

El estado de excepción y el COVID-19 en México

The state of exception and the COVID-19 in Mexico

Recepción: 15 de julio de 2020

Aceptación: 3 de diciembre de 2020

Jaime CÁRDENAS GRACIA*

RESUMEN: Nuestro derecho constitucional no tiene respuestas integrales para enfrentar la excepcionalidad. El derecho en períodos de excepción y de emergencia es diverso al derecho en los períodos ordinarios de paz. Se requiere un derecho que regule la excepción fuera de las concepciones autoritarias. En el derecho constitucional de nuestro tiempo, los estados de excepción y de emergencia deben estar sometidos al ordenamiento jurídico: los poderes o facultades del gobernante deben limitarse en ellos. Es necesario eliminar cualquier arbitrariedad en el ejercicio del estado de excepción y reducir sensiblemente las posibilidades de discrecionalidad. La excepción debe estar sometida al derecho, a la consecución de los derechos fundamentales, y a la preservación del principio de división de poderes.

Palabras clave: Estado de excepción, derechos fundamentales, división de poderes.

ABSTRACT: Our constitutional law does not have comprehensive answers to face the exceptionality. The law in periods of exception and emergency is different from the law of ordinary periods of peace. A law is required to regulate the exception outside authoritarian conceptions. In the constitutional law of our time, states of emergency must be subject to the legal system: the powers or faculties of the ruler must be limited in them. It is necessary to eliminate any arbitrariness in the exercise of the state of exception and in reducing the possibilities of discretion. The exception must be subject to fundamental rights and the preservation of the principle of division of powers.

Keywords: *State of exception, fundamental rights, and the principle of division of powers.*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: jaicardenas@aol.com. ORCID: 0000-001-7566-2429.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes del estado de excepción contemporáneo*. III. *La comprensión jurídico-constitucional de los estados de excepción y de emergencia*. IV. *Los estados de excepción, de emergencia sanitaria y de intervención federal en el derecho mexicano*. V. *El derecho secundario que se requiere para normar la suspensión de derechos y garantías, la emergencia sanitaria y la intervención federal*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho mexicano carece de respuestas integrales para abordar la situación de excepcionalidad producto del estado de emergencia sanitaria resultante de la pandemia de covid-19. No tenemos una regulación secundaria suficiente para ello. El artículo 29 constitucional carece de legislación reglamentaria y el artículo 73, fracción XVI, de la ley fundamental no cuenta con suficiencia legislativa. La pandemia de COVID-19 nos ha tomado por sorpresa y jurídicamente desprevenidos. No tenemos una comprensión cabal, constitucional ni legal del significado y de las consecuencias de los estados de excepción y de emergencia. En este ensayo trataremos de proponer las líneas fundamentales de la legislación secundaria que nos falta en la materia, además de comprender el alcance teórico de los estados y situaciones de emergencia y de excepción.

Nuestra hipótesis consiste en señalar que la regulación jurídica de los estados de emergencia y de excepción es diversa a la de las etapas ordinarias de la vigencia del derecho. En México no tenemos una legislación acabada sobre la emergencia y excepción que satisfaga los parámetros del Estado constitucional y democrático de derecho y los estándares del derecho internacional en materia de derechos humanos. En consecuencia, proponemos las líneas de ese ordenamiento futuro, además de comprender el alcance teórico-filosófico del estado de excepción. Nuestra metodología recurre a la filosofía política, al derecho constitucional comparado y al análisis del derecho constitucional nacional sobre los estados de excepción y de emergencia.

El estado de excepción se produce en tiempos distintos a los ordinarios. En esta situación, los días son aciagos y todos los ámbitos o esferas de vida, incluyendo la jurídica, se trastocan. Podríamos *grosso modo* hablar

de tres tiempos en relación con el derecho: el tiempo de guerra, es decir, cuando se declara la guerra a una potencia extranjera —artículos 73, fracción XII, y 89, fracción VIII, de la Constitución—; 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 situaciones de vida comunes, y la fase denominada estado de excepción (que en uno de sus extremos puede coincidir con el de guerra, pero que puede no dar lugar a ella), que se presenta cuando la sociedad, el Estado o ambos viven una profunda crisis, debido a razones económicas, medioambientales, sanitarias, de convulsión social o política, de invasión extranjera o de conflicto entre poderes o entre niveles de gobierno —artículos 29; 73, fracción XVI; 76, fracciones V y VI, y 119, párrafo primero, de la Constitución—.

Podemos también 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 sólo es posible plena y totalmente —derecho constitucional y democrático— en el estado de paz, pues en los estados de guerra o de excepción el derecho sufre alteraciones muy profundas, hasta el grado de ponerse en duda si el resultado de éstas puede seguir considerándose como derecho. Esto sucedió principalmente en el mundo previo a la Segunda Guerra Mundial, periodo en el que se dudaba si había un auténtico derecho porque el derecho válido del tiempo ordinario se encontraba suspendido (Schmitt, 2009) o porque los fines del derecho (la justicia, la libertad, la igualdad o la paz) se expresaban trastocados o, simplemente, no se manifestaban.

Esto quiere decir que, en contraste con los períodos de paz, los períodos de excepción o de guerra hacen muy difícil el cumplimiento y la realización del derecho. En las teorías contemporáneas del derecho se ha realizado un esfuerzo teórico y normativo muy grande para que, en la medida en que las circunstancias lo permitan, pueda regir un derecho propio del Estado constitucional y democrático tanto en los períodos de excepción como en el de guerra, 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, en el derecho comparado encontramos la tendencia a establecer fuertes mecanismos de control de constitucionalidad y de convencionalidad en la materia.

II. ANTECEDENTES DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN CONTEMPORÁNEO

Se discute si el estado de excepción tiene su origen en instituciones romanas, como la dictadura, o si, más bien, tiene su génesis en el *iustitium*. La dictadura ha sido la explicación preferida y se suele decir que, en los períodos convulsos y de conflicto de la república romana, los cónsules elegían temporalmente a un dictador que reunía en él todos y cada uno de los poderes máximos para atender la excepcionalidad —el *imperium* extraordinario era establecido por una *lex curiata* que definía los fines de la dictadura—. Concluido o resuelto el conflicto, las cosas volvían a su estado ordinario y se ponía fin a la dictadura.

La segunda explicación procede de Agamben. Este autor sitúa uno de los antecedentes del estado de excepción en el *iustitium* de la república romana. La institución mencionada derivaba de lo siguiente:

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 y 64).

Iustitium significa suspensión o cesación del derecho. Se producía un vacío jurídico que autorizaba a un gobernante —o a cualquier persona— a preparar, al margen del derecho, las defensas frente a las calamidades para resolver el *tumultus*. Como dirá muchos siglos después Maquiavelo, se suspende el ordenamiento jurídico para salvarlo. Se rompe o se suspende el derecho para salvar al Estado, a la comunidad o a ambos. 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) parafrasea lo anterior y, filosóficamente, señala que el estado de excepción no se define según el modelo dictatorial de plenos poderes —estado pleromático—, sino según uno de obtención del poder debido al vacío y detención o parálisis del derecho —modelo kenomático— (p. 72).

A partir de esa investigación analógica, Agamben establece polémicas características del estado de excepción: 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 teorías (como la teoría de la necesidad) que ven en la necesidad 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 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) es un espacio donde opera la política, donde el gobernante reviste la *auctoritas* y el *imperium* es fluctuante (Agamben, 2010, pp. 75-77).

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 del 10 de junio de 2011 al artículo 29 constitucional norma, constitucional y convencionalmente, el estado de suspensión de derechos y garantías. Ésta establece lo siguiente: existen derechos y garantías que no pueden ser suspendidos —párrafo segundo del artículo 29 constitucional—; se somete el estado de suspensión a un procedimiento para su aprobación, 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, y el Poder Legislativo tiene la facultad 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 del 22 de Frimario 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 confluiría con el tiempo con la categoría estado de sitio (Hauriou, 2003, pp. 130-141).

Previo a esta norma constitucional, por un decreto de la Asamblea Constituyente de la Revolución francesa del 8 de julio de 1791 se incorporó jurídicamente el estado de sitio y, de manera interesante, se le distingue del estado de guerra y de paz. El 27 de agosto de 1797 se contempla el estado de sitio en la Ley del Directorio y se amplían, respecto a 1791, los poderes concedidos a la autoridad militar.

Por decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811 se prevé que el emperador podía declarar el estado de sitio, con independencia de cuál fuera la situación efectiva de una ciudad sitiada o amenazada por fuerzas enemigas. A esta regulación se le llamó estado de sitio ficticio o político. En el artículo 14 de la Carta de 1814 se atribuía al soberano el poder de elaborar los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado.

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 ley 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 del 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 los 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 Mundial toda la actividad legislativa francesa estuvo en manos del Ejecutivo.

La vigente Constitución francesa de 1958 regula en el artículo 16 —solicitado en su redacción por 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, De Gaulle recurrió al artículo 16, aunque el funcionamiento de los poderes públicos no se había interrumpido.

En la emergencia suscitada por la pandemia de COVID-19, en Francia se promulgó el 23 de marzo la ley número 290 de 2020, que declaró un estado de emergencia de salud por dos meses y estableció restricciones a los derechos fundamentales, principalmente, al libre tránsito, a la libertad de reunión y a las libertades económicas. La ley previó sanciones a quien violara sus normas. Las sanciones implicaban multas o la pena de prisión de hasta seis meses. El Consejo Constitucional francés en su decisión núm. 2020-800 DC, de 11 de mayo, reconoció el control judicial de las restricciones previstas en la ley 290 para evitar la arbitrariedad de las autoridades.

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

¹ Respecto al estado de sitio, el artículo 36 de la Constitución de 1958 indica que éste será declarado por el Consejo de ministros y no por la Asamblea Nacional.

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.

La Constitución de Weimar indicaba que una ley precisaría las facultades del presidente, la cual 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 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 Schmitt en su polémica con Kelsen, indicando que el presidente, al aplicar el artículo 48 de la Constitución, 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 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. La ley alemana vigente regula el estado de necesidad interna, la cual se justifica como la defensa de una constitución democrática liberal.

Durante la pandemia de COVID-19 en Alemania en 2020, el gobierno dictó distintas medidas restrictivas de los derechos humanos y de la libertad de tránsito, basándose en el estado de tensión, diverso al estado de defensa, pues éste aplica en caso de guerra o de invasión al territorio alemán.

En Suiza, el 3 de agosto de 1914, la Asamblea Federal Suiza confirió al Consejo Federal —su Poder Ejecutivo colegiado— la facultad ilimitada de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad, la integridad y la neutralidad de Suiza. Los juristas de ese país justificaron el estado de excepción en un derecho de necesidad inherente a la existencia del Estado y en una laguna de derecho que las disposiciones excepcionales debían colmar (García Pelayo, 1991, pp. 569 y ss.).

El estado de excepción no está previsto expresamente en la Constitución italiana de 1947 (Zagrebelsky, 2000, pp. 229-260). Los italianos han acudido al decreto ley para definir estos estados. Los decretos de necesi-

dad y urgencia han sido la vía jurídica para regular los estados de excepción, y se han transformado, a pesar de su origen excepcional, en parte de la vida jurídica ordinaria de ese país. Algunos teóricos dicen que el decreto ley ha trocado a la república parlamentaria italiana en una república gubernamental.

A partir del 31 de enero de 2020, por medio de diversos decretos leyes fundados en el artículo 77 de la Constitución italiana, se han dictado medidas de necesidad y urgencia que han restringido los derechos fundamentales.

En el derecho estadounidense, históricamente se han concedido al presidente de los Estados Unidos poderes soberanos para atender emergencias, incluyendo las militares. La Patriot Act, aprobada después del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 a las Torres Gemelas de Nueva York, confirió al presidente de los Estados Unidos poderes extraordinarios, por encima del Congreso, y creó una situación en la que la excepcionalidad se convirtió en regla. Este tipo de legislación en los Estados Unidos es de larga data. Por ejemplo, la National Recovery Act, del 16 de junio de 1933, concedió al presidente Roosevelt poderes ilimitados de reglamentación y de control sobre cualquier aspecto de la vida económica del país (Swisher, 1958, pp. 243-273; Corwin, 1992, pp. 266 y 267).

El 13 de marzo de 2020, el presidente Donald Trump emitió la Proclamación 9994 para establecer la emergencia nacional por la pandemia de COVID-19. Tal proclamación se fundamentó en la Ley Nacional de Emergencia y en la Ley de Seguridad Social, y ha comportado la restricción y limitación de algunos derechos fundamentales.

En España, con fundamento en el artículo 116 de la Constitución y el artículo 40., apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, que regula los estados de alarma, excepción y sitio, el Gobierno decretó el estado de alarma por la emergencia sanitaria, con motivo de la pandemia de COVID-19, y se expidió en consecuencia el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de 2020. Debe decirse que el estado de alarma permite hacer frente a los desastres naturales, las crisis de salud, la parálisis de los servicios públicos esenciales y la falta de suministro de las necesidades básicas, y para su determinación no requiere el acuerdo del Congreso de los Diputados. El estado de emergencia es una respuesta a las perturbaciones del orden público que impiden el funcionamiento normal de las instituciones democráticas y los servicios públicos, y, para decretarlo, se requiere el acuerdo del Congreso de los Diputados. El estado de sitio procede en casos de

amenaza contra la soberanía, la independencia, la integridad territorial o el régimen constitucional español, y debe ser proclamado por el Congreso de los Diputados a propuesta del Gobierno (Cruz Villalón, 1980).

III. LA COMPRENSIÓN JURÍDICA-CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA

Para Carl Schmitt, el único que puede decidir sobre el estado de excepción es el soberano. Este estado implica la garantía última del orden del Estado. Los estados de excepción, en la concepción autoritaria de Schmitt, escapan a la regulación normativa, es más, son el ámbito de la suspensión del ordenamiento jurídico en donde es el gobernante el que tiene el poder de decretar el estado de excepción y el que define la situación crítica a través de los medios que se estimen oportunos (Schmitt, 2009).

En las concepciones democráticas, la posición de Schmitt es insostenible. La tendencia en el derecho constitucional de nuestro tiempo es que los estados de excepción y de emergencia estén sometidos al ordenamiento jurídico y que los poderes o facultades del gobernante estén limitadas. 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 derechos 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 de emergencia pudiera comprenderse jurídicamente (Schmitt, 1990, p. 99). 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, hasta el grado de 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, el mantenimiento de la Constitución y del 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 excepcionalidad 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 la 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 hipótesis de peligro o de 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 son leyes en el derecho comparado 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, de emergencia o de 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) una máxima o antidemocrática. Para la postura mínima, el estado de necesidad es un medio para salvaguardar los derechos fundamentales y los 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 de sus derechos, por ello el derecho de necesidad debe ejercerse proporcional

y razonablemente para que no degenera en arbitrariedad o injusticia. En esa 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 sirven para afirmar que los fines del Estado, su existencia y sus proyecciones se encuentran por encima de los derechos de las personas. El principio puede asesinar a sus parientes y/o aliados, si con ello conserva o realiza los fines del Estado. El principio puede disponer del cuerpo y de los bienes de los súbditos en todo momento. La necesidad justifica las guerras de conquista o las guerras preventivas de nuestra época. La necesidad obliga al principio a violar acuerdos y alianzas, ya que es mejor que rompa un tratado a que haga perecer a su pueblo. La necesidad, en la 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, emergencia, alarma, sitio, etcétera, no puede afectar los principios fundamentales de la Constitución y jamás puede crear poderes superiores o ajenos a la Constitución, ni suspender la vigencia de la Constitución. 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 con el 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 los estados de excepción, de emergencia y de 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 de los estados de excepción y de emergencia se produce la 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 conforme a una lógica de la normalidad.

IV. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN, DE EMERGENCIA SANITARIA Y DE INTERVENCIÓN FEDERAL EN EL DERECHO MEXICANO

El artículo 29 de la Constitución dispone en su primer párrafo que, en casos de invasión (seguridad exterior), perturbación grave a la paz pública (seguridad interior) o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto (seguridad interior y exterior), solamente el presidente, con aprobación del Congreso o de la Comisión Permanente, podrá restringir o suspender derechos humanos y garantías en todo el país, o en una parte de él, por tiempo limitado y por medio de prevenciones generales. Además, agrega que la suspensión y restricción de derechos debe estar fundada y motivada, ser proporcional al peligro al que se hace frente y se deben observar los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Todos los decretos (que deben ser constitucionales) expedidos por el Ejecutivo, con motivo y durante el tiempo de la suspensión o restricción de derechos, deben ser revisados de oficio y prontamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el fin de determinar su constitucionalidad y validez.² Las medidas legales y administrativas adoptadas durante la etapa de suspensión o restricción quedan sin vigencia una vez concluida la emergencia. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Con motivo de la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, se estableció que, en la suspensión de derechos y garantías, no pueden restringirse ni suspenderse los derechos a que alude el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ello, algunos sostienenmos que esos derechos humanos y garantías tienen prevalencia sobre el resto del bloque de constitucionalidad, pues, aun en el caso extraordinario de la suspensión de derechos y garantías, no pueden limitarse.

Es muy importante señalar que, conforme a la reforma al artículo 29 de la Constitución, para que la suspensión o restricción de derechos y garantías sea constitucional y convencional, debe cumplir con ciertos principios: de legalidad, para que existan normas que lo regulen y se prevean

² Entre otros autores que tratan el tema antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos, véase Fix-Zamudio (2004), Valadés (1974) y Fix-Fierro (2004, pp. 498-508; 2003, pp. 595-657).

los mecanismos de control; de proclamación, para que la suspensión y restricción sea pública; de no discriminación; de notificación, para que las autoridades supranacionales de derechos humanos conozcan del establecimiento y aplicación de la suspensión de derechos y garantías; de temporalidad, para que las medidas no sean eternas, sino transitorias; de amenaza excepcional y no ordinaria; de proporcionalidad, para que las medidas que se adopten estén en consonancia con el peligro que se enfrenta, y de complementariedad, concordancia y compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

Han existido intentos por aprobar una legislación secundaria del artículo 29 constitucional, los cuales no han tenido éxito. Encuentro como explicación de lo anterior, la pugna entre la visión que busca matizar y reducir la juridificación del estado de suspensión de derechos y garantías, y la visión que pretende maximizar la juridificación de la suspensión dentro de parámetros que faciliten su control de constitucionalidad y convencionalidad.

Además del estado de suspensión de derechos y garantías, el presidente de la República cuenta, para algunos, con facultades legislativas propias en el orden constitucional mexicano que son opuestas al principio de división de poderes tradicional. En los términos del artículo 73, fracción XVI, de la Constitución, el Ejecutivo Federal, a través del Consejo de Salubridad General, puede emitir disposiciones generales obligatorias para toda la República en materia de salubridad, tanto en caso de epidemias como de enfermedades exóticas, alcoholismo, sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, o para combatir la contaminación ambiental.

La fracción XVI del artículo 73 constitucional entraña poderes extraordinarios en favor del Ejecutivo, los cuales se ejercen a través del Consejo de Salubridad General, para enfrentar las contingencias que prevé la norma, entre ellas las relativas a una pandemia, como la relacionada con la COVID-19. Esas facultades extraordinarias son, en primera instancia y de manera directa, de carácter sanitario, pero pueden extenderse, como se ha comprobado con la pandemia de COVID-19, a las materias financieras, presupuestales, políticas o las que sean necesarias para atender una pandemia.

Los estados de emergencia por salud pública implican el ejercicio de facultades concurrentes entre la Federación, los estados y municipios. La Ley General de Salud establece la distribución de competencias para controlar, prevenir, vigilar y supervisar el cumplimiento de las medidas

obligatorias que emite el Consejo de Salubridad General. El 30 de marzo de 2020, el gobierno mexicano declaró emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor.³ Al día siguiente, la Secretaría de Salud Federal decretó medidas extraordinarias para atender la emergencia, entre las que destacan la Jornada Nacional de Sana Distancia y la suspensión inmediata de actividades no esenciales, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión de la COVID-19. El gobierno mexicano de López Obrador no ha querido pasar de la emergencia sanitaria prevista en la fracción XVI del artículo 73 constitucional al estado de suspensión de derechos y garantías reconocido en el artículo 29 constitucional.

El estado de emergencia sanitaria implica que las restricciones de los derechos deben ser oportunas, transitorias, públicas, proporcionales y no discriminatorias, conforme a los mejores estándares de los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴ y los de los Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁵ Dichos estándares desarrollan diferentes normas universales, regionales y nacionales de los derechos humanos que son vinculatorias para el Estado mexicano, el cual debe salvaguardarlas para garantizar el principio *pro persona*.

La Federación puede intervenir en la vida interior de las entidades federativas a través de múltiples instrumentos que implican una transgresión al principio de división de poderes vertical. Entre los mecanismos de intervención, podemos mencionar los siguientes. Previsto en el artículo 29 de

³ La declaración fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de marzo de 2020.

⁴ Los Principios de Siracusa establecen los siguientes criterios para la limitación de los derechos humanos: la limitación debe estar prevista en el orden jurídico y ser compatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la limitación no debe ser arbitraria; puede ser impugnable su aplicación abusiva; no debe ser discriminatoria; debe ser necesaria; debe responder a un objetivo legítimo, y debe ser proporcional. También deben tomarse en cuenta los Estándares de París, el Informe del Relator Especial, Leandro Despouy, sobre derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1997/19) y la Observación General núm. 29 del Comité de Derechos Humanos de la ONU. (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11).

⁵ Los principios de Limburg son similares a los de Siracusa y agregan algunos criterios para justificar la limitación a los derechos humanos, por ejemplo, las limitaciones no deben impedir el funcionamiento democrático de la sociedad y la limitación no debe aplicarse o interpretarse en menoscabo de un determinado derecho.

la Constitución, la Federación puede suspender derechos humanos y garantías en las entidades, en alguna de ellas o en todas, sin que las entidades federativas puedan intervenir en el procedimiento.

En materia electoral, el Instituto Nacional Electoral (INE) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tienen competencias sobre los procesos electorales locales, según establecen los artículos 41, 99 y 116, fracción IV, de la Constitución. En el caso del INE, éste puede asumir la realización de las elecciones locales.

De acuerdo con el artículo 73, fracciones I y III, de la Constitución, el Congreso de la Unión puede admitir nuevos estados en la Federación sin el consentimiento de las entidades federativas, y puede formar nuevas entidades dentro de los límites de los existentes. En este caso, si las legislaturas de las entidades de los territorios de que se trate no dan su consentimiento, las demás legislaturas locales pueden crear, con el voto de las dos terceras partes, a las nuevas entidades.

Conforme al párrafo segundo de la fracción I del artículo 76 de la Constitución, el Ejecutivo, con la aprobación del Senado, puede aprobar tratados, terminarlos, denunciarlos, suspenderlos, modificarlos, enmendarlos, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre ellos, sin la participación directa de las entidades federativas, incluso si esas normas tuvieran incidencia en su ámbito y en el de los municipios.

A través de la implementación de la Guardia Nacional, el Poder Ejecutivo Federal tiene competencias para emplearla en todo el territorio nacional, incluyendo a las entidades federativas, sin necesidad de que éstas autoricen la participación de la Guardia en el ejercicio de las facultades que la ley determina para ella (Cárdenas Gracia, 2020a, pp. 29-38).

El Senado de la República cuenta con la atribución —artículo 76, fracción V, de la Constitución— para declarar la desaparición de los poderes en las entidades federativas y para nombrar a un titular del Poder Ejecutivo provisional que convocará a elecciones conforme a las leyes constitucionales de la entidad federativa. Tal facultad se ejerce por los poderes de la Federación sin participación de las entidades (González Oropeza, 1987).

El Senado, de acuerdo con la fracción VI del artículo 76 de la Constitución, tiene competencia para resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de una entidad federativa, cuando alguno de ellos ocurra con ese fin al Senado o cuando, con motivo de dichas cuestiones, se haya interrumpido el orden constitucional, mediando un conflicto de armas.

Los Ejecutivos de las entidades federativas, los diputados locales, los magistrados locales, los miembros de los Consejos de las Judicatura Locales y los titulares de órganos constitucionales autónomos locales pueden ser sujetos a juicio político y de declaración de procedencia federal. La resolución se comunica a las legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda —artículo 76 fracción VII, 110 y 111 de la Constitución—. El Senado de la República designa a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sin tomar en cuenta a las entidades federativas —artículo 76, fracción VIII, de la Constitución—, tal como se previó originalmente en la Constitución de 1917.

También el Senado autoriza, mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, los convenios amistosos que, sobre sus respectivos límites, celebren las entidades federativas —artículo 76, fracción X—. En caso de no existir convenio, la competencia es de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos del artículo 46 de la Constitución.

La Auditoría Superior de la Federación fiscaliza a las entidades federativas y a los municipios en los términos del artículo 79 de la Constitución. La Auditoría tiene facultad para fiscalizar las garantías que otorgue el gobierno federal respecto a empréstitos de entidades y municipios, así como los recursos federales que administren las entidades y municipios, en coordinación con las entidades federativas o de manera directa, y también puede fiscalizar las participaciones federales. En cuanto a las aportaciones federales, la fiscalización es directa por parte de la Auditoría Superior de la Federación (Ackerman y Astudillo, 2009).

En materia judicial, las decisiones de las autoridades de las entidades federativas y municipios son susceptibles de ser controvertidas mediante el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. En México no existe federalismo judicial. Casi todas las decisiones de los tribunales locales, aun las de carácter constitucional local, son susceptibles de ser revisadas por los tribunales federales (Collí Ek, 2011, pp. 297-326).

De acuerdo con el artículo 113 de la Constitución, en el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) no hay participación de las entidades federativas ni de los municipios, aunque se le da el mote de nacional. Sin embargo, sus decisiones tienen consecuencias en el ámbito local para los sistemas de anticorrupción de las entidades federativas.

También podemos sumar a los mecanismos de intervención, las competencias que la Federación o las entidades federativas se delegan mutuamente mediante convenios, según lo prevé la fracción VII del artículo 116 constitucional.

Según el artículo 120 de la Constitución, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales, pero el Poder Ejecutivo Federal no está obligado a publicar y a difundir las leyes locales.

El artículo 121 del ordenamiento supremo indica que, en cada entidad federativa, se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales realizados por las otras. A través de leyes generales se regulará la manera de probar los actos, registros y procedimientos. Es decir, nuevamente es el Congreso de la Unión el que determina el alcance de los actos, registros y procedimientos de las entidades federativas.

Finalmente, el primer párrafo del artículo 119 de la Constitución establece el mecanismo de intervención federal. La norma señala que los poderes de la Unión tienen el deber de proteger a las entidades federativas contra toda invasión o violencia interior. En caso de sublevación o disturbio interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la legislatura de la entidad federativa o por su Ejecutivo, si aquélla no estuviere reunida.

La intervención federal implica una afectación severa al principio de división de poderes vertical (Cárdenas Gracia, 2020b). Los poderes de la Unión, con su intervención justificada, trastocan el reparto de competencias entre la Federación, las entidades federativas y los municipios, en aras de garantizar el orden constitucional de la República al interior de las entidades federativas. La intervención federal también, y mientras permanezca, puede entrañar limitaciones temporales a los derechos fundamentales.

Se trata de un mecanismo que impacta, aunque no de la misma manera que la suspensión de derechos y garantías del artículo 29 constitucional, en la esfera del orden constitucional que las personas ordinariamente viven. El derecho en esta situación presenta características excepcionales en su concepción, interpretación y aplicación.

Dada la trascendencia de la institución, sería importante que el Congreso de la Unión expidiera una legislación reglamentaria del párrafo primero del artículo 119 constitucional que fijara los límites, profundidad y alcance de la intervención federal. Al momento, no existe ordenamiento secundario que señale de manera precisa los supuestos de la intervención, ni los

procedimientos necesarios para decretarla, ni el papel de los poderes de la Unión en la determinación y aplicación del mecanismo de intervención federal.

V. EL DERECHO SECUNDARIO QUE SE REQUIERE PARA NORMAR LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS, LA EMERGENCIA SANITARIA Y LA INTERVENCIÓN FEDERAL

En nuestro país, no existen normas secundarias que permitan regular con alguna extensión los estados de suspensión de derechos y garantías, de emergencia o de intervención federal. Para discutir y, en su caso, aprobar esa legislación se debería acudir en primer término al derecho internacional de los derechos humanos —en el ámbito universal, al artículo 4o. 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 ese derecho supranacional se debe entender que la interpretación de las normas, una vez aprobadas, deberá ser restrictiva, para afectar en menor grado los derechos de las personas, además de cumplir con los siguientes estándares mínimos:

- a) Proclamación oficial de cualquier estado de excepción;
- b) Principio de excepcionalidad;
- c) Atender a los principios de necesidad y proporcionalidad;
- d) Que las autoridades competentes justifiquen la proclamación de cualquier estado de excepción y las medidas que se adopten con fundamento en esa declaración;
- e) Que las medidas que se adopten no entrañen discriminación alguna;
- f) La temporalidad precisa de las medidas adoptadas;
- g) Carácter inalienable de ciertos derechos humanos;
- h) Contar con otros criterios sustantivos para proteger en especial algunos derechos como el de protección judicial, y
- i) Cumplir con la notificación internacional.⁶

⁶ Sobre estos estándares, véase los párrafos 13 a 16 de la Observación General núm. 29 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11) y las Opiniones Consultivas núm. 8/87 (OC-8/87) y núm. 9/87 (OC-9/87) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre la ley reglamentaria del artículo 29, han existido intentos de aprobación de un cuerpo normativo que han resultado a la postre frustrados. La futura ley reglamentaria del artículo 29 constitucional se debería encargar de precisar los casos que pueden dar lugar a la suspensión de derechos y garantías —invasión, perturbación grave a la paz pública, grave peligro o conflicto—. La ley podría detallar el procedimiento para que, cuando el titular del Poder Ejecutivo advierta la causa de suspensión de derechos y garantías, la solicite al Congreso de la Unión, y éste la apruebe por 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.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 estableció en su artículo cuarto transitorio que el Congreso de la Unión expediría la ley reglamentaria del artículo 29 constitucional en el plazo de un año, a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional. El plazo fue transgredido y hasta la fecha no se ha expedido la legislación reglamentaria respectiva.

Desde luego que la ley reglamentaria debe reforzar el principio constitucional para que, en los decretos que se dicten con motivo de la suspensión de derechos y garantías, no puedan suspenderse los derechos siguientes: 1) a la no discriminación, 2) al reconocimiento de la personalidad jurídica, 3) a la vida, 4) a la integridad personal, 5) a la protección de la familia, 6) al nombre, 7) a la nacionalidad, 8) a 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 de la servidumbre, y 14) la prohibición de la desaparición forzada y la tortura.

La ley debería puntualizar que tampoco se podrán suspender los siguientes principios: *pro persona*, de no discriminación, de legalidad, de irretroactividad de las leyes y del debido proceso. Igualmente, en la ley no podría suspenderse el valor de la dignidad humana.

Los derechos, garantías y principios que no pueden suspenderse son consecuencia de la redacción del segundo párrafo del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, antes de la reforma mexicana al artículo 29 constitucional, ya había establecido los derechos y garantías que no pueden ser menoscabados en la región interamericana por los procedimientos de suspensión de derechos. No obstante, entre

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

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 del Ejecutivo deben basarse en los principios de proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Cada uno de esos principios debe ser desarrollado por la legislación secundaria del artículo 29 constitucional.

El fin a la suspensión de derechos y garantías, en sus distintas hipótesis, debe determinarse pormenorizadamente en la ley para que todas las medidas legales y administrativas dictadas durante la suspensión queden sin efecto de manera inmediata. Desde luego que la ley reafirmaría que el Ejecutivo no posee veto para oponerse al decreto del Congreso que ponga fin a la suspensión de derechos y garantías.

La ley secundaria debe establecer los plazos y procedimientos para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de oficio e inmediatamente, revise la constitucionalidad y la validez jurídica de los decretos que se emitan con motivo de la suspensión de derechos y garantías.⁷ El rol más importante de la futura ley reglamentaria del artículo 29 constitucional debe ser el someter a derecho, y a controles jurídicos y político-democráticos, la suspensión de derechos y garantías (Salazar Ugarte, 2013, pp. 229-257).

Un tema más interesante, dado que el artículo 29 de la Constitución reconoce derechos humanos y principios que nunca podrán suspenderse ni restringirse, consiste en saber si en el orden jurídico nacional existen derechos humanos de primer nivel y de segundo nivel, porque los que están contenidos en el artículo 29 tienen una protección reforzada que no tienen los demás derechos humanos. En este sentido, creo que en México queda actualizada, paradójicamente y sólo para estos efectos, la vieja tesis de las decisiones políticas fundamentales de la que hablaba Carl Schmitt. En el futuro, ninguna reforma constitucional podría realizarse para menoscabar

⁷ 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. Entre otros, véase Zovatto (1987), García Belaúnde (1984), Gallón Giraldo (1979) y García Villegas y Uprimny (2000).

o limitar los derechos humanos o los principios que enumera el artículo 29 de la Constitución.

El papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también es muy relevante porque se constituye en el último garante de la constitucionalidad en una situación de suspensión de derechos y garantías. Quien definirá el alcance de las medidas y de los derechos humanos será la Suprema Corte, y no algún otro poder. Lo anterior, aunque nos parece muy correcto, presenta el problema relacionado con la legitimidad democrática de origen de los jueces constitucionales porque los integrantes de la Suprema Corte no son electos por el pueblo y, en situaciones excepcionales y extraordinarias, los ministros le van a señalar a poderes electos por el pueblo que sus decisiones de emergencia no reúnen las condiciones de constitucionalidad ni de validez. Aquí se comprueba el carácter de legislador negativo de la Suprema Corte a la que se ha referido reiteradamente la teoría constitucional popular (Alterio y Niembro Ortega, 2013; Alterio, 2014).

En síntesis, la futura ley reglamentaria del artículo 29 constitucional debe ceñir al poder del hiperpresidencialismo mexicano. El garante de la Constitución, aun durante los estados de excepción, debe ser exclusivamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y no el Ejecutivo o algún otro poder o instancia.

Respecto a la fracción XVI del artículo 73 constitucional, no existe una ley reglamentaria específica que regule las atribuciones del Consejo de Salubridad General, a menos que entendamos que ella es la Ley General de Salud, que ciertamente establece algunas bases limitadas, pero no suficientes, para atender las emergencias sanitarias en situaciones de crisis o extraordinarias. En nuestro país está en vigor el Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General, publicado el 11 de diciembre de 2009, que concede al Consejo facultades de regulación administrativa general —puede emitir normas administrativas de carácter general—, pero no legislativas, y cuando mucho el citado Consejo puede proponer reformas legales —artículo 9o., fracción VIII, del Reglamento—.

La finalidad de la ley reglamentaria del artículo 73, fracción XVI, consistiría en delimitar las competencias del Consejo de Salubridad General, lo que hoy en día se norma a través del reglamento mencionado, el cual no está diseñado específica ni integralmente para regular las emergencias sanitarias, sino principalmente para situaciones ordinarias relacionadas con la salud. La futura ley reglamentaria podría regular los alcances de la emergencia y las facultades administrativas de carácter general y par-

ticular que tendría el Consejo. Seguramente, al igual que en materia de suspensión de derechos y garantías, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debería tener facultades de control constitucional de oficio para revisar las determinaciones generales y abstractas del Consejo de Salubridad General, y el Congreso de la Unión debería tener atribuciones de control parlamentario sobre esas decisiones. Las medidas del Ejecutivo y del Consejo de Salubridad General deben basarse, en todo caso, en los principios de proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación, y cada uno de esos principios debe ser desarrollado por la futura legislación reglamentaria del artículo 73, fracción XVI, de la Constitución.

La historia constitucional de la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución demuestra los problemas de interpretación del precepto: si las decisiones del Consejo de Salubridad General son realmente legislativas; si son o no atribuciones concurrentes; si la fracción XVI del artículo 73 constitucional es una excepción al principio de división de poderes establecido en el artículo 29 constitucional, entre otras (Salazar Ugarte, 2013, pp. 229-257). Esto demuestra la necesidad de una ley reglamentaria del precepto que aclare o resuelva esas polémicas, además de brindar certeza constitucional sobre el alcance de las medidas que son adoptadas por el Consejo de Salubridad General.

En cuanto a la intervención federal en las entidades federativas prevista en el primer párrafo del artículo 119 constitucional, no existe a la fecha legislación secundaria alguna. Es obvio que, en el ejercicio de esta facultad, se puede atentar contra el principio de división de poderes vertical —afectar el federalismo y las competencias de los estados y municipios— y también contra los derechos humanos, como puso de manifiesto el voto concurrente del exministro José Ramón Cossío Díaz sobre la investigación constitucional realizada por la comisión designada en el expediente 1/2007, en la que se analizaron hechos ocurridos en la ciudad de Oaxaca y la actuación del Poder Ejecutivo Federal.

Para ello, se requiere una legislación secundaria que precise los supuestos que dan lugar a la obligación de los poderes de la Unión de proteger a las entidades federativas contra toda invasión o violencia exterior, y la obligación de los poderes de la Unión de otorgar protección a las entidades federativas en cada caso de sublevación o trastorno interior, cuando sean excitados por la legislatura local o por su Ejecutivo, cuando la primera no estuviere reunida.

La legislación secundaria del primer párrafo del artículo 119 constitucional seguramente implicará la intervención oficiosa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Congreso de la Unión para controlar la constitucionalidad y convencionalidad de las determinaciones que adopte el Ejecutivo Federal en los procesos de intervención y garantía federal, así como la garantía efectiva de los principios de proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación en las decisiones que sean asumidas por el presidente de la República en esos casos.

VI. CONCLUSIONES

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

Sin embargo, en las teorías del Estado constitucional y democrático de derecho contemporáneas, aun en estados de excepción o de guerra, el derecho debe intervenir y normar esas situaciones 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 períodos de excepción (Valim, 2018, pp. 438-461).⁸

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 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 gra-

⁸ 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.

vedad de los hechos y a los riesgos y amenazas que corre la sociedad, el Estado constitucional y la democracia.

En nuestro país, la legislación secundaria y reglamentaria sobre los estados de excepción es inexistente o profundamente deficiente. No hay ley reglamentaria del artículo 29 constitucional, el artículo 73, fracción XVI, está insuficientemente normado por la Ley General de Salud, y el primer párrafo del artículo 119 constitucional carece de legislación secundaria. Las facultades del Ejecutivo y del Legislativo —artículo 73, fracción XII, y 89, fracción VIII, de la Constitución—, en relación con la guerra, carecen de regulación.

Es inaceptable que todos esos estados de crisis no tengan una comprensión jurídica adecuada. Al no tenerla, la actuación del titular del poder ejecutivo y de otras autoridades se presta a excesos de poder que violan los principios de división de poderes, los democráticos, y los derechos humanos.

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

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, J. M. y ASTUDILLO, C. (coords.). (2009). *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*. México: UNAM-IIJ.
- AGAMBEN, G. (2010). *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*. Valencia: Pre-Textos.
- ALTERIO, A. M. (2014). Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (8), 227-306.
- ALTERIO, A. M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (2013). ¿Qué es el constitucionalismo popular? Una breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad, en ALTERIO, A. M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (coords.). *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*. México: Porrúa.
- BALDI, C. (1988). Estado de sitio, en BOBBIO, N. y MATTEUCCI, N. *Diccionario de Política* (t. I) México, Siglo XXI Editores.

- CÁRDENAS GRACIA, J. (2020a). La militarización de México: de Fox a López Obrador, en GONZÁLEZ MARTÍN, N. *Emergencia sanitaria por COVID-19: un acuerdo desconcertante, ¿emergencia por motivos de salud o de seguridad?* (Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 27, México: UNAM-IIJ.
- CÁRDENAS GRACIA, J. (2020b). *Manual de Derecho Constitucional*. México: Tirant lo Blanch.
- COLLÍ EK, V. M. (2011). “La voz del constituyente y la evolución constitucional del amparo en México, 1917-2009”, en GONZÁLEZ OROPEZA, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia* (t. I), México, UNAM.
- Comité de Derechos Humanos. (2001). Observación General núm. 29 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11). Disponible en: <https://undocs.org/es/CCPR/C/21/Rev.1/Add.11>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1987a). Opinión Consultiva núm. 8/87 (OC-8/87). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1987b). Opinión Consultiva núm. 9/87 (OC-9/87). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf.
- CORWIN, E. S. (1992). *The Constitution and What It Means Today*, Nueva Jersey: Princeton University Press.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1980). *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DENNINGER, E. (1996). Democracia militante y defensa de la Constitución. En BENDA, E. et al., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- FIX-FIERRO, H. (2003). “Comentario al artículo 29 constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, E. et al. (coords.), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones* (t. V), México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados (LVIII Legislatura)-Senado de la República-IFE-TEPJF-SCJN.
- FIX-FIERRO, H. (2004). Comentario al artículo 29 constitucional. En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*, México,: Porrúa-UNAM-IIJ.

- FIX-ZAMUDIO, H. (2004). “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37(111).
- GALLÓN GIRALDO, G. (1979). *Quince años de estado de sitio en Colombia: 1958-1978*, Bogotá, América Latina.
- GARCÍA BELAÚNDE, D. (1984). Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas. En varios autores. *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*, Lima, Comisión Andina de Juristas.
- GARCÍA PELAYO, M. (1991). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza.
- GARCÍA VILLEGAS, M. y UPRIMNY, R. (2000). “El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia”, en CAMACHO GUIZADO, A. y LEAL BUITRAGO, F. (comps.). *Armar la paz es desarmar la guerra*. Bogotá, DNP-FESCOL-IEPRI-Misión Social, Presidencia de la República-Alto Comisionado para la Paz.
- GONZÁLEZ OROPEZA, M. (1987). *La intervención federal en la desaparición de poderes*, México, UNAM-IIJ.
- HAURIQU, M. (2003). *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid: Comares.
- MEHRING, R. (2014). *Carl Schmitt. A Biography*, Cambridge: Polity Press.
- SAGÜÉS, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- SALAZAR UGARTE, P. (2013). “Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción”, en FERRER MAC-GREGOR, E. et al., *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana* (t. I), México, SCJN-UNAM-IIJ-Konrad Adenauer Stiftung.
- SCHMITT, C. (1990). *Sobre el parlamentarismo*. Madrid, Tecnos.
- SCHMITT, C. (2009). *Teología política*. Madrid, Trotta.
- SCHMITT, C. (2014). *El valor del Estado y el significado del individuo*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SWISHER, C. B. (1958). *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos* (t. I), Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.
- VALADÉS, D. (1974). *La dictadura constitucional en América Latina*. México: UNAM.

- VALIM, R. (2018). Estado de excepción. La forma jurídica del neoliberalismo. *Revista Derechos en Acción*, 7(7), 438-461.
- ZAGREBELSKY, G. (2000). Epílogo. En MORTATI, C. *La Constitución en sentido material*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 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*, México, Comité Internacional de la Cruz Roja-Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

