, expedido por el Congreso de la Unión de acuerdo con los artículos 1º y 29 de la Constitución Política Federal. Sin embargo fue hasta el 13 de junio de 1942 cuando se publicó la *Ley de Prevenciones Generales*, es decir, la ley reglamentaria del Decreto de Suspensión. La circunstancia propia de la suspensión de garantías afectaba a todo individuo y era de índole nacional. El doctor Burgoa Orihuela nos menciona al respecto:

“Los caracteres de *generalidad* en cuanto a los sujetos afectados y de *vigencia nacional*, por lo que toca a su aplicación territorial de que estaba investido el Decreto de Suspensión, estaban corroborados por el texto mismo de sus prevenciones contenidas en el artículo primero, que decía: ‘Se aprueba la suspensión de las garantías individuales consignadas en los artículos 4, párrafo primero del 5, 6, 7, 10, 11, 14, 16, 19, 20, 21, párrafo tercero del 22 y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que acordó el C. Presidente de la República, previa conformidad del Consejo de Ministros, para todo el territorio y para todos los habitantes de la República’ ”¹⁵³.

Es importante mencionar, que existió un lapso de doce días en los que se dio una suspensión absoluta de las garantías, como bien

¹⁵³ BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Porrúa, 18ª ed., México, 1984, pág. 214.

nos advierte el maestro Burgoa. Existía en el Decreto de Suspensión, “la declaración categórica del artículo 2 transitorio del aludido decreto, que decía: ‘En esa misma fecha (o sea, en aquella en qué entró en vigor dicha prevención: 2 de junio de 1942) empezará a surtir sus efectos en todo el país y para todos sus habitantes la suspensión de garantías materia del presente decreto (...)’ ”¹⁵⁴. Como se muestra, la ley reglamentaria, es decir, la de Previsiones Generales, que se sustentaba en el artículo 3 del Decreto de Suspensión, no fue necesaria para la entrada en vigor de la suspensión de garantías que establecía dicho ordenamiento, en lo relativo a los artículos 4, párrafo primero del 5, 6, 7, 10, 11, 14, 16, 19, 20, 21, párrafo tercero del 22 y 25 de la Constitución Política.

Esto propició inseguridad jurídica a los habitantes que se encontraban en México por aquellos años, pues la “suspensión absoluta de garantías” acarreaba una problemática sobre los alcances y limitaciones de dicha medida. La falta de regulación jurídica en materia de garantías individuales, traía como consecuencia una amenaza a los derechos fundamentales de los gobernados. En palabras del profesor Burgoa, la “Ley

¹⁵⁴ BURGOA, Ignacio. *Op. Cit.*, pág. 215.

Reglamentaria vino, en primer lugar, a especificar el alcance, sentido y aplicación práctica del Decreto de Suspensión, y en segundo término, como consecuencia de esta finalidad, a hacer renacer la confianza y la tranquilidad públicas, que en cierto modo se vieron amenazadas por el hecho de haber sido suprimidas de manera absoluta las garantías individuales”¹⁵⁵. Durante este período de suspensión de garantías, el Ejecutivo Federal, Miguel Ávila Camacho, expidió para hacer frente a la situación: Ley de Previsiones Generales (13 de junio de 1945) y Ley Reglamentaria del Artículo Primero de la Ley de Previsiones Generales (12 de septiembre de 1945).

Hasta este momento, el tema de la suspensión de garantías aparece en la agenda nacional y los juristas de entonces voltean a ver al artículo 29 de la Constitución como algo palpable y en desarrollo. El problema principal se dio ante las preguntas sobre cuáles garantías se deben suspender y de qué manera. Motivo por el cual se impartieron varias conferencias y ciclos sobre el tema como el de la Escuela de Jurisprudencia en 1945, que ya mencionamos con anterioridad.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pág. 216

Para el maestro Sánchez Bringas el texto del artículo 29 constitucional es, más allá de su dimensión normativa, un reflejo literal de nuestra historia. Si bien los antecedentes de la institución de “suspensión de garantías” se encuentran directamente en la Constitución de 1957, esta institución responde a la totalidad del proceso histórico en México. Sánchez Bringas pone como ejemplo la cuestión particular de que el texto hace mención expresa, como causa de perturbación a la paz pública, el concepto de “invasión” en vez de “guerra”. Esto se explica, según el maestro mexicano, a qué el país sólo ha sostenido dos guerras formales: en 1847 (contra Estados Unidos) y 1942 (contra Alemania, Italia y Japón); pero en lo que se refiere a invasiones el país ha sufrido este fenómeno en más de 300 ocasiones.

Un aspecto importante que menciona el maestro Enrique Sánchez Bringas en relación con la única aplicación del artículo 29 constitucional en 1942, es el tema relativo al requisito de la temporalidad de la suspensión. Este tema es crucial para que las medidas excepcionales que implementa el Ejecutivo Federal permanezcan dentro de la legalidad. El constitucionalista mexicano menciona:

“Al declararse la guerra contra Alemania, Italia y Japón, en 1942, nadie podía saber el día en que concluiría el enfrentamiento armado ni siquiera si los vencedores serían los aliados o las potencias del eje. En estos casos la obligación de precisar la limitación temporal de la suspensión se cumple señalando las bases que determinen esa limitación, por ejemplo, el presidente Manuel Ávila Camacho satisfizo el requisito que examinamos al establecer el plazo de treinta días después de que concluyera la segunda guerra mundial como límite temporal de la suspensión que había decretado.¹⁵⁶”

El peligro de tal omisión en el requisito de temporalidad, puede dar cabida a múltiples escenarios, inclusive el despotismo y la dictadura. El maestro Mario de la Cueva, por su parte, nos remite a un “criterio de necesidad” para solucionar este conflicto, que estará en relación directa con el acontecimiento que perturba la paz pública y en concordancia con la norma que lo motiva.

“Cada una de las garantías constitucionales, particularmente las individuales, es muy amplia. Ahora bien, el artículo 29 autoriza al presidente a suspender las garantías que sean un obstáculo para hacer frente a la situación, pero, si se suspende en abstracto cada garantía, no existe el criterio de la necesidad. Así, por ejemplo, se suspenden la garantía, en abstracto, del artículo 14, el presidente podría despojar a todos los particulares de todos sus bienes o dictar todo género de medidas retroactivas. La prevenciones generales son la medida y el límite de la suspensión de garantías y son esenciales a la suspensión, no posteriores, ni reglamentarias.”¹⁵⁷

¹⁵⁶ SÁNCHEZ BRINGAS, ENRIQUE. *Op. Cit.*, pág. 269.

¹⁵⁷ AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *Op. Cit.*, pág. 17.

Respecto a la naturaleza de la suspensión de garantías, existe dentro de la doctrina mexicana dos posiciones contrastantes. Por un lado tenemos la postura más socorrida, en la que la suspensión de garantías surge ante la emergencia como una hipótesis constitucional que la blindada y la refuerza. El imperio de la Constitución continúa con algunas modificaciones excepcionales. Aquí la suspensión de garantías resulta un derecho del hombre ya que el actuar del Estado, en ese gran mecanismo de defensa, tiene que encuadrarse a formalidades y requisitos de fondo. Por el otro lado, tenemos la postura en la que la suspensión de garantías no confirma el imperio constitucional, sino que el verdadero efecto es fracturar el modelo institucional, crear un nuevo paradigma político-jurídico.

No es lógico pensar en la afirmación de la vigencia de las normas constitucionales, cuando materialmente la finalidad perseguida es la interrupción de las mismas y, sobre todo, de la parte dogmática de la Constitución con los derechos naturales del hombre. Si se suspende la médula de un sistema jurídico, cómo podrá éste reafirmarse. Estas dos opiniones se muestran a continuación con una posible disputa ideológica entre Antonio Martínez Báez y Mario de la Cueva.

“El artículo 29 de la Constitución forma parte de los derechos del hombre, o más correctamente, es la afirmación y la defensa de los derechos del hombre. El artículo 29 de la Constitución significa que nunca, ni siquiera en los casos de grande peligro para la Patria, pueden suspenderse los derechos del hombre, si no es con las condiciones y requisitos consignados en el mismo artículo 29. (...) El artículo 29 es uno de los derechos del hombre, porque es una limitación al poder del Estado”.¹⁵⁸

“Con cierta inercia del jurista, buscamos su clasificación, su sistematización, el encuadramiento de estos fenómenos, que contradicen esencialmente los principios del Derecho político, dentro de los cánones de las normas jurídicas. Por esta tendencia a sujetar la actividad del Estado al Derecho vemos como se a desconocido siempre la naturaleza de estos métodos, que entrañan el desconocimiento y la repudiación, así sea transitoria, del régimen jurídico establecido por el Estado. (...)”

Creo muy fundadamente que la situación de emergencia nunca puede ser la afirmación del orden constitucional, el reforzamiento de la vigencia de las normas jurídicas que sujetan o limitan al Estado, sino precisamente lo contrario, el rompimiento, la suspensión de aquel orden jurídico que fundamentalmente reside en estos dos principios: las libertades individuales y el principio de organización del poder público de la separación de poderes”.¹⁵⁹

Sin embargo, el artículo 29 de la Constitución Política mexicana está próximo a desarrollar cambios para adecuarlo en armonía con los tratados internacionales en la materia. Tanto así, que el Dictamen a Discusión de la cámara de senadores, de fecha

¹⁵⁸ *Ibid.*, pág. 9.

¹⁵⁹ MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, y TENA RAMÍREZ, Felipe. *Op. Cit.*, pág. 7.

8 de abril de 2010, incide en una reforma integral de derechos humanos en varios artículos de nuestra Carta Magna. Aunque este proyecto todavía no es derecho positivo, es importante su estudio para saber cuál es el rumbo que los legisladores están tomando respecto a este tema. Esperemos que la voluntad política haga posible la reforma constitucional, porque traería el reforzamiento y la amplitud de nuestra institución de emergencia: “la suspensión de garantías”.

La reforma busca un cambio conceptual en el sistema jurídico mexicano que tenga como objetivo el fortalecimiento de los derechos de la persona y la protección de la dignidad humana; además de adaptar el derecho internacional de los derechos humanos al articulado constitucional, pues si bien por interpretación del artículo 133 de la Constitución, los instrumentos internacionales forman parte de la ley fundamental junto con las leyes federales y la propia Constitución, la idea es reforzarlos haciéndolos disposiciones expresas en el texto constitucional.

En la minuta se menciona cómo en el derecho mexicano no se ha desarrollado a la par de otros países la hipótesis de derecho excepcional en su Constitución:

“La regulación de los casos excepcionales en los que es necesaria la suspensión del ejercicio de los derechos y de las garantías individuales dentro del constitucionalismo mexicano ha sido tradicionalmente escueta. Este fenómeno seguramente está relacionado con que México, a diferencia de otros países de América Latina, prácticamente no se ha utilizado esta figura”¹⁶⁰.

Pasando a las modificaciones propuestas para el artículo 29 constitucional, se incluye en la minuta la eliminación de la facultad de la Comisión Permanente para aprobar la suspensión de garantías, pues se pretende que sólo sea el Congreso de la Unión el órgano que ejerza dicha facultad. También se propone agregar un párrafo quinto al artículo 29, donde se faculta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación revise de oficio y a través de procesos sumarísimos, la constitucionalidad de los decretos que emita el Ejecutivo, durante la suspensión de garantías, pronunciarse sobre su validez. Esto permitiría un mayor control de la constitucional en la excepción y en los actos que emita la autoridad administrativa. A propósito el dictamen dice lo siguiente:

¹⁶⁰ SENADO DE LA REPÚBLICA. *Gaceta del Senado*. Legislatura LXI, núm. 115, año I, segundo periodo ordinario, viernes 9 de abril de 2010, pág. 19.

“Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez”¹⁶¹.

En el mismo dictamen de la minuta, en el párrafo segundo del artículo 29, se establece la imposibilidad de poder restringir o suspender “el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre a la nacionalidad; los derechos del niño; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de religión; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”¹⁶². Éstas se consideran las garantías inalienables e inalterables que el legislador blindó durante la excepción, tratando de evitar así violaciones a derechos de primer orden. Asimismo se incorpora, de este modo, lo relativo al artículo 27, párrafo 2, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

¹⁶¹ SENADO DE LA REPÚBLICA. *Op. Cit.*, pág. 26.

¹⁶² *Ibid.*, pág. 60.

Otro de las anexiones que se propone para el artículo 29 es aquella que establece que la suspensión o restricción esté fundada y motivada en los términos de la propia Constitución. También deben observarse los principios de proporcionalidad, legalidad, proclamación, publicidad y no discriminación¹⁶³; creando así armonía entre el texto constitucional y los párrafos 1 y 2 del artículo 27 de la Convención Americana¹⁶⁴ antes citada, más el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁵.

¹⁶³ Ver el apartado de “Noción de Estado de excepción y otras denominaciones” sobre la explicación de estos principios de acuerdo con Leandro Despouy.

¹⁶⁴ *Artículo 27. Suspensión de Garantías*

1. *En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*

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.”*

¹⁶⁵ *Artículo 4*

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

De acuerdo con la minuta, alguno de los aspectos más sobresalientes de la reforma al artículo 29 constitucional, pueden ser los siguientes:

- 1) La restricción o suspensión del ejercicio de derechos y garantías debe estar fundada y motivada de acuerdo con los principios y/o directrices de la Constitución, y ser proporcional al peligro que se enfrenta durante la emergencia.
- 2) Observar los principios de legalidad, proclamación, publicidad y no discriminación durante el periodo de suspensión de garantías.
- 3) En el momento de poner fin a la suspensión de garantías, ya sea por cumplirse el plazo o por que lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efectos de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.”

observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

- 4) La constitucionalidad y validez de los decretos que expida el Ejecutivo durante la situación excepcional, que estén motivados por la suspensión de garantías, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 5) Creación de la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional.

Esta reforma, que es perfectible en contenido y alcances, es un avance significativo para fortalecer nuestros mecanismos excepcionales y adecuarlos de manera más concordante con el derecho internacional público en esta materia. En el próximo capítulo se seguirá estudiando este proyecto de reforma, ya que enriquece enormemente el derecho excepcional mexicano. Es tiempo de que México optimice el contenido de su artículo 29 constitucional y logre superar el rezago en esta materia, pues de la emergencia, la invasión, la guerra o el peligro ningún país está exento.

DIVERSAS DENOMINACIONES DE LAS INSTITUCIONES EXCEPCIONALES EN AMÉRICA LATINA.

El cuadro que se muestra a continuación solamente sirve para efectos de enunciar las diferentes denominaciones de las instituciones excepcionales junto con los artículos constitucionales que las contemplan. La explicación de cada una de ellas implicaría un estudio exhaustivo y de derecho comparado, que no responde a los fines de la presente investigación.

País	Fundamento constitucional	Denominación
Argentina	23	Estado de sitio
Brasil	136	Estado de defensa
Bolivia	137-139	Estado de excepción
Chile	39-45	Estado de asamblea Estado de sitio Estado de catástrofe Estado de emergencia
Colombia	212, 213 y 215	Estado de guerra exterior

		Estado de conmoción interior Estado de emergencia
Costa Rica	45	Estado de emergencia
Cuba	67	Estado de emergencia
República Dominicana	37,7 y 55,7	Estado de sitio Estado de emergencia
Ecuador	164-166	Estado de excepción
El Salvador	29-31	Régimen de excepción
Guatemala	138 y 139	Estado de prevención Estado de alarma Estado de calamidad pública Estado de sitio Estado de guerra
Haití	278	Estado de sitio
Honduras	187 y 188	Estado de sitio
México	29	Suspensión de garantías
Nicaragua	185 y 186	Suspensión de derechos
Panamá	55	Estado de urgencia
Paraguay	288	Estado de excepción
Perú	137	Estado de emergencia

		Estado de sitio
Uruguay	168,17	Poderes excepcionales
Venezuela	240-244	Estado de emergencia

Capítulo Tercero

Alcances y limitaciones del Estado de excepción

3.1. Facultades extraordinarias del Ejecutivo

Los principios que sostienen una República son rígidos y su alteración ocasiona la pérdida de la calidad de “republicana” a una organización jurídico-política particular. La República, entendida en su modo clásico, se traduce con la anteposición de una asociación política no monárquica. El diseño de un sistema monárquico, que debe eludir la República, se centra en la figura de una Corona hereditaria, el nombramiento de títulos nobiliarios, prerrogativas por parte del príncipe y en la acumulación de potestades o poderes en una sola persona.

Por esta razón, la República, crea la ficción de dividir al poder supremo en tres. La división y separación de poderes responde a una cuestión práctica y de ejercicio de atribuciones. El gran ideólogo de este principio fue Montesquieu en siglo XVIII, quien transforma la concepción oficial inglesa (la monárquica que se identifica con la indivisibilidad del poder del Estado) en una doctrina de tres poderes independientes, que son iguales entre sí,

equilibrados mutuamente y que mantienen, puntos de contacto entre sí.¹⁶⁶

Sin embargo, ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se expresa en el artículo 16 *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”*. Por su parte, los estadounidenses fueron los primeros en declarar como principio constitucional la separación de poderes en América. Esto se muestra en su Constitución de 1787, donde se da la existencia de estados miembros y el Estado de la Unión. Georg Jellinek menciona que aun con el auge de este principio, que viene desde las revoluciones políticas del siglo XIX, no hay Constitución alguna que haya llevado a sus últimas consecuencias el reconocimiento de la división de poderes en tres personas jurídicas distintas.

“La doctrina de la divisibilidad del poder del Estado ha sido expuesta dos veces en vista de los fines políticos. La primera, para fundamentar el Estado constitucional; la segunda, para construir el Estado federal. Aquélla es una teoría nacional determinada por su origen para crear un tipo ideal de Estado; ésta, indica un primer ensayo para

¹⁶⁶ Vid. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 452 (Indivisibilidad del poder del Estado. A) La doctrina de la división de poderes).

comprender una nueva formación política, que no era posible que cupiese en las antiguas categorías”¹⁶⁷.

La cuestión primordial del Estado es su unidad; mantenerse como un todo irreductible y no fragmentado. Cada órgano representa, dentro de sus límites, el poder del Estado. Debido a esto, es posible hablar de división de competencias, pero no de una división de poderes como tal. Se trata más bien de una medida que busca el óptimo funcionamiento de los órganos del Estado; pues en su variedad sólo existe un sólo poder soberano. Nuestra Constitución política mexicana se vincula con esta visión del poder público, al mencionarse en el artículo 49: “*El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial (...)*”. Se rastrea en estas palabras que sólo existe un Poder Supremo y que la división únicamente verifica su ejercicio.

El rompimiento de este principio hace tambalear al modelo. La exigencia que plantea el Estado de excepción con la concentración de poderes en las llamadas “facultades extraordinarias del ejecutivo” es un reto al paradigma republicano. Las facultades extraordinarias que lleva a cabo un determinado órgano de gobierno, produce un quiebre en el equilibrio institucional. El

¹⁶⁷ JELLINEK, Georg. *Op. Cit.*, pág. 450.

Ejecutivo, bajo el presupuesto de emergencia, puede hacer uso de estas facultades extendidas con la plena legitimación de la Constitución y la ley. El flujo de las instituciones se orienta hacia la figura del presidente, quien puede echar mano ya no sólo de sus atribuciones administrativas sino que también puede invocar facultades de esta índole. Una posible definición de estas “facultades extraordinarias” es la de Gregorini Clusellas.

“Ellas esencialmente consisten en adjudicar a uno de los órganos del gobierno, el Poder Ejecutivo, además de las atribuciones propias, otras pertenecientes a cualquiera indistintamente de los restantes, o bien atribuciones inexistentes o que simplemente excedan el marco de las facultades lícitas (...) Estamos ante la peor forma de autocracia, la tiranía, o sea, el poder despótico sin límites y sin control. ‘Facultades extraordinaria’ aparece entonces como una expresión genérica abarcadora tanto de la concentración de poderes o adjudicación de otros inexistentes, como la figura máxima de la suma del poder público”.¹⁶⁸

La creación en las Constituciones de este aparato de salvaguardas en los casos de necesidad siempre causó polémica entre los constituyentes, puesto que el mal uso y la desviación de la naturaleza de las facultades extraordinarias llevan en sí un peligro latente. El acaparamiento legalmente instaurado por el Ejecutivo

¹⁶⁸ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*. De Palma, Argentina, 1987, pág. 131.

nacional puede traer consideraciones graves como la dictadura o la tiranía. Las facultades extraordinarias, como nos dice el maestro Martínez Báez, no son algo raro en el uso normal de las atribuciones del Ejecutivo. Se podría asegurar que éstas son necesarias para gobernar. El verdadero problema consiste en dotar de estas facultades al Ejecutivo a través de la Constitución, ya que su uso permitido es una amenaza a las democracias modernas.

“En el problema de las facultades extraordinarias existe el fenómeno siguiente: las facultades extraordinarias, según la Constitución vivida y no la literaria, se realizaba en plena paz y normalidad, fuera de la situación de emergencia o del estado de sitio, esas no son tan temibles; las temibles son las situaciones que puede producir la concesión de las facultades extraordinarias cuyo uso espantó a los constituyentes del 57, como también años antes al Congreso argentino que expidió la Constitución del 53, por recuerdo que tenía del tirano Rosas”.¹⁶⁹

No podemos reducir el funcionamiento de las facultades extraordinarias únicamente en la convergencia de poderes ejecutivos y legislativos en una persona. En el caso de México, las facultades extraordinarias inciden y se regulan por los artículos 29, 49 y 131 de la Constitución. El 49 menciona el caso de la división de poderes y sus excepciones, de éste emana todo derecho de

¹⁶⁹ MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, y TENA RAMÍREZ, Felipe. *Suspensión de garantías y legislación de emergencia*. Facultad de Derecho UNAM, México, 2006, pág. 21.

excepción constitucional; el 29 hace mención al caso de la suspensión de garantías (tema de nuestra tesis); mientras que el 131 menciona las facultades extraordinarias del Ejecutivo Federal en el caso de imponer gravámenes a exportación e importación de productos. Estos tres artículos, que se vinculan notoriamente entre sí, crean un sistema constitucional de división de poderes y facultades extraordinarias.

El individuo dotado de estas atribuciones excepcionales, en algunos países y sistemas jurídicos (que no es el caso de México, salvo quizás lo que se establece en la fracción XIV artículo 89¹⁷⁰), también puede atraer funciones judiciales. Es cierto que para los casos donde sobreviene una catástrofe natural, una revolución, una guerra internacional o cualquier otro que produzca un impacto mayor, la respuesta por parte de la autoridad debe ser precisa, rápida y oportuna. En este aspecto reside el valor del Presidente de una República en la excepcionalidad.

La característica de la personalidad que brinda el Ejecutivo es un mérito para afrontar todos estos avatares. Depositar la concentración de poderes en un órgano de gobierno como el

¹⁷⁰ “Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: (...) XIV. Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos del orden común, en el Distrito Federal; (...)”

legislativo o el judicial resultaría infructuoso, ya que su constitución colegiala retardaría la toma de decisiones frontal al problema. Sin embargo, a veces el Ejecutivo no se da abasto al absorber las facultades legislativas, sino que existen “formas varias de facultades extraordinarias” como se dieron en Argentina y otros países latinoamericanos.

“Reunir en una cabeza del Ejecutivo funciones propias y legislativas como ha sucedido durante los reiterados regímenes *de facto*, o atribuir al Ejecutivo funciones judiciales cuando no legislativas –léase bando-, como sucede bajo la ley marcial, son formas varias de facultades extraordinarias, como también lo son algunos excesos y desbordes incurridos durante la vigencia o en ocasión del estado de sitio”.¹⁷¹

Estas “formas varias de facultades extraordinarias” son fallas de un sistema que no solamente necesita una modalidad de facultades extraordinarias, sino que requiere la concentración de más poder de mando. Este hecho tiene su complejidad en la adecuación de un poder excesivo para una sola persona, se podría llegar a una dimensión absolutista de las potestades estatales, ya que cualquier determinación del Ejecutivo, motivada por circunstancias excepcionales, válidas o inválidas, sería tajante y no

¹⁷¹ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*. De Palma, Argentina, 1987, pág. 135.

cabría medio de defensa de los particulares para hacer valer sus derechos. Toda resolución del Ejecutivo sería invariable y definitiva porque representaría a los tres poderes, no habiendo instancia a donde acudir. El Ejecutivo ante la emergencia sería el Estado completo, de allí que las garantías de los individuos sucumban en la incertidumbre. Para evitar estos excesos, de acuerdo a los artículos 29 y 49 de la Constitución mexicana, el Ejecutivo Federal no está facultado a juzgar en la emergencia.

“Por otro lado el progresivo traslado al ámbito administrativo (o a tribunales militares), de un conjunto de atribuciones de carácter netamente judicial, sumado a la falta de independencia hacen que el respeto a la ley y el imperio de la Justicia sean de muy difícil observancia, acarreando graves consecuencias para la vigencia de los derechos humanos fundamentales”.¹⁷²

A propósito de la vinculación del elemento militar en las cuestiones civiles, resulta paradigmático en México el “caso Radilla”. Rosendo Radilla Pacheco fue un dirigente campesino en Atoyac de Álvarez, Guerrero, que se opuso fuertemente al gobierno mexicano durante la segunda mitad del siglo XX. En 2008, fue llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una

¹⁷² ZOVATTO G., Daniel. *Los Estados de excepción y los derechos humanos en América latina*. Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Venezuela, 1990, pág. 59.

acusación contra el aparato político y militar mexicano por violaciones al Derecho Humanitario Internacional, que trascendió hasta la Corte Interamericana (CIDH). La sentencia de 23 de noviembre de 2009¹⁷³ declara violaciones del Estado a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el derecho a la vida (art. 4), a la integridad personal (art. 5), a la libertad personal (art. 7) y a las garantías judiciales (art. 8) en perjuicio de Radilla, así como de su familia. La sentencia en el apartado 329, XI Reparaciones, ordena al Estado mexicano a *"realizar una investigación completa, imparcial, efectiva y pronta de los hechos, con el objeto de establecer y sancionar la responsabilidad intelectual y material de todas las personas que participaron en la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco"*.

Por otra parte, y ya centrándonos en el tema, la CIDH ordenó que cuando se abran nuevas causas penales en la investigación, las indagaciones sean del fuero común, y bajo ninguna circunstancia en el fuero militar. Asimismo se resolvió que es necesaria una reforma al artículo 13 constitucional, que impida que elementos del ejército sean juzgados en tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos. *"337. Los*

¹⁷³ Sentencia, serie C, número 209, del pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

representantes solicitaron a este Tribunal que ordene al Estado realizar una reforma al artículo 13 constitucional, que regula el fuero de guerra, en virtud de que, 'aunque en principio el artículo pareciera no generar problema alguno, las interpretaciones que de éste se han hecho [...] llevan a la necesidad de solicitar su reforma para alcanzar la precisión necesaria que impida que elementos del Ejército mexicano sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos' ”.

Para evitar estas cuestiones que pondrían en jaque el sistema republicano, la democracia y la protección jurídica, se plantea la necesidad de construir vallas y verdaderos límites al poder desbordado que aun en la emergencia el Ejecutivo tiene a su disposición. La primera cuestión a plantearse es la causalidad de las medidas excepcionales con los hechos que las motivaron. Determinar los alcances de estas atribuciones atípicas nos sitúa más en un escenario de observancia legal.

Otra limitante que es de gran importancia, como lo mencionamos con antelación, es separar expresamente las facultades del orden judicial del ejecutivo, en los países donde se puede dar su unión durante la excepcionalidad. Cualquier afán de un presidente por hacerse de atribuciones jurisdiccionales o

judiciales debe de prohibirse, porque se dejaría a la población en un estado de indefensión. El gobernante ya no tendría con quien acudir ante posibles violaciones a sus derechos fundamentales. No habría momento para apelar cualquier medida legal emergente. Por estas razones, la Constitución argentina dispone de esta prohibición. En palabras de Gregorini Clusellas, se explica la disposición limitante.

“Esta duplicidad normativa no deja ningún resquicio interpretativo, puesto que el presidente no está constitucionalmente facultado durante el estado de sitio para adoptar medida alguna que constituya la imposición de una condena o aplicación de una pena, y a esta limitación específica para las facultades emergenciales se suma la prohibición genérica y permanente del art. 95, C.N., de ‘ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas’. Estas prohibiciones están encuadradas en la ‘limitación marco’ del art.29, C.N., ‘escrito con la sangre de los argentinos’ según Estrada”.¹⁷⁴

En el caso mexicano, el artículo 49 de la Constitución por su interpretación limita los alcances de los poderes, entendiéndose que el Judicial no se depositará en el Ejecutivo: “(...) *No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo*

¹⁷⁴ *Idem.*

dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar". De acuerdo al estudio que hace José Aguilar y Maya sobre las facultades extraordinarias, donde enlaza su fundamento en los artículos 49 y 29 de la Constitución nacional, llega a la conclusión de que la delegación de facultades solamente se da en un sentido. "Las autorizaciones que el Congreso de la Unión puede otorgar al Ejecutivo de la Unión comprenden estas dos materias: a) Mayor amplitud en su acción administrativa, y b) Delegación de facultades para legislar"¹⁷⁵ Se agregar a lo anterior, quizás no como una facultad extraordinaria, pero sí como una facultad donde confluyen atribuciones propias de un poder en otro, la facultad de la fracción XIV del artículo 89, donde se le da la atribución judicial al Ejecutivo Federal de otorgar indultos a reos por delitos federales y delitos del orden común en el Distrito Federal.

Ya al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el Lic. Gustavo R. Velasco hacía una evaluación en su artículo *El Estado de sitio y el derecho administrativo* sobre el uso de las facultades extraordinarias en México a propósito de la guerra antes mencionada. Precisa en su análisis que las medidas excepcionales

¹⁷⁵ AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*. Facultad de derecho UNAM, México, 2006, pág. 54.

emitidas por el Presidente de la República, se agrupan en las siguientes categorías: “disposiciones claramente relacionadas con la emergencia”, “disposiciones que es dudoso que se relacionen con la emergencia” y “disposiciones claramente no relacionadas con la emergencia”. La muestra clara de que aun en un periodo corto de vigencia de las medidas excepcionales en México ya se registraban anomalías y abusos por parte de la autoridad. Velasco nos dice a propósito de la última categoría en su lista: disposiciones claramente no relacionadas con la emergencia.

“Parece pues, que de nuevo emprendemos el camino, tan claramente descrito por Tena Ramírez, que conduce a hacer de las facultades extraordinarias el régimen ordinario de vida del Poder Ejecutivo. Las medidas que he citado son permanentes, no transitorias¹⁷⁶; se refieren a instituciones que no tienen por qué desaparecer con la emergencia. No hay duda, por tanto, de que ha habido extralimitaciones y de que la Suprema Corte puede resolver que estas disposiciones carecen de base constitucional, porque se salen de los términos de la delegación otorgada por el Legislativo. Lo que es altamente dudoso es lo que ocurriría al cesar el estado de necesidad”.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Las medidas que mencionó el maestro Velasco en su artículo escrito a mediados de 1945, donde el Ejecutivo legisló aspectos ajenos a la emergencia sólo por tener facultades extraordinarias, son: Ley de la Lotería Nacional, el Decreto que crea el Colegio Nacional, las Leyes que Crean el Hospital Infantil y el Instituto Nacional de Cardiología, el Decreto sobre talleres de costura y pequeñas industrias en el Distrito Federal, el Decreto que autoriza a la Secretaría de la Defensa para expedir títulos de ingeniero topógrafo, entre otros.

¹⁷⁷ VELASCO, Gustavo R. *El Estado de sitio y el derecho administrativo*. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 25-28, tomo VII, enero/diciembre, México, 1945, pág. 165.

3.2. Legislación de emergencia

El tema de la legislación de emergencia se encuentra íntimamente ligado a las facultades extraordinarias del Ejecutivo, pues es por medio de estas potestades de constitucionalismo excepcional que las leyes de emergencia son posibles. Podríamos afirmar que el presupuesto de éstas son las facultades extraordinarias, de tal forma que la potestad legislativa de emergencia solamente se justifica a través de la declaratoria de Estado de excepción (visto éste también como Estado de sitio, suspensión de garantías, Estado de emergencia, etc.) y la delegación de atribuciones a fin de dotar al Ejecutivo nacional de sumos poderes. Esta cuestión de gran relevancia para el diseño republicano, como lo vimos en el apartado anterior, puede acarrear severas dificultades al modelo democrático de un Estado.

“ ‘Facultades extraordinarias’ es una figura que estará siempre más allá de los límites de la Constitución, en el terreno de la ilicitud y en colisión frontal, más que con alguna norma en particular, con la totalidad del sistema argentino. Además de desmoronar el principio de supremacía, atendería contra el sistema republicano la reunión en una rama

del poder de dos cualesquiera de las funciones de gobierno, e inimaginable sería la aberración tiránica a que conduciría la unificación de las tres”.¹⁷⁸

Sin embargo, es preciso advertir que en estas facultades excepcionales se encuentra el punto de partida, pero también el punto final de la legislación de emergencia. No puede existir prolongación de las leyes dictadas por el Ejecutivo cuando éste ya no se encuentra revestido con el carácter de “legislador excepcional”. Una vez finalizada la contingencia, el orden constitucional ordinario vuelve a imperar y el poder público vuelve a su triple ramificación; lo que ocasiona las funciones estatales administrativas, legislativas y judiciales para cada órgano determinado. Pero, ¿qué se entiende por leyes excepcionales? El licenciado Julio López de la Cerda, a través de la voz de Mario de la Cueva, nos dice:

‘Por leyes excepcionales se entiende, según Rotondi, aquellas normas que hacen excepción a las reglas generales o a otras leyes, en el sentido de que ellas derogan los principios establecidos por la más vasta categoría de relaciones’.¹⁷⁹

¹⁷⁸ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*. De Palma, Argentina, 1987, pág. 133.

¹⁷⁹ LÓPEZ DE LA CERDA, Julio. *Las normas excepcionales pueden interpretarse extensivamente*. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 15, tomo IV, julio/septiembre, México, 1942, pág. 297.

Se podría entonces afirmar, en relación con la teoría de la excepción, que las normas excepcionales o de emergencia derogan el contenido de las normas ordinarias para sustituirlo con el suyo. “La excepción confirma la regla”, es una máxima jurídica que atribuye el valor de una norma común a las magnitudes y alcances de sus excepciones, ya que de acuerdo con la naturaleza y las modalidades de las excepciones a la norma podemos concebir el verdadero peso de la misma.

Al trasladar este problema al ámbito constitucional surge una problemática enorme, pues además del conflicto entre la jerarquía de normas constitucionales ordinarias y normas extraordinarias; se puede caer en una confusión normativa entre excepción y normalidad. “Otro inconveniente tal vez inclusive más grave que los anteriores, es la falta de una separación clara entre lo excepcional y lo que es normal, con el resultado de que la interpretación se fuerza y las teorías generales se pervierten”¹⁸⁰.

De lo que se trata precisamente es evitar esa perversión en la Teoría general del Estado y el Derecho Constitucional. El inconveniente de la legislación de emergencia es su carácter legal y normativo. La norma mantiene una serie de requisitos formales que

¹⁸⁰ VELASCO, Gustavo R. *El Estado de sitio y el derecho administrativo*. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 25-28, tomo VII, enero/diciembre, México, 1945, pág. 155.

se ponen en duda con la expedición de leyes que realiza el Ejecutivo. No existe plenamente una característica de generalidad puesto que se constriñe a objetivos, lugares y medios específicos, además de que históricamente la ley se realiza por un órgano plural y colegiado como un congreso.

De allí que la ley se entienda tradicionalmente como el dictado normativo del pueblo. Por esta razón, Daniel G. Zovatto, mira las consecuencias de la legislación de emergencia de forma ambivalente. Por un lado, las normas excepcionales tratan de hacer una oposición frontal y directa a la emergencia con el fin de restituir el orden público; y por otro lado, las normas excepcionales crean más caos y desajustes jurisprudenciales. La ambigüedad jurídica y el desligue regulatorio, en el que normalmente se efectúan las normas excepcionales hacen de ellas un peligro para la población civil.

“De este modo, y paradójicamente, las legislaciones de excepción, que teóricamente deberían tener por objeto superar las perturbaciones internas, en los hechos se traducen, frecuentemente, en la causa principal de esas mismas perturbaciones. En otros términos,

los estados de emergencia, lejos de aplicarse para impedir las medidas de fuerza, son utilizados para favorecer y perpetuar sus efectos”.¹⁸¹

El Estado de Derecho y los límites a la acción de la autoridad pasarían a segundo término, si se diera un alcance total a la legislación de emergencia. La ejecución y la creación de leyes en una sola persona acercarían el escenario hacia la dictadura moderna. Es por esta razón, que fijar los linderos jurídicos de las facultades extraordinarias del Ejecutivo y su producto (legislación de emergencia) es necesario para hacer prevalecer incluso parcialmente la legalidad en un Estado. Uno de los fines del derecho es encuadrar las atribuciones públicas en un marco legal y, en este tenor, la legislación atípica debe permanecer envuelta por los principios jurídicos y el respeto a los derechos fundamentales suspendidos.

“Por otra parte, los actos que realice el Ejecutivo y las leyes que expida en uso de facultades extraordinarias deberán sujetarse no sólo a las autorizaciones concedidas por el Congreso, sino que en todo caso deberán respetar los derechos y prerrogativas no

¹⁸¹ ZOVATTO G., Daniel. *Los Estados de excepción y los derechos humanos en América latina*. Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Venezuela, 1990, pág. 58.

limitados por la suspensión de garantías, dado el sistema de facultades expresas y los caracteres de derecho”.¹⁸²

Esto podría lograr su materialización con el dictamen a la minuta aprobado el 8 de abril de 2010 por el Senado mexicano en materia de suspensión de garantías, respecto a qué derechos no pueden ser objeto de suspensión o disminución (párrafo segundo del artículo 29 constitucional). *“En ningún caso podrán restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre a la nacionalidad; los derechos del niño; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de religión; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”*

Por esta razón, en nuestro sistema jurídico mexicano, las facultades extraordinarias y la legislación de emergencia del Ejecutivo están determinadas por una serie de requisitos formales.

¹⁸² CAMPILLO, José. *El juicio de amparo y legislación de emergencia*. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 21-22, tomo VI, enero/junio, México, 1944, pág. 33.

Uno de ellos es la aprobación de las medidas excepcionales (suspensión de garantías) por el congreso en los términos del artículo 29 de la Constitución. El Ejecutivo no se conduce de acuerdo a su arbitrio y juicio propio, sino que es necesario el consenso entre los órganos del Estado (titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República más la aprobación del Congreso de la Unión) para dar paso a la maquinaria excepcional. “Consiguientemente, tanto las Leyes de Emergencia que dicte el Ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias que le ha conferido o le confiere el Congreso como cualquier acto que realice con fundamento en las autoridades concedidas por el propio Congreso en los casos del artículo 29 constitucional, siempre tendrá como límite las garantías no suspendidas o restringidas”¹⁸³. En este sentido de acuerdo con José Campillo, las leyes de emergencia se entenderían lo que en rigor constitucional el artículo 29 menciona como “prevenciones generales”.

El maestro mexicano José Campillo reflexionó hace más de 50 años sobre la procedencia del juicio de amparo en nuestro país ante las leyes de emergencia y los actos derivados de las mismas. Hacer

¹⁸³ CAMPILLO, José. *Op. cit.*, pág. 34.

valer un medio de protección constitucional cuando la Constitución se encuentra en un intervalo por causas de necesidad es un reto a la legalidad del Estado de excepción. Los actos de autoridad so pretexto de que la situación es excepcional no puede actuar con la fuerza y la violencia autoritaria, sino que es en estos momentos más álgidos, cuando debe prevalecer el principio de legalidad.

“Por tanto, si mediante la expedición de leyes de emergencia o mediante un acto de autoridad derivado de ellas se violan las garantías que no han sido materia de la suspensión, en todo o en parte, es indiscutible que, con fundamento en los preceptos citados, contra tales leyes o actos procede el juicio de amparo. De otro modo se subvertiría el orden constitucional y perdería nuestro régimen su fisonomía de régimen de derecho, con lo que se estarían destruyendo nuestras instituciones fundamentales”.¹⁸⁴

El razonamiento de Campillo es sencillo y la improcedencia del juicio de garantías, además de las previstas por ley en las situaciones comunes, es plausible cuando se invocan garantías individuales que se encuentran interrumpidas en su reconocimiento por las causas de emergencia.

“No procede el juicio de amparo contra las leyes de emergencia o actos derivados de ellas que se refieran o afecten a las garantías individuales suspendidas, pues en este caso es obvio que no puede violarse una garantía que, por el momento, se encuentra en

¹⁸⁴ *Ibid.*, pág. 35.

suspenso y que, por tanto, no hay un derecho afectado que pueda ser materia de protección constitucional. Sólo en este sentido, es claro que no debe darse entrada a una demanda de amparo en que se reclame la violación de una garantía suspendida y precisamente en la parte que haya sido limitada por la Ley de Prevenciones Generales, pues aquí si aparece una causa notoria improcedencia”.¹⁸⁵

De acuerdo a lo anterior, en los casos excepcionales habría que estar al pendiente sobre que tipo de garantías se están suspendiendo, porque cabría la posibilidad de cercenar derechos fundamentales de primera necesidad que a la postre causarían más inconvenientes por la imposibilidad de aplicar un medio de defensa. Sin embargo, de acuerdo con el autor mexicano, subsisten los requisitos de legalidad en la emergencia, es decir, la aplicación de las normas excepcionales deben ser apegadas a derecho y a la parte constitucional que no está suspendida. El sentido de la legalidad se sujeta aún con alfileres. El Estado de excepción no significa estado de excepción legal.

“Por otra parte, las leyes de emergencia sólo difieren de la legislación ordinaria formalmente, en cuanto al órgano que les expide, pero materialmente, son de idéntica naturaleza las leyes comunes, es decir, son normas de carácter general y de observancia obligatoria para las autoridades y para el Estado mismo, cuya actividad debe sujetarse siempre a las disposiciones legales.

¹⁸⁵ *Ibid.*, pág. 36.

Por consiguiente, las autoridades encargadas de aplicar las disposiciones de emergencia deberán conformar a ellas sus actos, y si no lo hace, violarán las garantías constitucionales subsistentes, a que antes hemos aludido, por lo que contra tal indebida aplicación procederá el amparo".¹⁸⁶

De lo anterior, se puede advertir que el razonamiento de José Campillo respecto a la procedencia del juicio de amparo contra leyes de emergencia, es un pensamiento que tiene un enfoque distinto al de Ignacio Burgoa, ya que a éste último le es más relevante el aspecto procesal de la suspensión de garantías. Campillo, por su parte, hace referencia de que la legalidad y procedencia se deduce en el hecho de que las leyes de emergencia expedidas por el Ejecutivo no violen las garantías que no fueron suspendidas; postura más preocupada por la sustancia del derecho y su impacto en los gobernados, a la cual nos inclinamos mayoritariamente.

¹⁸⁶ *Ibid.*, pág. 38.

3.3. La dictadura y los límites al soberano

El Estado de excepción no se desarrolla siempre de una forma lineal, sino que atraviesa por distintas modalidades o desviaciones. El Estado de sitio o emergencia, en su dimensión fáctica, no garantiza el rescate de la Constitución ni el restablecimiento del orden público. La experiencia histórica vista en algunos países de América Latina en el siglo XX, nos ha mostrado que cuando se concentran los poderes en un individuo los resultados no siempre son los deseados. Pero, ¿qué ocurre cuándo un individuo como el ejecutivo nacional aglutina la suma de los poderes estatales? ¿Se podría dar la calidad de soberano al nuevo depositario de estos poderes? Aquí residen precisamente los inconvenientes que muestra la dictadura en la práctica.

“Ninguno de los poderes ordinarios del gobierno está facultado para el ejercicio del poder constituyente, que les da nacimiento y que limita y reglamenta sus atribuciones con el texto expreso de la Constitución. Si el estado de sitio suprimiese el orden ético-jurídico de la Constitución contenido en las llamadas garantías, el Presidente de la República poseería algo más que las facultades extraordinarias o la suma del poder

público, prohibidas y señaladas con nota de infamia; equivaldría a otorgarle la soberanía absoluta”.¹⁸⁷

Otorgar los instrumentos jurídicos para que una persona permanezca como soberano es un problema que rompe con los modelos democráticos y de una República, si entendemos éstos, como la base que consagra prerrogativas. La participación ciudadana en la toma de decisiones, la división de poderes y el sistema de competencias son puestos en un segundo plano. Por este motivo, un régimen de plenos poderes propio del Estado de excepción resulta difícil de precisar en las formas de gobierno: queda sin ubicación entre la democracia y la autocracia.

“Un régimen que practique el sistema de los plenos-poderes legislativos de modo duradero, se aparta de su fundamento democrático. Este indica un estado intermedio o de transición entre la democracia y la autocracia (dictadura). La idea de que la distancia entre democracia y dictadura pueda ser anulada por las circunstancias, de que el cambio de un régimen a otro resulte “libremente” y con el consentimiento reiterado del factor democrático (del pueblo), es una ficción.

Metafóricamente, podría llamarse a dicho cambio libre, el suicidio de la democracia. Pero tal suicidio quedará siempre como asesinato, que tal tiene a la muerte como consecuencia”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957, pág. 52.

¹⁸⁸ MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, y TENA RAMÍREZ, Felipe. *Suspensión de garantías y legislación de emergencia*. Facultad de Derecho UNAM, México, 2006, pág. 25.

Esta claro que para dar paso a la dictadura es necesario el sacrificio de ciertos valores democráticos. Sería absurdo sostener la compatibilidad entre democracia moderna y dictadura moderna. En este punto, es obligada esta aclaración sobre el devenir de la institución “dictadura” a lo largo de la historia. Como ya lo hemos mencionado en el capítulo II del presente trabajo, la dictadura antigua romana fue una medida afectiva para el imperio. El dictador ejercía sus funciones a más tardar durante seis meses y sus medidas pocas veces resultaban despóticas.

Fue durante el siglo XIX y XX que semánticamente se asoció a la dictadura con la tiranía, un gobierno autoritario y fuera de los alcances legales. Carl Schmitt, en su obra *La dictadura*, hace un análisis exhaustivo de estas formas de gobierno. La dificultad para marcar pautas generales a los gobiernos dictatoriales, es el alcance de la palabra. “Una palabra como dictadura, a la que la etimología general de una extensión ilimitada, puesto que, según ella, puede llamarse dictador a todo aquel que <<dicta>>”¹⁸⁹.

Schmitt no se atreve a encerrar la noción de dictadura en una definición formal. La dictadura puede ser entendida de diversas

¹⁸⁹ SCHMITT, Carl. *La dictadura, desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias*. Alianza, España, 1999, pág. 23.

formas. He ahí la complejidad del estudio de la misma. Si la Constitución del Estado es democrática, puede llamarse dictadura a toda violación de principios democráticos que tenga lugar por vía de excepción, a todo ejercicio de dominación estatal que prescinda del asentamiento de la mayoría de los gobiernos”¹⁹⁰. La dictadura, en este contexto, es la forma viciada del gobierno, la corrupción de la Constitución. Por otro lado, al Estado de excepción se le relaciona íntimamente con la dictadura. “Por eso, al estado de sitio se le llama dictadura debido a la suspensión de preceptos positivos de la Constitución, en tanto que, desde un punto de vista revolucionario, todo el ordenamiento existente se califica de dictadura, por lo cual el concepto puede ser trasladado de lo juridicopolítico a lo simplemente político”¹⁹¹.

La dictadura puede presentarse en múltiples modalidades. El concepto es tan amplio que engloba una serie de características que no son uniformes. Quizás podríamos inferir que un régimen dictatorial cancela ciertas disposiciones de la Constitución, vulnera los derechos humanos y concentra los poderes en la figura de un líder. Carl Schmitt, al igual que Agamben, ven el soporte de la dictadura y el Estado de excepción en la fuerza de la norma. “Desde

¹⁹⁰ SCHMITT, Carl. *Op. cit.*, pág. 24.

¹⁹¹ *Idem.*

el punto de vista filosófico jurídico, la esencia de la dictadura está aquí, esto es, en la posibilidad general de una separación de las normas de derecho y las normas de la realización del derecho”¹⁹². La dictadura, para Schmitt, es una precipitación para lograr un cometido específico capaz de brincar cualquier derecho.

“Partiendo precisamente de lo que debe justificar, la dictadura se convierte en una supresión de la situación jurídica en general, porque significa la dominación de un procedimiento que está interesado exclusivamente en el logro de un resultado concreto, mediante la eliminación del respeto esencial al derecho que tiene el sujeto de derecho a oponer su voluntad, si esta voluntad obstaculiza tal resultado; y según esto significa el desligamiento del fin respecto del derecho”.¹⁹³

En el contexto actual podemos advertir el parentesco que existe entre la dictadura y lo que antiguamente Aristóteles había denominado tiranía. El despotismo y la ausencia de observar los intereses de las mayorías son características propias de una dictadura moderna. Otro elemento es la prolongación del régimen por un período considerable de tiempo. El argentino Sánchez Viamonte hace una diferenciación, a su modo, de la dictadura y la tiranía.

¹⁹² *Ibid.*, pág. 26.

¹⁹³ *Ibid.*, pág. 27.

“Todo gobernante que, so pretexto del estado de sitio y abusando de la fuerza ejecutiva con que lo inviste el poder social, impida o dificulte el ejercicio de los derechos políticos, incurre en la responsabilidad (...) como culpable de destruir el gobierno representativo que caracteriza a la forma republicana. Es un caso indiscutible de dictadura, y cuando se le suma la supresión de la libertad individual y la creación arbitraria de leyes penales, merece el nombre de tiranía”.¹⁹⁴

Para evitar la dictadura, que es la prolongación del poder a través de la cancelación de los derechos políticos, en términos de Sánchez Viamonte, o la tiranía como el sometimiento del derecho; es necesario construir vallas que sean infranqueables para el detentor del poder. El argentino Ernesto Abril analiza estas posibilidades, llegando a una versión no limitacionista al poder del soberano y una versión limitacionista al poder del soberano. El punto de partida es la diferencia entre individuos superiores o “soberanos” y la autoridad superior o soberana, en tanto significado normativo y vinculante. “En otras palabras, ‘poder’ en tanto habilidad o posibilidad empírica de llevar a cabo ciertas acciones y ‘poder’ en tanto ‘competencia’ otorgada por ciertas normas jurídicas

¹⁹⁴ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957, pág. 71.

que facultan a realizar u omitir esas mismas acciones”¹⁹⁵. El soberano se caracteriza por lo siguiente:

“Para el ‘soberano’ del grupo, ‘querer’ y ‘poder’ implica lo mismo, situación que, como se explicó, no se verifica en el caso de los súbditos. Estos últimos, pueden querer muchas cosas pero sólo pueden realizar aquello que específicamente “quiere y permite” su soberano”.¹⁹⁶

Siguiendo a Herman Heller y Popper en esta versión no limitacionista, Ernesto Abril admite que “la instauración de un sistema de normas no siempre es producto de ‘actos de poder’ sino que puede ser considerado como resultado de acuerdos y promesas realizadas entre los individuos. A dicho orden, lo denomina Heller ‘orden contractual’.¹⁹⁷” Este pacto es posible en mayor medida por la voluntad soberana que es quien pone la mayoría de las condiciones. El ordenamiento jurídico es producto entonces del soberano y los súbditos que acatan dichas normas. La calidad de legislador soberano y la utilización de competencias supremas están más allá del marco jurídico, puesto que es el poder desnudo de la ley.

¹⁹⁵ ABRIL, Ernesto. *Las limitaciones del soberano*. Fontamara, México, 1998, pág. 74.

¹⁹⁶ ABRIL, Ernesto. *Op. cit.*, pág. 81.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pág. 86.

“Para ello recurren al habitual argumento de autorizaciones o facultamientos, en suma, de ‘competencias supremas’, establecidas a partir de la expresión (del querer o el deseo) del ‘legislador soberano originario’ individuo o grupo de individuos que, por cierto, se sitúan por encima o por detrás de cualquier ordenamiento jurídico”.¹⁹⁸

Lo jurídico es sólo la apariencia del Estado de necesidad, los alcances de las situaciones emergentes hacen prescindir de lo que se oponga a fin de lograr el cometido de salvación estatal.

“De este modo, siendo el soberano quien asegura la coordinación de todos los actos sociales es indudable, que estar ‘jurídicamente obligado’ no puede significar otra cosa que tener un estado de sujeción a las decisiones de la unidad suprema de decisión y acción, ya que nadie puede estar exento de ‘ser aniquilado’ en caso de necesidad”.¹⁹⁹

“En suma, el ‘soberano’ no tiene limitaciones jurídicas porque está más allá de la propia norma jurídica. Cualquier norma de la que pueda predicarse su carácter ‘jurídico’ tendrá que ser producida, según su teoría, por un individuo o grupo de individuos que ejerzan efectivamente el dominio fáctico absoluto del grupo social”.²⁰⁰

La versión limitacionista al poder del soberano está principalmente representado por Hans Kelsen, quien mira siempre en la ley la objetividad necesaria para formar un orden sistemático y

¹⁹⁸ *Ibid.*, pág. 85.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pág. 88.

²⁰⁰ *Ibid.*, pág. 105.

armónico. El soberano, aún en su posición de superioridad, no puede ir por encima de la ley. “Como se recordará Heller afirmaba que ‘en caso de necesidad’ el soberano adopta decisiones que pueden ser calificadas teniendo en cuenta la norma positiva como *contra legem*. Kelsen se opone a ello porque sostiene que dicho argumento se utiliza única y exclusivamente como excusa para la realización de ciertas acciones que afectan al conjunto”²⁰¹. Para Kelsen, el soberano es ante todo una persona jurídica, y como tal, un centro de imputación de derechos y obligaciones.

“Al formarse entonces la pregunta sobre la veracidad de la proposición de que el mismo Soberano tiene determinados deberes jurídicos y, por ende, limitaciones Kelsen sostiene que debemos poner un especial cuidado en recordar que él mismo constituye una ‘persona jurídica’ o sea, una construcción de ese tipo. De esta forma los deberes del resto de los individuos en tanto personas, no difieren sustancialmente de los de aquel”.²⁰²

En este aspecto, las limitaciones al soberano sólo son posibles en el Estado de derecho, entendiendo a éste, como la organización político-jurídica donde la interacción de gobernados y gobernantes se realiza exclusivamente en la base legislativa y normativa de un determinado orden jurídico vigente. En la organización social *de*

²⁰¹ *Ibid.*, pág. 92.

²⁰² *Ibid.*, pág. 94.

facto quizás el soberano se haya en una situación especial y única, pero ante el imperio de la ley el soberano se encuentra restringido.

“Desde este modo intento señalar que el establecimiento de limitaciones jurídicas al soberano no es un presupuesto de cualquier tipo de orden sino exclusivamente de aquel que es producto de una organización jurídica al que suele denominarse ‘Estado de Derecho’. En este último, el soberano es identificado cuando cierto individuo o individuos invisten su representación por presentar aquellas características establecidas en las normas de la organización jurídico-estatal”.²⁰³

En nuestro sistema jurídico mexicano, si bien constitucionalmente la soberanía reside originariamente en el pueblo, éste delega el poder supremo a los órganos estatales. Es en el momento en el que se actualiza el artículo 29 de la Constitución política, cuando hay una concentración mayoritaria, es decir, de “plenos poderes” o más propiamente dicho, cuando se dan las “facultades extraordinarias” en el Ejecutivo, que lo hace depositario sustancial de una mayor cantidad de poder político supremo, sin llegar a ser soberano. La Constitución establece las formalidades y los requisitos (que sirven de limitaciones) como la aprobación del Congreso. Otras limitaciones pueden ser las que menciona el maestro Martínez Báez:

²⁰³ *Ibid.*, pág. 107.

“El Ejecutivo Federal solamente tiene dos limitaciones en el ejercicio de esta facultad de plenos poderes en el campo de la suspensión de los derechos individuales: primera, no poner fuera de la ley a un determinado individuo, pero sí puede poner fuera del reinado del derecho a todos los habitantes del Estado; segunda, que la suspensión de garantías se realice por medio de ‘prevenciones generales’, es decir, por una fórmula que no se agote por virtud de una ejecución concreta o aislada”²⁰⁴(o sea leyes de emergencia por un tiempo limitado).

²⁰⁴ MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, y TENA RAMÍREZ, Felipe. *Suspensión de garantías y legislación de emergencia*. Facultad de Derecho UNAM, México, 2006, pág. 15.

3.4. Anulación, suspensión y disminución de los derechos fundamentales

La cuestión a estudiar en las siguientes líneas es el impacto material y formal que sufren los derechos humanos durante el Estado de excepción. Hablamos indistintamente de derechos humanos y derechos fundamentales como aquellas prerrogativas innatas, inalterables e inalienables que le corresponden al ser humano. El derecho natural es su principal fuente y la consagración en un documento oficial o en una Constitución los convierte en garantías. Pero la noción de “garantía” va más allá de esto. “El concepto ‘garantía’, que en lo esencial identifica como la acción de los individuos a defender sus derechos, que constituye en sí misma el amparo máximo de los derechos sobre los cuales opera, y como tal el medio más eficaz posible, para asegurar rápidamente el ejercicio de ellos”²⁰⁵. Desde el enfoque del gobernado es como también se debería tratar el Estado de excepción, pues la consecuencia en los derechos fundamentales es un indicador real de la emergencia.

²⁰⁵ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*. De Palma, Argentina, 1987, pág. 270.

“Más allá de las anomalías que desde el punto de vista jurídico e institucional, entrañan los estados de excepción de facto, el impacto negativo de los mismos sobre el conjunto de los derechos humanos, suele ser de regla que indica que mientras más grave y prolongada sea la desviación, más nefasto y profundo será el impacto de la misma sobre el conjunto de los derechos fundamentales”.²⁰⁶

El Estado de excepción es el momento público en el cual los individuos quedan en un mayor estado de indefensión, más aun, si normalmente no existe una observancia regular de los derechos fundamentales o el ejercicio de las garantías para prevalecerlos. A pesar de esto, ¿qué ocurre verdaderamente con los derechos humanos cuando el Estado se encuentra en su fase excepcional? Se sabe que los derechos que sufren una alteración deben ser aquellos que obstaculicen el actuar del Estado para resolver la emergencia y restablecer el orden público.

¿Cómo ocurre esto? ¿Los derechos son suspendidos o interrumpidos momentáneamente por la emergencia, o sólo se disminuye el goce de los mismos? O en el caso más dramático, ¿son suprimidos y abolidos de la Constitución por necesidad? Para

²⁰⁶ DESPOUY, Leandro. *Los derechos fundamentales y los Estados de excepción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999, pág. 79.

llegar a justificar estas medidas habrá que partir del principio de que estos derechos no son absolutos.

“Los derechos humanos, como cualquier otro derecho, no son absolutos. Por el contrario, poseen ciertas limitaciones inherentes destinadas a establecer un cierto equilibrio entre los derechos del individuo, por un lado, y el bienestar general de la sociedad en su conjunto por el otro. (...) Pero estas limitaciones o restricciones, respecto de las cuales existe una norma expresa, como señala Erica Irene Daes, ‘... no menoscaban, en realidad, la esencia del derecho garantizado, tales limitaciones o restricciones dejan la sustancia del derecho intacta y sólo afectan las condiciones bajo las cuales éste puede ser ejercido’ ”.²⁰⁷

Sería absurdo declarar un derecho “absoluto” cuando en situaciones especiales se suspenden o anula en totalidad o en parte. Si se pensara en un derecho inmutable en todos sus aspectos o alcances no habría óbice capaz de contenerlo y se estaría ante un derecho incontrolable. El Estado, aun en su desenvolvimiento normal, reconoce derechos pero limita su ejercicio principalmente ante derechos de terceros, por causas de orden e interés públicos y por resoluciones judiciales. Sin embargo, la finalidad de un derecho es ejercerlo y no simplemente permanecer

²⁰⁷ ZOVATTO G., Daniel. *Los Estados de excepción y los derechos humanos en América latina*. Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Venezuela, 1990, pág. 67.

con su titularidad. Se plantea que la “sustancia del derecho” queda intacta pero se afectan las condiciones de ejercicio.

Sin embargo, de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existen ciertos derechos que no pueden suspenderse como el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el derecho a gozar del principio de legalidad y de retroactividad, el derecho de la libertad de conciencia y religión, el derecho a la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos de los niños, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos, ni las garantías indispensables para la protección de tales derechos. Esto lo encontramos tanto el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como en el artículo 4 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. Los derechos restantes, en este sentido de ideas, serían susceptibles de suspensión, anulación o disminución para el derecho internacional público.

Daniel Zovatto mira varios momentos en relación a los derechos humanos y su ejercicio durante la aplicación de medidas por la autoridad. La aplicación de estas disposiciones no necesariamente admiten la declaración del Estado de excepción

sino que pueden ser anteriores o posteriores al mismo. El primer momento es aquel que consiste en la “disminución por situaciones objetivas”, es decir, es el menoscabo cotidiano de los derechos humanos. “Existe así una gradación en materia de disminución del goce de los derechos humanos que está directamente relacionada con la situación objetiva por la que atraviesa un país en un momento determinado”²⁰⁸.

La segunda etapa es la “disminución por razones de orden público”. “En un principio, durante las situaciones de plena normalidad debe existir un goce absoluto de todos los derechos humanos. Sin embargo, razones de orden público, (...) pueden servir de fundamento para la autorización de ciertas limitaciones o restricciones de determinados derechos pero sin que puedan suspender los mismos”²⁰⁹. La *ultima ratio* es el Estado de excepción, donde sí se suspenden los derechos fundamentales que impiden el ataque de la situación emergente.

“En un tercer nivel y sólo cuando las circunstancias sean de tal gravedad que los poderes normales para hacerse frente sean insuficientes, puede entonces,

²⁰⁸ ZOVATTO G., Daniel. *Op. cit.*, pág. 68.

²⁰⁹ *Ibid.*, pág. 69.

condicionando al cumplimiento de determinadas garantías formales y materiales, recurrirse a la aplicación de los estados de excepción o emergencia”.²¹⁰

Ciertamente el Estado de excepción es la medida final que un Estado realiza para su conservación. El hecho de mantenerse en pie y no derrumbarse frente a los acontecimientos inesperados, crea una situación de peligro para los gobernados, ya que sus derechos fundamentales quedan oscilando en su blindaje y garantía. Otro aspecto importante además de la graduación y disminución que señala Zovatto, es la tarea de identificar los derechos humanos que resultan frecuentemente afectados en el Estado de excepción. Adhiriéndonos con la visión de Leandro Despouy, quien habla de suspensión de derechos, los derechos cuyo ejercicio se suspenden con mayor frecuencia son los siguientes:

- a) “derecho a la libertad y seguridad personal, contemplado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- b) derecho a la libertad de residencia y circulación en todo el territorio, previstos en el inciso 1 del artículo 12 del Pacto y, en menor medida, derecho a salir libremente de cualquier país y el de regresar al propio, contemplado en los incisos 2 y 4 del mismo artículo;

²¹⁰ *Idem.*

- c) derecho a la inviolabilidad del domicilio del domicilio y la correspondencia, contemplados en los artículos 17 del Pacto;
- d) derecho de reunión pacífica y de manifestación, contemplados en el artículo 21 del Pacto;
- e) derecho a la libertad de opinión y de expresión, contemplado en el artículo 19 del Pacto;
- f) derecho de huelga –uno de los más afectados en este tipo de situaciones- contemplados en el inciso d) del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no prevé derogación alguna a los derechos que consagra, aun en situación de crisis”.²¹¹

Es importante mencionar que el jurista argentino incorpora en su catálogo de derechos vulnerados durante le excepción a ciertos derechos políticos. Esto resulta un señalamiento sobre la ilicitud en la que los Estados de sitio se conducen en la práctica. Los derechos humanos atienden al individuo como persona, los derechos políticos como ciudadano. Los ámbitos son distintos. “La facultad de excepción conferida al Presidente durante el estado de sitio se refiere al individuo como persona, pero no al individuo como ciudadano. No explícita ni implícitamente puede inferirse la supresión o la restricción de los derechos político”²¹².

²¹¹ DESPOUY, Leandro. *Los derechos fundamentales y los Estados de excepción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999, pág. 74.

²¹² SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957, pág. 71.

Otro problema, es el impacto de la suspensión sobre los derechos de grupos vulnerables y minorías. Si se reconoce que en la normalidad estos sectores de la población no tiene un reconocimiento pleno de derechos fundamentales, con el Estado de excepción se merma más su condición.

“En varios de sus informes anuales, el relator especial ha puesto de relieve la necesidad de reforzar la protección de todas las personas, o grupos de personas que, por diversas circunstancias, se encuentran en una situación particularmente vulnerable. Tal es el caso de los refugiados, las víctimas de los conflictos armados, las minorías, las poblaciones autóctonas, los trabajadores migrantes, los discapacitados y demás grupos vulnerables, etcétera”.²¹³

Esta es una consecuencia casi inevitable en el momento de declarar el Estado de excepción. Los individuos integrados al sistema jurídico y político de la nación se encuentran oprimidos con las medidas excepcionales, y las minorías sufren una “doble vulnerabilidad”, debido a aquella que ya venían padeciendo.

En el caso mexicano, donde se habla de una “suspensión de garantías”, Aguilar Maya menciona a su parecer la imprecisión del término. “Cabe manifestar, desde luego, que la denominación

²¹³ DESPOUY, Leandro. *Los derechos fundamentales y los Estados de excepción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999, pág. 83.

genérica suspensión de garantías no es, en absoluto, exacta. Pues justamente no puede darse ésta, mientras se conserve algo de orden público existente. Por esto, debe reflexionarse en que no es posible hablar de suspensión, sino sólo de restricción a algunos de los derechos individuales públicos”²¹⁴. La restricción, de acuerdo con esta idea, se vincula más con el afán de “no permitir” el uso del derecho, mientras que la suspensión implica la privación temporal del derecho (este tema sobre suspensión-restricción, se relaciona con la minuta del Senado de abril de 2010 donde se incorpora en el texto constitucional mexicano el concepto de “restricción” y se añade al ya tradicional de “suspensión” en una nueva redacción. Sin embargo, en ninguna parte de la minuta, es decir, ni en los antecedentes, contenido o exposición se hace una mención clara sobre qué debemos entender por “suspensión” y qué por “restricción”, sino que se explican ambos de manera indistinta). Según el maestro Mario de la Cueva, los efectos que produce la suspensión de garantías en los derechos son los siguientes:

“Los derechos del hombre consignados en el primeros 29 artículos de la Constitución, según su idea clásica, constituyen la esfera de libertad de los particulares, intocable para

²¹⁴ AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*. Facultad de derecho UNAM, México, 2006, pág. 30.

el Estado. El Estado tiene sus facultades fijadas en la Constitución, pero, al desarrollarlas, debe respetar siempre esa esfera de libertad que los derechos del hombre reservaron a los particulares. Pues bien, el primer efecto que se produce por la aplicación del artículo 29, es que el Estado pueda, siempre dentro de la órbita de sus facultades, actuar más allá de los límites que fijan los derechos del hombre. Pero esta posibilidad del Estado no es ilimitada, porque los derechos del hombre no se han suprimido, se han únicamente restringido; en otras palabras, la suspensión de garantías significa que la esfera de libertad reservada a los particulares se restringe; pero hasta el límite que dejó vigente la suspensión de garantías. En consecuencia, todo acto del Estado que vaya más allá de lo que le permite la restricción acordada en los derechos del hombre, es nulo”.²¹⁵

La “anulación de los derechos humanos” sería el escenario más grave en una necesidad, ya que al no existir los derechos fundamentales también se cuestionaría la existencia del propio Estado jurídicamente organizado. El estado de fuerza y violencia serían el panorama sin derechos reconocidos.

Por esta cuestión, los derechos deben tener “vigencia inalterada en tiempos bonancibles y durante la excepcionalidad. En ese tiempo se suspendan exclusivamente aquellas garantías que sea menester para legitimar arrestos o traslados, y éstos, a su vez, no podrían afectar otra garantía que la que los impidiera. En este marco deben armonizarse objetivos de supervivencia estatal con los

²¹⁵ AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *Op. cit.*, pág. 30.

de vigencia de derechos y libertades de sus integrantes, y armonizar no significa prevalecer un objeto en desmedro de otro, sino compatibilizar ambos asegurando sus respectivas permanencias”²¹⁶. Para lograr esto, y evitar el advenimiento de nuevas dictaduras o estados de excepción incontrolables, la doctrina argentina crea las “facultades restringidas” del Estado de sitio.

“Las facultades restringidas del estado de sitio. (...) Es común a este razonamiento la tesis de circunscribirse las facultades presidenciales respecto de las personas exclusivamente a su arresto o traslado, sin cercenar ninguno de los derechos individuales, y sólo las garantías necesarias para permitir estas medidas presidenciales. Discrepan sobre el alcance respecto de las cosas, de la suspensión de garantías, que algunos admiten y otros rechazan, propugnando en todos los casos el máximo control de las medidas presidenciales de ejecución”.²¹⁷

Así es como nace el “derecho de opción” en el derecho argentino, precisamente a partir de las facultades restringidas. El derecho de opción, si bien no resuelve el problema de fondo, si evade las consecuencias catastróficas del Estado de excepción respecto de la persona. Un derecho subjetivo público que se hace

²¹⁶ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*. De Palma, Argentina, 1987, pág. 295.

²¹⁷ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo. *Op. cit.*, pág. 260.

valer ante el Ejecutivo nacional para abandonar un país convulsionado por las medidas excepcionales. El individuo decide permanecer o abandonar el lugar de residencia y a través de esa capacidad de elección puede evitar cualquier menoscabo a sus derechos fundamentales. El Estado de excepción, aun con esta posibilidad, no contrarresta el drama, el aislamiento y el exilio.

“Frente a la facultad presidencial de arresto o trasladar personas durante el estado de sitio, el derecho de opción ejercido por los destinatarios de la medida o por terceros en su representación opera como condición resolutoria de dicha facultad, interrumpiendo sus efectos respecto de quien lo ejerza. Consistirá en un ostracismo optativo que podríamos denominar ‘exilio del estado de sitio’, mediante el cual el titular del derecho, entre su privación de libertad y el ostracismo, elige este último considerándolo como mal menor. La opción se ejerce mediante un acto jurídico de derecho público cuyo recaudo fundamental es la inequívocidad de la voluntad expresada, que no está sujeta a forma particular alguna, más que la de ser dirigida al Poder Ejecutivo nacional”.²¹⁸

²¹⁸ Ibid., pág. 302.

3.5. Temporalidad del Estado de excepción

El Estado de excepción y la dictadura mantiene elementos en común, pero eso no significa que sean modalidades de un mismo fenómeno. Una característica especial que juega una función importante en el desarrollo de ambas es el tiempo. Comúnmente se vincula a la dictadura con un régimen capaz de prolongarse casi indefinidamente en el tiempo. El Estado de excepción, como vimos anteriormente, puede desembocar en un “desvío a su modelo” y encarnar un Estado de excepción perenne.

Es por esta razón, que el elemento temporal es de suma relevancia para limitar formal y materialmente a un gobierno basado en la excepción, es la única forma de garantizar el Estado Constitucional de Derecho. Cuando se hace un uso exacerbado de las disposiciones de emergencia previstas en una Constitución, es cuando el Estado de excepción se convierte en dictatorial. Carlos Sánchez Viamonte habla de “dictadura constitucional” al Estado de sitio en esta dimensión. “Cuando la dictadura constitucional se hace

permanente, se convierte en inconstitucional y lleva a la perversión y, eventualmente, al derrocamiento del orden constitucional”²¹⁹.

Si nos encontramos ante un gobierno despótico del poder público, estaremos ante una anomia de Estado. Generalmente la dictadura moderna o el Estado de excepción prolongado van acompañados de otras medidas que rompen con los modelos armónicos. La violación paulatina de derechos individuales y políticos más el “secuestro” del aparato estatal para cumplir con los fines de un Ejecutivo tirano o dictador, son peculiaridades que continuamente completan el cuadro de esta anomia.

Un ejemplo de esta cuestión, es el caso de algunos gobiernos de América Latina durante el siglo XX. La patología latinoamericana de enraizar un Estado de excepción ha costado además de desaparecidos e incertidumbre en la sociedad civil, un esfuerzo de pactos para construir una base democrática o tendiente a la democracia en los planes de gobiernos actuales.

De acuerdo con Antonio Martínez Báez, el punto del cual adolecen los ordenamientos jurídicos de América Latina, viene desde su diseño constitucional. Las Constituciones creadas por hispanoamericanos son proclives desde su forma para construir

²¹⁹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957, pág. XV.

dictadores. Probablemente esto se deba al peso presidencialista que tienen estos textos o quizás a la falta de un blindaje jurídico para los derechos humanos en el Estado de excepción, que se mostró en mayor medida en el siglo XX.

“Para ejercer una verdadera dictadura, el presidente no necesita preparar un golpe de Estado, disolver las Cámaras y violar la Constitución, sino que le basta observar el texto constitucional y servir de las peligrosas armas que le concede el sistema presidencial. De esta manera el problema de las dictaduras en América Latina, aun siendo un problema sociológico e histórico, es también un problema de técnica constitucional. Sería excesivo afirmar que son los textos constitucionales por sí solos los que han creado a los dictadores, pero los dictadores han encontrado los textos extremadamente favorables al ejercicio de su dictadura. La dictadura es así un elemento constitutivo del Derecho público de la América Latina”.²²⁰

El Estado de excepción y las repercusiones de la ausencia de la ley ordinaria por un tiempo, no es problema exclusivo de las Repúblicas. Giorgio Agamben pone sus ojos en los efectos del Estado de excepción o el *iustitum* en la monarquía clásica, donde el soberano se representa con la figura del príncipe o monarca. Su señalamiento quizás exuberante, habla sobre un problema de

²²⁰ MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, y TENA RAMÍREZ, Felipe. *Suspensión de garantías y legislación de emergencia*. Facultad de Derecho UNAM, México, 2006, pág. 11.

temporalidad en el Estado y un tránsito de un poder a otro que en su intervalo ocasiona un hueco legal.

El plantea el funeral del príncipe como un Estado de excepción necesario y de “luto”. ¿Qué ocurría desde el momento que muere un monarca hasta el nombramiento protocolario de su sucesor? ¿Quién ejercía el poder en ese lapso sin rey? “¿Pero cómo fue que un término del derecho público, que designaba la suspensión del derecho en la situación extrema necesaria política, llegó a asumir el significado más anodino de ceremonia fúnebre por el luto de familia?²²¹”. El *iustitium*, que es la ruptura de la ley, significaba un fenómeno que se presentaba en este tipo de monarquías absolutas. Pensemos en ese valor magno de la persona como figura de autoridad y derecho. “Yo soy el Estado”, dijo alguna vez Luis XV.

“En los funerales imperiales sobrevive el recuerdo de una movilización [...]. Encuadrando los ritos fúnebres en una suerte de movilización general, suspendiendo los asuntos civiles y la vida política normal, la proclamación del *iustitium* tendía a transformar la muerte de un hombre en un catástrofe nacional, en un drama en el cual todos estaban, voluntariamente o no, implicados”.²²²

²²¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo editora, 3ª ed., Argentina, 2007, pág. 124.

²²² AGAMBEN, Giorgio. *Op. cit.*, pág. 126.

Es cierto que Giorgio Agamben regresa a la visión del soberano como una especie de “ley viviente” y su muerte da como resultado la ausencia de ley. Por esta razón, en la doctrina moderna, la soberanía no recae en la figura del príncipe, sino en la Corona real. La Corona es la que da el poder al príncipe y por este motivo es hereditaria. De este modo se resuelve el conflicto del que habla Giorgio Agamben. Sin embargo, es curioso entender este problema de temporalidad propio del pasado, pues el Estado de excepción estaba en función de la muerte de un hombre.

Volviendo a los problemas actuales del Estado de excepción y el tiempo que estos deben durar, es preciso mencionar que las legislaciones nacionales e internacionales han creado medidas para contrarrestar este fenómeno de desviación. En el capítulo segundo de esta investigación, abordamos las diferentes modalidades y desviaciones que ocurren en el Estado de excepción. La “perennización del Estado de emergencia” es una irregularidad constante en el desarrollo de esta institución. Leandro Despouy nos dice “lo grave de estas anomalías consiste en el desconocimiento del principio de temporalidad que define el carácter transitorio de los Estados de excepción (...) En una palabra, lo transitorio se

transforma en definitivo, lo provisorio en constante, lo excepcional en permanente, vale decir, la excepción se convierte en regla”²²³.

Para evitar este escenario, Leandro Despouy crea una regulación de las situaciones excepcionales. Son varios los principios que se deben tomar en cuenta para lograr un desarrollo óptimo del Estado de excepción y evitar cualquier anomalía. El principio de temporalidad es uno de ellos, y es el indicado para soslayar el Estado de excepción perenne. Son éstas las recomendaciones legislativas que propone el autor para evitar lo antes mencionado.

“Para evitar la aplicación abusiva del estado de excepción y su perennización, otra de las normas tipo que se propone es: La revisión periódica (en un plazo que no debería exceder tres meses), por parte del órgano o los órganos de control, de las razones que justifican su mantenimiento o su prórroga”.²²⁴

Esta propuesta sobre la revisión periódica por parte de un órgano de control durante la excepcionalidad, crea la posibilidad de generar un estudio inmediato e imparcial respecto de las medidas excepcionales casi en el momento de su aplicación. (El tema debería ser considerado en la “Ley Reglamentaria del Artículo 29

²²³ DESPOUY, Leandro. *Los derechos fundamentales y los Estados de excepción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999, pág. 60.

²²⁴ DESPOUY, Leandro. *Op. cit.*, pág. 34.

Constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías” que, de acuerdo con el artículo cuarto transitorio del Dictamen de la minuta del Senado de abril de 2010, de ser aprobada, se tendría que legislar en un plazo máximo de un año por el Congreso de la Unión. Podríamos pensar en el Congreso de la Unión para realizar esta tarea de órgano controlador, en relación con el párrafo cuarto del artículo 29 constitucional propuesto por la minuta).

Por su parte, Sánchez Viamonte, señala que el Estado de excepción prolongado en el tiempo y la dictadura se deben también al decaimiento que tienen los derechos políticos en este tipo de regímenes. Si los derechos políticos no son ejercidos con plenitud no habrá un cambio sustancial en las direcciones políticas de un Estado. Si el aparato electoral no funciona adecuadamente la democracia no será posible y, en los Estados de corte autoritario o forma excepcional, no se escuchará la voluntad general y estos seguirán perpetuados. El Estado de excepción no debe converger con elecciones públicas.

“La función electoral requiere dignidad y libertad completa. Solamente en esas condiciones puede el sufragio ser la expresión de la voluntad efectiva de los electores. Solamente así se asegura, también, la necesaria independencia de los elegidos o

elegibles. En consecuencia, se hace imprescindible el levantamiento definitivo del estado de sitio a los efectos de la función electoral, con la anticipación requerida por la actividad de los partidos”.²²⁵

En nuestro sistema jurídico mexicano, la suspensión de garantías tiene el carácter de temporal. “La suspensión de garantías se funda en una situación anormal; mas como ésta nunca es perenne sino precisamente transitoria, por ellos la restricción de los derechos individuales públicos es por *tiempo limitado* (artículo 29), pues de otro modo, además se abrogaría, de hecho, la Constitución”²²⁶. De acuerdo con el maestro Mario de la Cueva existen dos criterios para determinar el plazo vigente de las medidas excepcionales en la historia constitucional de nuestro país.

“En la historia constitucional mexicana se encuentran estas dos maneras de fijar la duración de la medida. Por el tiempo que dure la emergencia, sistema que se ha usado, especialmente, en los casos de guerra extranjera o rebelión; y por período de sesiones del Congreso, de tal manera, que el presidente de la República, al iniciarse el período siguiente, debe dar cuenta del uso que ha hecho de las facultades de que se encuentra investido y plantear la conveniencia de prorrogarlas”.²²⁷

²²⁵ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957, pág. 72.

²²⁶ AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*. Facultad de derecho UNAM, México, 2006, pág. 51.

²²⁷ AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *Op. cit.*, pág. 15.

Este tema puede pasar al derecho positivo y ya no sólo formar parte de criterios doctrinales. El proyecto de decreto que se impulsa a través de la citada minuta del Senado, podría dar certidumbre jurídica y aclarar varios puntos respecto al artículo 29 de la Constitución mexicana. Redactar una ley reglamentaria de dicho artículo reforzaría nuestro sistema jurídico en uno de sus puntos más frágiles, puntualizando las atribuciones de la autoridad y los derechos de los gobernados en la excepcionalidad y el tiempo que ésta dura.

3.6. Vuelta a la normalidad

Uno de los temas que adquiere una relevancia singular debido a sus alcances, es el problema de la “vuelta a la normalidad” del Estado de excepción. Es el tránsito que se da del Estado de excepción al Estado de permanencia constitucional. El paréntesis normativo creado para volver a establecer el orden público y situar al Estado en su cauce de normalidad jurídica. Partimos del fenómeno que el Estado de excepción genera por el desvío de poder hacia la redistribución de poderes en las facultades ordinarias que prevé el orden constitucional. Es preciso advertir en este punto, que el Estado de excepción nunca crea poderes nuevos en el sentido jurídico, sino que solamente se aglomeran distintamente para ocasionar otro marco de competencias.

“El Estado de sitio *no crea poderes* nuevos o distintivos de los existentes, sino que su declaración faculta al órgano ejecutivo para una competencia acrecida del poder que se traduce en una concentración y un uso distinto de atribuciones emergenciales, es anterior a la circunstancia y la prevé al igual que lo hace con las facultades para conjurarla”.²²⁸

²²⁸ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*. De Palma, Argentina, 1987, pág. 47.

El desafío para la institucionalidad es volver a encerrar en su cápsula restrictiva al poder que se hallaba libre en el Estado de excepción, el poder público que momentáneamente se liberó de los marcos legales para afrontar la emergencia. Quizás el uso adecuado de la institución del Estado excepcional no acarreó demasiados problemas como un uso abusivo del mismo. La experiencia histórica nos ha demostrado que son pocos los que logran mantener los fines específicos del derecho excepcional. Sin embargo, algunas de las consecuencias de su desvirtuación, según Daniel Zovatto, son las siguientes:

“Las consecuencias que suelen aparejar la implantación desnaturalizada de los estados de excepción –sea que resulte de una brusca ruptura del orden institucional, como por ejemplo un golpe de estado, o que provengan de un lento proceso de degradación institucional-, son a juicio de N. Questiaux, las siguientes:

- i) la alteración de las instituciones, producto de la redistribución de los poderes, y
- ii) la alteración del Estado de Derecho, consecuencia de la regresión constante del principio de legalidad”.²²⁹

²²⁹ ZOVATTO G., Daniel. *Los Estados de excepción y los derechos humanos en América latina*. Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Venezuela, 1990, pág. 58.

¿Cómo lograr encausar nuevamente al Estado en la corriente institucional? ¿Cuáles son los mecanismos para ello? Esta es una etapa crucial en el estudio del Estado de excepción, porque como vemos, la materia no se agota con la declaratoria de cesación del Estado de sitio o emergencia, sino que las repercusiones van más allá de su existencia. El Estado de excepción termina pero persiste la legislación de emergencia y se da la confrontación temporal de la Constitución excepcional y la Constitución anterior, es decir, la que cotidianamente regía la vida institucional del país. Mario de la Cueva menciona que poco se ha tratado esta cuestión, por eso, él centra parte de sus explicaciones en tratar de conceptualizar este fenómeno.

Para el jurista mexicano, en el Estado de excepción, persisten dos órdenes constitucionales distintos, o por lo menos, la enumeración de atribuciones para el poder ejecutivo y legislativo proviene de dos ordenamientos diferentes. Entre la delegación de facultades que el legislativo otorga al Ejecutivo para afrontar de manera rápida y efectiva la emergencia, uno se ciñe a la Constitución y otro a la Ley de Suspensión de Garantías. El Presidente de la República y el Congreso de la Unión no se

encuentran regulados por un mismo documento, y eso crea una dicotomía normativa en la ley fundamental.

“Existe, sin embargo, una diferencia entre la posición del presidente de la República y la del Congreso de la Unión: El primero puede actuar hasta los límites que le señale la ley de Suspensión de Garantías. El Congreso, en cambio, deberá ceñirse a la vieja Constitución y esto es así porque, en tanto que el Poder Ejecutivo está haciendo frente a una situación de emergencia, el Poder Legislativo no tiene otras funciones que las que expresamente le señala la Constitución”.²³⁰

En el estudio del artículo 29 de la Constitución, Mario de la Cueva llega a las conclusiones plausibles sobre el fin del Estado de excepción y el regreso del orden jurídico cotidiano, pues el Estado de excepción, aunque mantenga una holgura en sus limitaciones jurídicas, se encuentra supeditado a un orden jurídico especial. Al concluir el Estado de necesidad, su levantamiento y el levantamiento de las medidas excepcionales es automático. Sobre el caso mexicano, el maestro De la Cueva nos señala la desaparición del régimen de Suspensión de Garantías de forma mecánica pero con la posibilidad de prolongación por parte del Ejecutivo.

²³⁰ AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*. Facultad de derecho UNAM, México, 2006, pág. 23.

“El levantamiento del estado de suspensión de garantías es automático; se concluye con la terminación del estado de guerra, a menos que, en ese momento, resuelva el presidente de la República prorrogarlo por 30 días más. Pero cualquiera que sea la solución que dé el presidente al problema, el levantamiento de suspensión de garantías es automático”.²³¹

Las consecuencias jurídicas del levantamiento son diversas, pero teniendo como principio la vuelta del imperio de la Constitución en su régimen normativo ordinario y cancelar el régimen excepcional. “A partir de ese momento, rige otra vez la vieja Constitución: las modificaciones introducidas por la Ley de Suspensión de Garantías, dejan de tener vigencia. También a partir de ese momento, ninguna Ley, o acto, de ninguno de los poderes puede lesionar las garantías consignadas en la vieja Constitución. Todo lo que en ese momento lesione las garantías constitucionales, debe desaparecer”²³². Todas las garantías individuales vuelven a ser restituidas en su goce y ejercicio. El imperio de la ley aspira nuevamente a una cobertura total en el Estado y en los individuos.

Otra de las complicaciones que desata el puente entre la normalidad y lo excepcional es la calidad de la legislación de

²³¹ AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *Op. cit.*, pág. 24.

²³² *Ibid.*, pág. 24.

emergencia. Lo lógico es pensar que si la norma primaria, que en este caso es la excepcional, desaparece; también desaparecen las leyes que la tienen como soporte. Así lo entiende Mario de la Cueva, aunque resulte en la práctica que el Ejecutivo aproveche sus facultades extraordinarias para emitir leyes que no responden exclusivamente a los fines de necesidad, sino a otros fines que van más allá del periodo excepcional.

“El problema más importante en este capítulo de vuelta a la normalidad es la condición en que queda la legislación dictada por el presidente durante el estado de emergencia. ¿Subsiste esa legislación? Pensamos, atentos los principios expuestos, que esa legislación desaparece. Fue legislación de accidente, de circunstancia, de finalidad específica, para hacer frente una situación concreta, pero no se extendía a resolver los problemas generales de la vida nacional. Al desaparecer la condición que le dio origen, debe desaparecer igualmente la legislación toda; toda norma jurídica tiene una hipótesis o supuesto que la condiciona y cuando falta éste, no puede aplicarse la norma, porque sería ir contra su esencia, aplicándolo a una situación que no rija. Si, por tanto, falta la circunstancia que condiciona la aplicación de la norma, pierde ésta su vigencia”.²³³

La médula del uso y el alcance del derecho excepcional son aquí palpables en toda su dimensión. Las posturas doctrinales se contraponen en el hecho de saber hasta dónde se le otorgan facultades extraordinarias al Ejecutivo y con qué condiciones puede

²³³ *Ibid.*, pág. 25.

ejercitarlas. “Dos criterios pueden existir, el jurídico, que entiende el sentido democrático de la Constitución y pretende restringir las facultades extraordinarias, porque toda excepción es restringida, y el principio fácil de la entrega, que consiste en dar todo a un dictado, aun cuando se rompa la armonía del orden jurídico. Entre los dos principio, la elección es evidente”²³⁴. El espíritu democrático que se traduce en el equilibrio de poderes y el respeto a los derechos humanos debe prevalecer finalmente.

El maestro Mario de la Cueva propone, para evitar la confrontación entre la Constitución excepcional y la Constitución plena, una suerte de derecho transitorio, dedicado a dirigir a través de un tránsito homogéneo a las leyes y atribuciones hacia el orden público. La funcionalidad que le da a los 30 días que el Ejecutivo tiene para extender el Estado de excepción (suspensión de garantías) se aprovecha como el término para generar ese derecho transitorio.

“Debemos concluir y proponemos como única solución práctica para la vuelta a la normalidad, la creación de un *derecho transitorio*, que decida los problemas. El presidente de la República puede hacerlo, porque puede prorrogar por 30 días después de la terminación de la guerra el estado de suspensión de garantías. En esos días puede

²³⁴ *Ibid.*, pág. 26.

proponer al Congreso el *derecho transitorio* que resuelva la situación que hoy parece confusa”.²³⁵

Este tema sobre la “vuelta a la normalidad” no debe pasar desapercibida de concretarse la Ley Reglamentaria del artículo 29 Constitucional. La creación de un derecho transitorio entre excepción y cotidianidad debe darse en nuestro país.

²³⁵ *Ibid.*, pág. 27.

Capítulo Cuarto

El Estado de excepción en la forma de gobierno

4.1. El Estado de excepción como paradigma de gobierno

Enumerar la cantidad de Estados de excepción que se han desarrollado en el orbe, es una empresa casi imposible. Incluso si reducimos el campo a sólo los países americanos, resultaría complejo saber durante cuánto tiempo y en qué frecuencia las medidas excepcionales se emplearon y se continúan empleando. Debido a esta imposibilidad cuantitativa y cualitativa, en el desarrollo del presente capítulo, se analizarán someramente los casos paradigmáticos de Alemania, Argentina y Estados Unidos en diferentes épocas del siglo XX, como muestra de que fue el siglo de los regímenes de sitio y excepción; sea cual fuera los motivos y razones que los determinaron en estos países.

La figura del Estado de excepción es necesaria para combatir ciertos avatares de la vida institucional. El uso de los mecanismos excepcionales muestra la capacidad de autodefensa y de reacción del Estado ante cualquier amenaza. Sin embargo, emplear el Estado de excepción requiere responsabilidad política por parte de

los órganos que autorizan el levantamiento del mismo. Desde esta perspectiva, el Estado de emergencia, constituye un dispositivo con una alta dosis de responsabilidad gubernativa y compromiso jurídico para que sea efectivo; pero paradójicamente, es el modo político más rústico para mantener un poder de mando central y de dominación segura al amparo de las cláusulas constitucionales que lo contemplan.

Por esta razón es que el Estado excepcional requiere, para evitar cualquier vicio, una estandarización jurídica. Detallar las hipótesis y requisitos para su declaración sin que existan otras causas extralegales que legitimen su uso. No cualquier acontecimiento perturbador, sedición, catástrofe o ataque a las instituciones, puede activar los mecanismos del Estado de excepción. No sería admisible para el sano desarrollo de los Estados, que estos se encuentran comúnmente bajo su fase excepcional. El Estado de sitio no es para llevar a cabo pretextos políticos y la perpetuación de los gobernantes.

“Los actos subversivos, los desordenes de carácter social, los atentados delictivos y aún las insurrecciones armadas que no pongan en peligro la estabilidad del gobierno, no justifican, pues, declaración del estado de sitio que, en todos esos casos sería abusiva e ilegítima; simple pretexto para el logro de fines inconfesables. Esta es la doctrina general

incorporada al derecho positivo de todos los países civilizados que adoptaron la institución”.²³⁶

El Estado, en su desarrollo político y jurídico, debe aspirar a ciertos fines fundamentales. Con el advenimiento de los derechos humanos, el principio de legalidad, el campo de limitación para la autoridad y el ajuste de competencias para los sujetos de derecho; los gobiernos tienen la exigencia de sólo usar el Estado de excepción como última opción para enfrentar una coyuntura. En nuestro contexto histórico, ya no son admisibles las “cartas en blanco” de las que habla Mario de la Cueva. “Uno de los grandes males de las cartas en blanco al presidente de la República, consiste, precisamente en la imposibilidad de fijar los nuevos límites de acción al Poder Ejecutivo, si el presidente es árbitro para fijar sus autorizaciones y sus facultades legislativas, nada podrán hacer los particulares y tampoco podrá intervenir el Poder Judicial”²³⁷.

Precisamente para evitar estos inconvenientes, es necesario limitar el radio de acción del Ejecutivo desde la Constitución; blindar garantías y derechos fundamentales, de modo que estos no puedan

²³⁶ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957, pág. 55.

²³⁷ AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*. Facultad de Derecho UNAM, México, 2006, pág. 21.

ser suspendidos. La minuta del Senado mexicano de abril de 2010, enlista los derechos que no pueden ser suspendidos en cuanto a su ejercicio: *“En ningún caso podrán restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre a la nacionalidad; los derechos del niño; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de religión; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”*. Además de que establece en sus artículos transitorios la creación de una Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional; todo esto con el fin de evadir esas “cartas en blanco” con la legalidad.

Si el Estado de excepción puede resultar, en el peor de los casos, una tiranía; lo mejor para los países sería evitar la declaración trivial del Estado de excepción. Estar al arbitrio del presidente nacional es un escenario peligroso y guarda una profunda incertidumbre respecto al camino que éste elegirá. Daniel G. Zovatto mira el problema del Estado de excepción como una

enfermedad que aqueja a los países latinoamericanos. “La aplicación ‘patológica’ de los estados de excepción en América Latina, que hizo crisis en la década de los setenta, asociada muchas veces a la Doctrina de la Seguridad Nacional, pero que se mantiene todavía en algunos países de la Región”²³⁸. A pesar de esto, él mira en ese panorama saturado de Estados de sitio, una bifurcación en el uso de esta medida. Ambas clasificaciones son Estados de excepción, pero el distingo se encuentra en los medios y los fines.

“Se impone por tanto la necesidad de distinguir entre los estados de excepción declarados y aplicados por gobiernos constitucionales y democráticos, de acuerdo con la Constitución y los estándares previstos en los instrumentos internacionales, para la defensa del Estado de Derecho y la vigencia de los derechos más fundamentales, de aquellos otros cuyo único objetivo es afirmar la dominación arbitraria, impedir el ejercicio de las reivindicaciones populares y violar impunemente los derechos humanos”²³⁹.

Lo óptimo sería concurrir siempre en el tipo de Estado de excepción que defiende los derechos fundamentales, se apega estrictamente a su fin y logra recuperar el Estado de Derecho en la crisis. En este punto es cuando lo ideal y lo real nos cimbran en la

²³⁸ ZOVATTO G., Daniel. *Los Estados de excepción y los derechos humanos en América latina*. Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Venezuela, 1990, pág. 183.

²³⁹ *Idem*.

experiencia histórica y actual. Las instituciones construidas para salvaguardar la democracia y el orden público, en ciertos casos, paulatinamente terminan retorcidas, en dirección contraria a la original. Sin embargo, siempre será un pendiente común dirigir otra vez estas instituciones.

“En suma el análisis histórico, político y jurídico de la aplicación de los estados de excepción muestra, quizás mejor que ningún otro ejemplo, cómo una institución nacida y concebida para la defensa del orden jurídico democrático ha sido, frecuentemente utilizada para violarlo, debilitarlo o destruirlo. Reencauzar esta institución a su verdadero sentido y vincularla con el respeto y la garantía de los derechos humanos es hoy una tarea esencial”.²⁴⁰

Giorgio Agamben dedica todo un capítulo de su investigación a demostrar cómo el Estado de excepción se fue transformando eventualmente en paradigma de gobierno, y cómo Occidente destruye su propio discurso político-jurídico con la *praxis* de sus gobiernos. Los problemas que un Estado sufre, se agravan más “respecto del estado de excepción, que es la respuesta inmediata del poder estatal a los conflictos internos más extremos”²⁴¹. Las políticas públicas resultan más sencillas de llevar a cabo

²⁴⁰ ZOVATTO G., Daniel. *Op. cit.*, pág. 188.

²⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo editora, 3ª ed., Argentina, 2007, pág. 25.

despejando al Estado de sus controles y la mayor legalidad posible. El Estado de excepción es la justificación perfecta para que los gobiernos se liberen de la atadura constitucional o, por lo menos, les da mayor margen de maniobra.

“El estado de excepción tiende cada vez más a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea. Esta dislocación de una medida provisoria y excepcional que se vuelve técnica de gobierno amenaza con transformar radicalmente –y de hecho ya ha transformado de modo sensible- la estructura y el sentido de la distinción tradicional de las formas de constitución”.²⁴²

El valor de la democracia en las naciones contemporáneas, si bien en el discurso se mantiene frecuentemente como la categoría axiológica última a la que un Estado debe aspirar, en el manejo práctico de los gobernantes, esta cuestión se reduce a una figura retórica. La inclinación exacerbada de plenos poderes y el Estado de excepción muestran una ambivalencia, pues “si bien un uso temporario y controlado de los plenos poderes es teóricamente compatible con las constituciones democráticas, un ejercicio sistemático y regular de la institución conduce necesariamente a la liquidación de la democracia”²⁴³.

²⁴² *Idem.*

²⁴³ AGAMBEN, Giorgio. *Op. cit.*, pág. 33.

Los cánones políticos y jurídicos de Occidente se encuentran en una mutación. Los principios clásicos de equilibrio de poderes, separación de poderes, soberanía, jurisdicción, es decir, el modelo de los Estados y las Repúblicas parece modificarse considerablemente. El empleo reiterado del Estado de excepción altera, como ya lo vimos, el diseño orgánico de la Constitución y los derechos humanos. “Esto significa que el principio democrático de la división de los poderes hoy se ha devaluado, y que el poder ejecutivo ha absorbido, al menos en parte, al poder legislativo”²⁴⁴. Por esta causa, Agamben admite que es irónico que los países representativos de Occidente pretendan encarnarse como los paladines del progreso, la evolución de las ideas y la democracia a países ajenos a nuestra tradición. No hay nada más gracioso que disfrazarte de caballero y tener una espada rota.

“Y es significativo que una transformación similar del orden constitucional que hoy se da en medida diversa en todas las democracias occidentales, si bien es percibida perfectamente por juristas y políticos, permanezca totalmente inobservable por parte de los ciudadanos. Precisamente en el momento en que pretende dar lecciones de democracia a culturas y tradiciones diferentes, la cultura política de Occidente no se da cuenta de que ha perdido por completo el canon”²⁴⁵.

²⁴⁴ *Ibid.*, pág. 50.

²⁴⁵ *Ibid.*, pág 51.

Durante el siglo XX, el Estado de excepción fue comprobado por su eficacia coactiva. La experiencia de la Primera y Segunda Guerras Mundiales convierte a las medidas excepcionales en los caminos idóneos par alcanzar esa concentración de poder que los líderes de las naciones beligerantes necesitaban para afrontar al enemigo. También la evasión en los requisitos jurídicos y pasar por alto lo más posible las disposiciones de la Constitución, verificaron la viabilidad del Estado de emergencia en cuanto a régimen laxo de legalidad.

“Los años de la Primera Guerra Mundial y subsiguientes aparecen desde esta perspectiva como el laboratorio en el cual han sido experimentados y puestos a punto los mecanismos y dispositivos funcionales del estado de excepción como paradigma de gobierno. Uno de los caracteres esenciales del estado de excepción –la provisoria abolición de distinción entre poder legislativo, ejecutivo y judicial- muestra aquí su tendencia a transformarse en duradera praxis de gobierno”.²⁴⁶

Estos acontecimientos históricos no son exclusivos de Giorgio Agamben como la catapulta de la era del Estado de excepción, Carlos Sánchez Viamonte mira en la Segunda Guerra Mundial la eclosión de la excepción que devino en regla. En una parte, la

²⁴⁶ *Ibid.*, pág. 33.

inadecuada regulación de los casos de necesidad y la naturaleza humana hicieron, en una batalla sin reservas, que los Estados se olvidaran de las ataduras legales en su mayoría. Existe una evolución entre el estado de guerra primitivo y una situación jurídica de excepción.

“La falta de una reglamentación previsora y minuciosa en los casos de excepción, da pretexto y en apariencia justifica los excesos del poder y luego el abuso caprichosos de la fuerza. Entre la ley marcial o estado de guerra primitivo y el estado de sitio o situación jurídica de excepción con fines defensivos, hay la misma diferencia entre el “homo homini lupus” y el hombre culto, miembro solidario de una sociedad civilizada. Desgraciadamente, ese distingo no parece en la reciente guerra mundial, el estado de sitio fué (sic) la norma casi universalmente aceptada”.²⁴⁷

Los conflictos mundiales de la primera mitad del siglo XX y la belicosidad de los Estados, aceleró por motivos fácticos la perpetuación del Estado de emergencia para realizar los ataques. La Alemania nazi, bajo el genio jurídico y político de Carl Schmitt, diseñó una estructura sofisticada de derecho excepcional. No en vano, Giorgio Agamben mira en la obra del teórico alemán, el engranaje moderno de la teoría del Estado de excepción. El artículo 48 de la Constitución de Weimar está vinculado al desarrollo de

²⁴⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957, pág. 30.

Alemania entre las guerras, sin él, no es posible comprender el arribo de Hitler al poder y el abuso de su gobierno.

Al amparo del artículo 48 de la Constitución nacional, los alemanes podían situarse voluntariamente en una situación excepcional, aunque la necesidad nunca se hubiera dado. El diseño constitucional se encontraba conformado para el advenimiento de situaciones extrajurídicas con cierta forma de legalidad, además de un otorgamiento desmedido de facultades al ejecutivo. “Los poderes excepcionales del presidente permanecieron hasta tal punto indeterminados que no sólo la expresión ‘dictadura presidencial’ fue usada corrientemente en la doctrina en referencia al artículo 48, sino que Schmitt pudo escribir en 1925 que ninguna constitución de la tierra como aquella de Weimar había legalizado tan fácilmente un golpe de Estado”²⁴⁸.

Giorgio Agamben rescata de el concepto de “guerra civil legal”, para explicar los fenómenos del siglo XX y particularmente siguiendo el ejemplo de Alemania durante el Tercer Reich. Desde su punto de vista, el caso alemán sólo resulta un antecedente directo de lo que posteriormente se trasformaría en el aprovechamiento cotidiano del Estado de excepción, incluso de las

²⁴⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo editora, 3ª ed., Argentina, 2007, pág. 44.

naciones democráticas o que pretenden respetar los derechos humanos.

“En el curso del siglo XX, se ha podido asistir así a un fenómeno paradójico, que ha sido eficazmente definido como una “guerra civil legal”. Tómese el caso del Estado nazi. No bien Hitler toma el poder (o, como se debería decir acaso más exactamente, no bien el poder le es entregado), proclama el 28 de febrero el *Decreto para la protección del pueblo y el Estado*, que suspende los artículos de la Constitución de Weimar concernientes a las libertades personales. El decreto no fue nunca revocado, de modo que todo el Tercer Reich puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción que duró doce años. El totalitarismo moderno puede ser definido, en este sentido, como la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político. Desde entonces, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) devino en una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aun de aquellos así llamados democráticos”²⁴⁹

La nación argentina también ha sido un punto álgido de Estados de excepción. Los dictadores y los Ejecutivos revestidos con facultades extraordinarias resultaron varios de los pesares de la población civil en aquel país. Carlos Sánchez Viamonte, todavía al momento de escribir su obra *Ley marcial y Estado de sitio* en 1957,

²⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Op. cit.*, pág. 25.

se hallaba ante la represión de su gobierno²⁵⁰, incluso corría un mayor peligro por estudiar este tema. “En efecto: el estado de sitio más reciente –que aún perdura al terminarse este libro- comprueba una vez más la tendencia indicada. El gobierno de ‘facto’, el gobierno personal de un militar afortunado, arrasó todos los derechos y anuló todas las instituciones (...) Es cierto que en algunas oportunidades las medidas arbitrarias presentaron caracteres confiscatorios, pero no iban dirigidas contra la propiedad, sino contra la dignidad o contra las ideas, como sucede en los casos de clausura de diarios, que significan verdaderas confiscaciones. Cuando se trata de sofocar a la opinión pública, pierde su eficacia el tabú de la propiedad”²⁵¹.

Antonio María Hernández trata de hacer un recuento de la frecuencia de los Estados de excepción en Argentina. La conclusión es que el gran cimiento de la nación y la forma central de su desarrollo son los regímenes de sitio. Por esta cuestión, el jurista argentino comienza asegurando que lo que los diputados constituyentes pensaron en temporal, se ha convertido en el eje principal de los gobiernos de su país.

²⁵⁰ Durante la escritura de su libro, Sánchez Viamonte vivía los finales del régimen peronista en Argentina y el golpe de Estado que lo derrocó.

²⁵¹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957, pág. 168.

“De esta manera lo que el Constituyente pensó como transitorio, en la práctica adquirió considerable permanencia, ya que el tiempo de vigencia de estados de sitio en gobiernos constitucionales alcanzó el 13% de los mandatos respectivos, lo que se aumentó al 45% en los mandatos de los gobiernos de facto (desde 1853 hasta el 2000). En este aspecto, las penurias institucionales vividas arrojan un estado de sitio cada dos años y nueve meses, con un récord de extensión de 8 años, 11 meses y 22 días para el declarado por Decreto 1368 del 6 de noviembre de 1974 por la presidenta Martínez de Perón que rigió luego durante el posterior periodo de facto hasta el 28 de octubre de 1983. Este uso y abuso de tan extraordinaria institución produjo una lesión gravísima al sistema republicano, al Estado de derecho y a la democracia argentina”²⁵².

Si bien es cierto que el caso de Argentina representa los modelos emblemáticos del siglo pasado, cuando las dictaduras y los regímenes *de facto* se encontraban en diversas regiones del planeta como verdades irrefutables; esto no significa que el Estado de excepción, los golpes de Estado y los dictadores sean cosas del pasado o un acontecimiento histórico. La prueba está en los regímenes de corte dictatorial como el venezolano de Hugo Chávez, el gobierno de los hermanos Castro en Cuba y el reciente decreto de suspensión de garantías en Honduras²⁵³. Las medidas

²⁵² HERNÁNDEZ, Antonio María. *La emergencia y el orden constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Culzoni editores, 2ª ed., México 2003, pág. 25.

²⁵³ Decreto Presidencial del 26 de septiembre del 2009 por Roberto Micheletti Baín. En el artículo 3 de dicho ordenamiento, se prohíbe “la libre circulación la cuál se restringirá conforme a los parámetros establecido”, “toda reunión pública no autorizada”, “emitir publicaciones que ofendan (...) la dignidad humana, a los funcionarios públicos y a las resoluciones

excepcionales no dejan de usarse, sólo se transforman. El Estado de excepción se integra al aparato constitucional como lo vimos con la desviación de “institucionalización del Estado de excepción”. El Estado de sitio y la ley marcial se refinan. Quizás se hagan imperceptibles pero continúan bajo líneas definidas. Las medidas de derecho excepcional no han desaparecido completamente y se encuentran alojadas en el cuerpo de las democracias modernas.

Una nación aparentemente defensora del discurso de los derechos humanos, la democracia y la cultura occidental, es Estados Unidos de Norteamérica, aunque como menciona Noam Chomsky, ésta se encuentra en medio de un déficit democrático. Sólo a través de medidas excepcionales atenuadas se le dan rumbo a los fines políticos. Chomsky menciona que E.U. es también un Estado fallido²⁵⁴ y por lo tanto con un poder descarrilado en los andenes jurídicos. De acuerdo con Geminello Preterossi, el descontrol vino con los hechos del 9/11 en 2001. Norteamérica tenía que reaccionar de algún modo. “La respuesta institucional y cultural de las democracias al ‘terrorismo global’ ha cambiado,

gubernamentales”. En el artículo 4 se autoriza “detener a toda persona que sea encontrada fuera del horario de circulación establecido”, “toda persona detenida deberá permanecer recluida, en los centros de detención legalmente establecidos”, etc. El decreto tuvo vigencia de 45 días.

²⁵⁴ Ver lo relativo a las relaciones entre Estado fallido y Estado de excepción en el apartado “2.1.4 Estado Fallido”.

sobre todo en los Estados Unidos, pero no solamente, en la ruta de simplificación amigo-enemigo”²⁵⁵.

La tendencia beligerante de los Estados Unidos despertó nuevamente al Estado de excepción o, por lo menos, se ha incorporado parte del mismo para combatir directamente a los terroristas y demás enemigos nacionales. Bajo el menoscabo del honor, la violación a la seguridad, pero sobre todo, por el arrebató de civilizaciones extranjeras al dañar los símbolos norteamericanos. Estados Unidos emprende una guerra frontal hacia las amenazas y la violencia institucional. El poder desnudo es el único modo de resistirse a la ley.

“El verdadero fin de la ‘constitución de emergencia’ no es tanto la eficacia represiva como la ‘función de generar confianza’, es decir, la reafirmación del poder después de producida la ‘herida’, de la confirmación de su legitimidad frente al público. La emergencia es pues una cuestión psicológica, porque se trata de dar la impresión de una reacción: A pesar del horror, las muestras y el dolor, el gobierno americano sobrevivirá a la tragedia. Y deberá demostrar -rápidamente- no desmoralizarse frente al enemigo terroristas que asecha”.²⁵⁶

²⁵⁵ PRETOROSI, Geminello. *La excepción cotidiana: ¿hacia el fin del tiempo de los derechos?* Revista de la Facultad de Derecho, núm. 246, tomo LVI, México, 2006, pág. 109.

²⁵⁶ PRETOROSI, Geminello. *Op. cit.*, pág. 119.

El jurista y filósofo italiano Geminello Preterossi observa cuidadosamente que en la era actual se da un cambio de dirección en los modelos que tradicionalmente se venían desarrollando en el discurso político. “Miedo, nuevamente como legitimación de una nueva, por lo menos en ciernes, forma posmoderna de absolutismo, es decir, de un poder no regulado, puramente militar y tecnológico-financiero”²⁵⁷.

Nos encontramos ante la excepción cotidiana, pero esta vez no apreciable. La visión de la población civil se encuentra nublada por otros asuntos. El Estado de excepción ya no necesita ser declarado para que exista. Preterossi vaticina el final de la era de los derechos, pues “hoy asistimos a la banalización de la emergencia, que se convierte en un instrumento cotidiano, una conservación del *estatus quo* a partir de prácticas discriminatorias, suspensiones, procedimientos *ad hoc*, todo ello entrelazado con procedimientos ‘normales’ –pero siempre más lábiles e insabiles- del estado de derecho”²⁵⁸. Según la visión del profesor italiano, se presentan hoy deformaciones jurídicas, se continúan desechando los paradigmas.

²⁵⁷ *Ibid.*, pág. 109.

²⁵⁸ *Ibid.*, pág. 112.

“No es casual que ‘desconstitucionalización’ y ‘posdemocracia’ sean los términos – más indicativos de un problema que de categorías conceptuales- que ya han adquirido amplia aceptación en el debate público y científico, para registrar y sintetizar ciertos fenómenos regresivos que ya ahora se deban por descontados, paradójicamente mientras que el Occidente pretende erigirse como paladín de los ‘valores’ democráticos de exportación. Tal vez la ‘democracia occidental’ debe ser exportada a otros lados porque ya se es un objeto averiado en nuestra casa”²⁵⁹.

Descrito lo anterior, resulta deprimente el panorama de la verificación del derecho sobre la fuerza. Leandro Despouy admite que el globo terráqueo está pintado con los colores del Estado de excepción. En cada país pueden existir Estados de sitio, y si no se presentan como tales, se aprueban medidas excepcionales o tendientes a la emergencia. “Una lectura política de este original mapa jurídico del mundo nos estaría indicando no sólo la falta de estabilidad que está viviendo la humanidad sino también la peligrosa tendencia a que la excepción se transforme en regla”²⁶⁰. El sentido que están tomando los países y sus dirigencias es preocupante para la población, pues es ésta quien sufre las consecuencias de los males de gobierno.

²⁵⁹ *Ibid.*, pág. 113.

²⁶⁰ DESPOUY, Leandro. *Los derechos fundamentales y los Estados de excepción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999, pág. 86.

“Si transfiriéramos a un mapa geográfico del mundo la lista de países que han proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción durante los últimos 12 años, tal cual resulta del presente informe, comprobaríamos con preocupación que cubriría casi las tres cuartas partes de la superficie terrestre, sin que ninguna región geográfica escape a esta realidad. Comprobaríamos también que en países tan alejados geográficamente, con sistemas jurídicos tan disímiles como los Estados Unidos y China, o ubicados en extremos polares tan opuestos como la Federación de Rusia y la Argentina, pasando por regiones altamente conflictivas como el Medio Oriente, la ex Yugoslavia y algunos países africanos, en todos los casos, de hecho, los gobiernos han optado por la adopción de medidas excepcionales para hacer frente a sus sucesivas crisis”.²⁶¹

El Estado de excepción, podríamos sugerir, tiene una dimensión positiva o idealista, que se da cuando se hace un uso correcto y puntual del mismo, sin tergiversar sus fines. La dimensión real o negativa, que la historia nos ha demostrado, es aquella donde la figura del Estado de excepción resulta todo lo que no debiera ser; es el Estado de emergencia verídico, autoritario y carente de límites legales. El remedio se transforma en el propio mal o causa más daños que los que cura. El Estado de excepción resulta la práctica de lo contrario, una antítesis práctica de su teoría.

“El estado de sitio ha sido siempre un instrumento de regresión, jamás de avance. So pretexto de asegurar el orden, se ha entregado a la tarea de destruirlo. Antes fué (sic),

²⁶¹ *Idem.*

más bien, un instrumento de fuerza político. Ahora es, más bien, un instrumento social. Su tendencia está visible en todas sus manifestaciones. Dirige sus golpes contra la libertad y protege, como un escudo, al capital. Persigue al individualismo de la libertad y fomenta el individualismo del patrimonio. Anula la personalidad humana y consolida y aumenta el predominio de la fuerza económica (...) No hay ejemplos de estado de sitio puestos al servicio de una mejor distribución de la riqueza social, del trabajo y de los trabajadores, de una economía más justa, en suma. No hay ejemplos de estado de sitio puesto al servicio de la función social de la propiedad”.²⁶²

El Estado de excepción, en fin, representa los males de gobierno, el abuso y la desmesura de poder. Lo lamentable es presenciar como éste se transforma y continúa orientándose en el paradigma de las formas de gobierno por los Estados contemporáneos. Si se trazara una línea desde las formas de gobierno clásicas, el Estado de excepción sería el eje posmoderno de lo que en la antigüedad se entendió como tiranía; salvo que esta vez la clasificación no es tan rígida. El Estado de emergencia de hoy puede tener elementos de la democracia, de la aristocracia y de cualquier forma de apariencia benéfica. “Pocas veces la experimentación ha sido tan elocuente y rotunda en su enseñanza como lo es la práctica del estado de sitio. Los gobiernos aprendieron la lección y recogieron el fruto de su conveniencia

²⁶² SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957, pág. 167.

particular. Ahora es el turno de los pueblos perjudicados. El viejo arte de gobernar aspira a transformarse en ciencia social”²⁶³.

²⁶³ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Op. cit.*, pág. 170.

4.2. Régimen especial de garantías

Las garantías sociales o individuales son expresadas como las limitaciones del poder público, del actuar de la autoridad en contra del individuo. Fijan las imposibilidades jurídicas de los actos de autoridad, para que estos se sujeten a derecho y no terminen en actos “autoritarios”, es decir, que sean guiados más por el poder de autoridad que por el poder jurídico. Desde otra perspectiva, las garantías de los gobernados son contenidos ético-jurídicos superiores a la potestad estatal. Por tal motivo, las autoridades se encuentran obligadas a respetar dichas libertades y de allí la protección y reconocimiento supraestatales de los derechos humanos y las garantías inalienables del hombre en convenciones y tratados internacionales.

De acuerdo con el maestro Ignacio Burgoa, si bien las garantías individuales y los derechos humanos guardan una relación inseparable y de suma conectividad; no se deben confundir ambos conceptos. La diferencia principal estriba en el tratamiento jurídico. Los derechos humanos se encuentran inciertos en una tradición doctrinaria, su existencia escapa a su reconocimiento o no

reconocimiento por las leyes positivas. Los derechos humanos siempre estarán presentes, aunque sea en el discurso. Las garantías individuales, en cambio, se presentan únicamente con la consagración jurídico-positiva de estos derechos.

“Los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad, son elementos propios y consubstanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligaciones estatales y del Estado mismo. Por ende, los derechos del hombre constituyen, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos de que hemos hablado: gobernados, por un lado y Estado y autoridades, por el otro”.²⁶⁴

Cuando hablamos de un régimen especial de garantías se está hablando de una disminución en el reconocimiento de derechos por parte del Estado para ciertos grupos o individuos. Es precisamente un régimen especial en oposición al régimen general de garantías que la población posee de acuerdo con la Constitución y el catálogo amplio que ésta enumera. Ignacio Burgoa sugiere dos explicaciones para entender la consagración de las garantías en un ordenamiento jurídico: la iusnaturalista y la estatalista. “La primera sostiene que,

²⁶⁴ BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Porrúa, 18ª ed., México, 1984, pág. 186.

siendo los derechos del hombre inseparables de su naturaleza y consubstanciales a su personalidad, y por ende, superiores y pre-existentes a toda organización normativa, el Estado debe respetarlos, teniendo la ineludible obligación de incorporarlos a su orden jurídico”²⁶⁵. Aquí los derechos humanos y su reconocimiento escapan a la voluntad del Estado.

En la segunda teoría, se mueve el plano del sujeto que reconoce los derechos humanos y, por consiguiente, quien fija las garantías al derecho. “En efecto, se afirma que sobre el poder del pueblo o la nación no existe ninguna potestad individual. Por ende, el sujeto particular no tiene ningún derecho que oponer al Estado, que es la forma política y jurídica en que se organiza el pueblo. Pero, para obtener la felicidad y el bienestar de la comunidad, es menester procurar que sus partes integrantes, los individuos, sean dichosos. Y por ello es que el Estado, en ejercicio del poder soberano cuyo titular es el pueblo, otorga, crea o concede a los gobernados determinadas prerrogativas que lo coloquen al amparo de los desmanes, arbitrariedades e inequidades de las autoridades que obren en representación de aquél”²⁶⁶.

²⁶⁵ BURGOA, Ignacio. *Op. cit.*, pág. 188.

²⁶⁶ *Idem.*

Las garantías de los gobernados, bajo esta última visión, dependen directamente para su existencia del pronunciamiento del Estado, es decir, que el Estado reconozca ciertos derechos y los garantice a través de un sistema jurídico. Únicamente bajo esta visión es posible el régimen especial de garantías, ya que es el Estado quien determina el catálogo de derechos con el que cuentan los gobernados.

El estudio de Leandro Despouy sobre *Los derechos humanos y los estados de excepción*, como vimos con antelación, hace una severa crítica a las desviaciones al modelo de referencia, donde el Estado de excepción degenera en vicios y arbitrariedades. De acuerdo con el profesor argentino, el impacto sobre el Estado de Derecho por parte de la excepcionalidad es notorio y existen algunos indicadores que acompañan a la anomalía en las modificaciones de diseño estatal.

“Desde un punto de vista jurídico, las anomalías descritas precedentemente van acompañadas por lo general de grandes transformaciones en la legislación penal de fondo (calificación de las infracciones y la escala de las penas) y de forma (garantías procesales) como de las normas de competencia. En lo que hace a las normas de forma,

las restricciones más manifiestas suelen estar vinculadas al derecho de defensa y al carácter público de las deliberaciones”²⁶⁷.

Estas transformaciones en el derecho positivo o penal de un país como expresión de una característica de excepcionalidad (aunque el Estado de excepción o la suspensión de garantías no se haya declarado formalmente), puede trasladarse a la realidad de nuestro país con las reformas constitucionales del 2008 en materia penal respecto a la delincuencia organizada, propiamente dicho estas reformas no equivalen a un Estado de excepción en un sentido formal, pero sí conllevan elementos materialmente cercanos a sus características: la creación de un *estatus* de delincuente organizado y la mutilación constitucional de la serie de garantías sustantivas y adjetivas respecto a estos individuos calificados como “delincuentes organizados”. Si un individuo es considerado por el Estado mexicano como parte de la delincuencia organizada, sean ciertas o no las causas para afirmarlo, esta persona verá disminuida su esfera de derechos únicamente por esa declaratoria, como si su calidad de sujeto de derechos o de humano hubiera disminuido. Aquí estamos ante un problema procesal también, puesto que se

²⁶⁷ DESPOUY, Leandro. *Los derechos fundamentales y los Estados de excepción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999, pág. 71.

reducen las defensas considerablemente de la persona, ya que el Estado prejuzga al indiciado desde la ley.

En este sentido, la fracción V, del apartado B, del artículo 20 de la Constitución Política mexicana, menciona: *“En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra; (...)”*. Esta sin duda, es una medida de aplicación exclusiva y que da a los sujetos procesados como delincuentes organizados una dimensión distinta en sus derechos procesales. El trato especial, al que están sujetos los acusados por delincuencia organizada, se muestra con claridad en el último párrafo artículo 18 constitucional, donde se dice: *“(...) Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. (...)”*. Queda muy claro que la designación de

centros especiales y la restricción de la comunicación crean una situación jurídica particular a estos individuos. Estas medidas, como también lo pueden ser otras como la extinción de dominio del artículo 22 constitucional, muestran la presencia de un auténticos régimen especial de garantías en nuestro marco normativo constitucional, que aunque no es un Estado de excepción propiamente dicho, sí demuestran características de éste, donde “régimen especial” es un eufemismo de “régimen excepcional” para efectos de la generalidad que debe cumplir la ley.

No sería deseable para nuestro país, llegar a ese extremo del que habla Giorgio Agamben practicado por E.U. La demolición estatal sobre el individuo para atacar al enemigo público, materializándose éste desde delincuente organizado o terrorista hasta extranjero sospecho o enemigo político, desmembrando así, su personalidad, juridicidad y humanidad.

“La novedad de la ‘orden’ del presidente Bush es que cancela radicalmente todo estatuto inclasificable. Los talibanes capturados en Afganistán no sólo no gozan del estatuto POW²⁶⁸ según la convención de Ginebra, sino que ni siquiera del de imputado por algún delito según las leyes norteamericanas. Ni prisioneros ni acusados, sino solamente *detainees*, ellos son objeto de una pura señoría de hecho, de una detención

²⁶⁸ POW se refiere a las siglas en inglés de “*Prisoner of War*”, El artículo 4 de la Tercera Convención de Ginebra protege al personal militar capturado, algunos guerrilleros y ciertos civiles. Esto se aplica desde el momento de la captura hasta cuando es liberado o repatriado

indefinida no sólo en sentido temporal, sino también en cuanto a su propia naturaleza, dado que ésta del todo sustraída a la ley y al control jurídico”.²⁶⁹

La idea como se tratan los derechos en el panorama jurídico-político del que nos previene Geminello Preterossi, es la desaparición de los mismos a través de su degradación paulatina, a través de un viraje en su discurso. El régimen especial de garantías puede ser uno de los medios. La exclusión y la reducción de los marcos normativos también servirán para la excepción cotidiana. “La función de los derechos puede ser cumplida sólo si los mismos son ‘flexibles’, es decir, si se pierden los corolarios primarios de una universalidad ‘tomada en serio’, o bien su rigidez, o la intransigencia del principio de igualdad (que prohíbe supresiones, status particulares y trato discriminatorio), o la reciprocidad, no retórica, sino efectiva. (...) De esta manera, paradójicamente, de ser un vínculo al poder y ser un proyecto emancipador, los derechos malentendidos de ese modo se convertirán en la cobertura y en el alimento de un ‘estado de excepción permanente y cotidiano’ ”.²⁷⁰

Volviendo al asunto particular de nuestro país, además de lo ya señalado en artículos 18, 20 y 22 de la Constitución Política

²⁶⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo editora, 3ª ed., Argentina, 2007, pág. 27.

²⁷⁰ PRETOROSI, Geminello. *La excepción cotidiana: ¿hacia el fin del tiempo de los derechos?* Revista de la Facultad de Derecho, núm. 246, tomo LVI, México, 2006, pág. 120.

mexicana, también nos encontramos con otro rasgo excepcional en el rubro de seguridad pública. La presencia cotidiana y permanente en algunas poblaciones de elementos del ejército para realizar labores de patrullaje propias de las fuerzas policiacas, contraviene la función militar en tiempos pacíficos, de acuerdo a la propia Constitución: *“Artículo 129. En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar (...)”*. Esto nos hace pensar, primeramente si en verdad México se encuentra “en tiempos de paz”, ya que el ejército se encuentra realizando acciones propias de guerra y defensa. Si el país no se encuentra en tiempos pacíficos y los militares desarrollan un papel activo y frontal contra un enemigo público, es decir, la delincuencia organizada, estamos ante un estado de excepción fáctico, aunque este no haya sido declarado aún por las autoridades.

De acuerdo con el maestro Sánchez Bringas existe históricamente la omisión en el ejercicio de la facultad presidencial establecida en el artículo 29, para suspender las garantías individuales. Precisamente esta cuestión se da por la pretensión de algunos presidentes por mantener formalmente una situación de paz, cuando ésta no existe en realidad. El uso de las fuerzas

armadas y la lesión de derechos como la vida, la integridad personal, la libertad, la inviolabilidad de domicilio, el libre tránsito, entre otros, son indicativo del uso fáctico del Estado de excepción. El constitucionalista Sánchez Bringas denuncia la responsabilidad presidencial cuando no se inicia el procedimiento suspensorio aunque existan las causas establecidas en el artículo 29 constitucional. En este supuesto de responsabilidad se encontraron los presidentes Gustavo Díaz Ordaz, Luis Echeverría y Carlos Salinas de Gortari.

“El primero no inició el procedimiento suspensorio y dio intervención a las fuerzas armadas para enfrentar el movimiento social de 1968 que culminó con la muerte de civiles, agentes policiacos y militares, el 2 de octubre de 1968, en Tlatelolco. El presidente Luis Echeverría Álvarez tampoco adoptó la medida a pesar de la violencia generada en el país con motivo de la ‘guerrilla’ urbana encabezada por la ‘Liga Comunista 23 de Septiembre’ y por la ‘guerrilla’ rural que se desató en el Estado de Guerrero con el levantamiento armado del profesor Lucio Cabañas. Por último, el presidente Carlos Salinas de Gortari tampoco aplicó el artículo 29 constitucional ante la grave perturbación social provocada en el Estado de Chiapas con motivo del levantamiento armado iniciado el 1º de enero de 1994 por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional”²⁷¹.

²⁷¹ SÁNCHEZ BRINGAS, ENRIQUE. *Derecho Constitucional*. Porrúa, 8ª ed., México, 2003, pág. 274.

En este sentido esperamos que nuestro actual presidente, Felipe Caderón Hinojosa, ejerza una actitud responsable respecto al uso de la facultad suspensoria del artículo 29 constitucional. Por su parte, el régimen especial en garantías, que también se aprobó en su administración (2008), es una figura que nos acerca indudablemente a la era del derecho excepcional, a la antesala de un Estado de excepción mundial. Mientras menos sean las salvaguardas que los individuos mantengan contra los abusos del poder público, el imperio de la fuerza avasallará a la población civil. Un régimen especial de garantía es una forma de Estado de excepción institucionalizado. La sofisticación de una medida “especial” esconde la intención genuina de limitar lo general. “Las declaraciones, derechos y garantías en que se asienta la democracia; como el sistema representativo, la división de los poderes, la limitación de facultades y la responsabilidad de los funcionarios en que se asienta la República, no tiene más objeto que cerrar el ciclo de la arbitrariedad”²⁷².

²⁷² SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957, pág. 169.

4.3. De qué modo se puede hablar de legalidad en el Estado de excepción

Al estudiar el Estado de excepción, las características particulares de su desenvolvimiento en la vida pública surgen como implicaciones y problemas entre el poder y el derecho, esto se debe a un conflicto central: la legalidad o ilegalidad del Estado de excepción. En este punto culminante y polémico se concentra la materia de la excepcionalidad jurídica y su viabilidad.

Ciertamente el derecho se ve imposibilitado, por lo menos en la práctica, a permear por completo los mecanismos de las medidas excepcionales. ¿Cómo podemos hablar de legalidad cuando el contenido de la Constitución rige parcialmente? ¿Existe una legalidad excepcional? ¿Cómo podemos pensar en el triunfo del imperio de la ley cuando se suspenden los derechos fundamentales precisamente en los momentos más críticos?

Bajo el rigor jurídico, que busca siempre contrarrestar los actos y los hechos con el poder del derecho, resultaría un fracaso admitir que existen ciertas situaciones que escapan a los alcances de la ley y la norma. Por este afán de cubrir todo con hipótesis jurídica, el

Estado de excepción debe ser contemplado en los ordenamientos constitucionales y en los instrumentos internacionales. Esta es la postura del mexicano Gustavo R. Velasco quien confía en el imperio del derecho sobre las circunstancias excepcionales. “Pero si se va al fondo de estas observaciones, de ellas no se desprende la existencia de un campo vedado al derecho. Lo único que prueban es la necesidad de una norma especial. En otras palabras, para situaciones excepcionales, debe haber leyes de excepción. Frente a sucesos que se salen de lo común, leyes que confiaran poderes extraordinarios”²⁷³.

Velasco encamina los esfuerzos de jurisprudencia y de toda la maquinaria jurídica armada a través de la historia, para solucionar los inconvenientes que encarna el Estado de excepción. Por esta cuestión, se ve en la necesidad de no distanciar tanto el Estado de derecho del Estado de excepción. Aún en las circunstancias adversas, deben permanecer los anclajes jurídicos para asegurar la continuidad de la ley, aunque ésta se modifique considerablemente en su apariencia inicial.

²⁷³ VELASCO, Gustavo R. *El Estado de sitio y el derecho administrativo*. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 25-28, tomo VII, enero/diciembre, México, 1945, pág. 153.

“No concibo que en el estado de derecho sea admisible otra solución. Si el derecho ha venido haciendo el esfuerzo desde Suárez y el Padre Vitoria, con qué poco éxito todos los sabemos, de someter a su imperio las relaciones entre las naciones, inclusive las originadas por la guerra, me parece que sería contradictorio, que sería un retroceso, pensar que en el interior de cada nación el derecho debe entrar en receso cuando surge un conflicto, para ser sustituido por la fuerza escueta y la arbitrariedad”.²⁷⁴

Confiar en la legalidad durante el Estado de excepción se muestra como lo más deseable para las naciones y su población. La comunidad internacional y los organismos supranacionales pretenden que la arbitrariedad sea despojada de los regímenes de excepción, para que el fin de estos no sea desviado por el abuso de poder. Daniel Zovatto cita parte de una resolución de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos sobre las pautas que se deben seguir en situaciones de emergencia, para evitar el ejercicio de un poder absoluto, ausente de medios de defensa, y que los gobernantes se aparten completamente de los ordenamientos jurídicos internos y externos.

“Como bien señaló la Corte Interamericana, vale la pena recordarlo una vez más, si bien la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más

²⁷⁴ *Idem.*

rigurosos, esto no significa que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo han señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”.²⁷⁵

Desde el estudio histórico, hablar de estas limitaciones al poder soberano que se ejerce, en la mayoría de los casos de forma ilegítima, durante la práctica de los Estados de excepción genera únicamente situaciones del deber ser. Considerar esta “legalidad excepcional” como el flujo de las medidas de emergencia es un eufemismo del discurso jurídico para los momentos más graves. Precisamente, como dice Carl Schmitt, el traspaso de poderes y facultades al Ejecutivo rompe con el equilibrio de los órganos de gobierno. Ya no existe el órgano regulador de los actos de autoridad. “En el caso de un traspaso total del poder ejecutivo, no sería ya posible, naturalmente, ningún recurso jurídico, porque entonces a través del hecho no solamente se expresaría

²⁷⁵ ZOVATTO G., Daniel. *Los Estados de excepción y los derechos humanos en América latina*. Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Venezuela, 1990, pág. 185.

simultáneamente la denegación del recurso jurídico, tal vez admisible²⁷⁶.

Esta ausencia de medios de defensa es un riesgo que se corre con la acumulación de poderes por parte del Ejecutivo, como ya lo mencionamos con antelación, fenómeno propio del Estado de excepción y la suma de facultades. Precisamente esta es la razón por la cual se hace hincapié en la independencia del poder judicial en la emergencia. Schmitt cuestiona si verdaderamente en los momentos de guerra y excepcionalidad existe una situación jurídica en particular. El derecho que siempre ve en la forma un requisito sustancial, se aparta precisamente de este requisito durante el Estado de sitio *de facto*, contraviniendo la peculiaridad de lo jurídico.

“El problema jusnaturalista de sí un estado general de necesidad y la guerra de todos contra todos lleva unida una situación jurídica puede ser, pues, siempre actual. Pero para una consideración científico-jurídica, lo decisivo en tales constricciones del proceder *via facti* es que ignoran justamente lo que es esencial al derecho, esto es, la forma.”²⁷⁷

²⁷⁶ SCHMITT, Carl. *La dictadura, desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias*. Alianza, España, 1999, pág. 226.

²⁷⁷ SCHMITT, Carl. *Op. cit.*, pág. 228.

En los regímenes de un Estado de excepción *de facto*, se entiende que las formas legales sean rebasadas por el poder y la fuerza. No en vano, la mayoría de estos gobiernos son ejercidos por militares. Propio al orden castrense, el Estado de sitio es una extrapolarización de las instituciones militares en la vida nacional. De acuerdo con Schmitt, el Estado de sitio es de técnica militar, por eso no produce consecuencias jurídicas, debido a que es una institución de fuerza pública.

“El estado de sitio de una fortaleza es, como el estado de defensa (*état de défense*) o la prevención de un sector de tropas (*état de réquisition permanente*), una situación fáctica de naturaleza técnica militar. Si el comandante militar lo declara expresamente, esto no significa jurídicamente nada distinto a cuando el que actúa en legítima defensa llama la atención a su adversario para advertirle que va a hacer uso de un derecho de legítima defensa. El estado de sitio no se ha convertido todavía en punto de partida para la ficción, con ayuda de la cual habrán de producirse determinadas consecuencias jurídicas”.²⁷⁸

El inconveniente de incorporar en las instituciones de derecho público civil al Estado de sitio, ocasiona un proceder invertido. El normal flujo de órdenes proviene de la instancia civil hacia la militar. Los militares sólo son instrumentos de las políticas de gobierno, de

²⁷⁸ *Ibid.*, pág. 237.

allí la desvirtuación que ocurre cuando un oficial de la milicia toma las riendas de un país.

“Se dice regularmente en los proyectos de Constitución y en las Constituciones, a que a la autoridad militar sólo se le permite actuar efectivamente, pero no se le permita adoptar resoluciones y decisiones en sentido jurídico, a que no se le permita <<deliberar>>. En otras palabras, el comandante militar debe ser siempre solamente un instrumento de una instancia civil que le dirija”²⁷⁹. Por esta razón, para Schmitt, la declaración del Estado de sitio únicamente dirige un procedimiento de naturaleza militar hacia la política pública. “El lugar del estado de necesidad real lo ocupa ahora el acto formal de la declaración del gobierno. El concepto recibe un sentido político, poniéndose el procedimiento técnico militar, al servicio de la política interna”²⁸⁰.

Para fijar las características de las disposiciones que ocurren en la emergencia, es necesario entender la naturaleza de las normas excepcionales, su alcance y el verdadero sentido que tienen éstas respecto a las normas convencionales. Si comprendemos la relación que existe entre la excepción y la generalidad en la interpretación de las normas, seremos capaces de acercarnos a la

²⁷⁹ *Ibid.*, pág. 230.

²⁸⁰ *Ibid.*, pág. 238.

esencia de las leyes de emergencia, y a su vez, asimilar los medios de interacción con la legalidad. Julio López de la Cerda clasifica a las normas, para este menester, en normas de derecho común y de derecho singular.

“Normas de derecho singular o normas de excepción. Para fijar los criterios generales de interpretación de la ley, dice Degni, debe atenderse a un elemento primordial: el carácter de la norma jurídica con respecto a la mayor o menor extensión de las relaciones que aquella regula. Surge de aquí la distinción entre *derecho común* y *derecho singular* (jus singulare). El principio contiene *normas generales*, las cuales son conforme a los principios fundamentales del sistema jurídico positivo, y se aplican universalmente a todas las relaciones jurídicas a las cuales se refiere. El derecho singular, por lo contrario, en vista de particulares condiciones morales, económicas, políticas o sociales que se reflejan en el ordenamiento jurídico, sustrae algunas clases determinadas de personas o ciertas materias, a las normas de derecho común, y las substituye por *normas particulares*, de valor solamente por estas especiales”.²⁸¹

El mexicano López de la Cerda, admite que en el momento que estos dos derechos se encuentran, lo lógico es un enfrentamiento en su contenido; donde lo singular se contrapone a lo común y a la generalidad en casos específicos. “En el fondo, la distinción entre derecho singular y derecho común –afirma Coppa Zuccari-, significa que una norma con contenido excepcional lleva implícito un

²⁸¹ LÓPEZ DE LA CERDA, Julio. *Las normas excepcionales pueden interpretarse extensivamente*. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 15, tomo IV, julio/septiembre 1942, México, pág. 296.

concepto de contradicción al derecho común, es decir una interrupción de la consecuencialidad lógica de los principios de este derecho”²⁸². Desde este punto de vista, la excepcionalidad prevalece ante la generalidad.

Sin embargo, el efecto de la cancelación de los contenidos jurídicos ordinarios por parte de la norma excepcional, acarrea una vulnerabilidad para los gobernados, cuando la suspensión de garantías o de sus derechos fundamentales es declarada. La norma singular o excepcional al sustraer a las personas de ciertas prerrogativas está disminuyendo su protección jurídica, y por tanto, la violación a esos derechos suspendidos puede suceder. ¿Cómo se puede hablar de legalidad cuando los ciudadanos no gozan de todos los derechos, si no pueden ejercerlos plenamente? Según el informe de Daniel Zovatto, en América Latina la violación de derechos humanos en la emergencia es algo real y lamentable. Los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad son los más afectados por los gobiernos *de facto*.

Otra situación trágica que se mostró en los Estados de excepción de países latinoamericanos, es el fenómeno de los “desaparecidos” o los “detenidos-desaparecidos” como menciona

²⁸² LÓPEZ DE LA CERDA, Julio. *Op. cit.*, pág. 297.

Zovatto. El derecho a la vida se acaba para estos ausentes. “Por otro lado, el cruel y aberrante fenómeno de los desaparecidos, que ha enlutado la historia reciente de América Latina, constituye no sólo una privación arbitraria de la libertad y de la integridad personal, sino, al mismo tiempo, de la seguridad y de la vida misma de la persona”²⁸³. Este fenómeno va más allá de las consecuencias reales que sufre el individuo, su ausencia y desaparición se extiende hacia sus más cercanos.

“Su práctica comporta asimismo, una verdadera forma de tortura para los familiares y amigos del ‘desaparecido’, quienes esperan meses y a veces años alguna noticia sobre la suerte del víctima, agravado por la importancia de no poderles brindar asistencia legal, moral y material. Aspecto particularmente grave de este fenómeno es el hecho de que los hijos nacidos de mujeres ‘desaparecidas’ en estado de gravidez, y niños de corta edad secuestrados con sus padres, no son entregados a sus legítimos guardianes – abuelos, tíos, otros familiares-, sino colocados en instituciones y en algunos casos en adopción en el país o en el extranjero”²⁸⁴.

La detención, en la práctica, resulta bajo el amparo de una situación de emergencia o excepcional, sin motivación legal. Pocas veces se fundamenta la acción de la autoridad en las leyes.

²⁸³ ZOVATTO G., Daniel. *Los Estados de excepción y los derechos humanos en América latina*. Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Venezuela, 1990, pág. 62

²⁸⁴ ZOVATTO G., Daniel. *Op. cit.*, pág. 63.

Después de que las personas son detenidas, nunca gozan de una defensa real y la garantía de debido proceso no se presenta porque, si se lleva a cabo un proceso, éste se realiza sin guardar los lineamientos y etapas procesales. En algunos casos, la práctica de la tortura se hace presente como una técnica de confesión o simple ensañamiento. No hay juridicidad ante estas medidas.

“La violación del derecho a un debido proceso, el que en medida importante es producto de los excesivos y arbitrarios poderes que conceden los estados de emergencia para detener, sin causa ni proceso, a quienes la autoridad considera un peligro para la seguridad interna, por más que se trate de abogados defensores de derechos humanos, dirigentes sindicales, intelectuales o políticos disidentes, ninguno de los cuales utilizó o preconizó la violencia”.²⁸⁵

“La existencia de la tortura obedece más a la falta de normas que protejan eficazmente a los detenidos a su no aplicación en la práctica y, lo que es más grave, a la inhibición de los jueces y de las autoridades superiores de la Administración, que no cumplen con su deber de prevenir estos hechos, investigando y sancionado, con todo rigor, a los responsables de estas violaciones. (...) Durante las situaciones de emergencia, la inobservancia de las disposiciones legales que regulan los procedimientos de arresto, la reclusión de personas en recintos secretos o la negación de presencia de éstos en los lugares de detención públicos, así como el no sometimiento de los detenidos a un proceso regular, conducido por un tribunal imparcial, son hechos

²⁸⁵ *Ibid.*, pág. 62.

que atentan gravemente contra los derechos a la libertad e integridad de la persona, a la justicia y al debido proceso y aún al derecho a la vida misma”²⁸⁶.

Aunado a la violación de estos derechos de primera categoría, comúnmente también se trasgreden derechos políticos. A través de la creación de obstáculos en la libre voluntad del votante, la intimidación y la opacidad en las instituciones electorales, los gobernantes *de facto* evitan críticas y presión. Otra medida es la expulsión de los opositores políticos. “En los últimos años, numerosos gobiernos de la Región han procedido a expulsar a nacionales como un medio de eliminar a aquellos disidentes políticos que las autoridades consideran peligrosos para la seguridad interna. Por otra parte, la crueldad de esta violación se agrava aún más al ser estas expulsiones decretadas administrativamente, sin ningún tipo de proceso y por lo general por tiempo indefinido”²⁸⁷. Sobre la libertad de expresión y manifestación de ideas, Zovatto dice lo siguiente:

“Otra de las consecuencias negativas que suelen producir la vigencia de los estados de excepción es la existencia de un clima de temor e inseguridad, en el que no prevalece una efectiva libertad de expresión y por tanto de información. Sea producto de las

²⁸⁶ *Ibid.*, pág. 64.

²⁸⁷ *Ibid.*, pág. 67.

facultades que conceden las medidas de emergencia –debido a la legislación de excepción que se promulga en aplicación de las mismas-, o por los precedentes creados por las abusivas conductas de los gobernantes –mediante la clausura de ciertos medios de comunicación social o el encarcelamiento de periodistas-, lo cierto es que prácticamente en todos los países en que rigen estado de excepción los medios de difusión del pensamiento aplican una autocensura por temor a ser sancionados, o los periodistas a ser detenidos”.²⁸⁸

Estas violaciones resultaron evidentes en la mayoría de los Estados de excepción, declarados o no, en Hispanoamérica durante el siglo XX. Tomando como referencia la experiencia histórica, parece difícil mantener la postura de legalidad excepcional. Miles de hombres padecieron estas vejaciones y violaciones en sus derechos más fundamentales, pero sobre todo, las humillaciones fueron en su persona, entre sus familiares. Probablemente José Aguilar Maya observó lo que sucedía en el sur del continente y en España, y reflexionó sobre la necesidad de acorazar ciertos derechos, cuyo reconocimiento debe permanecer inamovible en la esfera jurídica de la persona. Por este motivo, vio la posibilidad de perfeccionar el artículo 29 de la Constitución mexicana, cosa que no ha prosperado.

²⁸⁸ *Ibid.*, pág. 66.

“El artículo 29 debe modificarse en el sentido de que él mismo defina cuales son aquellas garantías que además de las que aseguran la vida, no puede, no deben suspenderse jamás, ni por ningún, motivo, las que, por proteger ciertos derechos que nunca la sociedad ni la ley pueden desconocer, establecen prohibiciones que no deben violarse (las relativas, por ejemplo, a la esclavitud, la mutilación, el tormento, la condenación sin juicio, la aplicación de leyes *ex post facto*, etc.), y las cuáles son las que pueden restringirse solamente en nombre de la salud pública y cuándo, en conflicto del derecho social e individual, aquél debe sobreponerse a éste, sin afectar los esenciales a la naturaleza del hombre (como, por ejemplo, la detención por más de tres días sin auto de prisión, la ocupación de la propiedad con indemnización posterior, el juicio de imprenta por jueces que no sean jurados, etc.), y cuáles, en fin, pueden suspenderse por entero, sin conocer eso derechos naturales (como el viajar con pasaporte, como el no portar armas, como el no reunirse para tratar asunto políticos, etc.)”²⁸⁹

Como ya mencionamos en los capítulos anteriores, la posibilidad de una reforma al artículo 29 constitucional derivado de la minuta del Senado de abril de 2010, haría posible la intensión de Aguilar Maya de asegurar ciertos derechos que “deban suspenderse jamás”, esto ya no sólo como una medida de derecho interior en nuestro país sino para que la Constitución se encuentre en homologación con el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo con la minuta los derechos

²⁸⁹ AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*. Facultad de derecho UNAM, México, 2006, pág. 48.

objetivos imposibles de suspenderse o restringirse serían los siguientes: (1) el derecho a la no discriminación, (2) al reconocimiento de la personalidad jurídica, (3) a la vida, (4) a la integridad personal, (5) a la protección a la familia, (6) al nombre a la nacionalidad; (7) los derechos del niño; (8) los derechos políticos; (9) las libertades de pensamiento, conciencia y de religión; (10) el principio de legalidad y retroactividad; (11) la prohibición de la pena de muerte; (12) la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; (13) la prohibición de la desaparición forzada y la tortura.

En nuestro país, la modalidad excepcional, es decir, la suspensión de garantías, está sujeta a una serie de requisitos formales y materiales que mantienen su actualización a través del rigor jurídico. Si bien es cierto que el texto constitucional no señala derechos no “suspendibles” o irrevocables por su naturaleza, estos solamente se suspenderán cuando sean obstáculos para la salvación pública. Paradójicamente el fin de esta institución es restablecer el orden y la consecución del bien público, precisamente cuando quizás la suspensión de derechos fundamentales creó un caos adicional a la contingencia. El maestro José Campillo fija diversas limitaciones para llevar la suspensión de garantías: la búsqueda de una legalidad en el Estado de excepción mexicano.

- a) *“Autoridades que deben efectuar la suspensión.*- De acuerdo con nuestro artículo 29 constitucional, la suspensión de garantías podrá efectuarse solamente por el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros²⁹⁰ y con la aprobación del Congreso de la Unión o en los recesos de éste de la Comisión Permanente. De tal modo que, conforme a dicho precepto, es sólo el Presidente de la República quien suspende las garantías y no el Consejo de Ministros, que se concreta a manifestar su conformidad.
- b) *Forma y caracteres de la suspensión.*- La suspensión se debe realizar por medio de prevenciones generales; por un tiempo limitado, que debe fijarse al ser aprobada la propia suspensión y sin que ella pueda contraerse a determinado individuo.
- c) *Lugares en que pueden suspenderse las garantías.*- La suspensión podrá efectuarse en todo el país o en un lugar determinado, lo cual tiene obvia explicación, ya que pueden darse casos en que tan sólo en una determinada región exista una grave amenaza contra la salud pública.
- d) *Casos en que puede realizarse la suspensión.*- Las garantías solamente podrán suspenderse en los siguientes casos: 1º, invasión; 2º, perturbación grave de la paz pública, y 3º, cualquier otro que ponga a la sociedad en grande peligro o conflicto. La gravedad de la perturbación a la paz pública o la magnitud del peligro se fijarán tomando en cuenta que deben equiparse a la amenaza que surge en los casos de invasión. La determinación concreta de esta magnitud o gravedad y de la necesidad de suspender las garantías debe efectuarse por el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros²⁹¹ y con la aprobación del Congreso o de la Comisión Permanente.
- e) *Garantías que pueden suspenderse.*- En los casos antes señalados únicamente podrán suspenderse aquellas garantías que signifiquen un obstáculo para hacer

²⁹⁰ De acuerdo al derecho positivo vigente el Consejo de Ministros pasó a ser “los Titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República”

²⁹¹ *Idem.*

frente a la situación de una manera rápida y fácil. La determinación de las garantías que deben ser suspendidas corresponde a las autoridades antes mencionadas mediante el procedimiento señalado”.²⁹²

A parte de las restricciones y las modalidades legales que debe seguir el procedimiento de la suspensión de garantías en nuestro país, Campillo añade bajo su óptica doctrinaria una limitación más. “Pero se ha dicho, con razón, que en ningún caso podrán suspenderse aquellas garantías que constituyen derechos humanos incorporados de tal modo a la cultura moderna que su desaparición, aun temporal, constituiría un grave atentado a las bases de civilización contemporánea e incluso a los más elementales principios reconocidos por todos los Estados”²⁹³. Éste es precisamente el blindaje que no puede romper ningún régimen excepcional: la dignidad y la vida de la persona.

Sin embargo para otros autores, la rectitud del derecho no puede entrar en las estructuras del Estado de excepción, cuando éste es un movimiento de fuerza y violencia pura. El derecho se traduce a un medio de utilidad para el Estado de emergencia. La necesidad vulnera cualquier ley debido a lo extraordinario de los

²⁹² CAMPILLO, José. *El juicio de amparo y legislación de emergencia*. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 21-22, tomo VI, enero/junio, México, 1944, pág. 28.

²⁹³ *Idem*.

acontecimientos. “Inclusive, el estado de excepción ha alcanzado hoy su máximo despliegue planetario. El aspecto normativo del derecho puede ser así impunemente obliterado y contradicho por una violencia gubernamental que, ignorando externamente el derecho internacional y produciendo internamente un estado de excepción permanente, pretende sin embargo estar aplicando el derecho”²⁹⁴. Una vez padeciendo la excepcionalidad, nos dice Agamben, la vuelta al Estado de Derecho es ilusoria:

“Del Estado de excepción efectivo en el cual vivimos no es posible el regreso al estado de derecho, puesto que ahora están en cuestión los conceptos mismos de ‘estado’ y de ‘derecho’ (...) Es decir: en el campo de tensión de nuestra cultura actúan dos fuerzas opuestas: una que instituye y pone y una que desactiva y depone. El estado de excepción es el punto de su máxima tensión y, a la vez, lo que al coincidir con la regla hoy amenaza con volvernos distinguibles. Vivir en el estado de excepción significa tener la experiencia de ambas posibilidades y aun así intentar incesantemente, separando en cada ocasión las dos fuerzas, interrumpir el funcionamiento de la máquina que está conduciendo a Occidente hacia la guerra civil mundial”.²⁹⁵

Desde el enfoque de la soberanía interna de cada uno de los Estado, resulta complicado disminuir los efectos atroces del Estado de excepción en la dimensión orgánica del sistema político nacional

²⁹⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo editora, 3ª ed., Argentina, 2007, pág. 155.

²⁹⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Op. cit.*, pág. 156.

y en los derechos humanos de los gobernados. Esto se agrava más cuando las finalidades del gobierno buscan en la excepcionalidad la excusa de la prolongación de sus mandatos y el desapego de cualquier forma de legalidad. Evitar los vicios y las desviaciones de los objetivos del Estado de excepción nos acerca más al mantenimiento de los fines auténticos del Estado de excepción, nos acerca más al mantenimiento de una “legalidad especial” (todo al fin es un acercamiento), aunque sea de modo intermitente. Por esta incapacidad en lo interno, Zovatto mira en la comunidad internacional y en las legislaciones supraestatales, los medios para controlar y revisar el desarrollo de los Estados de emergencia. Aunque es evidente que el derecho internacional no logra aún los niveles de efectividad y coercibilidad deseados en estas situaciones, éste puede resultar el único mecanismo de protección a nuestro alcance por ahora.

“Sin embargo y pese al reconocimiento de estas limitaciones la supervisión internacional ha contribuido en determinadas circunstancias a temperar, dificultar e incluso impedir el efecto negativo de las violaciones de derechos humanos durante estas situaciones de emergencia o excepción. El control internacional también ha servido a mantener la fe en el Derecho y en la dignidad de la persona humana, contribuyendo, de este modo, a deslegitimar estos regímenes violadores de derechos humanos ante la Comunidad Internacional y su posterior abatimiento o desprestigio. Las vidas salvadas,

los sufrimientos evitados, los atentados impedidos, aunque relativos y mínimos frente al cuadro global de violaciones masivas en numerosos países de América Latina, son logros positivos que no pueden dejar de ser reconocidos”.²⁹⁶

El tema relativo a la “legalidad excepcional” nos puede llevar, dependiendo de las circunstancias especiales en que se aplique el Estado de excepción, a la confrontación entre legalidad y legitimidad. La “legalidad” hace referencia únicamente a la correcta aplicación del derecho, es decir, que el Estado de excepción se haya declarado conforme a las leyes nacionales e internacionales y de acuerdo a la hipótesis normativa que lo contempla. La “legitimidad” conlleva el difícil problema de determinar si verdaderamente los motivos que impulsaron la declaratoria del Estado de excepción son genuinos y reales. Mientras que la legalidad sólo se fija en el procedimiento jurídico, la legitimidad se fija en las causas y los motivos.

Respecto al caso mexicano, es importante mencionar que son pocos los pronunciamientos judiciales y doctrinarios respecto a nuestra modalidad de Estado de excepción, es decir, la suspensión de garantías. Podemos asegurar, por otro lado, que aún nuestro

²⁹⁶ ZOVATTO G., Daniel. *Los Estados de excepción y los derechos humanos en América latina*. Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Venezuela, 1990, pág. 186.

derecho interno no se encuentra en total armonía con lo establecido en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La minuta del Senado del 8 de abril de 2010, donde se busca la correspondencia entre derecho constitucional y derecho internacional público, de traducirse en reforma, sería un significativo avance para delimitar legalmente la suspensión de garantías. Establecer qué derechos no pueden ser suspendidos, la temporalidad de la suspensión, las hipótesis precisas de suspensión y una ley reglamentaria sobre el tema, son herramientas que nos proporcionarían en mayor medida un control legal sobre la crisis.

Debemos hacer énfasis que estas reformas para armonizar el artículo 29 constitucional y generar una ley reglamentaria sobre la materia son urgentes en nuestro país; deben ser considerados estos temas en la agenda nacional lo más pronto posible. El clima de inseguridad que México vive es extenuante. Sin duda hay una perturbación grave a la paz pública. Sólo en 2010 podríamos enumerar varios acontecimientos graves y críticos en el combate que el Estado emprendió contra el narcotráfico desde la administración de Felipe Calderón: la matanza de 13 adolescentes durante una fiesta en Ciudad Juárez (1 de febrero), el asesinato del

candidato estatal de PRI Rodolfo Torre Cantú en Tamaulipas (28 de junio), la explosión de coche-bomba en Ciudad Juárez (15 de Julio), el asesinato de 72 migrantes centroamericanos en Tamaulipas (23 de agosto), entre otros. Este panorama nacional hace imperativo el estudio real de las medidas contempladas en el artículo 29 constitucional y su posible aplicación en las zonas más conflictivas.

Conclusiones

PRIMERA. El Estado de excepción es un umbral entre el poder y el derecho, una de las llamadas “brechas del constitucionalismo” y el punto de mayor tensión entre la legalidad y la legitimidad. La teoría lo suscribe a tres tipos de delimitaciones: territorial, material y temporal. La dogmática jurídica constriñe a este fenómeno a una serie de principios como los de legalidad, proclamación, notificación, temporalidad, proporcionalidad y no discriminación. El Estado de excepción se caracteriza por la suspensión de los derechos fundamentales y el quiebre de la división de poderes.

SEGUNDA. El Estado de excepción es la denominación genérica de los términos Estado de necesidad, Estado de emergencia y Estado de sitio, por mencionar los más importantes. Entre estos confluyen características comunes, existen distinciones sutiles que se identifican con el punto de partida de cada una de ellos. El Estado de emergencia parte sobre la presencia de un acontecimiento imprevisto que altere los fundamentos estatales, el Estado de necesidad parte de la teoría del *status necessitatis*, mientras que el Estado de sitio tiene un origen castrense. El principal elemento que

comparte el Estado de excepción con el Estado fallido es la imposibilidad que tiene el derecho y las instituciones ordinarias para contrarrestar la fuerza del acontecimiento no jurídico (En la investigación, se realizó un cuadro enunciativo con las diferentes denominaciones que recibe el Estado de excepción en las Constituciones de los países de América Latina).

TERCERA. La suspensión de garantías es la denominación que nuestra Constitución adopta para referirse al fenómeno del Estado de excepción. El artículo 29 constitucional si bien en espíritu se encuentra planteado hacia la defensa de los derechos fundamentales, se encuentra con un rezago respecto al Derecho Humanitario Internacional, debido a que no establece principios generales ni que derechos no son susceptibles de suspensión. Es preciso apoyar el *Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos*, publicada el 9 de abril del 2010 en Gaceta del Senado, en lo concerniente al artículo 29 constitucional. Si bien este Proyecto de Decreto es perfectible, está encaminada en armonizar nuestro derecho interno con el

artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La armonización consistiría en enunciar los derechos que no puedan ser susceptibles de suspensión o restricción como el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el derecho a gozar del principio de legalidad y de retroactividad, el derecho de la libertad de conciencia y religión, el derecho a la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos de los niños, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos. Además de establecer los principios de legalidad, proclamación, publicidad y no discriminación para el momento en que sea aplicado en artículo 29 de la Constitución Política nacional.

CUARTA. De proceder la reforma al artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nuestro texto constitucional se beneficiaría con la anexión expresa de qué derechos no pueden ser materia de suspensión o restricción; con la consagración de los principios de legalidad, proclamación, publicidad y no discriminación en esta materia, con las modalidades o formas expresas que ponen fin a la suspensión de garantías; y

con la facultad revisora de la Suprema Corte de Justicia sobre los decretos del Ejecutivo durante la restricción o suspensión de garantías. Además de la posibilidad de precisar más esta materia en sus límites y alcances con la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional, que se expediría en un plazo máximo de un año, a partir de la reforma constitucional.

QUINTA. Las facultades extraordinarias del ejecutivo son el presupuesto del Estado de excepción, si no existe esta suma de potestades tanto administrativas como legislativas el Estado de excepción no puede realizarse por vía constitucional. El problema que entraña este movimiento de poder, además del desequilibrio en los poderes constituidos y la ruptura de la división de los mismos, es que a falta de un órgano judicial fuerte y autónomo, el particular no gozaría de parcialidad al impugnar los actos de autoridad que laceren su esfera de derechos. La legislación de emergencia son todas aquellas disposiciones que con motivo de la situación excepcional el ejecutivo decreta. Si bien las leyes excepcionales derogan a las ordinarias durante la emergencia, éstas no pueden desligarse de su fin original, que es exclusivamente combatir los desordenes y obstáculos en la normalidad institucional.

SEXTA. La dictadura y la tiranía mantienen una cercanía en su significado. Sin embargo, la tiranía, propiamente dicho, hace referencia al mal gobierno; mientras que la dictadura describe la prolongación de un régimen de Estado de excepción en el tiempo. Con referencia a esto, el Estado de excepción que se perpetúa con los años recibe el nombre de “perenne” y constituye una desvirtuación al modelo original. Lo conveniente es que las medidas excepcionales no se sitúen durante los periodos de elecciones, de otro modo, constituiría un peligro para la democracia y la libre voluntad del elector.

SÉPTIMA. En el transcurso del siglo XX se ha demostrado cómo el Estado de excepción ha sido la medida sistemática de los gobiernos para emprender una guerra o incluso para sostener un poder de dominación sobre la población civil. El uso del Estado de excepción no escapa a región en el mundo y su declaración se ha practicado alrededor del globo. La llamada “institucionalización del Estado de excepción” es un fenómeno jurídico que se presenta hoy día. El régimen especial de garantías es un ejemplo de este fenómeno, puesto que acota el catálogo general de derechos y garantías para

casos particulares. El problema medular del Estado de excepción es reconocer la legalidad y legitimidad del mismo o, por lo menos, adoptar una postura frente al problema.

OCTAVA. El Estado de excepción funciona a través de una “legalidad excepcional” que no es otra cosa que una legalidad parcial, puesto que ella solamente funciona con la parte no suspendida de la Constitución. La legalidad plena, como deberíamos entenderla siempre, existe cuando se cumple íntegramente los contenidos del articulado constitucional. De qué sirve tener una legalidad reducida por la situación excepcional, cuando no se puede ejercer totalmente los derechos fundamentales y primarios que son más necesarios durante la crisis. Esta es la paradoja del Estado de excepción, en el sentido de que causa más daños de los que combate. La tragedia de los desaparecidos y el abuso de poder nos acercan más al Estado de excepción real que al ideal.

NOVENA. La solución a los desvíos y la desvirtuación del Estado de excepción se encuentran en la posibilidad de regular jurídicamente al Estado de excepción con profundidad. En México se concretaría

esto con la reforma al artículo 29 constitucional y su Ley Reglamentaria, que la Cámara de Diputados, como cámara revisora, está dictaminando actualmente. Urge una reforma constitucional en este sentido, pues ésta adquiere una importancia relevante por los sucesos recientes de la delincuencia organizada y la crisis en materia de seguridad que sufre el país. En el presente año se podría mencionar de manera sobresaliente: la matanza de 13 adolescentes durante una fiesta en Ciudad Juárez (1 de febrero), el asesinato del candidato estatal de PRI Rodolfo Torre Cantú en Tamaulipas (28 de junio), la explosión de coche-bomba en Ciudad Juárez (15 de Julio), el asesinato de 72 migrantes centroamericanos en Tamaulipas (23 de agosto). Esto nos aproxima a un Estado de excepción en México y a una posible aplicación del artículo 29 constitucional para hacer frente a la situación.

Bibliografía de consulta

-ABRIL, Ernesto. *Las limitaciones del soberano*. Fontamara, México, 1998.

-ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, 1997.

-AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo editora, 3ª ed., Argentina, 2007.

-AGUILAR MAYA, José y DE LA CUEVA, Mario. *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*. Facultad de derecho UNAM, México, 2006.

-BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México 2006.

-BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Porrúa, 18ª ed., México, 1984.

-CHOMSKY, Noam. *Estados Fallidos: el abuso de poder y el ataque a la democracia*. Ediciones B, España, 2007.

-GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*. De Palma, Argentina, 1987.

-CRUZ GAYOSSO, Moisés, *et. al.* *Teoría General del Estado*. IURE, México, 2006.

- DESPOUY, Leandro. *Los derechos fundamentales y los Estados de excepción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid-Trotta, España, 1996.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2003.
- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., México, 1998.
- HERNÁNDEZ, Antonio María. *La emergencia y el orden constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Culzoni editores, 2ª ed., México, 2003.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. Porrúa, 18ª ed., México, 1983.
- KAUFMANN, Matthias. *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del derecho de Carl Schmitt*. Fontamara, México, 1999.
- MALAMUD GOTI, Jaime E. *Legítima defensa y estado de necesidad*. Cooperadora derecho y ciencias sociales, Argentina, 1977.

- MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, y TENA RAMÍREZ, Felipe. *Suspensión de garantías y legislación de emergencia*. Facultad de Derecho UNAM, México, 2006.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. *Derecho Constitucional*. Porrúa, 8ª ed., México, 2003.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley Marcial y Estado de sitio en el derecho argentino*. Perrot, Argentina, 1957.
- SCHMITT, Carl. *La dictadura, desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias*. Alianza, España, 1999.
- ZOVATTO G., Daniel. *Los Estados de excepción y los derechos humanos en América latina*. Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Venezuela, 1990.

Hemerografía

- CAMPILLO, José. *El juicio de amparo y legislación de emergencia*. Revista de la Facultad de Derecho, tomo VI, núm. 21-22, enero/junio, México, 1944.

-LÓPEZ DE LA CERDA, Julio. *Las normas excepcionales pueden interpretarse extensivamente*. Revista de la Facultad de Derecho, tomo IV, núm. 15, julio/septiembre, México, 1942.

-PRETOROSSO, Geminello. *La excepción cotidiana: ¿hacia el fin del tiempo de los derechos?* Revista de la Facultad de Derecho, tomo LVI, núm. 246, México, 2006.

-SENADO DE LA REPÚBLICA. *Dictámenes a discusión*. Gaceta del Senado, Legislatura LXI, año 1, núm. 115, México, 9 de abril de 2010.

-VELASCO, Gustavo R. *El Estado de sitio y el derecho administrativo*. Revista de la Facultad de Derecho, tomo VII, núm. 25-28, enero/diciembre, México, 1945.

Legislación

-CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
Consultada en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>
(de mayo de 2009 a agosto de 2010)

-CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Consultada en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> (de mayo de 2009 a agosto de 2010)

-PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Consultado en <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm> (de mayo de 2009 a agosto de 2010)