

LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Héctor FIX-ZAMUDIO*

RESUMEN: Los estados de excepción han tenido una evolución histórica paulatina desde la dictadura de la república romana hasta la fecha. En las democracias modernas se han establecido disposiciones constitucionales para definir los lineamientos con la finalidad de que los gobiernos pudiesen declarar y aplicar normas de emergencia en casos de graves conflictos externos e internos, con la intervención y fiscalización de los órganos legislativos. Un paso adelante, la evolución de este tipo de disposiciones se produjo cuando los jueces y tribunales tuvieron la facultad, primero por medio de la jurisprudencia, y después por medio de disposiciones fundamentales y legislativas, para calificar la legalidad y la constitucionalidad de la declaración y aplicación de los estados de excepción. En el presente ensayo, el autor analiza el desarrollo que en América Latina han tenido las disposiciones sobre estados de excepción, desde la perspectiva nacional y la internacional. Entre sus conclusiones, el autor explica que la lucha contra el terrorismo pone en peligro el equilibrio entre la necesidad de la legislación de emergencia y el respeto de los derechos humanos.

Palabras clave: estado de excepción, emergencia, derechos humanos, control legislativo, control judicial.

ABSTRACT: *States of emergency have had a gradual historical evolution since the times of the Roman Republic up to our days. Modern democracies have established constitutional rules in order to define when and how governments could declare and apply norms of emergency in cases of serious external and internal conflicts, with the intervention and under the supervision of the legislative power. A step forward in this evolution took place when courts had the power, first through case-law and later by means of constitutional and legal norms, to review the legality and constitutionality of the declaration and application of the states of emergency. In this essay, the author analyzes the evolution that this kind of rules have had in Latin America, both from the national and the international perspectives. Among his conclusions, the author explains that the fight against terrorism has put in danger the balance between the need of emergency legislation and the protection of human rights.*

Descriptors: *state of emergency, human rights, legislative control, judicial control.*

* Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro de El Colegio Nacional.

SUMARIO: I. *Breve relación de antecedentes históricos de los estados de excepción.* II. *Los estados de excepción en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos.* III. *La judicialización de los estados de emergencia en el ámbito latinoamericano.* IV. *Los estados de excepción en el derecho internacional de los derechos humanos y su influencia en Latinoamérica.* V. *Los estados de emergencia en el ordenamiento mexicano.* VI. *Los estados de excepción y terrorismo internacional.* VII. *Conclusiones.*

I. BREVE RELACIÓN DE ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

1. La creación de disposiciones jurídicas para regular las situaciones graves de conflictos internos o externos surgieron en forma definida en el derecho romano, en cuanto se establecieron normas de duración temporal con el fin de que las autoridades públicas pudiesen superar las situaciones de peligro derivadas de insurrecciones internas o de guerra exterior. En efecto, el destacado jurista alemán Carl Schmitt señaló que durante la República se estableció la dictadura comisarial, la que consistía en la designación por el cónsul a solicitud del Senado, de un funcionario durante un periodo de seis meses con atribuciones para hacer frente a la emergencia, pero en la práctica, si la situación se normalizaba antes de concluir dicho plazo, el comisario debía dejar su cargo. El mismo autor distinguía entre esta dictadura temporal (comisarial) y la permanente (soberana), que se transformaba en tiranía como las ejercidas por Sila y por César.¹

2. Esta dualidad de conceptos continuó durante la Edad Media, en la cual con numerosas variantes se diferenciaba entre la asunción de facultades amplias necesarias en momentos de conflictos internos y externos, que tenían una duración limitada, y el tirano, quien usurpaba o distorsionaba estos poderes de manera permanente, y como es bien sabido varios autores, entre ellos Santo Tomás de Aquino, justificaron el tiranicidio en la segunda hipótesis. Durante el Renacimiento

¹ Cfr. Schmitt, Carl, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, trad. de José Díaz García, Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 33-34; Arriola, Juan Federico, *Teoría general de la dictadura. Reflexiones sobre el ejercicio del poder y las libertades políticas*, 2a. ed., México, Trillas, 2000, pp. 19-22.

to se distinguía entre el *jura imperii*, que comprendía los atributos del soberano, rey o emperador, y que comprendía la expedición de la legislación y su aplicación, en relación con el *jura dominationes*, que se ejercitaba durante la guerra y la insurrección, en interés de la existencia estatal y de la tranquilidad social, situación durante la cual el soberano podía apartarse del *ius comune*. Tanto en la hipótesis de una situación normal como en las de excepción, las atribuciones del soberano, al menos teóricamente, estaban reguladas jurídicamente, en el primer supuesto por el *ius imperii*, y en el segundo por el *ius speciale*.²

3. Durante la etapa que se ha calificado como Antiguo Régimen, es decir durante la existencia de los regímenes absolutistas de Europa continental, y en cierta medida también en Inglaterra, las situaciones de emergencia no se regulaban de manera precisa, y especialmente tratándose de los conflictos internos en los cuales predominaban los motines, es decir las insurrecciones populares, especialmente en momentos de escasez de alimentos, estos disturbios se reprimían de manera pragmática, castigar duramente a los más conspicuos y perdonar a los demás. De acuerdo con la doctrina, las situaciones de emergencia tenían un carácter predominantemente preventivo más que represivo, ya que se tomaban medidas, como el suministro de alimentos cuando los mismos escaseaban, para evitar hasta donde era posible las revueltas.³

4. Con el surgimiento del constitucionalismo clásico, que se inicia con la lucha de independencia en los Estados Unidos de América y la revolución francesa en el continente, se dismantelan los procedimientos preventivos del antiguo régimen y comienza una nueva etapa con el establecimiento del concepto del orden público constitucional como opuesto al del sistema absolutista del antiguo régimen, ya que esta nueva regulación se caracterizaba por ser esencialmente represiva frente a las prácticas preventivas anteriores; legal en lugar de arbitraria, y finalmente efectiva respecto de la ineficacia frecuente del régimen autocrático anterior. Además, en esos primeros textos fundamentales modernos, se introdujeron los lineamientos de las facultades de emergencia, así fueran escuetas, con lo cual principió la constitu-

² Cfr. Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota anterior, pp. 47 y 48.

³ Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 21-58.

cionalización de las declaraciones de los estados de excepción, que posteriormente se desarrollaron en la legislación, para hacer frente a las insurrecciones internas y a las amenazas externas. Además, debe tomarse en cuenta que en esos nuevos documentos constitucionales se incorporaron los derechos humanos de carácter individual (de propiedad, libertad y seguridad), que fueron precisados en las Constituciones locales de los Estados Unidos de América, e incorporados a la carta federal en 1791, y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia, que fue añadido a la carta de 1791.⁴

5. La carta federal de los Estados Unidos de América reguló de forma muy concisa las situaciones de emergencia, ya que en el artículo I, relativo al Congreso Federal, dispuso en su fracción VIII, inciso 15, que el propio congreso estaba facultado para convocar a la milicia para ejecutar las leyes de la Unión, suprimir rebeliones y repeler invasiones, así como en la fracción IX, estableció en su inciso 2 que el derecho de hábeas corpus no podía ser suspendido por el mismo órgano legislativo, salvo que lo requiriese la seguridad pública, en los casos de rebelión o de invasión. Durante la guerra civil y las dos guerras mundiales, el Congreso Federal expidió regulación para autorizar al Ejecutivo de la Unión para tomar medidas de emergencia, entre ellas la suspensión del citado procedimiento de hábeas corpus y la expansión del poder militar, con restricción de las libertades individuales, aun cuando en estos supuestos se presentaron intervenciones de los tribunales federales para proteger algunos de estos derechos.⁵ En forma diversa, la nueva legislación antiterrorista expedida por los Estados Unidos de América con motivo de los terribles atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 (entre otras normas, la *USA Patriotic Act* expedida por el congreso el 24 de octubre de ese mismo año), y posteriormente por las operaciones bélicas contra los gobiernos de Afganistán y de Irak, que establecen medidas excesivamente represivas, que se han traducido en la alteración tanto de las normas constitucionales internas como las del derecho internacional sobre los estados de excepción que hemos señalado anteriormente, si se toma

⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 59-120.

⁵ Cfr. Swisher, Carl Brent, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. de Hugo Charny, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, t. I, pp. 243-273, 525-584 y 869-906.

en cuenta que el gobierno estadounidense ratificó y aprobó el Pacto de las Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos. Al final de este modesto estudio haremos una breve referencia acerca de los efectos que ha tenido sobre esta materia el recrudecimiento reciente del terrorismo internacional (véase *infra* párrafos 101-107).

6. Pero el precepto que tuvo posteriormente una importante repercusión en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos que se inspiraron en el régimen federal estadounidense, ha sido la fracción IV del artículo IV de la propia carta federal estadounidense por medio de lo que se ha calificado como garantía o intervención federal. Dicha norma dispone: “Los Estados Unidos garantizarán a cada Estado de la Unión una forma republicana de gobierno y protegerá a cada uno de ellos contra la invasión y en el supuesto de violencia interior, a solicitud de la Legislatura o del Ejecutivo cuando la primera no pueda ser convocada”.⁶

7. Debido a los excesos que se habían realizado durante la revolución francesa, no obstante la regulación de los estados de excepción por diversos ordenamientos expedidos por la Asamblea Nacional, que se referían a la ley marcial y a la patria en peligro, excesos que se agudizaron durante el gobierno de los jacobinos durante el cual se crearon los tribunales revolucionarios que provocaron el periodo del terror, las Constituciones expedidas en las últimas décadas del siglo XIX incorporaron los lineamientos de los estados de emergencia en los textos fundamentales, en los cuales se exigía la intervención obligatoria del órgano legislativo que debía autorizar y fiscalizar las declaraciones de excepción o de emergencia que debía aplicar el Ejecutivo, el cual disponía de la fuerza pública, incluyendo el ejército, y en casos extremos el mismo parlamento podía declarar el estado de sitio, en el cual las autoridades civiles eran sustituidas por las militares.⁷

⁶ Cfr. Corwin, Edward S., *The Constitution and what it Means Today*, 14a. ed., 6a. reimpr., rev. por Harld W. Cxhasae y Craig R. Ducat, Princeton University Press, 1992, pp. 266-267.

⁷ Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 3, pp. 367-445.

II. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS

8. Las Constituciones latinoamericanas expedidas, una vez alcanzada la independencia respecto de España, se inspiraron como es bien sabido en los modelos estadounidense e hispánico, este último por conducto de la Carta de Cádiz de 1812, que tuvo su apoyo en la ideología liberal de la revolución francesa. Por tanto, en dichas cartas fundamentales se regularon los lineamientos de las situaciones de emergencia y los medios para superarlos por medio de la declaración de la suspensión de garantías, y en casos extremos, el estado de sitio. Pero en una época de inestabilidad política en Latinoamérica, debido a las continuas revueltas y los golpes castrenses auspiciados por los caudillos, predominantemente militares, determinaron la represión extraconstitucional, y las declaraciones de emergencia se utilizaron con el fin contrario a su regulación, es decir, en lugar de la conservación del orden constitucional, se establecieron largos periodos de gobiernos autoritarios, que además propiciaron una verdadera inflación constitucional, ya que los golpistas tenían la ingenua o dolosa convicción de que un nuevo texto constitucional (muy parecido al anterior), podía solucionar los graves problemas políticos, sociales y económicos que abrumaban nuestra región, pero estos textos no se aplicaron sino en mínima parte en la realidad.

9. En la última parte del siglo XIX, con la expedición de cartas fundamentales de carácter liberal, que establecieron la separación de la Iglesia y el Estado; la desamortización de los bienes eclesiásticos; la supresión del fuero militar; la eliminación de gremios y corporaciones, y la distribución de la propiedad comunal (que lesionó los derechos agrarios de los pueblos indígenas, respetados por la legislación española), entre otras medidas, se disminuyó relativamente el poder de las fuerzas armadas, que al menos en teoría quedaron subordinadas a las autoridades civiles. No se terminó la utilización abusiva de las declaraciones de los estados de excepción, pero al menos se trató de darles un carácter legítimo.

10. Sería complicado y rebasaría los fines de este breve estudio, analizar con detalle la regulación constitucional de las instituciones que debían utilizarse durante las declaraciones de emergencia, las

que recibieron denominaciones muy diversas, tales como situaciones de excepción, estado de sitio; ley marcial; estado de alarma; suspensión de garantías (equivalentes a derechos fundamentales), etcétera, y quedaban a cargo particularmente del Ejecutivo, ya que normalmente el jefe de Estado era el comandante de las fuerzas armadas y las de seguridad, pero además se requería la intervención del órgano legislativo, inclusive cuando éste delegara al Ejecutivo facultades para dictar normas generales, pues debe tomarse en cuenta el predominio de los regímenes parlamentarios en Europa Occidental, regulación que también se aplicaba con menor intensidad a los regímenes presidenciales que eran mayoritarios en el continente americano con exclusión de Canadá, y en ocasiones también se otorgaban atribuciones muy restringida a jueces y tribunales para calificar las declaraciones respectivas, ya que las mismas se consideraban, de manera predominante, como de carácter político y por tanto, no judiciales.⁸

11. Para los fines de este breve estudio, nos limitaremos a señalar las transformaciones que se han producido en dos ámbitos de gran trascendencia: a) En primer lugar a la regulación de los estados de excepción en los ordenamientos latinoamericanos, y en forma específica en el mexicano; b) La influencia del derecho internacional, especialmente el relativo a los derechos humanos, en las normas internas relativas a los propios estados de emergencia.

12. Podemos considerar que esta materia ha despertado un gran interés tanto de la doctrina como de la legislación y la jurisprudencia latinoamericanas, debido a la trágica experiencia de nuestra región en la que predominaron no sólo durante el siglo XIX, que fue muy prolífico en cuanto a la existencia de caudillos, especialmente militares, gobiernos de facto y regímenes autoritarios, sino también en el siglo XX, ya que todavía en las décadas de los setenta y los ochenta del siglo anterior predominaron dictaduras castrenses, que utilizaron con gran frecuencia las declaraciones de emergencia para suspender no sólo los derechos fundamentales básicos, sino también para suprimir o modificar las disposiciones de las Constituciones respectivas.

13. El destacado constitucionalista e internacionalista uruguayo Héctor Gros Espiell ha sostenido con gran agudeza que existen dos

⁸ Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al estudio del derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 153-444.

sectores de aplicación de las declaraciones de emergencia o de excepción, que también se han calificado como suspensión de garantías, estado de sitio, medidas prontas de seguridad, entre otras denominaciones: una que puede considerarse patológica (que desafortunadamente ha sido la más utilizada, especialmente por las dictaduras castrenses), puesto que su propósito no fue la conservación del régimen democrático en estas situaciones excepcionales, en particular respecto de graves conflictos internos, sino que tuvieron el objeto totalmente contrario, es decir la destrucción del orden constitucional, el que se sustituía por legislación violatoria de los principios y valores fundamentales, expedida directamente por el Ejecutivo.

14. El otro sector, que es el que se ha vigorizado en los últimos años, con la vuelta al régimen democrático de numerosos países que habían sufrido los gobiernos autoritarios, se caracteriza por que las situaciones de emergencia o de excepción se han establecido de acuerdo con los procedimientos prescritos por los ordenamientos constitucionales, precisamente con el objeto de preservar el ordenamiento constitucional democrático.⁹ Este último aspecto, o sea, es el que se ha denominado gráficamente por la doctrina como dictadura constitucional, al recordar la experiencia republicana de Roma (véase *supra* párrafo 1), en cuanto significa que las declaraciones de emergencia de acuerdo con la regulación constitucional, por medio del otorgamiento de facultades excepcionales, tanto al Legislativo y especialmente al Ejecutivo, con intervención del primero, de manera que se puede hacer frente de manera rápida y eficaz a las situaciones que ponen peligro al orden constitucional, pero las medidas adoptadas deben ser proporcionadas a la situación de emergencia y por el tiempo que dure la misma, es decir, que no puede prolongarse con posterioridad a la superación de la etapa de grave peligro, la que debe tener carácter excepcional.¹⁰

⁹ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "Medidas prontas de seguridad y delegación de competencias", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1966; *id.* y Zovatto G., Daniel, "La regulación jurídica internacional de los estados de emergencia en América Latina", *Coloquio sobre la protección jurídica internacional de la persona humana en las situaciones de excepción*, México, Comité Internacional de la Cruz Roja-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987, esp. pp. 29-38.

¹⁰ Cfr. Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, 1974, esp. pp. 123-154; García Belaúnde, Domingo, "Regímenes de excepción en las Constituciones lati-

15. El derecho constitucional latinoamericano, de manera prácticamente unánime, prevé y reglamenta la existencia y funcionamiento de los estados de excepción para hacer frente con eficacia y rapidez a situaciones de grave emergencia, pero son muy variables las calificaciones y los instrumentos constitucionales para dictarlas y aplicarlas, y como ya se ha dicho, también son muy diversas las denominaciones que se utilizan para calificar dichas situaciones: estado de guerra; estados de sitio; de emergencia, o de peligro; medidas prontas de seguridad; suspensión de garantías, entre otros nombres, y generalmente también se enumeran los derechos humanos que pueden suspenderse o limitarse temporalmente, y de aquellos otros, especialmente en los textos más recientes, que por el contrario deben mantenerse intangibles, así como los instrumentos procesales para asegurar su protección.

16. Todas estas disposiciones que tienen o deben tener carácter excepcional y temporal pueden agruparse dentro del concepto que hemos señalado anteriormente de la dictadura constitucional, siempre que los mismos se apliquen de acuerdo con las normas fundamentales que los regulan, y por lo tanto no pueden estar dirigidos a destruir un Estado democrático para establecer un gobierno autoritario permanente, que en ese supuesto sería inconstitucional, puesto que en la experiencia dolorosa latinoamericana se impusieron con frecuencia gobiernos despóticos que violaron de manera generalizada, sin límite ni medida, los derechos humanos, en numerosas ocasiones con una simple apariencia de legalidad. Coincidimos plenamente con la afirmación del distinguido constitucionalista mexicano Diego Valadés, en cuanto ha sostenido que:

Es preciso considerar que los estados de excepción son mecanismos adecuados a la defensa del Estado, y que el Estado suele ser entendido en su acepción más restringida. Por otro lado, se sabe que los detentadores del poder suelen identificar su propio destino con el de las instituciones cuya titularidad ejercen, de manera que también aplican para su afirmación personal las defensas que fueron ideadas para las instituciones.

17. En todo planteamiento y análisis de los estados de excepción o de emergencia en nuestra región, es preciso distinguir entre la declaración y la aplicación de éstos por gobiernos constitucionales y democráticos de aquellos otros cuya declaración o aplicación son el prólogo o el instrumento para dar un golpe de estado, del que han surgido dictaduras o gobiernos de facto que actuaron al margen de los lineamientos constitucionales. No hacer esta distinción y dejarse llevar por la apariencia formal de juridicismo, y pensar que en algunas dictaduras o gobiernos de facto, cuando dejan teóricamente subsistentes algunas partes de la Constitución y sustituyen otras de manera arbitraria por medio de medidas legislativas expedidas por órganos incompetentes o ilegítimos, puedan existir garantías vigentes y derechos constitucionalmente protegidos, es una posición inadmisible, irreal y peligrosa.¹¹

18. No obstante, de la diversidad de modalidades y matices podemos enumerar las normas constitucionales que regulan estas situaciones de emergencia en los textos de las Constituciones latinoamericanas:¹² Argentina (1853-1860, sustancialmente reformada en 1994), artículos 23, 75, inciso 29, y 99, inciso 16; Bolivia (1967, reformada en 1994), artículos 111-115; Brasil (1988), artículos 137-139; Colombia (1991), artículos 212-215; Costa Rica (1949), artículos 121, inciso 7 y 140, inciso 4; Cuba (1976, reformada en 1992), artículo 67; Chile (1980, con reformas por el plebiscito de 1989), artículos 39-41; Ecuador (1998), artículos 180-182; El Salvador (1983, con varias reformas posteriores, la última del 2000), artículos 29-31; Guatemala (1985, con reformas en 1993-1994), artículos 138-139; Haití (1964), artículos 58, 61, 62 y 195; Honduras (1982, con varias reformas, la más reciente de 1991), artículos 187-188; México (1917, con varias reformas posteriores, la última del 2002), artículo 27; Nicaragua (1987, con reformas de 1995 y 2000), artículos 92, 138, inciso 28; 150, inciso 9; 185 y 186; Panamá (1972, con reformas en 1983 y 1994), artículos 47 y 51; Paraguay (1992), artículo 288; Perú (1993), artículo 137; República Dominicana (1992, con reformas en 1966 y 1994), artículos

¹¹ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "La defensa de la Constitución en el Uruguay", en varios autores, *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1974, pp. 619 y ss.

¹² Nos apoyamos en la recopilación más reciente, editada por López Guerra, Luis y Aguiar de Luque, Luis, *Constituciones de Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados-Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2001.

37, incisos 7 y 8, y 55, incisos 7 y 8; Uruguay (1967, con reformas de 1990, 1994 y 1996), artículo 168, inciso 17; y Venezuela (1999), artículos 337 a 339.

19. Si pasamos revista a la regulación de los estados de emergencia en los ordenamientos de Latinoamérica, se puede observar una gran diversidad, en primer lugar, en cuanto a las denominaciones utilizadas; los motivos que pueden fundamentar su declaración; el procedimiento y las formas que se adopten; las autoridades que pueden decretarlas y aplicarlas, es decir, el Ejecutivo, el Legislativo y la posible participación de jueces y tribunales; los alcances y limitaciones de las medidas adoptadas; sus efectos; la temporalidad de las mismas y los derechos restringidos o suspendidos.¹³ No obstante esta variedad, algunos autores que han intentado elaborar una tipología de las situaciones de excepción establecidas por las cartas latinoamericanas, como ha ocurrido en diversas épocas por distinguidos juristas, entre los cuales podemos citar como ejemplos los estudios de Karl Loewenstein;¹⁴ Segundo Linares Quintana;¹⁵ Domingo García Belaúnde;¹⁶ y juristas mexicanos a los cuales haremos referencia más adelante (véase *infra* párrafo 72).

III. LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS ESTADOS DE EMERGENCIA EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO

20. Un aspecto fundamental del desarrollo de la regulación constitucional de los estados de excepción en los ordenamientos fundamentales de Latinoamérica se apoya en la paulatina intervención de los jueces y tribunales en la apreciación de ciertos sectores de las declaraciones de emergencia y su aplicación, que como hemos señalado se ha distorsionado con frecuencia, y se ha utilizado en un sentido con-

¹³ Un análisis minucioso de todas estas modalidades y matices la realiza Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 10. El agudo examen comparativo de este notable constitucionalista mexicano se condensa en los cuadros que se insertan como apéndices al final de su obra.

¹⁴ Loewenstein, Karl, *Legislación para la defensa política en las repúblicas americanas*, Montevideo, 1947, pp. 100-101.

¹⁵ Linares Quintana, Segundo, "La suspensión de las garantías constitucionales en la teoría y la práctica argentina", *La Ley*, Buenos Aires, 14 de septiembre de 1945; *id.*, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, t. VI, pp. 307-561.

¹⁶ García Belaúnde, Domingo, *op. cit.*, nota 10, pp. 4-111.

trario de su finalidad, es decir, se ha abusado de las declaraciones de situaciones excepcionales con el propósito de lesionar, y en ocasiones para destruir, el orden constitucional democrático con una apariencia de legalidad.

21. La única manera efectiva de evitar la arbitrariedad en las declaraciones de emergencia y su aplicación, es su judicialización, la que se ha desarrollado con bastante lentitud, ya que por muchos años predominó el criterio tanto legislativo como jurisprudencial de que se trataba de cuestiones estrictamente políticas que no podían someterse al conocimiento de los organismos jurisdiccionales. En efecto, la revisión judicial de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas puede utilizarse durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia y proporcionalidad de las medidas generales que se adoptan con motivo de las declaraciones de los estado de excepción, incluyendo las declaraciones mismas (aun cuando sea con limitaciones en cuanto a la apreciación de la oportunidad y de la discrecionalidad políticas de las declaraciones respectivas), en cuanto afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados. Por lo que respecta al hábeas corpus y al derecho de amparo, deben ser admitidos y tramitados con el fin de que los jueces y tribunales puedan examinar, a petición de los afectados, la constitucionalidad y la legalidad de los actos o disposiciones que se tomen en las citadas situaciones de emergencia, sin perjuicio de que en ocasiones puedan comprender de manera indirecta el control de la constitucionalidad de las normas generales en las cuales se apoyan dichas medidas concretas.¹⁷

22. Podemos partir de la observación de que existen dos etapas en la regulación de los instrumentos procesales durante las situaciones excepcionales en Latinoamérica, es decir, por una parte *a)* Las que podemos considerar como tradicionales, y por la otra *b)* Las más recientes, ya sea en su expedición o en su modificación, debido a la influencia de los tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, las Constituciones latinoamericanas anteriores a las vigentes no hacían referencia expresa, salvo las leyes fundamentales de Brasil (véa-

¹⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia", *El Foro*, México, abril-junio de 1973, pp. 63-75 y 29-45.

se *infra* párrafos 35-36), y Colombia (véase *infra* párrafo 40), a la procedencia de la revisión judicial respecto de las disposiciones legislativas de los actos de autoridad emanados durante las situaciones de emergencia, y por el contrario, algunas de ellas hacían alusión a la suspensión de los instrumentos procesales de protección de los derechos fundamentales en las situaciones de excepción, por lo que correspondía a la legislación ordinaria y con frecuencia a la que se dictaba precisamente en esas condiciones que deberían ser excepcionales, y con frecuencia no lo eran, establecer las restricciones a los procedimientos mencionados con anterioridad, especialmente los de hábeas corpus y de amparo, sin que existieran limitaciones en las propias disposiciones constitucionales que impidieran extralimitaciones del organismo legislativo, y con mayor frecuencia, del Ejecutivo, cuando este último hacía uso de facultades extraordinarias para legislar, o cuando tomaba medidas concretas frente situaciones de grave peligro social o político.¹⁸

23. A lo anterior debemos agregar la autolimitación que se habían impuesto los jueces y tribunales latinoamericanos para conocer de los instrumentos procesales mencionados durante los estados de emergencia, ya que durante un largo periodo se mostraron inseguros, vacilantes y tímidos en la defensa de su competencia para efectuar la tutela de los derechos humanos en tales situaciones.¹⁹

24. Esta situación general contrasta con la jurisprudencia, no siempre constante, pero significativa de los tribunales argentinos, en especial de la Corte Suprema, los que en periodos difíciles de gobiernos de facto y juntas militares se atrevieron a conocer y decidir la procedencia de la revisión judicial, particularmente cuando las declaraciones y aplicación de las declaraciones de excepción que afectaban gravemente los derechos fundamentales,²⁰ y si bien, como se ha dicho, su actitud no fue persistente, se advierte en la jurisprudencia argenti-

¹⁸ Cfr. Gros Espiell, Héctor *et al.*, "Los estados de excepción en Latinoamérica y su incidencia en la cuestión de derechos humanos en casos de disturbios internos", en varios autores, *Estados de emergencia en la región andina*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987, pp. 21-56.

¹⁹ Cfr. Cafferena de Giles, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago de Chile, 1957, pp. 21-30; García Belaúnde, Domingo, *El hábeas corpus en Perú*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979, pp. 136-142.

²⁰ Cfr. Vocos Conesa, Eduardo, "El estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde 1853 hasta el 30 de julio de 1970", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1o. de septiembre de 1970, pp. 57-73.

na una evolución hacia la judiciabilidad de las disposiciones legislativas y las medidas concretas derivadas de los estados de emergencia en cuanto se traducían en restricciones de los derechos humanos de los gobernados.²¹

25. Resulta explicable que la judiciabilidad de las declaraciones y aplicación de los estados de excepción surgiera en Argentina, debido a la persistencia de la declaración del llamado estado de sitio regulado por el artículo 23 de la carta fundamental argentina (que no fue modificado por las reformas sustanciales de 1994), el cual puede declararse en los supuestos de conmoción interior o ataque exterior que pongan en peligro a la citada Constitución o las autoridades creadas por ella. Estas circunstancias excepcionales del estado de sitio han sido utilizadas con frecuencia en Argentina, de tal manera que, como lo afirma la doctrina, si se toman en cuenta el periodo de 1853 hasta esta época, los estados de sitio se traducen en un promedio de uno cada dos años y nueve meses, hasta culminar con el dramático y extenso de ocho años, once meses y veintidós días, declarado por el decreto 1368 del 6 de noviembre de 1974, que fue utilizado por los posteriores gobiernos militares de facto hasta el 28 de octubre de 1983, fecha en la cual se inicia al retorno del gobierno democrático.²²

26. Durante este último muy largo lapso de duración del estado de sitio, la Corte Suprema argentina efectuó sus mejores esfuerzos para sus intentos de judicializar las declaraciones y los actos concretos de aplicación en las situaciones de emergencia. Podemos señalar al respecto algunos ejemplos, entre ellos los fallos que pronunció dicho alto tribunal, resueltos el 18 de abril, 9 de agosto de 1977 y 20 de julio de 1978, respectivamente, en los casos Ana María M. Pérez de Smith, Mariano Zamorano y Jacobo Timmerman. En dichas resoluciones se sostuvo, con motivo de la detención de los promoventes por el Ejecutivo con apoyo en facultades de excepción, que si bien los tribunales no podían juzgar sobre los motivos políticos de dicha facultades, sí tenían competencia de acuerdo con los artículos 23, 29 y 95

²¹ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., "Control judicial de los gobiernos *de facto*", en varios autores, *Festschrift für Karl Loewenstein (Homenaje a Karl Loewenstein)*, Tübingen, J.A.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pp. 400-406.

²² Cfr. Hernández, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, México, UNAM-Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 22-28.

de la Constitución (este último en su texto original), para decidir de acuerdo con el criterio de razonabilidad, sobre la situación de los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo, ya que los afectados no podían quedar librados a su suerte y al margen de todo control por parte de los jueces de la Nación, sea cual fuere el tiempo durante el cual se prolongara el arresto.²³

27. Estos principios fueron acogidos por la Ley Nacional de Hábeas Corpus promulgada el 24 de octubre de 1984, una vez restablecido el gobierno democrático, en cuyos artículos 4o., incisos 1o. y 2o. y 6o., se consagró el principio de razonabilidad como criterio de los tribunales federales y locales al conocer de las demandas de hábeas corpus contra detenciones ordenadas durante el estado de sitio, ya que con motivo de las mismas, dichos juzgadores están facultados para examinar tanto la legitimidad como la constitucionalidad de las disposiciones legislativas que sirven de apoyo a las medidas concretas contra las cuales se interpone la impugnación, incluyendo la declaración misma. En efecto, de acuerdo con los citados preceptos:

Estado de sitio. Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el artículo 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar en el caso concreto: 1. La *legitimidad de la declaración del Estado de sitio*. 2. La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen al Estado de sitio... *Inconstitucionalidad.* Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional (el subrayado en nuestro).²⁴

28. La Corte Suprema argentina tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el alcance de estas disposiciones en su sentencia de 3 de diciembre de 1985, con motivo del recurso de hábeas corpus promovido por Jorge H. Granada contra su arresto ordenado por el titular del Poder Ejecutivo con apoyo en la declaración del estado de sitio

²³ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, t. VI, pp. 408-409.

²⁴ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, "Control judicial de la declaración de estado de sitio y de los arrestos correspondientes", *La Ley*, Buenos Aires, 23 de diciembre de 1985, pp. 1-3.

expedida ya dentro del régimen democrático. En el voto pronunciado por el magistrado y conocido jurista Carlos S. Fayt, se sostuvo, en esencia, que el citado control de razonabilidad de los arrestos autoriza al tribunal a verificar judicialmente si el acto respectivo guarda proporción con los fines perseguidos mediante la declaración del estado de sitio, y en cada caso concreto, si la privación de la libertad lo es por tiempo breve y limitado.²⁵

29. La reforma constitucional a la carta argentina, realizada en agosto de 1994, estableció dentro de las facultades del presidente de la nación, de acuerdo con el artículo 99, inciso 3 (función legislativa), una nueva institución de emergencia, que calificó de decretos de necesidad y urgencia, que ya se habían utilizado anteriormente a pesar de que no estaban previstos por el texto original de la carta suprema, y que habían sido admitidos por la legislación secundaria, la jurisprudencia así como por un sector de la doctrina, ya que se habían decretado en situaciones excepcionales en veinte oportunidades entre 1853 y 1983. Ya durante el restablecimiento del orden constitucional democrático, el presidente Alfonsín dictó aproximadamente 10, lo que fue continuado por el presidente Menem que incrementó considerablemente el número de dichos decretos, por lo que llegó a hablarse de “gobierno por decreto”.²⁶

30. Al respecto debe hacerse referencia al caso Peralta, resuelto en 1990 por la Corte Suprema argentina, en el cual, contra el criterio de un sector importante de la doctrina, se legitimó la utilización de estos decretos, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, al considerar que estas medidas legislativas pueden dictarse en una situación de grave riesgo social frente al cual existe la necesidad de medidas súbitas. Este criterio debió influir en el precepto mencionado, debido a la conveniencia de regular constitucionalmente este instrumento del cual se había hecho un uso abusivo, y fijar sus límites esenciales.²⁷

31. De acuerdo con el citado artículo 99, fracción 3, reformado en 1994, únicamente cuando circunstancias excepcionales hicieran im-po-

²⁵ Cfr. Bidart Campos, Germán, “Lo viejo y lo nuevo en la jurisprudencia actual de la Corte sobre el estado de sitio”, *El Derecho*, Buenos Aires, 4 de febrero de 1986, pp. 1-3.

²⁶ Cfr. Hernández, Antonio María, *op. cit.*, nota 22, pp. 29-31.

²⁷ Cfr. Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 110-111.

sible seguir los trámites ordinarios previstos por dicha Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulan materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos, el presidente de la república podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. Dicho jefe de gabinete personalmente, y dentro de los diez días, someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada cámara. Esa comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento, el cual de inmediato considerarán las cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara regulará el trámite y alcances de la intervención del congreso.

32. De acuerdo con el análisis realizado por la doctrina, los citados decretos legislativos de necesidad y urgencia deben ser examinados, y en su caso, aprobados o modificados por las cámaras legislativas, y no puede invocarse el silencio del congreso como un asentimiento para dichos decretos, los cuales también pueden ser revisados por los jueces y tribunales para determinar su constitucionalidad de acuerdo con el criterio de razonabilidad que ha utilizado la jurisprudencia (véase *supra* nota 26), pero no están facultados los tribunales para conocer del “acierto, oportunidad o conveniencia”. Esto último puede resultar contradictorio, pues estos factores no pueden excluirse totalmente del análisis judicial, ya que difícilmente puede el juez entrar al análisis de la inevitabilidad, del grado de lesión o del exceso si no analiza también lo relativo a la existencia o no de otros medios, y si los hay, cuanto más dañosos al sistema pudieran serlo, pero siempre de acuerdo con la evaluación de los aspectos señalados como componentes necesarios del estado de necesidad, en su conceptualización jurídico-política.²⁸

33. De todo lo anterior puede llegarse a la conclusión de que los citados decretos de necesidad y urgencia tienen como finalidad solucionar de manera rápida y eficaz las crisis económico-sociales que han afectado a la Argentina en los años recientes, pero al parecer tu-

²⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 263-283.

vieron en la realidad el efecto contrario. Como un ejemplo se citan los decretos de necesidad y urgencia del Ejecutivo Nacional 1570 y 1606, publicados el 3 y 5 de diciembre de 2001, que restringieron considerablemente el retiro de los bancos por parte de los titulares de las cuentas que excedieran de una cantidad pequeña por semana en dólares o en pesos (entonces equivalentes), o las transferencias al exterior, medidas que popularmente se calificaron con el nombre de “corralito financiero”, que provocaron una airada reacción popular que determinó la caída del presidente Fernando de la Rúa, y una inestabilidad política que llevó al nombramiento sucesivo de varios presidentes de la república, que se normalizó con las últimas elecciones del 2003, lo cual implicó un cambio de orientación del nuevo jefe del Ejecutivo, el presidente Néstor Kirchner.

34. Los decretos de 2001 fueron impugnados por los afectados, y las controversias judiciales concluyeron con el fallo de la Corte Suprema en el caso Smith, resuelto el primero de febrero de 2002, que consideró inconstitucionales dichos decretos. Los posteriores decretos dictados en 2002, números 214, 320, 905 y 1326 por los presidentes provisionales que sustituyeron al presidente de la Rúa, así como la ley expedida por el congreso, número 25,787 de 25 de abril del mismo año, que pretendieron corregir los efectos de los decretos del año anterior, sin lograrlo, y por esto fueron severamente criticados por la doctrina, la que los consideró ostensiblemente contrarios a la carta fundamental. Respecto de las disposiciones legislativas expedidas en 2002, la Corte Suprema conoció en última instancia de la acción de amparo promovida por la Provincia de San Luis en contra del Estado Nacional, del Banco Central de la República Argentina y del Banco de la Nación Argentina, por considerar contrarios a la carta fundamental los mencionados decretos de necesidad y urgencia así como la citada Ley del Congreso. El Alto Tribunal dictó su fallo el 18 de septiembre del citado 2002, conocido por caso San Luis en el cual por mayoría de cinco votos contra tres, declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones que establecieron el “corralito”, sentencia

que se ha considerado como una de las resoluciones más importantes y trascendentes que dicho tribunal supremo ha pronunciado en toda su existencia.²⁹

35. También podemos señalar los esfuerzos realizados por algunos magistrados del Tribunal Supremo Federal del Brasil durante la época autoritaria de carácter predominantemente castrense, para judicializar las declaraciones de emergencia y sus efectos, emitidas por dichos gobiernos durante 1964 a 1969, durante los cuales predominó un concepto desorbitado de la seguridad nacional. En esa época dicho alto tribunal admitió y otorgó la protección de hábeas corpus para proteger no sólo la libertad e integridad personales sino también los derechos de expresión y de pensamiento. Esta actitud provocó un serio enfrentamiento con el Poder Ejecutivo, el cual expidió, en uso de facultades constituyentes ilegítimas, varios actos institucionales, y además realizó sustanciales modificaciones a la carta federal de 1964, por lo que dicho Ejecutivo presionó políticamente al Tribunal Federal de tal manera que tres de los magistrados más independientes fueron obligados a pedir su retiro y otros dos renunciaron a sus cargos por inconformidad con estas medidas.³⁰

36. Curiosamente se puede advertir que en la mencionada carta autoritaria de 1964, reformada en 1969, existían dos disposiciones contradictorias sobre las situaciones de excepción. En efecto, en el artículo 159 se estableció: “La inobservancia de las disposiciones relativas al Estado de Sitio, determina la ilegalidad de la coacción y autoriza al afectado para acudir al Poder Judicial”. De manera contraria, el artículo 181 de dicha ley fundamental excluyó de la apreciación judicial los actos realizados por el Comando Supremo de la Revolución a partir del 31 de marzo de 1964 y durante la vigencia de varias actas institucionales anteriores, lo que parece paradójico, pero resulta explicable debido a que el gobierno castrense no se percató de esta confrontación constitucional, en virtud de que el primero de los citados preceptos proviene casi literalmente del artículo 215 de la Constitución democrática de 1946.³¹

²⁹ Cfr. Hernández, Antonio María, *op. cit.*, nota 22, pp. 71-152.

³⁰ Cfr. Nadorff, Norman J., “Habeas Corpus and the Protection of Political and Civil Rights in Brasil; 1964-1978”, *Lawyer of the Americas*, otoño de 1982, pp. 297-333.

³¹ Cfr. sobre el artículo 215 de la carta federal de 1946: Pontes de Miranda, *Comentarios a Constituição de 1946*, 3a. ed., Río de Janeiro, Borsoi, 1960, t. VI, pp. 466-467.

37. Esta situación ha sido modificada favorablemente por las disposiciones de la Constitución democrática brasileña de 5 de octubre de 1988 (la que además fue muy creativa en nuevos instrumentos específicos para la defensa de determinados derechos fundamentales), la que regula las situaciones de emergencia en los artículos 136 a 141 con dos modalidades: *a)* el estado de defensa y *b)* el estado de sitio. El primero tiene por objeto el restablecimiento de manera rápida en localidades específicas y determinadas el orden público y la paz social amenazados por grave e inminente inestabilidad institucionales o afectadas por calamidades naturales de grandes proporciones. La declaración del estado de sitio procede en dos supuestos, es decir, por una conmoción grave de repercusión nacional o por hechos que demuestren la ineficacia de las medidas tomadas durante el estado de seguridad, o bien por la declaración del estado de guerra como respuesta a una agresión extranjera.

38. En los dos casos mencionados, los estados de defensa o de sitio pueden ser declarados por el presidente de la república con audiencia de los consejos de la república y de seguridad nacional. Tratándose del estado de defensa, el titular del Ejecutivo debe notificarlo dentro de las veinticuatro horas al Congreso Nacional, y de no estar reunido será convocado de manera extraordinaria en un plazo de cinco días. Dicho congreso debe decidir dentro de diez días por mayoría de votos si aprueba esa declaración, pues en caso contrario la situación cesará de inmediato. Si se trata del estado de sitio, el presidente de la república previa audiencia de los consejos de la república y el de defensa nacional deberá pedir autorización al Congreso Nacional para decretarlo. En los dos sectores, el decreto respectivo deberá señalar los derechos y garantías que quedarán suspendidos o restringidos y el plazo de su duración, que en el de sitio por conmoción interna no puede durar más de treinta días y debe ser prorrogado por cada plazo superior, y en el supuesto de guerra extranjera, por el tiempo que dure la misma. En ambos estados, de seguridad y de sitio, los preceptos constitucionales señalan específicamente los derechos y las modalidades en que pueden suspenderse durante la emergencia (artículos 136 y 139, respectivamente).³²

³² Cfr. Silva, José Afonso da, *Direito constitucional positivo*, 23a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pp. 740-750.

39. Pero con excepción de estos ejemplos argentino y brasileño, la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos anteriores a los textos vigentes actualmente, no hacían referencia a la intervención judicial durante los estados de emergencia, y si bien algunos de ellos señalaban los derechos humanos que no podían ser objeto de suspensión o restricción, por el contrario no indicaban los instrumentos procesales para tutelar dichos derechos.³³

40. Por lo que respecta a la procedencia de la revisión judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, en la época que examinamos, únicamente la Constitución de Colombia de 1868, modificada en 1968, establecía expresamente en sus artículos 121 y 122, que los decretos legislativos que expidiera el presidente de la república con autorización del congreso durante los estados de sitio o emergencia económica y social, debían ser enviados por el Ejecutivo al día siguiente de su expedición a la Suprema Corte de Justicia, y en caso de no hacerlo, dicho alto tribunal los conocería de oficio, con el fin de que decidiera con carácter definitivo, si dichos decretos se habían expedido de acuerdo con los requisitos formales previstos por las citadas normas fundamentales y si las disposiciones legislativas correspondientes se ajustaban a las facultades del gobierno durante los propios estados de emergencia.³⁴

41. La Constitución colombiana actual de 7 de julio de 1991 reproduce esta regulación sobre la revisión de la constitucionalidad de las declaraciones de emergencia en el actual artículo 241, inciso 7, de dicha carta fundamental, que encomienda a la Corte Constitucional la decisión sobre la constitucionalidad de los decretos expedidos por el presidente de la república con autorización del congreso durante las situaciones de emergencia (Estados de sitio por guerra exterior, de conmoción interior y de emergencia), los que deberán ser enviados por el Ejecutivo a dicha Corte Constitucional durante las veinticuatro horas siguientes de su expedición, y de no hacerlo, dicho tribunal conocerá de oficio y en forma inmediata de dichos decretos

³³ Cfr. García Belaúnde, Domingo, *op. cit.*, nota 10, pp. 90-95.

³⁴ Cfr. Restrepo Piedrahita, Carlos, *Las facultades extraordinarias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1973, esp. pp. 153-259; Sáchica, Luis Carlos, *Constitucionalismo colombiano*, 7a. ed., Bogotá, Temis, 1983, pp. 207-220; Gallón G., Gustavo, "La experiencia colombiana en los estados de emergencia y la viabilidad de su control internacional", en varios autores, *op. cit.*, nota 18, pp. 79-92.

(artículo 214, inciso 6). Pero además, no obstante la grave situación de guerra civil y emergencias económicas y sociales, que han hecho frecuentes las declaraciones de excepción, la carta colombiana vigente recoge disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos (véase *infra* párrafos 43 y ss.). En efecto, en el inciso 2 del artículo 214, que corresponde al título VII, “De la Rama Ejecutiva”, capítulo 6, “De los Estados de Excepción”, se dispone:

No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas de derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y *establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos* (el subrayado es nuestro).³⁵

42. La conclusión a que podemos llegar después de mencionar varios ejemplos de regulación de las situaciones de emergencia en los ordenamientos latinoamericanos, es la de que existen numerosos procedimientos y modalidades en las declaraciones de excepción, así como en los órganos de gobierno que tienen competencia para realizar dichas declaraciones y para aplicarlas, y si bien se advierte el predominio de la actuación del Ejecutivo, la tendencia que se advierte es la de acotar cada vez más las facultades del propio Ejecutivo, por medio de la intervención de las cámaras legislativas, pero también con la participación de los organismos jurisdiccionales por medio de los instrumentos de la revisión judicial de la constitucionalidad de las disposiciones normativas dictadas durante la emergencia y de los instrumentos protectores de los derechos fundamentales, esencialmente los procesos de hábeas corpus y de amparo.³⁶

³⁵ Los estados de excepción en la Constitución colombiana de 1991 y su apreciación judicial.

³⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor *et al.*, “La regulación jurídica interna de los estados de excepción en el derecho constitucional latinoamericano comparado”, pp. 10-17.

IV. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU INFLUENCIA EN LATINOAMÉRICA

43. Debido a la complejidad, variedad y modalidades de la regulación de los estados de excepción en los ordenamientos internos, en particular los latinoamericanos, en el derecho internacional de los derechos humanos se han establecido un conjunto de reglas que pretenden establecer los principios básicos para que los estados de emergencia, aun cuando se utilicen para mantener y preservar el orden constitucional, y no para menoscabarlo como ha ocurrido con frecuencia en numerosos países del mundo, y por supuesto en los gobiernos de facto en el ámbito latinoamericano en las décadas de los setenta y ochenta del siglo XX. Como tanto el derecho internacional general como el de carácter convencional se ha incorporado de manera paulatina en los ordenamientos nacionales de nuestra región, se han modificado sustancialmente estos últimos, con una regulación más precisa y protectora de los derechos fundamentales, especialmente en Latinoamérica, ya que los gobiernos de la región han ratificado y aprobado varios instrumentos internacionales que contienen disposiciones sobre esta materia.³⁷

44. Podemos considerar en términos generales que la mayoría de los países latinoamericanos se ha sometido con modalidades a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia y han ratificado y aprobado tanto los convenios de derecho humanitario de Ginebra, así como los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos en los cuales se han establecido normas y lineamientos sobre las declaraciones de las situaciones de emergencia y de su aplicación para evitar, hasta donde sea posible, la afectación de los derechos humanos de los gobernados, estableciendo, además, una enumeración de derechos y de instrumentos tutelares que no pueden limitarse o restringirse durante los citadas situaciones de excepción.

45. Haremos el intento de hacer una breve descripción de las normas de derecho internacional que regulan las situaciones de emergencia,

³⁷ Cfr. Gros Espiell, Héctor y Zovatto G., Daniel, "La regulación jurídica ...", *cit.*, nota 9, pp. 29-56.

lo que no resulta sencillo en virtud de que son numerosas y complejas: A) Al respecto podemos señalar que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha establecido criterios para su aplicación durante los estados de excepción, y que se refieren a cuatro aspectos esenciales: *a)* La capacidad de actuación de las personas individuales en el derecho internacional; *b)* Las normas relativas a los derechos fundamentales en el derecho consuetudinario internacional; *c)* La primacía de los principios generales del derecho internacional humanitario, y *d)* Las obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos (*ius cogens*).³⁸

46. B) Por lo que respecta al derecho internacional humanitario, que es aquel que se aplica durante los conflictos tanto internacionales como internos, se inició con los Convenios de La Haya de 1899-1907 y el Protocolo de 1954 y los de Ginebra de 1864 y 1925. En la actualidad, con independencia de otros instrumentos de Naciones Unidas que regulan algunos aspectos, el derecho humanitario se ha codificado en los extensos tres convenios suscritos en Ginebra el 12 de agosto de 1949, y en vigor el 31 de octubre de 1950: *a)* Relativo al trato de los prisioneros de guerra; *b)* Sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra; *c)* Para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar. A dichos tratados deben agregarse dos protocolos adicionales, *d)* Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y *e)* Respecto a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, ambos protocolos suscritos también en Ginebra el 8 de julio de 1977. Este último ha encontrado cierta resistencia en algunos gobiernos latinoamericanos debido a las guerras civiles que los han afectado por muchos años, algunas ya terminadas como los de El Salvador y Guatemala, pero todavía sin resolver los de Colombia y Perú, en este último con acciones ya limitadas. La supervisión del cumplimiento de dichos instrumentos se ha enco-

³⁸ Cfr. Cançado Trindade, Antônio Augusto, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles-The Case Law of the International Court of Justice on Non-Derogable Rights", en Prémont, Daniel, *Droits Intangibles et États d'Exception-Non-Derogable Rights and States of Emergency*, Bruxelles, Établissements Émile-Bruylant, 1996, pp. 53-71 y 73-89, respectivamente. Sobre el concepto de *ius cogens* puede consultarse el libro clásico de Gómez Robledo, Antonio, *Ius Cogens Internacional. Estudio histórico-crítico*, 2a. ed., México, UNAM, 2003.

mendado al Comité Internacional de la Cruz Roja, que ha realizado una labor muy meritoria en esta materia.³⁹

47. C) En cuanto al derecho internacional de los derechos humanos en sentido estricto, ya habíamos sostenido que los gobiernos latinoamericanos han reconocido casi en su totalidad el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos suscritos en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 3 de enero de 1976 (y además un número importante de países de Latinoamérica, también ha suscrito el Protocolo Facultativo de dicho pacto). El artículo 4o. del pacto regula los estados de excepción de la siguiente manera:

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamado oficialmente, los Estados Parte 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 imponga 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 de

³⁹ Cfr. Swinarski, Christophe, *Introducción al derecho internacional humanitario*, San José, Costa Rica, Comité Internacional de la Cruz Roja-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984; id., *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990; Peytrignet, Gérard, "Sistema internacionais de proteção da pessoa humana o direito internacional humanitário", en varios autores, *Tres vertientes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*, San José, Costa Rica-Brasília, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comité Internacional de la Cruz Roja y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1996, pp. 125-215; Plattner, Denise, "Droit International Humanitaire et droits de l'homme intangibles ou non susceptibles de dérogation-International Humanitarian Law and Inalienable o Non-Derogable Rights", en Prémont, Daniel, *op. cit.*, nota anterior, pp. 333-348 y 349-363, respectivamente.

los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18).⁴⁰ 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 comunicación por el mismo conducto en la fecha en que ha dado por terminada la suspensión.

48. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas establecido por el Protocolo Adicional al mencionado Pacto de Derechos Civiles y Políticos ha establecido una declaración general relativa al artículo 4o. de dicho pacto, transcrito en el párrafo anterior, que su importancia conviene transcribir en su parte relativa:

3. El Comité opina que las medidas adoptadas de conformidad con el artículo son de carácter *excepcional y temporal* y sólo pueden durar mientras corra peligro la vida la nación interesada, y que, *en situaciones excepcionales es sumamente importante la protección de los derechos humanos, particularmente aquellos que no pueden ser objeto de suspensión*. El Comité estima también que es *igualmente importante que, en situaciones excepcionales, los Estados Partes informen a los demás Estados acerca de la índole y el alcance de la suspensión de derechos que hayan llevado a cabo, y la razones para ello* y que cumplan, además, sus obligaciones de presentar informes de conformidad con el artículo 40 del Pacto,⁴¹ indicando la índole y medida de cada

⁴⁰ Los citados preceptos consagran: el artículo 6, el derecho a la vida; el 7, a la prohibición de la tortura y la imposición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el 8 (incisos 1 y 2), prohibición de la esclavitud y la servidumbre; el 11 establece que nadie puede ser encarcelado por el solo hecho no poder cumplir una obligación contractual; el 15 prohíbe condenas por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional e internacional, tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, pero si con posterioridad la ley dispone la aplicación de una pena más leve, el acusado se beneficiará con ello, pero nada de lo dispuesto en ese precepto se opondrá al juicio y a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional; el 16 regula el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano; y el 18 establece la libertad religiosa y de creencias, y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

⁴¹ *Cfr.* el citado artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que establece esencialmente que los Estados partes se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que haya adoptado, y que den efecto a los derechos reconocidos en el mismo pacto, y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos y las modalidades que deben adoptar dichos informes, que deben ser examinados por el Comité de Derechos Humanos. So-

derecho suspendido, y que faciliten al mismo tiempo la documentación pertinente⁴² (las cursivas son nuestras).

49. Debido a los graves problemas derivados de las situaciones de emergencia, que se han declarado con frecuencia, algunas de ellas no han cumplido con los requisitos del mencionado artículo 4o. del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos. Además son reiterados los casos en los cuales no se informa oportunamente a la Secretaría de las Naciones Unidas sobre las declaraciones respectivas y su aplicación y se proporciona la documentación necesaria, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías (actualmente de Promoción y Protección de los Derechos Humanos), de las Naciones Unidas, actualmente de Promoción y Protección de Derechos Humanos,⁴³ designó dos relatores especiales para que examinaran e informaran sobre los estados de emergencia declarados en los Estados Partes y en general en el mundo y formularan recomendaciones sobre estos estados de excepción.

50. En primer lugar, la citada subcomisión designó el 31 de agosto de 1977, a uno de sus expertos, la señora Nicole Questiaux, de acuerdo con la autorización del Consejo Económico y Social por conducto de la Comisión de Derechos Humanos, para que realizara un estudio sobre los estados de excepción. Después de varios años de ardua labor, la señora Questiaux presentó un excelente informe a la subcomisión en su 35o. periodo de sesiones efectuado en 1982.⁴⁴ En su parte sustancial el valioso y cuidadoso estudio de la señora Questiaux consideró que una legislación de excepción internacional o nacional debe estar dirigida a salvaguardar las instituciones y sea a la vez compatible con los principios democráticos, por lo que debe

bre el examen de dichos informes por el Comité de Derechos Humanos respecto del citado artículo 4o.; *cfr.* McGoldrick, Dominic, *The Human Right Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 302-317.

⁴² *Cfr.* la obra recopilativa editada por Carbonell, Miguel *et al.*, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, México, Porrúa-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002, pp. 260-261. Debe aclararse que la Observación General mencionada fue adoptada en el periodo de sesiones 130 del comité, realizada en 1981.

⁴³ *Cfr.* Humphrey, John P., "The United Nations Sub-Commission on the Prevention of Discriminations and the Protection of Minorities", *The American Journal of International Law*, vol. 62, pp. 869-888.

⁴⁴ Documento: Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements concernant les situations dites d'Etat de Siège ou d'Exception, E/CN.4/Sub.2/1982/15.

cumplir con las siguientes condiciones: *a)* La legislación debe ser anterior al comienzo de la crisis; *b)* La legislación debe prever procedimientos previos o posteriores de control; y *c)* La legislación debe estar concebida para ser aplicada con carácter provisional, o mejor dicho, temporal.

51. La propia subcomisión decidió en su resolución 1983/30 incluir en su programa de trabajo el tema intitulado “El ejercicio del derecho de suspensión previsto en el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y posteriormente, examinar el tema como asunto de gran prioridad en el marco del tema titulado “La administración de los derechos humanos y los estados de excepción”. En 1985, el Consejo Económico y Social hizo suya la recomendación de la comisión y de la subcomisión para designar un relator especial entre los expertos de la subcomisión, y el nombramiento recayó en el señor Leandro Despouy, quien realizó una labor continua de doce años al analizar anualmente la lista de países que desde el primero de enero de 1985 hubiesen proclamado, prorrogado o suspendido los estados de excepción; estudió los informes respectivos y recomendó medidas concretas para garantizar el respeto de los derechos humanos en situaciones de estado de sitio o de excepción. En virtud de esta labor, la subcomisión y posteriormente la comisión encomendaron en 1997 al citado relator la elaboración de un estudio en el cual expresara su experiencia en la materia y formulara recomendaciones sobre la manera de enfocar esta cuestión en el futuro.

52. El magnífico informe final del señor Leandro Despouy se presentó a la subcomisión en la sesión de 1998, durante el cual fue aprobado por esta última y posteriormente también por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En dicho documento se advierte con claridad la amplia experiencia del relator sobre la materia, la que le permitió elaborar un conjunto de enunciados y principios que en su opinión deben reunir los estados de excepción para que su regulación se ajuste a las exigencias de las normas internacionales. En el propio informe se toman en cuenta no sólo los convenios suscritos en el ámbito de las Naciones Unidas, sino también las normas de los tratados regionales como las convenciones europea, americana y africana, así como otras normas internacionales comple-

mentarias, así como la jurisprudencia de los organismos de solución de controversias.⁴⁵

53. Al respecto, el relator Leandro Despouy señaló los siguientes principios: *a)* De legalidad, que implica la necesaria preexistencia de normas que regulen los estados de excepción y de mecanismos de control tanto internos como internacionales para verificar su conformidad con las mismas; *b)* De proclamación, de acuerdo con el cual es necesario que la entrada en vigor del estado de excepción sea precedida de una medida de publicidad bajo la forma de declaración oficial; *c)* De notificación, dirigida a la comunidad internacional, tanto a los Estados partes de un convenio como al conjunto de Estados miembros de las Naciones Unidas, tratándose de la labor del relator especial; *d)* De temporalidad, que se encuentra implícito en la naturaleza misma del estado de excepción, ya que se requiere la fijación de un límite en el tiempo para evitar la indebida prolongación del mismo; *e)* De amenaza excepcional, que define la naturaleza del peligro y que se refiere a los presupuestos de hecho (conmoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales o generadas por el hombre, entre otros), que conforman el concepto de “circunstancias excepcionales”; *f)* De proporcionalidad, que se refiere a la necesaria adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis; *g)* De no discriminación, que tiene carácter de inderogable, ya que debe considerarse como una condición necesaria para ejercer el derecho de suspensión, cuando no sean intangibles, de los derechos establecidos por los convenios internacionales; *h)* de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional, principios que tienden a armonizar las distintas obligaciones asumidas por los Estados en el orden internacional y a reforzar la protección de los derechos humanos en las situaciones de crisis mediante la aplicación concordante y complementen-

⁴⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Los organismos jurisdiccionales de solución de controversias jurídicas internacionales y comunitarias”, en varios autores, *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Persona humana y derecho internacional. Personne humaine et droit international. Human Person and International Law*, Bruxelles, Bruylant, 1997, vol. I, pp. 337-374. A los anteriores debe agregarse, además, la Corte Penal Internacional que muy recientemente inició sus funciones.

taria del conjunto de normas establecidas para salvaguardar dichos derechos bajo un estado de excepción.⁴⁶

54. A su vez, el jurista salvadoreño Florentín Meléndez señala los principios que deben regir los estados de excepción de acuerdo con la reglas del derecho internacional de los derechos humanos, que coinciden en esencia con los expresados por el relator Despouy, ya que enumera los siguientes: proclamación; notificación; proporcionalidad; no discriminación; proporcionalidad; provisionalidad o temporalidad; intangibilidad de ciertos derechos humanos; amenaza excepcional, y necesidad, así como algunos otros de carácter secundario.⁴⁷

55. Otros dos aspectos esenciales que se abordan en el mencionado informe de Leandro Despouy se refiere a la intangibilidad del ejercicio de los derechos humanos fundamentales, ya que los principales instrumentos de tutela, es decir el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, así como las convenciones europea y americana de derechos humanos enumeran varios derechos que no pueden restringirse durante los estados de excepción, y por ese motivo no existe la posibilidad de formular reservas respecto de estos derechos. Además dicha intangibilidad se ha ampliado y reforzado por la entrada en vigor, otros instrumentos internacionales, tales como la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, o la Convención de los Derechos del Niño, entre otros, así como en las normas generales de derecho internacional.⁴⁸

56. En relación con los citados derechos intangibles, los instrumentos internacionales de carácter general sobre derechos humanos hacen enumeraciones diversas, aunque coincidentes en varios aspectos, por ello resulta conveniente, para tener algún marco de referencia, mencionar otros dos preceptos que regulan dicha intangibilidad durante los estados de excepción. En primer término, el artículo 15, incisos 1 y 2 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, suscrita en

⁴⁶ Cfr. Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM, 1999, pp. 25-45.

⁴⁷ Cfr. Meléndez, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, San Salvador, Imprenta Criterio, 1999, pp. 90-108.

⁴⁸ Cfr. Despouy, Leandro, *op. cit.*, nota 46, pp. 47-54.

Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor el 3 de septiembre de 1953, dispone:

En caso de guerra o en caso de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier alta parte contratante, puede tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en la presente Convención en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales providencias no sean opuestas a las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional. 2. *La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2o., salvo el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra y a los artículos 3o., 4o. (párrafo 2) y 7o. (las cursivas son nuestras).*⁴⁹

57. El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y en vigor el 18 de julio de 1978, es la más amplia en cuanto al señalamiento de derechos humanos inderogables en los estados de excepción, ya que dicho precepto establece:

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 le impone el derecho internacional y no entrañe 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 esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de concien-*

⁴⁹ Los citados preceptos no suspendibles se refieren, el 2o. al derecho a la vida; el 3o. prohíbe la tortura y las penas o tratamientos inhumanos y degradantes; el artículo 4o., párrafo 1, dispone que nadie puede ser mantenido en esclavitud o servidumbre, y el artículo 7o., en sus dos incisos establece que nadie puede ser condenado por una acción o una omisión que en el momento en que fue cometida no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional, ni puede ser impuesta una pena más fuerte que la que era aplicable en el momento en que se cometió la infracción, pero dicho precepto no invalidará la sentencia o la pena de una persona culpable de una acción u omisión que en el momento de ser cometida constituía un crimen según los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas. Cfr. Cohen-Jonathan, Gérard, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-en-Provence-Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Economica, 1989, pp. 556-566.

cia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad); 23 (derechos políticos); ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (las cursivas son nuestras).

58. Como puede observarse, los derechos que no pueden suspenderse de acuerdo con este precepto de la Convención Americana son mucho más extensos que en los otros dos instrumentos a que hemos hecho referencia: Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea, pero además, contiene una disposición de gran importancia que es la relativa a que tampoco se pueden suspender los instrumentos procesales indispensables para la tutela de dichos derechos intangibles, precepto de una gran trascendencia, puesto que la posibilidad de restringir y afectar dichas garantías judiciales, como ha sido frecuente en las declaraciones de los estados de emergencia en Latinoamérica (véase *supra* párrafos 22-24), impide la intervención de los tribunales para fiscalizar las declaraciones, las disposiciones legislativas y los actos concretos de aplicación de las situaciones de excepción.

59. La trágica experiencia de la declaración de los estados de emergencia en América Latina que ya hemos expresado anteriormente (ver *supra* párrafos 13-17), de la prohibición o suspensión de los instrumentos procesales necesarios para proteger los derechos humanos en situaciones de emergencia, ya sea que dicha restricción se autorice por las disposiciones constitucionales o legales, o que se efectué de manera arbitraria, constituye una experiencia que ya ha sido examinada por la doctrina y la jurisprudencia desde hace varios años. Así, en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, en una época en la cual todavía existían dictaduras militares en varios de nuestros países, al analizar la situación de los estados de excepción, se aprobó la siguiente conclusión:

La función jurisdiccional de los tribunales latinoamericanos, especialmente las Cortes Supremas y el ejercicio de la función de justicia constitucional sólo puede lograr efectividad, así sea limitada, cuando se superen los obstáculos hasta ahora insalvables de la interpretación desorbitada de los actos políticos y de gobierno, así como *las constantes*

*declaraciones de emergencia y la promulgación de estatutos calificados con razón o sin ella, de “revolucionarios”, y para ello podrán utilizarse los instrumentos de “razonabilidad” que ha sostenido valientemente en alguna época la Corte Suprema argentina y en lo que resulte aplicable el recurso de “desvío de poder”, creado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, para determinar los límites de las facultades discrecionales del Ejecutivo (las cursivas son nuestras).*⁵⁰

60. La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció criterios muy significativos sobre la interpretación del artículo 27 de la Convención Americana que hemos transcrito con anterioridad, por conducto de varias opiniones consultivas. En la número seis, pronunciada el 9 de mayo de 1986, “La expresión leyes en artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, sostuvo esencialmente en cuanto a los estados de emergencia, que los mismos no pueden traducirse en la suspensión temporal del Estado de derecho y que el gobierno respectivo esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones a que tal legalidad excepcional está autorizada, pues como ya lo había sostenido el propio tribunal en ocasión anterior, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables.

61. Pero de una manera mucho más precisa en cuanto a los instrumentos procesales, la propia Corte Interamericana se pronunció en las opiniones consultivas octava y novena. En la primera, resuelta el 30 de enero de 1987 a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con la designación de “El hábeas corpus bajo la suspensión de garantías”, la corte sostuvo sustancialmente que los procedimientos previstos en los artículos 25.1 (amparo) y 7.6 (hábeas corpus) de la Convención Americana no pueden ser suspendidos con apoyo en el artículo 27.2 de la misma convención porque constituyen garantías procesales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la última disposición.

62. Estos conceptos fueron analizados con mayor profundidad en la opinión consultiva número nueve, fue decidida el 6 de octubre de 1987, a petición del gobierno de Uruguay, con la denominación “Garantías Judiciales en los estados de emergencia”, en la que se sos-

⁵⁰ Cfr. *La función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, UNAM, 1977, pp. 202.

tuvo básicamente que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, en los términos de los preceptos mencionados de la convención, el hábeas corpus y el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, destinados a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma convención, y que también deben considerarse como no suspendibles los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos por garantizar la plenitud del ejercicio de los propios derechos no suspendibles y cuya suspensión o limitación comporta la indefensión de tales derechos. A este último respecto, la corte determinó que el concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8o. de la convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales consagrados en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma.⁵¹

63. Lo anterior significa, al menos para los países partes de la Convención Americana (entre los cuales no se encuentran los Estados Unidos de América, cuya carta federal permite la suspensión del hábeas corpus en situaciones de emergencia (véase *supra* párrafo 57), que no pueden suspender o restringir los instrumentos procesales de tutela de los derechos fundamentales que no deben ser afectados con las declaraciones de emergencia, en particular el hábeas corpus, el derecho de amparo y los lineamientos esenciales del debido proceso, que en nuestro concepto comprendería también la revisión judicial de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas.⁵²

64. Prácticamente la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos han incorporado a su derecho interno los derechos establecidos en los pactos internacionales de derechos humanos, en particular los pactos de las Naciones Unidas y la Convención Americana, ya sea con el carácter de normas fundamentales o al

⁵¹ Cfr. entre otros, Zovatto R., Daniel, "La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 7, enero-junio de 1988, pp. 41-65.

⁵² Cfr. Los instrumentos procesales que deben prevalecer en las situaciones de excepción son examinados por Meléndez, Florentín, *op. cit.*, nota 47, pp. 109-134.

menos con jerarquía superior sobre la legislación interna, por lo que las muy diferentes regulaciones nacionales sobre los estados de excepción, estado de sitio, conmoción interna, emergencia económica o por desastres naturales, han sido modificadas, algunas de manera expresa, por las normas internacionales, y por esto los estados de emergencia que declaren están sujetas a las modalidades, principios y condiciones establecidas por los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de los organismos jurisdiccionales supranacionales, de tal manera que no se pueden suspender o restringir los derechos intangibles señalados por dichos instrumentos, y tampoco pueden limitarse los instrumentos procesales indispensables para la tutela de tales derechos, como son el hábeas corpus, el derecho de amparo, o cualquier otro recurso efectivo, así como los lineamientos básicos del debido proceso legal.⁵³

V. LOS ESTADOS DE EMERGENCIA EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO

65. Nuestro país padeció a partir de la independencia una situación de grave inestabilidad política con numerosos cambios de gobierno debido a asonadas y golpes de estado, especialmente durante el siglo XIX y las primeras décadas del XX, no obstante lo cual algunas de las varias Constituciones que se expidieron en esa época no regularon expresamente los estados de excepción, pero algunas otras establecieron modalidades para las situaciones de emergencia, que más que establecer limitaciones a los derechos fundamentales se tradujeron en el otorgamiento al Ejecutivo por parte de las cámaras del congreso, de facultades extraordinarias, que se tradujeron con frecuencia en expedición de normas legislativas delegadas.

66. El artículo 308 de la Constitución española de Cádiz que estuvo vigente en México de manera intermitente entre ese año y la consumación de la independencia en 1821, estableció una regulación

⁵³ Cfr. el documentado estudio comparativo respecto de la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Latinoamérica, en Ayala Corao, Carlos M., "Recepción de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos por la jurisprudencia constitucional", en varios autores, *Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*, Santa Fe de Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Konrad Adenauer Stiftung, 2001, pp. 117-192.

muy escueta del estado de excepción al disponer que si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado lo exigiese, las cortes podían decretar por tiempo determinado en toda la monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de la formalidades previstas para el arrestos de los delincuentes. En cambio, la Constitución federal de 4 de octubre de 1824, no obstante la petición de algunos diputados constituyentes, no aceptó las situaciones de emergencia y el otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo, pero en virtud a la turbulencia de la vida política de esa época, el mismo congreso las otorgó al propio Ejecutivo en varias ocasiones, o bien este último las utilizó sin haber sido autorizado, entre ellas la atribución legislativa que se volvió una tradición durante todo el siglo XIX y las primeras décadas del XX, por medio de delegaciones del congreso para expedir normas generales, inclusive aquellas que no estaban vinculadas con los estados de excepción.

67. Tampoco las siete leyes constitucionalistas expedidas en 1836, de carácter centralista, regularon las situaciones de emergencia, y sólo hasta la Constitución también unitaria de 1843, con el nombre de Bases Orgánicas de la República Mexicana, se introdujo por vez primera en su artículo 198 la suspensión de ciertos derechos fundamentales durante los estados de excepción, en cuanto se facultaba al congreso para decretar por determinado tiempo la suspensión de las formalidades previstas para la aprehensión y detención de los delincuentes, cuando en circunstancias extraordinarias lo exigiere la seguridad de la nación o parte de ella.

68. El voto particular de Mariano Otero en el Congreso Constituyente de 1846-1847 se refirió a los estados de excepción en la modalidad de suspensión de ciertos derechos fundamentales, en el segundo párrafo del artículo 4o. de su proyecto, en el cual propuso la inviolabilidad de las garantías (en realidad, derechos humanos), salvo los casos de una invasión extranjera (que era precisamente la situación de la guerra con los Estados Unidos de América en esos momentos), o de rebelión interior, en los que el Poder Legislativo podría suspender las formas establecidas para la aprehensión y detención de los particulares, así como el cateo de las habitaciones, pero por determinado tiempo. Sin embargo, este precepto no fue aprobado por el congreso y por ello no se incluyó en el texto del artículo 5o. del Acta Consti-

tutiva y de Reformas promulgada el 21 de mayo de 1847 (a la Constitución Federal de 1824). Pero no obstante no estar previstas las facultades extraordinarias, el mismo Congreso Constituyente, por Decreto de 20 de abril de 1847, facultó al gobierno Supremo de la Unión para dictar las providencias necesarias para llevar adelante la guerra, defender la nacionalidad y salvar la forma de gobierno (republicano, popular, federal), bajo la cual estaba constituida la nación, pero dichas atribuciones deberían cesar luego que concluyera la guerra.⁵⁴

69. El otorgamiento de facultades extraordinarias y la suspensión de derechos fundamentales se consagró de manera definitiva en el artículo 29 de la Constitución Federal de 1857,⁵⁵ de acuerdo con el cual:

En los casos de *invasión, perturbación grave de la paz pública o cualesquiera otros que pongan a la sociedad en grave peligro o conflicto*, solamente el presidente de la república de acuerdo con el consejo de ministros y con aprobación del Congreso de la Unión (entonces unicamaral) y, en los recesos de éste, de la diputación permanente, *puede suspender las garantías* (en realidad, derechos), *otorgados por esta Constitución, con excepción de las que aseguran la vida del hombre; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión pueda contraerse a determinado individuo* (el subrayado es nuestro).

70. Muy pronto, debido a las controversias que provocó esa carta federal entre las diversas corrientes políticas de la época, se utilizó el citado artículo 29, en cuanto el presidente Ignacio Comonfort solicitó al congreso el uso de facultades extraordinarias, las que fueron otorgadas con limitaciones por decretos de 5 de noviembre de 1857, los cuales autorizaron al jefe del Ejecutivo la suspensión de algunos derechos individuales, pero ninguna atribución legislativa.⁵⁶ La situación se agravó con diversos pronunciamientos y discusiones inclusive den-

⁵⁴ Cfr. Tena Ramírez, Felipe, "La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias en el derecho mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 25-28, enero-diciembre de 1945, pp. 113-123.

⁵⁵ Cfr., para los debates sobre la aprobación de este precepto en el citado Congreso Constituyente de 1856-1857, a varios autores, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, LV Legislatura de la Cámara de Diputados-Miguel Ángel Porrúa, 1994, t. V, pp. 613-621.

⁵⁶ Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 54, p. 130.

tro del seno del gobierno, lo que condujo al mismo presidente Comonfort a adherirse al llamado Plan de Tacubaya del que fue autor el general Félix Zuloaga, del grupo conservador, que implicó la suspensión de la nueva carta federal, que prácticamente no se había aplicado. Son muy conocidos los acontecimientos que llevaron a la renuncia del propio Comonfort a la presidencia, la cual recayó, de acuerdo con el artículo 79 de la propia Constitución, en el licenciado Benito Juárez, electo presidente de la Suprema Corte de Justicia y que marcó el inicio de una cruenta guerra civil de tres años, que terminó hasta 1861, con el triunfo de los liberales encabezados por el presidente Juárez, quien gobernó con facultades extraordinarias, no siempre en el marco del citado artículo 29 de la carta federal de 1857.

71. Debido a la grave situación del país, primero en virtud de la guerra civil, y que concluyó en 1861, y posteriormente con la invasión del ejército francés iniciada en 1862, la que impuso al emperador Maximiliano de Habsburgo, régimen imperial que terminó trágicamente en el Cerro de las Campanas de Querétaro en 1867, con el fusilamiento de Maximiliano y dos generales conservadores, y el restablecimiento definitivo de la república. Por su parte, el citado emperador, que no obstante haber sido convencido por los conservadores de venir al país bajo la protección francesa, tenía ideas liberales, expidió el 10 de abril de 1865, el llamado Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, que establecía los derechos individuales clásicos, cuyo artículo 77 contenía una disposición para regular los estados de excepción, sin intervención legislativa, ya que estableció “Solamente por decreto del Emperador y de los Comisarios Imperiales y cuando lo exija la conservación de la paz y del orden público, podrá suspenderse temporalmente el goce de alguna de estas garantías (derechos)”.

72. En virtud de la situación del país en esos años, en los que no fue posible aplicar la Constitución de 1857, desde sus inicios se produjeron situaciones excepcionales de graves trastornos, primero internos (fines de 1857 a 1861), y posteriormente por invasión extranjera (1862-1867), el presidente Juárez, que tuvo que realizar un gobierno itinerante y sin posibilidades reales de reunir al congreso, sino durante un breve periodo, por lo que le fue preciso utilizar en uso de faculta-

des extraordinarias, que en esos momentos eran necesarias y justificadas para defender el orden constitucional, pero que, como lo señaló certeramente nuestro gran constitucionalista Felipe Tena Ramírez, “a veces no alcanzaba a tener justificación dentro de lo prevenido por el artículo 29 de la Carta de 1857”. A este respecto se señala la ley de 25 de enero de 1862 expedida por el presidente Juárez, la que tuvo por objeto castigar los delitos contra la nación, el orden, la paz pública y la garantías individuales, sancionados casi todos esos delitos con pena de muerte y dejando su conocimiento a la autoridad militar, por lo que quedó sin aplicación la buena intención del Constituyente de prohibir la suspensión de “las garantías que aseguran la vida del hombre”.⁵⁷

73. En realidad, con la excepción de algunos breves periodos, el gobierno del presidente Juárez recurrió al uso de facultades extraordinarias no únicamente durante la guerra civil, sino al inicio de su nuevo periodo con la ley que expidió en Veracruz, puerto al que había trasladado su gobierno debido al acoso del ejército conservador, el 21 de enero de 1861, sobre el estado de guerra y de sitio, sin contar con facultades extraordinarias. No fue sino hasta el 7 de junio del mismo año, que el congreso le otorgó dichas facultades extraordinarias, que se prorrogaron varias veces, el 3 de mayo y 27 de octubre de 1862. Al triunfo de la república el 27 de octubre de 1867, el presidente Juárez dio por terminadas ante el congreso las facultades extraordinarias y la suspensión de derechos fundamentales, pero cinco meses más tarde, el 8 de mayo de 1868, solicitó nuevamente al congreso el uso de facultades extraordinarias, las que fueron renovadas por el mismo órgano legislativo el 17 de enero de 1870 y 2 de diciembre de 1871 (esta última vez debido a la rebelión del general Porfirio Díaz).

74. Pero fue en ese último periodo del presidente Juárez, quien falleció durante su encargo en 1872, cuando se inició una práctica que hizo costumbre, y que se apoyó indebidamente en el citado artículo 29 de la carta de 1857, de otorgar facultades extraordinarias por parte del congreso al Ejecutivo para legislar en materias que no tenían relación con el estado de excepción. Así, en el decreto del congreso ya mencionado del 9 de diciembre de 1871, se autorizó al Ejecutivo

⁵⁷ *Ibidem*, p. 131.

para poner en vigor provisionalmente los Códigos de Procedimientos Civiles y Criminales, cuyos proyectos había mandado formular dicho Ejecutivo, sin perjuicio de lo que el congreso tuviera a bien resolver cuando la experiencia aconsejara dictar las reformas que dichos códigos requirieran. Con posterioridad a la muerte del presidente Juárez, el presidente Sebastián Lerdo de Tejada que lo sustituyó, utilizó la autorización de delegación de facultades legislativas para promulgar el 13 de agosto de 1872 el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California.

75. Después de lo anterior, se produjo de manera abierta y ya no con el carácter de provisional, la delegación de facultades a favor del Ejecutivo. Así el 12 de mayo de 1875, el congreso, ya bicamaral desde el año anterior, autorizó al presidente Lerdo para promulgar el Código de Procedimientos Criminales, así como la reforma de la organización de los tribunales del Distrito Federal y expedir la ley reglamentaria correspondiente. Con las delegaciones de facultades legislativas se buscaba disfrazar la violación del artículo 29 constitucional, cuyos requisitos no se tomaban en cuenta, y también el artículo 50, que prohibía la confusión de poderes, como lo señaló Felipe Tena Ramírez.⁵⁸ Por su parte, el distinguido constitucionalista mexicano Jorge Carpizo considera con acierto que debido a esta práctica de ambos órganos del poder, surgió la costumbre que estima “viciosa e inconstitucional” de la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo fuera de los márgenes constitucionales.⁵⁹

76. Con la llegada al poder del General Porfirio Díaz, por medio de la llamada revolución de Tuxtepec, que no fue otra cosa que un nuevo pronunciamiento armado que obligó al destierro al presidente Sebastián Lerdo de Tejada, y que con el intermedio de la Presidencia del general Manuel González, incondicional del primero, logró el general Díaz perpetuarse en el poder en sucesivas reelecciones, hasta 1911 la revolución iniciada el año anterior lo obligó a abandonar el poder.

77. El congreso, sin reforma expresa de la Constitución federal, cedió paulatinamente facultades al jefe del Ejecutivo, hasta convertir-

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 131 y 132.

⁵⁹ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 10a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 198-200.

se en instrumento dócil y tolerante hacia el general Díaz, lo que transformó al titular del Ejecutivo en un verdadero “caudillo”. El caudillaje ha sido un sistema que con frecuencia han padecido los pueblos latinoamericanos, en los cuales, como lo señaló agudamente el constitucionalista mexicano Jorge F. Gaxiola, la necesidad de un Ejecutivo fuerte ha sido tradicional, porque en la mayoría de los países que integran Latinoamérica, el orden y la paz no han sido equilibrio viviente en el interior, sino presión ejercida desde fuera, por el poder incorporado al jefe del gobierno.⁶⁰

78. El aspecto más ostensible de la concentración de las facultades legislativas en el Ejecutivo, se manifestó por conducto de la delegación de dichas atribuciones realizada por el Congreso Federal fuera del periodo de emergencia, único que justificaba tal delegación en los términos del mencionado artículo 29 de la Constitución de 1857, sistema que se inició durante el gobierno del presidente Benito Juárez, como se señaló anteriormente (véase *supra* párrafos 74-75). Durante el largo gobierno del general Díaz, se evitaron las declaraciones de emergencia y la suspensión de derechos fundamentales, pero se hizo frecuente y casi normal el uso de la delegación de facultades legislativas, y de esta manera se expidió un número importante de ordenamientos de gran importancia, que eran ratificados posteriormente, por simple fórmula, por las cámaras del Congreso de la Unión, no obstante que dicha práctica implicaba la violación de los artículos 29 y 50 de la carta federal, como lo hemos señalado anteriormente (véase *supra* párrafo 75).

79. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia siguió el criterio del entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia, el ilustre Ignacio Luis Vallarta, en varias sentencias ya clásicas, como lo fallos dictados el 27 de septiembre de 1878, 23 de febrero de 1829 y 21 de enero de 1882, en los juicios de amparo solicitados por José María Villa, Guadalupe Quesada de Almonte y Guadalupe Calvillo, en los cuales se esgrimió, en esencia, el argumento de que el principio de la división de poderes establecido por el artículo 50 constitucional, por virtud del cual se prohibía la concentración de los tres poderes en los otros dos o en uno de ellos, debía entenderse en el

⁶⁰ Gaxiola, Jorge F., “La presidencia de la república”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 49, enero-marzo de 1963, p. 47.

sentido de que dicha fusión debía ser permanente, pero no podía aplicarse cuando se realizaba una delegación transitoria de facultades legislativas por el Congreso al Ejecutivo, para expedir ordenamientos específicos, reservándose el congreso la facultad de aprobar el uso que se había hecho de tal delegación.⁶¹

80. Por su parte, un sector importante de la doctrina de la época justificó esta delegación casi permanente de facultades legislativas, al considerar que por medio de ella se expidieron leyes y códigos cuyo estudio y elaboración serían complicados y su discusión difícil y tardía en las cámaras, pero además coincidía con la jurisprudencia de la Suprema Corte, en cuanto dicha delegación era transitoria, y además requería de la aprobación posterior del Congreso de la Unión.⁶²

81. La Constitución Federal vigente, promulgada el 5 de febrero de 1917, incorporó en su artículo 29 actual que no ha sido objeto sino de una sola reforma de detalle de 21 de abril de 1981 para sustituir la frase “consejo de ministros”, por la de “titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República”, reprodujo casi literalmente, con algunas adiciones, el texto transcrito anteriormente del artículo del mismo número de la carta federal de 1857 (véase *supra* párrafo 69). En efecto, dicho precepto establece:

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, solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación, pero deberá hacerlo por tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se

⁶¹ Cfr. Vallarta, Luis Ignacio, *Votos. Cuestiones constitucionales*, 2a. ed., México, Imprenta de J. J. Terrazas, 1894, pp. 93 y ss., 108 y ss.; Moreno Cora, Silvestre, *El juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, Tipografía y Litografía La Europea, 1902, pp. 1456-1457.

⁶² Cfr. Ruiz, Eduardo, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Tipografía de Aguilar e Hijos, 1902, pp. 189-190 (ed. facs., México, UNAM, 1978); Coronado, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicano*, 3a. ed., México, Librería de Ch. Bouret, 1906, pp. 129-131 (ed. facs., México, UNAM, 1977).

contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora el Congreso para que las acuerde.

82. Durante la vigencia de nuestra actual carta fundamental, sólo en una ocasión se decretó la suspensión de ciertos derechos fundamentales con el apoyo del citado artículo 29 constitucional, y lo fue en 1942, con motivo del estado de guerra de nuestro país con las potencias del “Eje” (Italia, Alemania y Japón), y que se levantó al terminar dicha conflagración mundial en 1945. En efecto, a solicitud del presidente de la república, el Congreso de la Unión expidió el decreto legislativo de primero de junio de 1942, por el cual autorizó la suspensión de varios derechos humanos consagrados constitucionalmente; señaló la duración del estado de emergencia (en tanto se mantuviera el estado de guerra, con posible prórroga de treinta días posteriores); confirió al Ejecutivo facultades para reglamentar dicha suspensión de derechos; para imponer en todos los ramos de la administración pública las modificaciones que fueren indispensables para la eficaz defensa del territorio nacional, de su soberanía, dignidad y para el mantenimiento de nuestras instituciones gubernamentales, así como para legislar en los distintos ramos de la administración pública. Con apoyo en esta autorización expidió el 13 de junio de 1942, la llamada Ley de Prevenciones Generales, que reglamentó las disposiciones legislativas del congreso.

83. Pero la cuestión importante en esta situación de emergencia, consistió en la expedición por el Ejecutivo Federal por delegación del congreso, de varias disposiciones legislativas, no obstante que algunas de ellas no estaban relacionadas con el estado de excepción, sino que se referían a cuestiones ajenas a la propia emergencia, de manera que existió una doble legislación durante ese periodo por lo que respecta a las materias que se podían calificar ordinarias, unas leyes expedidas por el Congreso de la Unión y otras por el Ejecutivo invocando delegación legislativa debido a la aplicación del artículo 29 de la carta federal. Aquí existió un debate tanto doctrinal como de la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de la delegación de facultades para legislar en materias que no estaban relacionadas con el esta-

do de excepción. En algunas sentencias, la Suprema Corte de Justicia consideró inconstitucional la expedición de disposiciones legislativas por parte del Ejecutivo con apoyo en la autorización del Congreso de la Unión, ya mencionada de 1o. de junio de 1942 con fundamento en el artículo 29 constitucional, cuando la ley impugnada no tenía relación con la emergencia (juicio de amparo solicitado por Fernando Coronado, resuelto el 6 de diciembre de 1944).⁶³

84. Lo cierto es que apoyado en la costumbre de muchos años de facultades delegadas por el congreso sin vinculación directa con la emergencia regulada por el artículo 29 de la carta federal, el Ejecutivo Federal, durante el lapso de excepción de 1942-1945, expidió varios ordenamientos que en realidad correspondían al Congreso de la Unión, el cual seguía funcionando normalmente puesto que no estaban vinculados con la emergencia. La doctrina señaló algunas de estas disposiciones legislativas que excedían la autorización del congreso de 1o. de junio de 1942, eran inconstitucionales.⁶⁴

85. El Congreso de la Unión en su decreto legislativo de 28 de septiembre de 1945, que levantó la suspensión de derechos autorizada en junio de 1942, realizó la ratificación de varios ordenamientos legislativos que expidió el Ejecutivo federal durante la emergencia, pero que debían subsistir por no estar vinculados con la emergencia, y dejó de ratificar las expedidas con vigencia limitada a dicho estado de excepción y aquellas otras en las cuales se hubiese declarado expresamente que tenían su apoyo en los derechos suspendidos durante este periodo.⁶⁵ Con esto, el congreso convalidó y otorgó permanencia a una delegación irregular, por decir lo menos, que utilizó indebidamente el Ejecutivo federal al invocar la autorización otorgada por el organismo legislativo con fundamento en el artículo 29 constitucional.

86. Lo cierto es que la costumbre de otorgar facultades legislativas extraordinarias al Ejecutivo por parte del congreso federal sin apoyo en el artículo 29 de dicha carta federal, que se consolidó durante la

⁶³ Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 54, pp. 144-145.

⁶⁴ Cfr. Velasco, Gustavo R., "El estado de sitio y el derecho administrativo" y Cueva, Mario de la, "La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, pp. 161-167 y 186-190, respectivamente.

⁶⁵ Cfr. Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 10, pp. 148-150.

vigencia de la Constitución de 1857 (véase *supra* párrafo 79), resurgió en las primeras décadas de vigencia de la Constitución de 1917, en las que se expidieron numerosos ordenamientos en aplicación de facultades delegadas en una época de normalidad.⁶⁶ Como ocurrió también durante el siglo XIX, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia aceptó la validez de esta costumbre derogatoria del actual artículo 49 de la carta federal, sobre la división de poderes, muy similar al 50 de la Constitución de 1857 (véase *supra* párrafo 79) adoptada por común acuerdo entre el congreso y el Ejecutivo, y que se extendió también a los gobiernos de las entidades federativas. Pero ahora los razonamientos del más alto tribunal fueron más alambicados que los de la Suprema Corte en la época de Ignacio Luis Vallarta.

87. En efecto, en la tesis jurisprudencial que aparece bajo el número 481 el apéndice al tomo XCVII del *Semanario Judicial de la Federación*, pero que proviene de los primeros fallos de la Suprema Corte bajo la vigencia de la Constitución actual, se refiere a la delegación por parte del congreso de facultades extraordinarias para legislar en beneficio del Ejecutivo federal, las que en opinión del más alto tribunal no significaba la reunión de dos poderes en uno, pues no pasan al último todas las atribuciones correspondientes al primero, ni tampoco significa una delegación general del Poder Legislativo al del Ejecutivo, sino más bien una cooperación o auxilio de un poder a otro.

88. En la tesis 482 del mismo apéndice, que no obstante referirse a un problema local, parte de un principio genérico, de acuerdo con el cual la corte sostuvo que de la delegación de facultades legislativas a favor el Ejecutivo, no violaba el principio de la división de poderes, ya que por su carácter excepcional, dicha delegación producía la consecuencia de que tanto la Legislatura al otorgarla, como el Ejecutivo al usar de ella, lo hicieran en la justa medida y con la conveniente precisión para no sobrepasar el margen de la excepción.⁶⁷

⁶⁶ Cfr. las principales leyes expedidas en uso de facultades delegadas, en la obra de Palacios Vargas, Ramón J., *Las facultades extraordinarias al Ejecutivo*, Puebla, 1965, pp. 59-61.

⁶⁷ Inexplicablemente figuraban estas tesis en el citado apéndice al tomo XCVII, publicado en 1948, cuando la reforma constitucional de diez años antes había dejado sin sustento este criterio, y con menor justificación aún se consignaron esas mismas tesis en el diverso apéndice jurisprudencial publicado en 1955, con los números 477 y 478, pero con mejor criterio se omitieron a partir del apéndice que apareció en 1965.

89. Esta jurisprudencia, sustentada por la Suprema Corte, no recibió la aprobación de la doctrina, como había ocurrido durante el régimen del general Díaz, ya que el tratadista Aurelio Campillo concluyó categóricamente en esa época que “revestir al presidente para que en tiempos normales se transforme en legislador, es algo que está fuera de la filosofía política de la doctrina y de nuestra Constitución, que lo prohíbe terminantemente”.⁶⁸

90. Pero ocurrió un fenómeno curioso que difícilmente se ha presentado en otro ordenamiento constitucional y que consiste en la derogación de la costumbre derogatoria a que nos hemos referido por medio de una adición expresa al texto constitucional, calificada certamente por el ilustre jurisconsulto mexicano Antonio Martínez Báez como “derogación por ley escrita de una costumbre había derogado una ley escrita”.⁶⁹

91. Nos referimos al agregado que se hizo al propio artículo 49 de la carta fundamental, por decreto legislativo publicado el 12 de agosto de 1938, que añadió al texto ya bastante explícito de este precepto fundamental, la siguiente frase: “En ningún otro caso (la suspensión de derechos del artículo 29 constitucional) se otorgarán al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar.” Con esta adición se suprimió de manera tajante cualquier posible delegación de facultades legislativas al Ejecutivo en situaciones normales (aún cuando se calificaron indebidamente como “facultades extraordinarias”), sin embargo, por una de estas paradojas que abundan en la vida política de nuestro país, cuando la complicación de la vida moderna exigía entonces una mayor intervención del Ejecutivo federal en atribuciones legislativas, las mismas fueron prohibidas expresamente, ya que como lo expresó con gran agudeza el mismo constitucionalista Antonio Martínez Báez, apenas aprobada dicha adición al artículo 49 de la carta federal por iniciativa del presidente general Lázaro Cárdenas, el mismo titular del Poder Ejecutivo sintió nostalgia por estas facultades legislativas delegadas que había cercenado, así lo creía, para siempre.⁷⁰

⁶⁸ Cfr. Campillo, Aurelio, *Tratado elemental de derecho constitucional mexicano. Compilación de los estudios de reputados publicistas*, Jalapa, Tipografía La Económica, 1928, pp. 19-23.

⁶⁹ Martínez Báez, Antonio, “Concepto general del estado de sitio”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, cit., nota 64, p. 108.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 109-111.

92. Pero debido a las transformaciones económicas hacia la industrialización que experimentaba nuestro país en los años cincuenta, nuevamente se modificó el mencionado artículo 49 constitucional, cuya parte final quedó redactado de la siguiente forma: “En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar”. En esta última redacción se incurre nuevamente en el error de calificar la delegación de atribuciones legislativas en determinadas materias como “facultades extraordinarias”, cuando en realidad no lo son.⁷¹

93. Ese segundo párrafo del citado artículo 131 constitucional fue introducido en el mismo decreto de 28 de marzo de 1951, y establece la delegación de facultades legislativas ordinarias del Congreso de la Unión en beneficio del Ejecutivo en varias materias económicas, cuando el propio Ejecutivo lo estimara urgente para regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional y de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país. También se dispuso que el propio Ejecutivo al enviar al congreso el presupuesto fiscal de cada año, debía someter a su aprobación el uso que se hubiere hecho de la facultad concedida. Este precepto fue desarrollado por la denominada “Ley Reglamentaria del párrafo segundo del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, promulgada el 2 de enero del propio año.

94. No nos detendremos en el uso de facultades delegadas establecidas por el citado artículo 131 constitucional, segundo párrafo, debido a que la situación se ha modificado tanto por la apertura económica realizada en los años ochenta, tanto por la pérdida de la mayoría absoluta de los representantes del partido oficial, es decir el Revolucionario Institucional, a partir de 1994, en las cámaras legislativas, como por la pluralidad política que se acentuó con las reformas electorales de 1996. Lo cierto es que nuestra carta fundamental no

⁷¹ El texto actual del citado artículo 49 de la carta federal dispone: “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más 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 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”.

consagra, salvo los supuestos del precepto antes mencionado, delegación de facultades legislativas ordinarias en beneficio del Ejecutivo.⁷²

95. Un aspecto importante en cuanto a las situaciones de excepción reguladas por el artículo 29 de la carta federal, se refiere a la procedencia del instrumento procesal tutelar de los derechos fundamentales en el ordenamiento mexicano, es decir del juicio de amparo, con la aclaración ya conocida de que dicho mecanismo procesal no protege únicamente los derechos humanos consagrados constitucionalmente, sino que también es el medio de impugnación de última instancia de todas las resoluciones judiciales, de todos los jueces y tribunales, locales y federales, y además comprende la impugnación de las disposiciones legislativas que se consideran inconstitucionales. Es decir, nuestra máxima institución procesal contiene cinco procesos, algunos de ellos como control de la legalidad ordinaria, y sólo algunos pueden considerarse como control de la constitucionalidad. En resumen, podemos afirmar que el juicio de amparo comprende: a) En primer término la tutela de la libertad y de la integridad personales, por medio de un procedimiento concentrado similar al hábeas corpus, y por esto se ha calificado como amparo de la libertad o amparo-hábeas corpus; b) También abarca, como hemos dicho, la impugnación de las leyes inconstitucionales, en el sector denominado amparo contra leyes; c) Un tercer proceso, numéricamente el más importante, que se identifica en lo esencial con el recurso de casación, por constituir un recurso extraordinario de nulidad, y por eso se le ha denominado amparo judicial o amparo-casación; d) En algunos supuestos en los cuales los actos o las resoluciones administrativas no pueden combatirse ante los tribunales de lo contencioso administrativo, tanto de carácter federal (Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa), o en el Distrito Federal y numerosos estados, se pueden impugnar de manera inmediata por medio del juicio de amparo, y a este sector se le ha dado el nombre de amparo-contencioso administrativo, sector en el cual, cuando se afecten directamente derechos

⁷² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núms. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 42-44 y 52-56; estudio actualizado con "Algunas reflexiones sobre el principio de división de poderes en la Constitución mexicana", *Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1987, t. II, pp. 631-632 y 638-640.

fundamentales, quedaría comprendido el amparo en sentido estricto contra actos; y el llamado amparo social agrario, cuando es interpuesto por los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria (ejidatarios, comuneros y los respectivos núcleos de población).⁷³

96. De todos estos procesos, sólo los que se refieren a la impugnación directa de la inconstitucionalidad de actos, resoluciones o normas generales, es decir, los sectores del amparo-hábeas corpus; el amparo administrativo cuando se impugnan actos o resoluciones que afectan directamente normas fundamentales, y el amparo contra leyes, pueden considerarse como protectores de los derechos fundamentales, tanto de los consagrados en nuestra carta federal como en los tratados de derechos humanos ratificados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado en los términos del artículo 133 constitucional, los que se van incorporando a nuestro derecho interno, en tanto que los otros procesos deben considerarse como medios de impugnación de último grado ante los tribunales federales, y por esto deben estimarse como un control de legalidad ordinaria. Ambos aspectos, tanto el control de constitucionalidad como el de legalidad, fueron separados en cuanto a la competencia para conocerlos, por las reformas constitucionales de 1988 y 1995, correspondiendo el primero en último grado ante la Suprema Corte de Justicia, y el otro sector a los Tribunales Colegiados de Circuito.⁷⁴

97. La citada Ley de Prevenciones Generales del 13 de junio de 1942 (véase *supra* párrafo 82), disponía en su artículo 18 la improcedencia del juicio de amparo ante los tribunales federales del juicio de amparo, cuando en él se reclamara alguna disposición de las leyes de emergencia o de los actos derivados de la misma. Sin embargo, como lo señalamos anteriormente (véase *supra* párrafo 83), la Suprema Corte estableció que se podían impugnar las disposiciones legislativas y los actos respectivos, aun cuando las mismas hubiesen sido expedidas por el Ejecutivo federal en uso de facultades delegadas por el Ejecutivo federal con apoyo en las autorizaciones otorgadas por el Congreso de la Unión en su ley del primero de junio de 1942,

⁷³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 18-41.

⁷⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos", varios autores, *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, pp. 253-301, reproducido en *op. cit.*, nota anterior, pp. 619-666.

cuando no tuviesen una relación directa con alguno de los derechos suspendidos con motivo del estado de emergencia, y por esto era preciso examinar la conformidad de las citadas disposiciones legislativas y los actos de aplicación con el propio artículo 29 constitucional.⁷⁵ La doctrina de esa época llegó a una conclusión similar, ya que el conocido jurista mexicano José Campillo Sáinz señaló en esa época que la prohibición del juicio de amparo por el artículo 18 antes mencionado de la Ley de Prevenciones Generales sólo podía interpretarse en el sentido de que únicamente era inadmisibles el propio amparo en relación con los derechos suspendidos de manera expresa, pero no respecto de los restantes, y además tampoco debía admitirse la improcedencia del amparo contra la indebida aplicación de las disposiciones de emergencia.⁷⁶

98. Como lo hemos señalado, la única ocasión en que se invocó expresamente el estado de excepción en la realidad constitucional mexicana, con apoyo en el artículo 29 de la carta federal, es decir, durante 1942 a 1945, con motivo del estado de guerra del Estado mexicano contra Alemania, Italia y Japón durante la Segunda Guerra Mundial, ya que en algunas situaciones de conflicto interior, que si bien fueron de trascendencia no podemos calificarlas como de grave peligro o conflicto, como el movimiento de 1968, en el cual tuvieron participación los estudiantes de nivel medio y superior, y durante la represión de algunos movimientos guerrilleros de los años setenta, no obstante lo cual, de hecho se restringieron algunos derechos y se infringieron varios de ellos, sin fundamento, en una declaración expresa de emergencia.

99. Podemos concluir del examen anterior, que si bien el citado artículo 29 constitucional no establece criterios muy precisos sobre los derechos que pueden suspenderse durante los estados de excepción, la ocasión en que sirvió de fundamento para una declaración expresa de emergencia, no se incurrieron en los excesos de los gobiernos autoritarios de suspender no sólo algunos derechos sino la vigencia de la Constitución misma, e inclusive la disolución del órgano legislati-

⁷⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Comentario al artículo 29 constitucional", en varios autores, *op. cit.*, nota 55, pp. 593-606.

⁷⁶ Campillo Sáinz, José, "El juicio de amparo y la legislación de emergencia", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núms. 21-22, enero-junio de 1944, pp. 23-42, y esp. pp. 37-42.

vo, ya que el país siguió funcionando normalmente salvo algunas restricciones. Pero en nuestro concepto, ha cambiado la regulación de los estados de excepción en el ordenamiento mexicano, en cuanto el presidente de la república ratificó y el Senado federal aprobó varios convenios internacionales de derechos humanos, y especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que fue publicada el 7 de mayo de 1981 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicada el 20 de mayo,⁷⁷ por lo que nuestro ordenamiento ha incorporado entre otros, dentro de su ordenamiento interno, los artículos 27 del primero y 4º del segundo, que como hemos visto anteriormente (véase *supra* párrafos 57 y 47, respectivamente), regulan con mayor precisión que nuestro precepto constitucional las situaciones de emergencia, y por esto en una futura declaración de Estado de excepción además de los lineamientos del artículo 29, deben seguirse los de los preceptos internacionales mencionados, que son disposiciones internas de fuente internacional, así como su adecuación con algunas obligaciones que las citadas convenciones en relación con algunos organismos internacionales.

100. En esta dirección, aun cuando en el citado artículo 29 constitucional omite señalar los derechos no suspendibles, a partir de la ratificación de los instrumentos internacionales mencionados, no pueden afectarse aquellos que enumeran los citados artículos 40. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 27 de la Convención Americana, sumados en su conjunto. Además ya no puede prohibirse la procedencia del juicio de amparo en su esfera tutelar de los derechos fundamentales, ya que es el único instrumento que puede utilizarse para proteger dichos derechos no suspendibles, pero además con el objeto de que los tribunales federales puedan examinar si las disposiciones de emergencia y su aplicación cumplen tanto el citado artículo 29 constitucional, los preceptos de fuente internacional y los principios señalados por los organismos internacionales de legalidad, proclamación, notificación, temporalidad, de amenaza excepcional, proporcionalidad, no discriminación, así como de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas de derecho internacional, estos últimos establecidos en algunos docu-

⁷⁷ Cfr. Varios autores, *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, UNAM, 1981.

mentos aprobados por Naciones Unidas (véase *supra* párrafos 50-53). Además, también debe acatarse la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus opiniones consultivas octava y novena señaladas anteriormente (véase *supra* párrafos 61-62), con mayor razón en cuanto el gobierno mexicano se sometió expresamente a la competencia contenciosa o jurisdiccional de la propia Corte Interamericana a partir del 16 de diciembre de 1998.⁷⁸

VI. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y TERRORISMO INTERNACIONAL

101. De manera marginal, ya que el tema de gran actualidad del terrorismo internacional y sus efectos sobre los ordenamientos constitucionales internos y respecto del derecho internacional requeriría de un estudio monográfico que no estamos en posibilidad de realizar en esa oportunidad, debemos señalar algunas breves reflexiones sobre la influencia que dicho fenómeno ha tenido sobre la regulación de los estados de excepción, que es la materia de esta superficial investigación.

102. No existe duda que a partir de los acontecimientos impresionantes del 11 de septiembre de 2001, que tanto impacto tuvieron en los Estados Unidos de América (cuyo territorio continental nunca había sufrido un atentado de esta naturaleza), pero también en todo el mundo, se iniciaron una serie de transformaciones jurídicas tanto en dicho país como en varios otros, con el objeto de luchar contra el terrorismo de carácter internacional, que no ha podido ser detenido, si tomamos en consideración el reciente y terrible atentado que se produjo en Madrid el 11 de marzo de 2004. A nivel internacional también se han iniciado estudios y declaraciones en el seno de las Naciones Unidas sobre esta situación que tanto preocupa a la comunidad internacional de nuestra época, y como un ejemplo podemos señalar la resolución 1373 adoptada por el Consejo de Seguridad el 28 de septiembre de 2001 (con motivo de los aterradoros atentados en Nueva York pocos días antes) que creó un Comité contra el Terrorismo,

⁷⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

que tiene como funciones el examen, a intervalos regulares, de los esfuerzos y de las prácticas de cada país sobre la materia.

103. De acuerdo con las agudas reflexiones del notable jurista francés Jacques Robert, no existe un solo tipo de terrorismo sino diversas modalidades que deben abordarse con medidas apropiadas, las que no pueden ser generalizadas, pero reconoce que la regulación jurídica contra el terrorismo que se ha incrementado en los últimos años, como no podría ser de otra manera, pero los instrumentos que se han establecido pueden tener consecuencias desfavorables (el autor las califica de maléficas), ya que se puede caer en una especie de vértigo de seguridad, que puede producir un exceso en las medidas que se introduzcan, que pueden llevar de legislaciones de excepción a otras regulaciones de excepción, que pueden menoscabar los principios esenciales sobre los cuales se apoyan los regímenes democráticos.⁷⁹

104. Señala el mismo profesor Robert la proliferación de disposiciones legales especiales que se han expedido recientemente para combatir el terrorismo interno e internacional, y entre esas medidas señala la vigilancia prolongada de sospechosos (Alemania, Gran Bretaña, Italia y España); la aplicación de las sanciones máximas establecidas por la legislación penal (España); procesos centralizados (España); tribunal único que reemplaza a los jueces ordinarios (Gran Bretaña); y disminución de las penas para los arrepentidos (Alemania, Italia, Gran Bretaña y Francia), entre otras. Considera certeramente el autor que se ha pasado casi de manera insensible de la represión a la prevención, pero es preciso analizar con cuidado las causas profundas del nuevo terrorismo que trasciende las fronteras y los continentes, y realizar un examen de conciencia.⁸⁰

105. Por otra parte, también debemos tomar en consideración el reciente y profundo análisis realizado por el distinguido constitucionalista italiano Giuseppe de Vergottini sobre las repercusiones que han tenido el terrorismo internacional sobre el concepto de guerra (que es uno de los aspectos más graves en la regulación de los estados de excepción y que ha alterado varios de los principios y lineamientos de dichos estados de excepción que se han elaborado tam-

⁷⁹ Robert, Jacques, "Le terrorismo et le droit", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 7, 2003, pp. 361-372.

⁸⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 464-469.

bién a nivel internacional, véase *supra* párrafos 45 y ss.). Como lo señala el autor, los acontecimientos ocurridos el 11 de septiembre de 2001 han tenido el efecto de que tanto los Estados Unidos de América como los Estados de la Alianza Atlántica (pertenecientes a la OTAN), de que el valor de la seguridad coincida con el de supervivencia, y este último termina por prevalecer de manera evidente sobre el valor de la paz, y además ha tenido repercusiones sobre las modificaciones legislativas que se han adoptado en varios de los ordenamientos europeos, que alteran el funcionamiento normal de los gobiernos y de los organismos legislativos, respecto de los cuales existe una perspectiva muy incierta y arriesgada, en la cual resulta problemático obtener un acuerdo sobre las exigencias obvias de la supervivencia frente a los golpes terroristas y la exigencia también esencial de los ciudadanos de conocer y compartir tan graves decisiones. Además, estas modificaciones legislativas implican restricciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos, como ocurre en los estados de guerra, y que pueden afectar inclusive a la concepción misma de la democracia liberal.⁸¹

106. El caso más extremo de estas transformaciones se ha producido en la legislación de los Estados Unidos de América, como señalamos anteriormente (véase *supra* párrafos 5 y ss.), ya que ha sido el país más afectado por el terrorismo internacional, por lo que resultaba comprensible que con motivo de la alarma y de la angustia generalizadas en la población estadounidense producidas inicialmente por los tantas veces citados atentados del 11 de septiembre de 2001, se hubiesen expedido normas legislativas y realizado prácticas que pueden considerarse excesivas y que pudieron haberse atemperado posteriormente en un periodo menos apremiante, pero no sólo se han mantenido las disposiciones drásticas de la *Patriotic Act* de 2001, sino que se han incrementado las medidas de seguridad y entre otros ejemplos podemos citar las detenciones prolongadas sin garantías judiciales para los sospechosos de posibles actos terroristas en los Estados Unidos de América, así como la situación jurídica indefinida en que se encuentran los detenidos como resultado del conflicto bélico

⁸¹ De Vergottini, Giuseppe, “Nuevos aspectos de la guerra y relaciones entre el parlamento y el gobierno”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 6, 2002, pp. 549-565.

en Afganistán, confinados en la base naval estadounidense en Guantánamo, Cuba.⁸² Además, el gobierno de ese país ha realizado intervenciones militares, que han sido aprobadas por algunos otros gobiernos que han colaborado con ellas, pero también han encontrado la oposición de algunos otros. Nos referimos a los estados de guerra contra los gobiernos de Afganistán y de Irak, por conducto de una nueva práctica sobre la llamada guerra preventiva que altera los principios que habían establecido la comunidad internacional y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la legítima defensa como causa justificativa de las operaciones militares, y particularmente el principio general de la proscripción de la guerra unilateral como instrumento para solucionar los conflictos internacionales.⁸³

107. Como puede observarse, la doctrina constitucional e internacional más reciente demuestra su preocupación por los cambios recientes en la legislación y en la práctica que pretenden combatir al terrorismo internacional, ya que se han efectuado alteraciones sobre la regulación de los estados de excepción, tanto por lo que respecta a los órganos facultados para expedir las normas respectivas, como por sus efectos, que en lugar de ser temporales pueden alargarse indefinidamente, debido a que este fenómeno parece prolongarse también en forma indeterminada. Lo más inquietante es la afectación de los derechos fundamentales tanto en el ámbito interno como en el internacional por la expedición de las legislaciones antiterroristas y su aplicación, ya que de acuerdo con los principios y lineamientos que se habían alcanzado en la regulación de los estados de excepción que se han estudiado en este modesto trabajo, se había logrado un equilibrio muy aceptable entre las declaraciones y práctica de los estados de excepción para hacer frente a situaciones de grave peligro o con-

⁸² Cfr. Benavides, Luis, "El estatus jurídico internacional de los prisioneros detenidos por Estados Unidos de América en Guantánamo, Cuba, a raíz del conflicto en Afganistán", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. III, 2003, pp. 67-91.

⁸³ Cfr. Acosta Estévez, José B., "El derecho internacional ante el fenómeno bélico: la prevención y atenuación de los conflictos armados"; Byers, Michel, "International Law and the Angry Superpower" y Gros Espiell, Héctor, "La prevención de conflictos bélicos en el derecho internacional actual, las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano", *op. cit.*, nota anterior, pp. 11-65, 93-106 y 175-194; Sagiús, María Sofía, "Justicia para el terrorismo. El actual desafío de la Suprema Corte de Estados Unidos de América", *Debates de Actualidad*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, núm. 192, noviembre de 2003-marzo de 2004, pp. 19-31.

flicto, respecto de la protección de los derechos humanos, que sólo deben ser afectados en la medida necesaria para superar las situaciones de emergencia, y que pueden verse nuevamente amenazados por los acontecimientos de los últimos años.

VII. CONCLUSIONES

108. *Primera.* La cuestión relativa a los estados de excepción posee un largo desarrollo de carácter histórico, ya que desde la antigüedad existieron conflictos internos y externos que ponían en peligro a la comunidad política, y por esto fue necesario crear instrumentos para hacer frente a esta situación por un periodo determinado, y así surgió la dictadura comisarial romana durante la época republicana y que consistía en la designación de un funcionario por uno de los cónsules, a petición del Senado por un lapso de seis meses con atribuciones para hacer frente la emergencia, pero el mandato debía concluirse, inclusive antes de su término, cuando se volvía a la normalidad, aun cuando también en esa época se excedió la etapa temporal, para transformarse en tiranía, como ocurrió con Sila y con César. Esta experiencia se reiteró constantemente tanto durante la Edad Media y en las monarquías absolutistas de Europa Continental a partir del Renacimiento.

109. *Segunda.* Con el surgimiento del constitucionalismo clásico, que se inicia con la lucha de independencia en los Estados Unidos de América y la revolución francesa en el Continente Europeo se modificaron sustancialmente los procedimientos del antiguo régimen, por lo que comenzó una nueva etapa con el establecimiento del orden público constitucional que se caracterizaba por ser esencialmente represivo frente a las prácticas preventivas anteriores; legal en lugar de arbitrario, y finalmente efectivo respecto de la ineficacia frecuente del régimen autoritario anterior. Por esto, en los primeros textos fundamentales modernos se introdujeron los principios de las facultades de emergencia, así fueran escuetas, con lo cual principió la constitucionalización de las declaraciones de los estados de excepción, que posteriormente se desarrollaron en la legislación para hacer frente a las insurrecciones internas y las amenazas del exterior.

110. *Tercera.* Debido a los excesos que se habían realizado durante la revolución francesa, especialmente en su última etapa jacobina, durante la cual no se aplicaron las disposiciones constitucionales y legislativas sobre los estados de excepción, las Constituciones expedidas en las últimas décadas del siglo XIX incorporaron en los textos fundamentales la intervención obligatoria del órgano legislativo para autorizar y fiscalizar las declaraciones de excepción o de emergencia que debía aplicar el Ejecutivo, el cual disponía de la fuerza pública, incluyendo el ejército, y en casos extremos, el mismo parlamento podía declarar el estado de sitio, en el cual las autoridades civiles eran sustituidas por las militares.

111. *Cuarta.* En cuanto a la regulación jurídica de los estados de excepción en Latinoamérica, podemos afirmar que se ha traducido en una trágica experiencia en nuestra región en la que han predominado no sólo durante el siglo XIX, que fue muy prolífico en cuanto a la existencia de caudillos, especialmente militares, gobiernos de *facto* y regímenes autoritarios, sino también en el siglo XX, ya que todavía en las décadas de los setenta y los ochenta del siglo anterior predominaron las dictaduras castrenses que utilizaron con frecuencia las declaraciones de emergencia para suspender no sólo los derechos fundamentales básicos, sino también para suprimir o modificar las disposiciones de las Constituciones respectivas. La doctrina ha sostenido que existen dos sectores de aplicación de los estados de emergencia o de excepción, que también han calificado como suspensión de garantías, estado de sitio, medidas prontas de seguridad, entre otras denominaciones; una que puede considerarse patológica (que desafortunadamente ha sido la más utilizada, especialmente por las dictaduras castrenses), puesto que su propósito no ha sido la conservación del régimen democrático en estas situaciones excepcionales, en particular respecto de graves conflictos internos, sino que tuvieron el objeto totalmente contrario, es decir, la destrucción del orden constitucional, el que se sustituyó por legislación violatoria de los principios y valores fundamentales, expedida directamente por el Ejecutivo.

112. *Quinta.* El otro sector que es el que se ha vigorizado en los últimos años, con la vuelta al régimen democrático de numerosos países que habían sufrido los gobiernos autoritarios, se caracteriza por que las situaciones de emergencia o de excepción se han establecido

de acuerdo con los procedimientos prescritos por los ordenamientos constitucionales, precisamente con el objeto de preservar el ordenamiento constitucional democrático. Este último aspecto es el que se ha denominado gráficamente por la doctrina como dictadura constitucional. Si pasamos revista a la regulación de los estados de emergencia en los ordenamientos de Latinoamérica, se puede observar una gran diversidad, en primer lugar en cuanto a las denominaciones utilizadas, los motivos que pueden fundamentar su declaración, el procedimiento y las formas que se adopten; las autoridades que pueden decretarlas y aplicarlas, es decir, el Ejecutivo, el Legislativo y la posible participación de jueces y tribunales; pero con independencia de toda esta variedad, desde los años sesenta se observa una tendencia hacia la judicialización de las declaraciones y de la aplicación de los estados de excepción, iniciada por la Corte Suprema de argentina en esos años, y que se ha consolidado lentamente, y por ello en las cartas y reformas más recientes se advierte el establecimiento de facultades a los organismos jurisdiccionales para calificar tanto la procedencia como el alcance de las declaraciones de emergencia, que deben ser proporcionales a las situaciones de excepción, así como la constitucionalidad y legalidad de su aplicación concreta.

113. *Sexta.* Pero estas grandes diferencias entre los ordenamientos de Latinoamérica han experimentado una cierta armonización debido a la creciente influencia y aplicación del derecho internacional, en el cual se han establecido principios, declaraciones y normas para regular los estados de excepción. En efecto, una gran mayoría de los países de nuestra región han aprobado e incorporado en sus ordenamientos internos, en los cuales adquieren crecientemente una jerarquía superior, varios pactos y convenciones que establecen lineamientos sobre los estados de excepción. En esta dirección podemos destacar que la mayoría, por no decir, la totalidad, de los países de Latinoamérica han suscrito el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966, y algunos también su Protocolo Potestativo sobre el sometimiento a las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos de las propias Naciones Unidas (lo que ha hecho también nuestro gobierno recientemente), y por esto les resulta aplicable el artículo 4o. de dicho pacto que regula los estados de excepción y lo mismo puede decirse de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, en 1969, cuyo artículo 27 establece los lineamientos de los estados de emergencia, a lo que deben agregarse las normas establecidas por los Convenios de La Haya y el Protocolo de 1954, y los de Ginebra de 1864 y 1925 sobre el derecho internacional humanitario, que es aquel que se aplica durante los conflictos tanto internacionales como internos.

114. *Séptima.* Es muy amplio el acervo de normas, principios y valores del derecho internacional que deben aplicar los gobiernos latinoamericanos en su ámbito interno, debido a que en su gran parte han sido incorporados a su legislación nacional, y por esto debe considerarse como derecho interno de fuente internacional, los que han modificado y armonizado sus ordenamientos en el campo de los estados de excepción, a los que deben agregarse los estudios realizados por Naciones Unidas en esta materia, especialmente las relatorías realizadas por los expertos de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías (ahora de Promoción y Protección de los Derechos Humanos) Nicole Questiaux, presentado en 1982, y de Leandro Despouy, concluido en 1998, documentos en los que se analizan con minuciosidad los principios básicos de los estados de emergencia de acuerdo con el derecho internacional. Además, deben tomarse en cuenta las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, octava y novena, pronunciadas el 30 de enero y 6 de octubre de 1987, respectivamente, que interpretaron las normas del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que en los estados de excepción no pueden suspenderse los recursos de hábeas corpus y de amparo, así como los principios básicos del debido proceso, ya que son los instrumentos idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos fundamentales que el mismo precepto de la convención considera como no suspendibles durante dichos estados de emergencia.

115. *Octava.* Debido a todo lo anterior, es preciso profundizar en esta materia, debido a que no es suficiente analizar las disposiciones constitucionales y legales de los ordenamientos constitucionales y legales vigentes actualmente en Latinoamérica, sino que también es preciso coordinarlos con el derecho internacional contemporáneo,

que ha modificado y armonizado dichos preceptos nacionales, ya que sin el conocimiento de las normas, principios y valores internacionales, muchos de los cuales han sido incorporados al ámbito interno, no es posible conocer con precisión los instrumentos jurídicos de los estados de excepción, que son esenciales para la preservación del orden constitucional democrático, y que asumen un carácter fundamental para evitar la trágica experiencia de nuestra región, cuando dichos estados de emergencia se han utilizado para menoscabar o inclusive destruir dicho orden constitucional.

116. *Novena.* Muy brevemente puede afirmarse que el terrorismo que se ha incrementado en los últimos años, y que adquirido categoría internacional particularmente con motivo de los terribles atentados en las Torres Gemelas de la ciudad de Nueva York el 11 de septiembre de 2001, ha tenido repercusiones en la legislación y la práctica, tanto nacional como internacional de los estados de excepción, por conducto de una legislación antiterrorista que ha producido modificaciones y cambios en ambas esferas, los que pueden afectar el delicado equilibrio que se había alcanzado en la regulación de los estados de excepción, en cuanto que se corre el peligro que cada vez se hace más evidente, de que las medidas antiterroristas menoscaben los derechos fundamentales de los ciudadanos, e inclusive los de los países, ya que se han alterado las reglas internacionales sobre los conflictos bélicos al introducirse la nueva práctica de la guerra preventiva de legítima defensa, que cambia las reglas anteriores de las Naciones Unidas sobre el uso legítimo de la fuerza internacional, y además, en el ámbito interno, se han enmendado algunas normas y prácticas sobre los estados de excepción e inclusive las relaciones entre los órganos constitucionales que deben dictarlas y aplicarlas, por lo que puede afirmarse que el terrorismo ha tenido una influencia perversa que es necesario analizar para corregir en lo posible, los efectos doblemente negativos que ha producido, y que tienden a incrementarse.