

El régimen de excepción salvadoreño: una visión extrema del derecho penal del enemigo

The Salvadoran regime of exception: an extreme vision of the enemy criminal law

Jaime Cárdenas-Gracia



<https://orcid.org/0000-0001-7566-2429>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: jaicardenas@aol.com

Recepción: 30 de abril de 2024 | **Aceptación:** 7 de agosto de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19110>

Resumen: En este ensayo hacemos un estudio crítico de los decretos de excepción aprobados en la República de El Salvador desde 2022. Consideramos que estos decretos son una respuesta antijurídica para combatir la criminalidad en una nación; son contrarios a la concepción del Estado constitucional; rompen todos los parámetros de la convencionalidad, y estimamos que pueden ser calificados como derecho penal del enemigo. Uno de los graves problemas del ejemplo salvadoreño consiste en que algunos gobiernos de la región podrían tener la tentación de importarlo a sus naciones, con consecuencias nefastas para la democracia y Estado constitucional.

Palabras clave: estado de excepción; decretos de excepción; derecho penal del enemigo; El Salvador.

Abstract: In this essay we develop a critical study of the emergency decrees approved in the Republic of El Salvador since 2022. We consider that these decrees are an unconstitutional response to combat crime in a nation; they are also contrary to the conception of a constitutional State; they break all the parameters of conventionality, and finally we estimate that they can be classified as enemy criminal law. One of the serious problems of the Salvadoran example is that some governments in the region could be tempted to import it into their nations with disastrous consequences for both democracy and constitutional State.

Keywords: exception status; emergency decrees; enemy criminal law; El Salvador.

Sumario: I. Introducción. II. Marco teórico para la comprensión del régimen de excepción. III. Una panorámica al régimen de excepción en El Salvador. IV. El régimen de excepción en El Salvador, los estándares internacionales de derechos humanos y el derecho penal del enemigo. V. El régimen de excepción de El Salvador como derecho penal del enemigo. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. Introducción

En diciembre de 2023 Nayib Bukele renunció a la presidencia de El Salvador, seis meses antes de concluir su mandato. Sin embargo, esto fue una estrategia jurídica, una simulación, para superar la prohibición constitucional de la reelección inmediata. En 2021 la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador había determinado que el presidente podía optar por la reelección sucesiva si no ejercía el cargo seis meses antes de concluir su mandato. Bukele, con fundamento en esa decisión, se separó del cargo y participó en los comicios, que ganó el 4 de febrero de 2024 con más del 80 % de la votación. Sus políticas de seguridad gozan de un respaldo superior al 90 % de los ciudadanos encuestados. La popularidad del gobierno de Bukele se ha basado en la imposición de un régimen de excepción que se renueva desde marzo de 2022, mes con mes, y que ha reducido drásticamente la criminalidad en ese país mediante la detención y procesamiento masivo de personas integrantes de pandillas. En este ensayo damos cuenta de esos hechos y variables, porque consideremos que el “modelo Bukele” puede ser exportado a otras naciones de la región, como es el caso de Ecuador, aunque este sea contrario a los derechos humanos y a los principios democráticos de un derecho penal mínimo.

¿Qué es un régimen de excepción? El régimen de excepción se produce en tiempos distintos a los ordinarios; en esa época los días son aciagos, y todos los ámbitos o esferas de vida, incluyendo la jurídica, se trastocan. Podríamos hablar *grosso modo* de tres tiempos en relación con el derecho: el tiempo de guerra, cuando se declara la guerra a una potencia extranjera; el tiempo de paz, que es la época ordinaria en la que el Estado nación no hace la guerra y puede desplegar sus instituciones y ordenamiento jurídico para atender las situacio-

nes de vida comunes; y la fase denominada estado o régimen de excepción, que en uno de sus extremos puede coincidir con el de la guerra, aunque también puede no dar lugar a ella. El estado de excepción se presenta cuando la sociedad o el Estado, o ambos, viven una profunda crisis, debido a razones de muchos tipos: económicas, medioambientales, sanitarias, de convulsión social o política, de invasión extranjera, de conflicto entre poderes o entre niveles de gobierno (Cárdenas Gracia, 2021).

También podemos afirmar que en cada una de las tres etapas (guerra, paz o estado de excepción) el derecho es diverso y distinto. Debe señalarse que el derecho —constitucional y democrático— sólo es posible a cabalidad en un estado de paz; en los estados de guerra o de excepción, sufre alteraciones muy profundas, hasta poner en duda la existencia de algunos derechos, como ocurrió sobre todo en el mundo previo a la Segunda Guerra Mundial. Si en esos periodos había un auténtico derecho era porque el derecho válido del tiempo ordinario se encontraba suspendido (Schmitt, 2009), o porque los fines del derecho —justicia, libertad, igualdad o paz— se expresaban trastocados o simplemente no se manifestaban. Esto quiere decir que los periodos de excepción o de guerra hacen muy difícil el cumplimiento y la realización del derecho, en contraste con los periodos de paz.

En las teorías jurídicas contemporáneas se ha realizado un importante esfuerzo teórico y normativo para que —tanto en periodos de excepción como de guerra, y en la medida que las circunstancias lo permitan— pueda regir un derecho propio del Estado constitucional y democrático de derecho, aunque sea con algunos cambios o características distintivas. Igualmente, el derecho convencional ha incrementado los estándares que en materia de derechos humanos deben ceñir a los estados de emergencia y de excepción. Así mismo, mediante el derecho comparado encontramos una tendencia a establecer fuertes mecanismos de control de constitucionalidad y de convencionalidad en la materia.

En este ensayo sostenemos que la aplicación del régimen de excepción en El Salvador no se ajusta a los parámetros internacionales de derechos humanos contemporáneos en materia de estados de excepción. Estos parámetros derivan del artículo 4o. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y, en el sistema interamericano, del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los parámetros y estándares se en-

cuentran desarrollados, entre otros, por las siguientes decisiones y resoluciones: 1) la Observación General núm. 29 (2001, párrs. 13-16), sobre artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos, concerniente a la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción; 2) la Opinión Consultiva OC-8/87 (1987), relativa al *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); y 3) la Opinión Consultiva OC-9/87 (1987), referida a las garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Los parámetros y estándares mínimos señalan fundamentalmente lo siguiente:

- a) Debe existir una proclamación oficial de cualquier estado de excepción;
- b) Los estados de emergencia son excepcionales y un último recurso (principio de excepcionalidad).
- c) Se debe atender a los principios de necesidad y proporcionalidad.
- d) Las autoridades competentes deben justificar la proclamación de cualquier estado de excepción, así como las medidas que se adopten con fundamento en esa declaración.
- e) Las medidas que se adopten durante la excepción no deben entrañar discriminación alguna.
- f) Las medidas de excepción son temporales, nunca definitivas.
- g) Se debe respetar y garantizar el carácter inalienable de ciertos derechos humanos.
- h) Se debe cumplir el principio de notificación internacional.
- i) Ciertos derechos merecen protección especial como el de protección judicial.
- j) No podrán suspenderse los siguientes principios: pro persona, no discriminación, legalidad, irretroactividad de las leyes, y debido proceso, ni el valor de la dignidad humana.
- k) Las medidas de excepción deben basarse en el principio de proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.
- l) El fin a la suspensión de derechos y garantías, en sus distintas hipótesis debe determinarse pormenorizada y previamente.

- m) Los procedimientos de suspensión de derechos deben estar sometidos a controles jurídicos y políticos democráticos.

Los decretos expedidos por el gobierno de Bukele no responden —como demostraremos en este ensayo— a la excepcionalidad que debe existir en un régimen de esa naturaleza; no se encuentran justificados constitucional ni convencionalmente; no son proporcionales ni necesarios; no son susceptibles de control de constitucionalidad y de convencionalidad; se apoyan en la discriminación y estigmatización de personas; entrañan la suspensión de derechos vinculados al debido proceso, lo que no es dable suspender o restringir, conforme al artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, son decretos que despliegan un derecho penal de autor que, como explicaremos en el ensayo, constituyen un derecho penal del enemigo.

II. Marco teórico para la comprensión del régimen de excepción

1. Algunos antecedentes de la excepcionalidad

Giorgio Agamben ha considerado que uno de los antecedentes del estado de excepción es el *iustitium* de la República romana, el cual describe así:

Cuando se tenía conocimiento de una situación que ponía en peligro la República, el Senado emitía un *senatus consultum ultimum* por el que se pedía a los cónsules y, en algunos casos, también al pretor y a los tribunos de la plebe y, en el límite, a cualquier ciudadano, que adoptaran cualquier medida que se consideraba necesaria para la salvación del Estado. Este senadoconsulto se basaba en un decreto que declaraba el *tumultus* y que solía dar lugar a la proclamación de un *iustitium*. (Agamben, 2010, pp. 63-64)

Iustitium significa suspensión o cesación del derecho; con él se producía un vacío jurídico, que autorizaba a un gobernante o a cualquier persona a preparar las defensas frente a las calamidades, al margen del derecho, para resolver el *tumultus*. El *iustitium* era diferente a la dictadura, porque no había

creación de una nueva magistratura y porque el enorme poder del que disfrutaba el magistrado responsable no procedía de la concesión de un *imperium*, sino de la suspensión de las leyes. Agamben (2010, p. 72) parafrasea lo anterior y, filosóficamente, señala que el estado de excepción no se define según el modelo dictatorial de plenos poderes (estado pleromático), sino de la obtención del poder debido al vacío y detención o parálisis del derecho (modelo kenomático).

A partir de esta investigación analógica, Agamben (2010, pp. 75-77) establece cuatro polémicas características: 1) el estado de excepción no es una dictadura —constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana—, sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la que todas las determinaciones jurídicas, sobre todo, la distinción entre lo público y lo privado, se encuentran desactivadas; 2) son parcialmente incorrectas las teorías de la necesidad que ven en ésta la fuente jurídica originaria del estado de excepción, al igual que las teorías que ven en el estado de excepción el ejercicio de un derecho del Estado a la propia defensa o a la recuperación de un originario estado pleromático del derecho de los plenos poderes; 3) el estado de excepción no es un estado de derecho sino un espacio sin derecho, aunque no un estado de naturaleza, y 4) el estado de excepción es un espacio en donde opera la política, en donde el gobernante reviste la *auctoritas* y el *imperium* es fluctuante.

Estas características del estado de excepción son polémicas porque el derecho contemporáneo impide el vacío o la suspensión total del orden jurídico. Por ejemplo, la reforma constitucional mexicana al artículo 29 constitucional, del 10 de junio de 2011, norma constitucional y convencionalmente el estado de suspensión de derechos y garantías. Así, existen derechos y garantías que no pueden ser suspendidos —párrafo segundo del artículo 29 constitucional—. El estado de suspensión se somete a un procedimiento para su aprobación, en donde participan los poderes constituidos. Las decisiones que se adoptan en el estado de excepción son revisadas de oficio en su constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; la suspensión se somete a los principios de constitucionalidad, proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. El Poder Legislativo tiene facultades para decretar el fin del periodo de suspensión y el Ejecutivo no puede vetar ese decreto. Es decir, en el derecho constitucional mexicano

la suspensión está sometida al derecho; no hay un espacio jurídico totalmente vacío, y no se actualizan en su crudeza las notas distintivas que señala Agamben para el estado de excepción.

La idea moderna de una suspensión de la Constitución fue introducida en la Constitución de 22 de febrero del año VIII (24 de diciembre de 1799). La Constitución del año VIII fue consecuencia del golpe de Estado del 18 de Brumario (9 de noviembre de 1799), que acabó con la Revolución francesa y confirió importantes poderes a Napoleón Bonaparte, semejantes a los de un dictador. El artículo 22 de esa Constitución permitía la suspensión de la Constitución en una región o ciudad. La figura de suspensión de la Constitución confluía con el tiempo con la categoría *estado de sitio* (Hauriou, 2003, pp. 130-141).

El estado de sitio fue expresamente mencionado en el Acta Adicional a la Constitución del 22 de abril de 1815, y reservaba su declaración a una ley. Desde entonces, las normas sobre el estado de sitio en Francia se han ido formulando en leyes para atender momentos de crisis constitucional hasta el día de hoy. La principal diferencia jurídica entre el estado de sitio francés y el alemán es que en Francia lo declara el Poder Legislativo, mientras que en la tradición alemana el poder que determina el estado de excepción suele ser el jefe de Estado.

La historia constitucional francesa está llena de ejemplos de la aplicación del estado de excepción, ya sea por gobiernos de derecha o de izquierda. En enero de 1924, cuando estaba en peligro la estabilidad del franco, el gobierno de Poincaré solicitó tener plenos poderes en materia financiera, y después de un fuerte debate, en donde la oposición legislativa sostuvo que el gobierno quería eliminar sus competencias, se aprobó una ley el 22 de marzo de ese año, que limitó a cuatro meses los poderes especiales del gobierno en materia financiera.

En diciembre de 1939, el gobierno francés, con el estallido de la Segunda Guerra Mundial, obtuvo del Poder Legislativo la facultad de aprobar por decreto todas las medidas necesarias para asegurar la defensa de la nación. Durante la segunda guerra, toda la actividad legislativa francesa estuvo en manos del Poder Ejecutivo.

La vigente Constitución francesa de 1958 regula en su artículo 16 —solicitado en su redacción por Charles de Gaulle— el estado de excepción

de manera peculiar, porque el peso del Poder Legislativo en su aprobación casi se ha desvanecido. La norma dice:

Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad del territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave e inmediata, y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional. Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje. Estas medidas deberán estar inspiradas en la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales, con la menor dilación, los medios de cumplir con su misión. El Consejo Constitucional será consultado a este respecto. El Parlamento se reunirá automáticamente. La Asamblea Nacional no podrá ser disuelta durante el ejercicio de poderes excepcionales.¹

En abril de 1961, durante la crisis argelina, Gaulle recurrió al artículo 16, aunque el funcionamiento de los poderes públicos no se había interrumpido.

El origen del famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar, de 1919, tiene sus antecedentes en el artículo 68 de la Constitución bismarckiana y en la ley sobre el estado de sitio de 4 de junio de 1861, que autorizaba al emperador prusiano a declarar el estado de guerra (Denninger, 1996, pp. 445-485). El artículo 48 de la Constitución de Weimar decía:

Cuando en el Reich alemán se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden público, el presidente del Reich puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de dicha seguridad y orden públicos, incluso con la ayuda de las fuerzas armadas. A este efecto, puede suspender en todo o en parte los derechos fundamentales establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

¹ Al respecto, el artículo 36 de la Constitución de 1958 indica que el estado de sitio será declarado por el Consejo de Ministros y no por la Asamblea Nacional.

La Constitución de Weimar indicaba que una ley precisaría las facultades del presidente; sin embargo, esta ley nunca llegó a aprobarse. Lo anterior permitió que las facultades del presidente del Reich quedarán indeterminadas. Por ello, la doctrina constitucional de la época habló de una dictadura presidencial.

Entre 1925 y 1929, en Alemania se aplicó en 250 ocasiones el estado de excepción previsto en el artículo 48 de la Constitución de Weimar. Desde julio de 1930 Alemania había dejado de ser una democracia parlamentaria. Antes del ascenso de Hitler al poder, la presidencia de Hindenburg, en estado de excepción, fue justificada constitucionalmente por Carl Schmitt en su polémica con Hans Kelsen, indicando que, al aplicar el artículo 48 de la Constitución, el presidente actuaba como un guardián de la Constitución. Después de la Segunda Guerra Mundial, en 1968, se reintrodujo legalmente el estado de excepción al orden constitucional que establecía la Ley Fundamental de Bonn de 1949. La ley alemana vigente regula el estado de necesidad interna, que se justifica como una defensa de la Constitución democrática liberal.

2. La comprensión contemporánea de la excepcionalidad

Para Schmitt el único que puede decidir sobre el estado de excepción es el soberano, el cual tiene, con ese instrumento, la garantía última del orden del Estado. Por lo tanto, en la concepción autoritaria de Schmitt, los estados de excepción escapan a la regulación normativa. Más aún, la suspensión del ordenamiento jurídico forma parte de la política del gobernante, quien tiene el poder de decretar el estado de excepción y definir la situación crítica a través de los medios que se estime oportunos (Schmitt, 2009).

En las concepciones democráticas la posición de Schmitt es insostenible. La tendencia en el derecho de nuestro tiempo es que los estados de excepción y de emergencia estén sometidos al ordenamiento jurídico, y que las facultades o poderes del gobernante estén limitados. En nuestro tiempo se busca eliminar cualquier arbitrariedad en el ejercicio del estado de excepción y reducir sensiblemente las posibilidades de discrecionalidad. La excepción y la emergencia deben estar sometidas al derecho, a la consecución de los dere-

chos fundamentales, y, en la medida de lo posible, a la preservación del principio de división de poderes.

Schmitt, por el contrario, rechazó el normativismo kelseniano y cualquier posibilidad de que el estado de excepción y/o emergencia pudiera comprenderse jurídicamente (Schmitt, 1990, pp. 99 y ss.). El entendimiento del estado de excepción, para Schmitt, sólo podía abordarse políticamente, ya sea con poderes extraordinarios o con un vaciamiento del orden jurídico, para que en el vacío actuara la política.

Para Schmitt, el presidente del Reich estaba en libertad de atentar contra todo el sistema de normas legales vigentes y de ponerlo a su servicio. Podía dictar normas generales y crear por sí solo, para su aplicación e incluso ejecución, nuevas instituciones especiales y organismos extraordinarios. El presidente del Reich era una suerte de dictador soberano, que reunía en sus manos la legislación y la aplicación de la ley, y podía ejecutar inmediatamente por sí solo las normas. El presidente del Reich era el defensor del derecho y su fuente suprema, al grado que podía reformar la Constitución sin someterse al procedimiento establecido para ello; interpretaba su contenido con eficacia fulminante y directa, suspendía derechos constitucionales, derogaba leyes, y adoptaba decisiones ejecutivas (Schmitt, 2014, pp. 29 y ss).

En otras palabras, en Schmitt el estado de excepción se caracteriza por la desmesura en la concentración de atribuciones en manos del ejecutivo. La autoridad encargada de aprobar y aplicar la ley —el Ejecutivo— es la misma. No existen para ello, y respecto al poder del presidente del Reich, controles constitucionales o democráticos. El Ejecutivo es una suerte de comisario de la soberanía popular y el guardián de la Constitución (Mehring, 2014, p. 75).

En la teoría más contemporánea del estado de excepción, éste implica el paso del estado de normalidad ordinaria a un estado no regular, en el que deben asumirse dos valoraciones: la comprobación de un estado de peligro para el orden público, la Constitución y el Estado, y la necesidad de reaccionar con medidas excepcionales al peligro y/o riesgo. El asunto es delicado, porque los poderes que comprueban el peligro, y la necesidad de enfrentarlo, son los mismos que están legitimados para ejecutar las medidas extraordinarias (Baldi, 1988, p. 620).

Suelen justificarse los estados de excepción y de emergencia como especies del género estado de necesidad. La emergencia o la excepcionali-

dad se caracteriza como una situación de necesidad transitoria y accidental que enfrenta el Estado. Los elementos de la necesidad son: *a)* la situación de necesidad o circunstancia fáctica que exige una respuesta por parte del Estado; *b)* el acto necesario para enfrentar la situación de necesidad; *c)* el sujeto necesitado, que es la sociedad o el Estado, y *d)* el derecho de necesidad, que deriva del ordenamiento jurídico y establece las condiciones y procedimientos para atender la emergencia o excepcionalidad (Sagüés, 2016, pp. 58-59).

La situación de necesidad impone una solución por parte del Estado, para evitar producir un daño grave en la sociedad. Se dice que la situación de necesidad involucra una hipótesis de peligro o riesgo de carácter militar, económico, financiero, sanitario o político-institucional. La situación de necesidad significa que el peligro o riesgo no se puede enfrentar con soluciones jurídicas ordinarias o corrientes. En situaciones de necesidad, de riesgo extremo, está en juego la existencia misma de la sociedad, la estabilidad o supervivencia del Estado, o el sistema político mismo.

El acto necesario exige para realizarse un incremento en la cuota de poder del sujeto necesitado, y una reducción de los derechos de los particulares. Generalmente, el Poder Ejecutivo adquiere competencias en detrimento del Legislativo; por ejemplo, a través de los decretos de necesidad y urgencia, que en el derecho comparado son leyes expedidas por el Ejecutivo sin intervención del Congreso.

En cuanto al sujeto necesitado, las doctrinas de corte autoritario sostienen que es el Estado; pero en las democráticas, el sujeto necesitado no puede ser otro que el pueblo o la sociedad. En situaciones excepcionales, el sujeto necesitado —el pueblo— puede ejercer el derecho de resistencia contra la opresión.

Durante algún tiempo se discutió si la necesidad sólo comportaba fenómenos fácticos o si también tenía contenidos jurídicos. En las concepciones antidemocráticas y anticonstitucionales la necesidad era sólo una circunstancia fáctica; en las democráticas, la necesidad debe tener fundamentos, regulación y fines jurídicos. Las constituciones contemporáneas regulan con mejor o menor éxito los supuestos, condiciones, procedimientos y consecuencias del estado de necesidad que da lugar a un estado de excepción, emergencia o alarma.

Se puede decir, en síntesis, que son tres las dimensiones del estado de necesidad: *a)* una fáctica, que contempla las situaciones, hechos o casos de necesidad, cuál es el acto necesario impuesto por las circunstancias y quién debe consumarlo; *b)* la normativa, que estudia las reglas y procedimientos de la situación de necesidad, así como al sujeto necesitado, el acto necesario y la constitucionalidad de la actuación de las autoridades que determinan y norman el estado de necesidad; y *c)* la axiológica, que son los valores jurídico-constitucionales que evalúan y legitiman las situaciones de necesidad, el comportamiento del sujeto necesitado, la legitimidad del acto necesario y las normas que lo instrumentaron (Sagüés, 2016, pp. 59-62).

¿Cuál es la justificación del estado de necesidad? Existen dos posturas claramente distinguibles: 1) una mínima o democrática, y 2) otra máxima o antidemocrática. Para la postura mínima, el estado de necesidad es un medio para salvaguardar derechos fundamentales y principios democráticos que, de otra manera, en circunstancias de crisis, no podrían tutelarse. En la postura mínima, el estado de necesidad no es un instrumento al servicio del gobernante sino al servicio de las personas y sus derechos. Por ello el derecho de necesidad debe ejercerse proporcional y razonablemente, para que no degenera en arbitrariedad o injusticia. En esta concepción mínima, el estado de necesidad y sus especies (excepción, emergencia, alarma, etcétera) deben encuadrarse en valores y limitaciones constitucionales.

En la visión autoritaria o máxima, el estado de necesidad (y sus especies) afirma que los fines del Estado —su existencia y sus proyecciones a través de las razones de Estado— se encuentran por encima de los derechos de las personas. El príncipe puede disponer del cuerpo y los bienes de los súbditos en todo momento; y aún más, puede asesinar a sus parientes y/o aliados si con ello conserva o realiza los fines del Estado. La necesidad justifica las guerras de conquista o las guerras preventivas de nuestra época. La necesidad obliga al príncipe a violar acuerdos y alianzas, ya que es mejor que rompa un tratado a que haga perecer a su pueblo. La necesidad, en esta concepción máxima, está exenta de cualquier control ético.

En nuestros días no puede admitirse un estado de excepción opuesto o ajeno a la Constitución. El derecho de excepción (de emergencia, alarma, sitio, etcétera) no puede afectar los principios fundamentales de la Constitución; tampoco puede crear poderes superiores o ajenos a la Constitución,

ni suspender su vigencia. En los Estados constitucionales y democráticos de derecho, los estados de excepción y de emergencia son instituciones reguladas y limitadas por los principios democráticos, la dignidad de las personas y los fines del Estado constitucional (Baldi, 1988, p. 620).

Los estados de excepción y de emergencia, de acuerdo al orden constitucional de cada Estado, pueden justificar afectaciones al principio de división de poderes y limitaciones y/o restricciones transitorias a los derechos fundamentales. Durante los estados de excepción y de emergencia puede existir un trastocamiento constitucionalmente autorizado de las reglas de distribución (horizontal y/o vertical) de competencias.

El derecho a promulgar estados de excepción, emergencia y alarma, aunque no estuviera expresamente reconocido en el orden constitucional, debe entenderse como un derecho constitucional implícito, que se justifica porque sirve para salvaguardar los fines constitucionales últimos. En el derecho a promulgar estados de excepción y de emergencia se produce una subordinación de las reglas del derecho positivo a la ley fundamental de la subsistencia del orden constitucional. Lo importante en todos los casos es tener muy claro que el derecho a la excepción y/o emergencia reclama una interpretación de las normas constitucionales conforme a la lógica de la necesidad y no a una lógica de la normalidad.

III. Una panorámica al régimen de excepción en El Salvador

La Constitución de la República de El Salvador, vigente desde el 23 de diciembre de 1983, regula el régimen de excepción en sus artículos 29, 30, 31 y 131, ordinal 27, en los siguientes términos:

Artículo 29. En casos de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público, podrán suspenderse las garantías establecidas en los artículos 5, 6 inciso primero, 7 inciso primero y 24 de esta Constitución, excepto cuando se trate de reuniones o asociaciones con fines religiosos, culturales, económicos o deportivos. Tal suspensión podrá afectar la totalidad o parte del territorio de la

República, y se hará por medio de decreto del Órgano Legislativo o del Órgano Ejecutivo, en su caso.

También podrán suspenderse las garantías contenidas en los artículos 12 inciso segundo y 13 inciso segundo de esta Constitución, cuando así lo acuerde el Órgano Legislativo, con el voto favorable de las tres cuartas partes de los diputados electos; no excediendo la detención administrativa de quince días.

Artículo 30. El plazo de suspensión de las garantías constitucionales no excederá de 30 días. Transcurrido este plazo podrá prolongarse la suspensión, por igual periodo y mediante nuevo decreto, si continúan las circunstancias que la motivaron. Si no se emite tal decreto, quedarán establecidas de pleno derecho las garantías suspendidas.

Artículo 31. Cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron la suspensión de las garantías constitucionales, la Asamblea Legislativa, o el Consejo de Ministros, según el caso, deberá restablecer tales garantías.

Artículo 131. Corresponde a la Asamblea Legislativa: Suspender y restablecer las garantías constitucionales de acuerdo con el artículo 29 de esta Constitución en votación nominal y pública, con los dos tercios de los votos, de los Diputados electos (ordinal 27).

Con fundamento en esas normas constitucionales, desde el mes de marzo de 2022 se estableció un régimen de excepción en El Salvador para enfrentar la violencia de las pandillas, el cual se ha venido prorrogando mes con mes hasta la actualidad. El primer decreto legislativo que autorizó el régimen de excepción, el número 333, aprobado el 26 de marzo de 2022 por la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, se fundamentó en los artículos constitucionales mencionados, más el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las razones que motivaron el decreto consideraron las graves perturbaciones del orden público que vive El Salvador, debido al incremento de homicidios que afectaban a la población y ponían en riesgo la vida de los habitantes.

El artículo primero de esa resolución señala que: “El presente decreto tiene por objeto facilitar las herramientas y mecanismos jurídicos a las instituciones de Seguridad Pública, Policía Nacional y Fuerza Armada de El Salvador, para restablecer el orden y la seguridad ciudadana y el control territorial”. En el artículo 2o. se declara que el régimen de excepción es válido en todo

el territorio nacional derivado de las graves perturbaciones al orden público por grupos delincuenciales. En el tercer precepto se establece un mecanismo de coordinación entre los Ministerios de Justicia y Seguridad Pública, de la Defensa Nacional, y al Director de la Policía Nacional Civil para dar cumplimiento al decreto. El artículo cuarto determina la suspensión por treinta días a nivel nacional de los derechos y garantías constitucionales regulados en los artículos 7o., 12 inciso segundo, 13 inciso segundo, y 24, en relación con el artículo 131 ordinal 27, y artículo 29, todos de la Constitución de la República. Finalmente, el artículo 5o. establece la vigencia a partir de la publicación del decreto en el *Diario Oficial*, señalando que sus efectos tendrán una vigencia de treinta días (Díaz Trujillo Portilla, 2024).

El decreto legislativo anterior sucesivamente se ha prorrogado mes a mes —hasta el 9 de abril de 2024, fecha de entrega de este ensayo— mediante las siguientes disposiciones legislativas:

- 1) El decreto 358, publicado el 25 de abril de 2022.
- 2) El decreto 396, publicado el 25 de mayo de 2022.
- 3) El decreto 427, de fecha 21 de junio de 2022, en el que se alude a 40,000 capturas de personas realizadas.
- 4) El decreto 454, publicado el 21 de julio de 2022.
- 5) El decreto 476, publicado el 17 de agosto de 2022, que indica la realización de 49,000 capturas a esa fecha y la reducción de homicidios a 1 por 100,000 habitantes.
- 6) El decreto 503, publicado el 14 de septiembre de 2022, indicándose en él 52,000 capturas y señalando que El Salvador presenta las tasas más bajas de criminalidad desde que se cuenta con registros en El Salvador.
- 7) El decreto 530, publicado el 14 de octubre de 2022, que menciona que ascienden a 54,000 las capturas de las personas vinculadas al crimen y que se mantiene una reducción de las tasas de criminalidad.
- 8) El decreto 569, publicado el 15 de noviembre de 2022 que alude a 57 capturas realizadas.
- 9) El decreto 611, publicado el 14 de diciembre de 2022.
- 10) El decreto 644, publicado el 12 de enero de 2023, que prorroga como los demás el régimen de excepción y argumenta a favor de su eficacia en la reducción de la criminalidad.

- 11) El decreto 661, publicado el 15 de febrero de 2023.
- 12) El decreto 687, publicado el 15 de marzo de 2023 que contabiliza 65,000 capturas de personas integrantes de pandillas criminales.
- 13) El decreto 719, publicado el 13 de abril de 2023, que menciona 67,000 capturas.
- 14) El decreto 738, publicado el 16 de mayo de 2023.
- 15) El decreto 765 publicado el 14 de junio de 2023.
- 16) El decreto 797, publicado el 12 de julio de 2023, que alude a 71,000 capturas de personas integrantes de las bandas criminales, y señala que durante el gobierno de Bukele ha habido 401 días sin homicidios.
- 17) El decreto 805, publicado el 10 de agosto de 2023, el que menciona 72,000 personas detenidas y 420 días sin homicidios.
- 18) El decreto número 843, publicado el 13 de septiembre de 2023, menciona 72,600 personas detenidas y 440 días sin homicidios.
- 19) El decreto 865, de fecha 11 de octubre de 2023, señala 73,000 personas capturadas y 460 días sin homicidios.
- 20) El decreto número 888, publicado el 8 de noviembre de 2023, menciona 73,800 individuos detenidos y 477 días sin homicidios, y extiende hasta el 12 de diciembre de 2023 el régimen de excepción.
- 21) El decreto 906, publicado el 7 de diciembre de 2023.
- 22) El decreto 933, publicado el 10 de enero de 2024.
- 23) El decreto 946, de 9 de febrero de 2024.
- 24) El decreto 964, de 8 de marzo de 2024.
- 25) El decreto 993, de 9 de abril de 2024, que tendrá efectos hasta el 10 mayo de 2024, y que estima que se han detenido 78,175 personas.

A nivel interno, en El Salvador se habían promovido acciones de inconstitucionalidad, previamente a los decretos de régimen de excepción citados, para valorar la constitucionalidad de la prolongación de los regímenes de excepción a la luz del artículo 30 de la Constitución salvadoreña. La Sala Constitucional de ese país, al resolver la acción de inconstitucionalidad 21/2020, de fecha 8 de junio de 2020, determinó que

si transcurrido ese plazo de 30 días continúa la circunstancia que motivó el régimen de excepción, es posible prolongar con la debida razonabilidad la suspen-

sión de derechos fundamentales mediante un nuevo decreto de una duración que no exceda esos mismos 30 días. Ahora bien, del texto de esa frase del artículo 30 constitucional no se infiere que la prolongación deba limitarse por una sola vez (como sí lo haría una frase como “por una sola vez”, “por última vez”, etc.). Ella solo sugiere que la prórroga debe respetar el límite temporal máximo de vigencia del decreto de adopción del régimen de excepción, pero en modo alguno debe entenderse que las prórrogas sucesivas están prohibidas. Estas son admisibles siempre que continúen las circunstancias que motivaron la suspensión de derechos.

Esa decisión, puramente gramatical, ha servido para justificar las prórrogas sucesivas de los regímenes de excepción en El Salvador. Las instancias supranacionales de derechos humanos han mostrado una grave preocupación por ello. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH, 2023), en un comunicado publicado el 6 de abril de 2023, llamó a El Salvador a restablecer la plena vigencia de los derechos y garantías suspendidos durante los últimos 12 meses. La Comisión IDH urge al gobierno de El Salvador a respetar los derechos humanos en la adopción de las medidas para la prevención, control y respuesta a la criminalidad, así como a investigar, procesar y sancionar las actividades delictivas. A la Comisión IDH le preocupa la suspensión del artículo 12, inciso segundo, que se refiere al derecho de la persona detenida a ser informada de manera inmediata y comprensible de sus derechos y las razones de su detención, y a los derechos de no ser obligada a declarar y de contar con asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales. También le inquieta la suspensión del artículo 13, inciso segundo, de la Constitución, que dispone un plazo máximo de 72 horas para la detención administrativa y la consigna de la persona detenida al juez competente dentro de ese plazo, con las diligencias que hubiera practicado. En cuanto a la suspensión del artículo 24 de la Constitución, le provoca desazón que no se garantice la inviolabilidad de la correspondencia y que se puedan realizar intervenciones en las telecomunicaciones.

En esa comunicación la Comisión IDH destaca que el Estado salvadoreño se está enfrentando no al crimen común, sino a una criminalidad especial, que implica la afectación sistemática a toda la población. También resalta

el número de personas detenidas, y el dato en esa fecha —del comunicado— de 188 días sin homicidios. Sin embargo, considera que la aplicación del régimen de excepción de manera indefinida no es el mecanismo adecuado para enfrentar al crimen.

Entre los argumentos de la Comisión IDH para reprochar al Estado Salvadoreño encontramos los siguientes: *a)* la suspensión de derechos y garantías, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una medida excepcional, no permanente; *b)* de acuerdo con el artículo 27.1 de la Convención Americana, debe estudiarse y justificarse exhaustivamente si el caso de El Salvador actualiza los supuestos que posibilitan convencionalmente el régimen de excepción; *c)* en los estados de excepción, los gobernantes no deben gozar de poderes absolutos; *d)* las garantías judiciales previstas en la Convención —artículo 8— y de protección judicial —artículo 25— deben mantenerse aún en estados de excepción; *e)* a la fecha del comunicado, el 90% de las personas detenidas tuvieron prisión preventiva, y sobre esa circunstancia se han expresado múltiples denuncias y abusos sobre las detenciones y las diligencias practicadas, y *f)* la problemática de la criminalidad debe atenderse mediante el fortalecimiento de la participación democrática y en las políticas centradas en la protección de la persona humana.

Igualmente, expertos de la ONU, el 22 de mayo de 2023, expresaron su consternación ante la renovación continua del estado de excepción en El Salvador. Pidieron que el estado de excepción se derogue inmediatamente y que se revisen los amplios poderes de las autoridades salvadoreñas para aplicarlo. En particular, estimaron que los detenidos no reciben un juicio justo; que las detenciones son arbitrarias, por sospecha, y que algunas de ellas constituyen desapariciones forzadas de corta duración. También manifestaron que el concepto de “delito flagrante permanente” es contrario a derechos humanos, porque permite el arresto de personas sospechosas de pertenecer a pandillas sin una orden judicial. Por otra parte, las audiencias iniciales son masivas, y los jueces resuelven sobre la legalidad de los arrestos de hasta 500 personas a la vez. Los juicios también suelen ser masivos. Por ello, los expertos de la ONU aprecian que las audiencias y los juicios masivos, a menudo realizados de manera virtual, socavan el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia. Finalmente, que el uso excesivo de la prisión preventiva, la prohibición de medios alternos de solución de conflictos, los juicios

en ausencia, y prácticas como la de usar jueces *sin rostro* y testigos de referencia, atenta contra los derechos y garantías del debido proceso (The Office of High Commissioner for Human Rights [OHCDH], s. f.).

El régimen de excepción en El Salvador y sus prórrogas han provocado también inquietudes relacionadas con la corrupción, porque se ha limitado el derecho de acceso a la información pública que se encuentra normado en El Salvador mediante la Ley de Acceso a la Información Pública de 2011. Con motivo del régimen de excepción, la confidencialidad en la gestión pública se ha convertido en la regla y no en la excepción.² Ni la prensa ni la sociedad ha tenido acceso a la información integral sobre las políticas de seguridad, como el Plan de Control Territorial, que es un elemento angular del régimen de excepción. La Policía Nacional Civil también declaró *bajo reserva* la información de homicidios y víctimas del delito de desaparición. En cuanto a las compras gubernamentales, la Asamblea Legislativa ha aprobado durante el régimen de excepción decretos que permiten al gobierno administrar los fondos públicos sin respetar la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Las declaraciones patrimoniales de los altos funcionarios públicos igualmente se encuentran bajo reserva en el estado de excepción. En cuanto a los titulares de las instituciones de control tanto en la Administración —contralorías— como en el Poder Judicial —la Sala Constitucional— son personas cercanas al presidente Bukele. El mayor número de compras gubernamentales se realiza mediante el procedimiento de adquisición directa. Durante el estado de excepción se comenzó a construir un nuevo centro penal, sin que se tenga información sobre sus costos y gestión administrativa. Al mismo tiempo, Bukele ha ordenado la construcción de dos megaproyectos en la opacidad: un nuevo aeropuerto y el tren del Pacífico. Los fondos internos y externos, para financiar las políticas de seguridad y las políticas públicas, son desconocidos en general por la sociedad.

Respecto a la política de seguridad, esta se apoya sistemáticamente en la estigmatización, persecución y represión de las personas. Existe una cultura de abuso del poder. Un derecho penal de autor, basado en la supuesta peli-

² Pronunciamiento de Ana María Méndez-Dardón al registro de la audiencia del Estado de excepción en El Salvador, el 12 de diciembre de 2022, en la Comisión de Derechos Humanos Tom Lantos del Comité de Asuntos Exteriores de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos.

grosidad de las personas. El uso de la fuerza se encuentra normalizado como método generalizado de control social, el cual es empleado por la Policía Nacional Civil, las fuerzas armadas, y el Poder Judicial. Los mandos de las fuerzas armadas y policíacas exigen a los agentes del orden una cuota de detenciones al día; naturalmente, la población más detenida surge de vagos, ebrios, drogadictos, rockeros, entre otros.

El régimen de excepción, que tiene por fin reducir la violencia y los delitos de las pandillas, se ha ejercido para reprimir a otras personas ajenas a ellas; por ejemplo, disidentes que han cuestionado otros temas, como el uso del bitcoin y el posible fraude financiero del gobierno (Mario Gómez). También se detuvo a Luis Alexander Rivas por publicar en redes sociales fotografías de hermanos del presidente acompañados por guardaespaldas.

La prensa internacional ha destacado que entre los detenidos no todos son pandilleros. Muchas personas privadas de su libertad son en realidad activistas y defensores de los derechos humanos. Existen en esas detenciones motivaciones políticas. El propio gobierno de Bukele ha reconocido oficialmente que aproximadamente 6000 personas han sido detenidas injustamente; aunque no hay certeza en esos datos. También se ha señalado que el régimen de excepción sirve a propósitos ocultos. Uno de ellos, tal vez el más importante, es revertir la prohibición a la actividad minera extractiva que está vigente en El Salvador desde 2017. Activistas como Alfredo Leiva indican, para probar lo anterior, que el gobierno de Bukele creó una Dirección General de Energía, Hidrocarburos y Minas, con facultades para otorgar permisos para la exploración y explotación de la actividad minera. En ese sentido, en mayo de 2021, de una manera inicialmente opaca, el gobierno de El Salvador se unió a un foro internacional con sede en Canadá que promueve la minería. Los activistas salvadoreños continúan su lucha contra empresas mineras extractivas transnacionales como Pacific Rim y Oceana Gold; pero el gobierno de Bukele no está de su lado, y en distintas ocasiones ellos o sus familiares son detenidos bajo el amparo del régimen de excepción (Zedryk, 2023).

Las personas acusadas de pandillerismo han sido en lo general detenidas de manera arbitraria, sin que se respeten sus derechos y garantías judiciales. En las prisiones, las personas privadas de su libertad no gozan de los derechos a una alimentación adecuada, de acceso al agua potable, a la salud, al trabajo, a la capacitación, al deporte, ni se protegen en general sus derechos hu-

manos. Hay datos que exponen muertes por tortura y negligencia médica. Las posibilidades de reinserción social son totalmente nulas e impensables.

El discurso dominante en El Salvador defiende al régimen de excepción y a sus prórrogas, así como a la represión, el incremento de delitos y penas, y a la cultura carcelaria como único instrumento para resolver la criminalidad. A la par, se favorecen los mecanismos que restringen el control y la transparencia en la administración pública para estimular la corrupción. En El Salvador la teoría y práctica de los derechos humanos son un sueño, una utopía. Prevalece un estado policíaco-militar que fortalece la concentración de poder en las manos del presidente Bukele y su equipo de gobierno inmediato, lo que es contrario al principio de división de poderes y a los principios democráticos. No obstante la gravedad de todo lo anterior, Bukele tiene, según las encuestas una aprobación del 93 % de la población, y la mayoría de ésta se muestra muy satisfecha con su gobierno. ¿Será el régimen de excepción la respuesta a los problemas de inseguridad en otras partes del mundo, principalmente en América Latina?

IV. El régimen de excepción de El Salvador, los estándares internacionales de derechos humanos y el derecho penal del enemigo

Para estar en posibilidad de comprender este apartado debemos acudir en primer término al derecho internacional de los derechos humanos: en el ámbito universal, al artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y en el sistema interamericano, al artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de este derecho supranacional se debe entender que la interpretación de las normas, una vez aprobadas, deberá ser restrictiva para afectar en menor grado los derechos fundamentales de las personas en un estado de excepción; además de cumplir con los siguientes estándares mínimos:

- 1) Proclamación oficial de cualquier estado de excepción.
- 2) Principio de excepcionalidad.
- 3) Atender a los principios de necesidad y proporcionalidad.

- 4) Que las autoridades competentes justifiquen la proclamación de cualquier estado de excepción y las medidas que se adopten con fundamento en esa declaración.
- 5) Que las medidas que se adopten no entrañen discriminación alguna.
- 6) La temporalidad precisa de las medidas adoptadas.
- 7) Carácter inalienable de ciertos derechos humanos.
- 8) Otros criterios sustantivos para proteger en especial algunos derechos como el de protección judicial.
- 9) Cumplir con la notificación internacional (Opinión Consultiva, OC-8/87, 1987; Opinión Consultiva, OC-9/87, 1987).

La legislación secundaria del artículo 29 de la Constitución de El Salvador, que aún no existe, se debería encargar de precisar los supuestos que pueden dar lugar al régimen de excepción. La ley podría detallar los procedimientos para cuando sea apruebe este régimen, ya sea por un tiempo limitado, mediante prevenciones generales, y sin que la suspensión o restricción se contraiga a determinada persona, precisando si se aplicará en todo el territorio nacional o sólo en alguna parte de él.

Existen derechos y garantías que —según el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— no pueden suspenderse durante los regímenes de excepción, como son los siguientes: 1) la no discriminación; 2) el reconocimiento de la personalidad jurídica; 3) la vida; 4) la integridad personal; 5) la protección de la familia; 6) el nombre; 7) la nacionalidad; 8) los derechos de la niñez; 9) los derechos políticos; 10) las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; 11) el principio de legalidad y retroactividad; 12) la prohibición de la pena de muerte; 13) la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, y 14) la prohibición de la desaparición forzada y la tortura.³

La teoría jurídica en la materia nos señala que tampoco podrán suspenderse los siguientes principios: pro persona, no discriminación, legalidad, irre-

³ El artículo 29 de la Constitución mexicana añade al artículo 27 de la Convención como derechos “insuspendibles”, el derecho a la no discriminación, la prohibición de la desaparición forzada y la tortura.

troactividad de las leyes y debido proceso; ni el valor de la dignidad humana (Cruz Villalón, 1980).

Las medidas que se dicten con motivo de la suspensión de garantías deben tomar en cuenta la gravedad y la naturaleza del caso. Por eso, las medidas se deben basar en el principio de proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

El fin a la suspensión de derechos y garantías, en sus distintas hipótesis, debe determinarse de manera previa y pormenorizada en la ley —lo que en El Salvador no ha acontecido—, para que todas las medidas legales y administrativas dictadas durante la excepción queden sin efecto de manera inmediata una vez concluidas las situaciones extraordinarias que le dieron origen. Sería importante que la ley, que en su momento se dictara en El Salvador, señalara que el titular del Ejecutivo no posee veto para oponerse al eventual decreto del Congreso que ponga fin a la suspensión de derechos y garantías.

Para garantizar la constitucionalidad y convencionalidad de las medidas de excepción sería fundamental que la Sala de lo Constitucional de El Salvador acompañara los procesos de excepción. Para ello se deben establecer plazos y procedimientos en la ley para que esa Sala, de oficio e inmediatamente, revise la constitucionalidad y la validez jurídica de los decretos que se emitan con motivo del régimen de excepción.⁴

La cuestión más importante en los regímenes y estados de excepción consiste en someter a derecho y a controles jurídicos y políticos democráticos la suspensión de derechos y garantías (Salazar Ugarte, 2013, pp. 229-260). El garante de la Constitución, aún durante los estados de excepción, debe ser exclusivamente la Sala de lo Constitucional, y no el Ejecutivo o algún otro poder o instancia.

Se puede afirmar que durante la guerra o en el régimen de excepción, el derecho es diverso y distinto al de los periodos de paz. Por lo tanto, estimamos que el derecho —constitucional y democrático— sólo es posible plena y totalmente en el estado de paz, pues en los estados de guerra o de excepción el derecho sufre alteraciones muy profundas.

⁴ En el derecho constitucional comparado, uno de los temas en los que se insiste con mayor ahínco, es en el control de constitucionalidad y convencionalidad a los estados de emergencia y de excepción. Véase, entre otros, Zovatto (1987); García Belaúnde (1984); Gallón (1979); García Villegas y Uprimny (2000).

Sin embargo, en las teorías del Estado constitucional y democrático del derecho contemporáneas, aún en estados de excepción o de guerra, el derecho debe intervenir y normar esas situaciones atípicas, para que se preserven y garanticen los derechos humanos y los principios democráticos. Hoy en día no son admisibles teorías como la de Schmitt, que aludían a la suspensión total del derecho, o de los principios democráticos, durante los periodos de excepción (Valim, 2018, pp. 438-461).⁵

Los estados de excepción revisten gradualidades. Por eso, en el derecho comparado es habitual que se distingan diversas etapas: de guerra, de sitio, de emergencia, de alarma, etcétera. En el derecho mexicano, por ejemplo, también existen gradaciones: la suspensión de derechos y garantías del artículo 29 constitucional; el estado de emergencia sanitaria que reconoce el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución; y los diversos mecanismos de intervención federal, entre ellos, el previsto en el primer párrafo del artículo 119 constitucional, además de la declaración de guerra reconocida en el artículo 73, fracción XII, y 89, fracción VIII, de la Constitución.

Cada una de las etapas o categorías de la excepción exige una regulación diversa, que debe atender a las necesidades provocadas por la gravedad de los hechos y a los riesgos y amenazas que corre la sociedad, el Estado constitucional y la democracia.

Los estados de crisis deben tener una comprensión jurídica adecuada. Al no tenerla, la actuación del titular del Ejecutivo y de otras autoridades, se presta a excesos de poder que violan los principios de división de poderes, los fundamentos democráticos y los derechos humanos.

Es necesario contar con un derecho democrático, y compatible con los derechos humanos, para contemplar la promulgación de los diversos estados de excepción y sus variantes. El derecho de El Salvador, hoy en día, no tiene respuestas integrales para enfrentar la excepcionalidad.

En El Salvador el régimen de excepción, en su decreto inicial y sus prórrogas, no cumple los parámetros internacionales de derechos humanos y constituye derecho penal del enemigo por las siguientes razones:

⁵ Se debe tener también mucho cuidado con las derivas neoliberales de los estados de excepción y de emergencia, para evitar que el poder o las riquezas se concentren en unos cuantos y se genera una mayor desigualdad socioeconómica.

- 1) Los decretos que determinan el régimen de excepción no derivan de una ley secundaria de la Constitución salvadoreña, que permita precisar y justificar los supuestos puntuales del régimen de excepción a favor de los ciudadanos.
- 2) Las prórrogas mensuales del régimen de excepción contradicen el principio de excepcionalidad de la medida.
- 3) Ninguno de los decretos que autoriza el régimen de excepción argumenta en torno a los principios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de las medidas, en su relación con los derechos fundamentales.
- 4) La argumentación jurídica desarrollada en los decretos para justificar las medidas de excepción es muy débil.
- 5) Los decretos del régimen de excepción tienden a discriminar a las personas —“los pandilleros”— por sus cualidades, lo que constituye un derecho penal de autor. En efecto, se detiene a esas personas no por sus conductas sino porque son pandilleros; se les estigmatiza.
- 6) Se desconoce a la fecha cuál será la temporalidad del régimen de excepción. No existe una temporalidad precisa y exacta, parece una medida indefinida.
- 7) Por la información que reportan la Comisión IDH y los medios de comunicación, ciertos derechos fundamentales —vinculados a las garantías judiciales, al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la defensa, entre otros— se encuentran suspendidos, lo que es contrario al artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 8) Se desconoce si el Estado de El Salvador ha notificado formalmente de los regímenes de excepción a la comunidad internacional, en particular a la ONU, la OEA, la Comisión IDH y la Corte IDH.
- 9) Son alarmantes los hechos conocidos relacionados con desapariciones forzadas y la torturas.
- 10) El valor de la dignidad humana es totalmente desconocido, principalmente respecto de las personas privadas de su libertad, que no tienen acceso al agua, a la alimentación, a la salud y a otros derechos fundamentales. La reinserción social es una quimera.
- 11) Son muy débiles y secundarios los mecanismos de control de constitucionalidad y convencionalidad respecto a la aprobación de los decretos de excepción y su respectiva aplicación.

- 12) El régimen de excepción en El Salvador no está sometido plenamente a derecho y a controles jurídicos —constitucionalidad y convencionalidad— y políticos democráticos.
- 13) El régimen de excepción en El Salvador ha servido para fortalecer y concentrar el poder en el presidente de la República y vulnerar el principio de división de poderes.
- 14) Las detenciones indiscriminadas y los juicios colectivos que se desahogan sin respetar el debido proceso favorecen las aprehensiones y los procesamiento de personas inocentes, principalmente de activistas y defensores de derechos humanos.
- 15) El régimen de excepción en El Salvador tiene aristas oscuras que favorecen la corrupción gubernamental, las restricciones a la transparencia y el favorecimiento de políticas neoliberales destinadas a explotar los recursos naturales de ese país, fundamentalmente en el ámbito de la minería.

V. El régimen de excepción de El Salvador como derecho penal del enemigo

La lógica del “derecho penal del enemigo” no puede aceptarse en un Estado constitucional y democrático de derecho. Eugenio Raúl Zaffaroni dice que

La admisión jurídica del concepto del enemigo en el derecho (que no sea estrictamente de guerra) siempre ha sido, lógica e históricamente el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del estado de derecho... La peligrosidad y su ente portador —peligroso— o enemigo ópticamente reconocible proveniente de la mejor tradición positivista y más precisamente garofaliana... El desarrollo coherente del peligrosismo, antes o después, acaba en el campo de concentración[...] el concepto jurídico de enemigo sólo es admisible en un estado absoluto. (Zaffaroni, 2006)

Según Günther Jakobs (2003, p. 47), el derecho penal del enemigo se caracteriza por: 1) un amplio adelantamiento de la punibilidad (la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva); 2) las penas previstas son des-

proporcionadamente altas, y 3) determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

El derecho penal del enemigo se significa porque:

- 1) Constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos —las pandillas en El Salvador—.
- 2) Con este instrumento el Estado no habla o se comunica con sus ciudadanos sino amenaza a sus enemigos —así se considera a ciertos ciudadanos—.
- 3) Campos importantes del derecho penal del enemigo: se crea un derecho penal para unos, esto es, un derecho penal distinto al del resto de las personas.
- 4) No se dirigen con prudencia ni se comunican con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados —las pandillas—.
- 5) Se trata más de “enemigos” en un sentido seudoreligioso que en la acepción tradicional (militar) del término.
- 6) El derecho penal del enemigo es una combinación de:
 - a) Punitivismo (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad).
 - b) Derecho penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social; por el que se estigmatiza a las pandillas).
- 7) En la base de la tipificación penal, no sólo está un determinado “hecho”, sino también otros elementos que sirven a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos.
- 8) El derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos infractores.
- 9) El derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho, sino de autor.
- 10) El derecho penal mínimo no es considerado en esta teoría.
- 11) La peligrosidad del delincuente es ponderada como consecuencia de la abolición del principio de proporcionalidad.
- 12) Las atribuciones o facultades a la policía son excesivas.

- 13) Las pruebas de descargo por parte de los agentes encubiertos rebasan los límites de los derechos del reo.
- 14) El esquema bélico del derecho penal de enemigo contradice radicalmente la idea misma del derecho penal en todos sus elementos y momentos, primeramente, en el modo de concebir el tipo penal, y, luego, en la concepción del juicio.
- 15) Las penas privativas de libertad se ponderan como mecanismos adecuados para cubrir las necesidades de protección jurídica y la neutralidad de los delincuentes peligrosos.

El derecho penal del enemigo propone en síntesis: un Estado policíaco y no un Estado de derecho; no constituye un derecho garantista o mínimo, sino máximo; no incluye a los ciudadanos infractores para rehabilitarlos sino que los excluye del tejido social; no forma parte del derecho penal ordinario sino que es un derecho de excepción; no busca corregir o rehabilitar sino eliminar; no es consecuente con la dignidad de las personas sino que destruye la dignidad; no maximiza derechos humanos sino que los minimiza; es propio de regímenes antidemocráticos y, por tanto, no es compatible con el Estado constitucional. El derecho penal del enemigo es un derecho para la venganza, donde el Estado es esencialmente el enemigo de ciertos ciudadanos (Carrancá y Rivas, 2010, pp. 73 y ss.).

La situación vigente en El Salvador responde en todos sus extremos al derecho penal del enemigo. Ya hemos mencionado algunos, aquí puntualizo los más importantes: 1) no hay excepcionalidad en los decretos, y las prórrogas indefinidas nos muestran que el régimen de excepción no es un instrumento transitorio; 2) los decretos de excepción carecen de justificación, no se fundamentan en los principios de idoneidad, necesidad ni proporcionalidad; 3) los decretos están dirigidos a un grupo de la sociedad salvadoreña, “los pandilleros”, lo que da base a un derecho penal de autor y no de acto; 4) existe un menoscabo inadmisibles de derechos fundamentales en contra del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (debido proceso, presunción de inocencia, defensa justa, etcétera); 5) en las prisiones se niega a las personas privadas de la libertad de derechos fundamentales necesarios para la subsistencia (agua, alimentación y salud, entre otros); 6) la información de organizaciones no gubernamentales y medios de comu-

nificación internacionales muestran un número significativo de desapariciones forzadas y torturas; 7) los decretos de excepción han servido de pretexto para perseguir, detener y procesar a disidentes políticos y sociales; 8) los regímenes de excepción en El Salvador están asociados a hechos de corrupción; 9) la consecuencia política de la excepcionalidad ha sido la concentración de poder en el presidente de la República y la vulneración del principio de división de poderes, y 10) no hay mecanismos adecuados de control de constitucionalidad y convencionalidad respecto a los decretos de excepción y sus actos de aplicación.

VI. Conclusiones

En El Salvador está en construcción un Estado policiaco-militar de excepción, totalmente opuesto al Estado constitucional y democrático de derecho (Cárdenas Gracia, 2017). El Estado policial se caracteriza por: 1) ser un Estado que mantiene un estricto control social, en donde se pueden suprimir algunas libertades civiles, además de legitimar a las fuerzas policíacas y militares que coadyuvan con los fines del control; 2) para que sea legítimo el control social, el Estado crea enemigos, como “el terrorismo”, “las drogas”, “el crimen organizado” o —en el caso de El Salvador— “los pandilleros”; 3) a diferencia de los Estados democráticos, en el Estado policial la seguridad no tiene fundamento en los derechos humanos ni en la voluntad democrática de las sociedades, sino en la noción de control social que es impuesta desde el gobierno; 4) el Estado policial puede conservar algunos elementos del Estado democrático, pero adopta algunos otros elementos de los Estados fascistas: leyes arbitrarias, excesivo control social y subordinación de los medios de comunicación, para que estos respalden la conveniencia del control; 5) el Estado policial es una expresión de la globalización neoliberal contemporánea, porque las empresas transnacionales necesitan que los Estados, mediante la represión policiaca, protejan sus inversiones y sus intereses —como en el caso de la minería extractivista en El Salvador—; 6) es por ello que hay una incesante demanda por parte de los intereses transnacionales de incrementar el poder de fuerza y de represión por parte de las policías y del ejército; 7) la profesionalización y capacitación de policías y militares no se realiza

desde una perspectiva de derechos humanos para proteger a las sociedades, sino que se entiende que el uso de la fuerza es para reprimir a las sociedades si estas demandan vías alternativas de convivencia; 8) en el Estado policíaco se criminaliza a la disidencia; entre otras cosas, se asimila la protesta social o política con la delincuencia, y 9) se busca que la policía y los militares tengan un régimen jurídico de excepción para garantizarles altos niveles de impunidad por las conductas que los involucran (Centro de Estudios “Miguel Enríquez” [CEME], 2005).

El régimen de excepción en El Salvador no tiene un fin preciso. Se trata de una situación que jurídicamente rompe y vulnera a los derechos humanos. Los decretos y las medidas implementadas constituyen derecho penal del enemigo que se encuentra “cubierto” por un Estado policíaco militar en construcción. Nosotros pensamos que el modelo salvadoreño servirá de ejemplo para aplicarse en otros Estados de la región, porque —desde el complejo industrial militar que rige los destinos de muchos países del mundo— se considera que la única vía para enfrentar una situación de criminalidad extrema, que es además compatible con el desarrollo del capitalismo contemporáneo, es a través del modelo excepción y sus instrumentos.

Señalamos finalmente, como lo hemos hecho a lo largo del ensayo, que los decretos de excepción de El Salvador no cumplen los parámetros ni estándares internacionales, entre ellos, los siguientes: los decretos de excepción no acreditan el principio de excepcionalidad o *ultima ratio*; los decretos no han atendido los principios de necesidad y proporcionalidad; las autoridades competentes no han justificado los decretos de excepción; las medidas que han adoptado las autoridades salvadoreñas han implicado actos de discriminación en contra de sectores marginados y excluidos de su población; no se ha cumplido con el principio de temporalidad; no se ha respetado el carácter inalienable de los derechos humanos previstos en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y los mecanismos e instrumentos de control constitucional, jurídico y político sobre los decretos de excepción han sido inexistentes.

VII. Referencias

- Agamben, G. (2010). *Estado de excepción. Homo sacer II, 1* (A. Gimeno Cuspineira, Trad.). Pre-Textos.
- Baldi, C. (1988). Estado de sitio. En N. Bobbio y N. Matteucci (Dirs.), *Diccionario de política* (t. I). Siglo XXI.
- Cárdenas Gracia, J. (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cárdenas Gracia, J. (2021). El estado de excepción y el COVID-19 en México. *Cuestiones Constitucionales*, (45), 77-105. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.45.16658>
- Carrancá y Rivas, R. (2011). *Reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública; variaciones críticas*. Porrúa.
- Centro de Estudios “Miguel Enríquez” [CEME]. (2005). Estado policial. Una aproximación al concepto. *Archivo Chile; Taller Rodriguista*. http://www.archivochile.com/Izquierda_chilena/fpmr/de/ICHfpmrde0030.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [Comisión IDH]. (2023, abril 6). CIDH llama a El Salvador a restablecer los derechos y garantías suspendidos hace un año por el régimen de excepción. *Comunicado de prensa*, (58). <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/058.asp>
- Cruz Villalón, P. (1980). *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Denninger, E. (1996). Democracia militante y defensa de la Constitución. En E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse y W. Heyde (Dirs.), *Manual de derecho constitucional* (A. López Pina, Trad.; pp. 445-486). Marcial Pons.
- Díaz Trujillo Portilla, A. (2024). ¿Régimen de excepción o normalidad? Las prórrogas del Decreto Legislativo número 333 de la República de El Salvador. *Cuestiones Constitucionales*, 25(51), e19094. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19094>
- Gallón Giraldo, G. (1979). *Quince años de estado de sitio en Colombia: 1958-1978*. América Latina.
- García Belaúnde, D. (1984). Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas. En *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno* (pp. 4-111). Comisión Andina de Juristas.

- García Pelayo, M. (1991). *Derecho constitucional comparado*. Alianza Editorial.
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2000). El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia. En A. Camacho Guizado y F. Leal (Eds.), *Armar la paz es desarmar la guerra* (pp. 33-72). DNP; Fescol; IEPRI; Universidad Nacional de Colombia; Misión Social; Presidencia de la República; Alto Comisionado para la Paz.
- Hauriou, M. (2003). *Principios de derecho público y constitucional* (C. Ruiz del Castillo, Trad.). Comares.
- Jakobs, G. (2003). *El derecho penal del enemigo*, de (M. Cancio Meliá, Trad.). Civitas.
- Mehring, R. (2014). *Carl Schmitt. A Biography*. Polity Press.
- Observación General núm. 29. Comité de Derechos Humanos [Comité IDH]. 2001. “Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4 PIDCP)”.
- Opinión Consultiva OC-8/87. Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. Del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A. Núm. 8.
- Opinión Consultiva OC-9/87. Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. Del 6 de octubre de 1987. Las garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A. Núm. 9.
- Preciado Coronado, J. A. y Florido Alejo, Á. L. (2014). La militarización de las relaciones México-Estados Unidos; espacios ingobernables y ¿Estado fallido?. En G. Prevost, H. E. Vanden, C. Oliva Campos y L. F. Ayerbe (Eds.), *US National Security Concerns in Latin America and the Caribbean* (pp. 61-79). Palgrave MacMillan.
- Sagüés, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Salazar Ugarte, P. (2013). Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción. En E. Ferrer Mac-Gregor Poisot, J. L. Caballero Ochoa, y C. Steiner (Coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* (vol. I; pp. 229-257). Suprema Corte de Justicia de la Nación; Konrad Adenauer; Universidad Nacional Autónoma de México.

- Schmitt, C. (1990). *Sobre el parlamentarismo* (T. Nelsson y R. Grueso, Trans.). Tecnos.
- Schmitt, C. (2009). *Teología política* (F. J. Conde y J. Navarro Pérez, Trans.). Trotta.
- Schmitt, C. (2014). *El valor del Estado y el significado del individuo* (C. Pardo, Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- The Office of High Commissioner for Human Rights [OHCHR]. (s. f.). *Stand up for human rights*. <http://www.standup4humanrights.org>
- Valim, R. (2018). Estado de excepción. La forma jurídica del neoliberalismo. *Derechos en Acción*, 3(7), 438-461. <https://doi.org/10.24215/25251678e167>
- Zaffaroni, R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Adiar.
- Zagrebel'sky, G. (2000). Epílogo. En C. Mortati, *La Constitución en sentido material* (A. Bergareche Gros, Trad.). Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Zedryk, R. (2023, octubre 10). El régimen de excepción de Bukele como instrumento para aplastar las disidencias. *El País*. https://elpais.com/internacional/2023-10-10/el-regimen-de-excepcion-de-bukele-como-instrumento-para-aplastar-las-disidencias.html#?prm=copy_link
- Zovatto, D. (1987). La regulación jurídica internacional de los estados de emergencia en América Latina. En *Coloquio sobre la protección jurídica internacional de la persona humana en situaciones de excepción*. Comité Internacional de la Cruz Roja; Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Cárdenas Gracia, Jaime, “El régimen de excepción salvadoreño: una visión extrema del derecho penal del enemigo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 170, 2024, pp. 65-97. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19110>

APA

Cárdenas Gracia, J. (2024). El régimen de excepción salvadoreño: una visión extrema del derecho penal del enemigo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(170), 65-97. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19110>