

Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción

Pedro SALAZAR UGARTE

SUMARIO: I. *Apunte introductorio*. II. *El artículo 29 en su versión original*. III. *La reglamentación internacional*. IV. *El derecho internacional y las opiniones consultivas*. V. *Algunos casos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. VI. *Evolución de la Constitución mexicana*. VII. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana y el estado de excepción*. IX. *La Corte, las fuerzas armadas y los derechos*.

PALABRAS CLAVE: Suspensión; Restricción; Fuerzas armadas; Estado de excepción; Suspensión de garantías; Estado de emergencia; Uso de fuerza; Legalidad; Racionalidad; Proclamación; Publicidad; No discriminación; Seguridad interior; Seguridad pública.

I. Apunte introductorio

En esta ocasión no escribo directamente sobre los derechos humanos sino sobre su suspensión. Lo cual no deja de ser paradójico en una obra dedicada a comentar una constitución precisamente sobre derechos. Lo que sucede es que la figura de la suspensión se encuentra constitucionalizada y fue objeto de una profunda transformación en el marco de las modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") de junio de 2011. De hecho, la institución de la suspensión o restricción de derechos –íntimamente asociada con la figura del estado de excepción– encarna uno de los supuestos más paradójicos y controvertidos en el constitucionalismo contemporáneo. La idea de fondo es que los estados deben contar con mecanismos especiales para la adopción de medidas urgentes en situaciones de crisis.

Se trata de una figura que evoca la tesis de los "poderes extraordinarios" ante situaciones excepcionales que, en la práctica, suponen una suspensión de la vigencia del derecho –en principio– para salvar al derecho mismo. En los hechos, si nos atenemos a la experiencia comparada, por lo general, el poder ejecutivo adquiere un predominio temporal sobre los otros poderes y obtiene potestades especiales con las que no cuenta en los periodos de normalidad constitucional. Sin embargo, teóricamente, aunque la figura contempla la parálisis temporal de algunas instituciones fundamentales del modelo constitucional, la suspensión

o restricción de derechos no conlleva la instauración de un nuevo orden constitucional. Por eso, para Giorgio Agamben, el estado de excepción es el vacío de derecho que, sin embargo, lo funda.¹ Una paradoja muy estudiada en el campo de la teoría jurídica y política que es foco de profundas controversias porque suele cuestionarse la compatibilidad que esta figura tiene con esquemas autoritarios que socavan a los presupuestos del constitucionalismo democrático.

Desde una perspectiva histórica esta institución –que en México está contenida en el artículo 29 de la Constitución– evoca la figura de la dictadura romana en su versión clásica. Como es ampliamente conocido, en la República romana el dictador era un magistrado monocrático, legítimo y con un mandato constitucional temporal investido de autoridad para hacer frente a una situación de emergencia. Tradicionalmente la emergencia estaba relacionada con una amenaza externa que justificaba la investidura del dictador para hacer la guerra (*dictadura rei gerendae*) o con una amenaza a la estabilidad interna que lo facultaba para enfrentar una rebelión en el interior de la República (*dictadura seditionis sedandae*). Así las cosas, si observamos a la institución de la dictadura clásica desde la concepción moderna del Estado, aquella era un instrumento legal y legítimo para proteger la soberanía estatal.²

Algunos autores, como Héctor Fix-Fierro, han comparado esta medida extraordinaria con la "legítima defensa" en derecho penal. En ambos casos –nos dice Fix-Fierro– la ley vigente permite su violación parcial en aras de proteger algunos bienes jurídicos considerados de igual o mayor valor a los que son conculcados.³ La comparación es sugerente pero no es exacta porque la figura de la legítima defensa se activa en contextos de igualdad entre las partes mientras que los estados de excepción alteran las reglas de una relación desigual como la que existe entre el estado y las personas o ciudadanos. Pero lo cierto –en favor de la tesis de Fix Fierro–, es que en ambos supuestos debe regir un principio de proporcionalidad que otorgue racionalidad a la aplicación de la medida excepcional. Esta exigencia tiene enorme relevancia cuando lo que está en juego es la suspensión o restricción –aunque sea temporal– de los derechos humanos o fundamentales de las personas.⁴

¹ Agamben, G., *Estado de excepción*, Argentina, Adriana Hidalgo Editora, 2003.

² Ferrajoli, L., *La sovranità nel mondo moderno*, Milán, ANABASI, 1995.

³ Fix-Fierro, H., "Comentario al artículo 29 constitucional", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Editorial Porrúa, 2004, Tomo I, pp. 498-508.

⁴ Recordemos que, al menos desde el pensamiento de John Locke, los derechos se consideran la fuente de legitimidad del estado constitucional. Cfr., Locke, L., *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1998; Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1965. Sobre el argumento, en clave moderna, cfr., Bobbio, N., *Teoria Generale della Politica*, Torino, Einaudi, 1999, pp. 67-68.

Así las cosas lo que en México se ha conocido como "la suspensión de garantías" es una figura jurídica emparentada con otras figuras clásicas como la 'dictadura romana' y, en clave moderna, como el 'estado de excepción', la 'dictadura constitucional' o el 'estado de sitio'. Estas figuras han sido objeto de estudio de teóricos de la constitución, como Carl Schmitt, que han sostenido que el bien mayor a proteger en las situaciones de emergencia no son los derechos de las personas sino la supervivencia del estado y de sus instituciones. Schmitt, pensaba que el estado de excepción podía ser el medio más eficaz para salvaguardar la constitución "positiva y sustancial" del Estado, aunque ello implicara ignorar ciertas prescripciones "formales" o "legales" de rango constitucional. Desde la perspectiva de este autor –que ha tenido mucha influencia en la evolución y conceptualización de la figura– el estado constituye un bien extranormativo que amerita protección incluso cuando ello suponga ignorar algunos de los límites sustantivos y formales que las normas constitucionales imponen al poder político. Dentro de estos límites se cuentan, en primerísimo lugar, los derechos de las personas y, en paralelo, instituciones de protección como la separación de los poderes. Así las cosas, el "estado de excepción", emerge como un instrumento excepcional para salvar al estado *a pesar* de la constitución⁵ y lo hace en clave potencialmente autoritaria. En esa medida, como puede suponerse, tiende a entrar en conflicto con las instituciones y principios del constitucionalismo democrático.

Por eso un autor con fuertes convicciones democráticas como Hans Kelsen, en abierta disputa con las tesis schmittianas, advertía lo siguiente: "tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que 'vivir' suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el estado viva en la forma que estiman correcta aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del 'estado de necesidad política'".⁶ La advertencia y la preocupación kelsenianas no eran meramente académicas porque, como es sabido, el régimen nazi que se implantó en Alemania en buena medida a través de la institución del "estado de excepción" que se encontraba contemplada en el artículo 48 de la Constitución alemana de la República de Weimar.⁷ De hecho, después de esa experiencia histórica y cada vez con

⁵ Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982. También puede consultarse: Hauriou, M., *Précis de Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923. Sobre la obra de Schmitt y su discusión sobre éste y otros temas con Hans Kelsen, *cfr.*, Córdova, L., *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, México, FCE, 2009.

⁶ Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, *op. cit.*, pp. 206-207.

⁷ Dicho artículo, en la parte que nos interesa, establecía lo siguiente: "... cuando en el Reich alemán se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos, el Presidente del Reich puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de dicha seguridad y orden públicos, incluso con ayuda de la fuerza armada en caso necesario. Al efecto puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153". Dentro de esos derechos susceptibles de suspensión se encontraban la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de la correspondencia, la libertad de expresión, la libertad de reunión, la libertad de asociación y el derecho de propiedad. En pocas palabras, se trataba de los derechos que dan sustento al constitucionalismo democrático y que en la Alemania de Hitler fueron suspendidos con fundamento constitucional y con las consecuencias que todos conocemos.

mayor frecuencia la figura del estado de excepción se fue conociendo como la "dictadura constitucional". Esta última, en palabras de Karl Lowenstein es "la sustitución temporal de la técnica que distribuye el poder en la manos del detentador gubernamental, así como la suspensión de los normales controles interórganos de la asamblea frente al ejecutivo durante la duración del período de excepción".⁸

La otra figura afín que ya ha sido mencionada es el llamado "estado de sitio" que fue introducida por el derecho público francés y tiene sus orígenes en la Asamblea de 1791. Fue entonces cuando, por primera vez, se utilizó la expresión "*état de siège*" para referirse a la situación constitucional en la que las autoridades y la población civiles quedaban subordinadas a las autoridades y a la jurisdicción militar. En la práctica, el "estado de sitio" evoca una especie de suspensión del 'hábeas corpus' que es la figura correspondiente en el ámbito del *common law* mediante el cual se suspenden los mecanismos que ofrecen protección sobre todo a la libertad personal. De hecho, la finalidad primigenia del "estado de sitio" era suspender esa libertad y sus garantías para facilitar la detención y traslado forzoso de las personas durante los conflictos bélicos.⁹

La clasificación que –si bien de manera somera– se ha propuesto es relevante para los fines de este ensayo porque permite demostrar que la figura de la suspensión o restricción de derechos establecida en el artículo 29 de la Constitución se aparta del "estado de sitio" porque no contempla bajo ninguna circunstancia que las autoridades civiles se subordinen a las autoridades militares. Además, aunque constituye una especie de "estado de excepción" tampoco es equiparable a la figura de la "dictadura constitucional" porque está diseñada para operar en contextos democráticos. De hecho, esta particularidad de la figura que analizamos ha cobrado relevancia en el contexto de la llamada "lucha (y, originalmente, guerra) contra el crimen organizado" que declaró el gobierno del Presidente Calderón (2006-2012). Esto es así porque la estrategia adoptada por esa administración se centró en la militarización y condujo hacia derroteros jurídicos distintos a los contemplados por la Constitución en el artículo mencionado. Algunas de las tesis de jurisprudencia que analizaremos más adelante están motivadas por esta situación inusual y –a juicio del autor de este texto– de dudosa constitucionalidad. Lo cierto, de hecho, es que esas acciones se han llevado a cabo sin recurrir a la suspensión de derechos constitucionalmente establecida y regulada.

⁸ Lowenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 285.

⁹ Napoleón Bonaparte alteró dicha figura jurídica que había sido imaginada sólo para las situaciones de guerra y la aplicó primero en las ciudades de Brest y de Arras que se encontraban bajo una invasión militar y, posteriormente, en 1811, en otras ciudades en las que sólo existía una revuelta interna. Con esta decisión, Napoleón, aplicó a figura en un contexto en el que tradicionalmente sólo podía declararse el estado de excepción –en el que el mando se mantiene invariablemente en las manos de las autoridades civiles– y que también se encuentra contemplado en el ordenamiento jurídico francés.

II. El artículo 29 en su versión original

Desde un punto de vista analítico, en abstracto, podemos sostener que los efectos de la declaratoria del Estado de excepción son principalmente los siguientes: a) la disolución o limitación del principio de división de poderes; b) con una consecuente atribución de facultades especiales al titular del poder ejecutivo; c) dentro de esas facultades destaca la atribución de expedir normas generales (una suerte de facultad legislativa); d) la limitación o suspensión de determinados derechos humanos o de su ejercicio; e) la limitación o suspensión de las garantías de determinados derechos humanos.

Un buen ejemplo de norma constitucional abierta que permitía la materialización de todos estos supuestos era la que estuvo vigente en México desde 1917 (con un antecedente directo desde 1857) y hasta junio de 2011:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquiera otro que ponga a la sociedad en grande peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado, las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión pueda contraerse a determinado individuo.

Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificare en tiempos de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

Se trata de una disposición ejemplar para mostrar la tendencia de la figura a potenciar los poderes del Poder Ejecutivo –Presidente de los Estados Unidos Mexicanos– y para evidenciar los efectos potenciales de la misma: la limitación del principio de separación de poderes; la suspensión de derechos (en aquel texto denominadas, como del resto lo hacía el artículo 1o. de la Constitución y las disposiciones complementarias) "garantías individuales"; el otorgamiento de facultades legislativas (emisión de prevenciones generales) al propio presidente. Además, si nos atenemos a una lectura textual de la misma, las restricciones eran

posibles tanto a la titularidad como al ejercicio de cualquier derecho (o "garantía individual") y a cualquiera de las garantías de los mismos (entendidas como mecanismos de protección).

Esa configuración normativa del estado de excepción en México nunca fue reglamentada. El artículo 29 adoleció de una norma secundaria durante 95 años (de hecho no todavía existe cuando escribo estas líneas) y, por lo mismo, no se cuenta con mayores desarrollos doctrinales sobre el particular. Desde el punto de vista histórico, en la práctica, la figura de la suspensión en la formulación antes transcrita solamente se aplicó en 1942 con motivo de la declaración de guerra a las potencias del eje en el contexto de la Segunda Guerra Mundial. En ese entonces, mediante Decreto de Suspensión de Garantías aprobado el 1o. de junio de 1942, el Congreso decretó la suspensión de varias garantías individuales (art. primero.); autorizó al Ejecutivo de la Unión para imponer en los distintos ramos de la Administración Pública todas las modificaciones indispensables para "la eficaz defensa del territorio nacional, de su soberanía y dignidad y para el mantenimiento de nuestras instituciones fundamentales" (Art. cuarto) y; facultó "al Ejecutivo de la Unión para legislar en los distintos ramos de la Administración Pública con sujeción a lo preceptuado en el artículo precedente" (Art. quinto). La suspensión, tal como quedó establecido en el artículo 2o. de la Ley de Prevenciones Generales publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de junio de 1942 duraría "todo el tiempo que México permanezca en estado de guerra con Alemania, Italia y el Japón" o con cualquiera de estos países y "será susceptible de prorrogarse a juicio del Ejecutivo, hasta 30 días después de la fecha de cesación de las hostilidades".¹⁰

III. La reglamentación internacional

En realidad el artículo 29 de la Constitución –en ausencia de una ley secundaria– fue reglamentado a través del derecho internacional. Desde que México se adhirió a la Convención

¹⁰ Han existido otras coyunturas en las que el tema de una eventual suspensión de garantías ha cobrado fuerza en el debate público, político y jurídico pero sin llegar a materializarse. Una de ellas fue en las semanas y meses posteriores al sismo que afectó gravemente a la Ciudad de México en 1985, otra en el contexto del levantamiento armado en Chiapas en 1994 y también, en el Siglo XXI, en el marco de los lamentables hechos de violencia derivados del combate a la criminalidad organizada. Como recuerda Héctor Fix-Fierro al comentar este mismo Artículo Constitucional, a raíz de los sismos de 1985 se creó un Sistema Nacional de Protección (*Diario Oficial de la Federación* del 6 de mayo de 1986) y, posteriormente, una Ley General de Protección Civil (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 2000) para coordinar las actividades de las diferentes autoridades ante situaciones de emergencia (alto riesgo, siniestro o desastre) sin necesidad de recurrir a la suspensión de garantías. *Cfr.*, Fix-Fierro, H., "Comentario al artículo 29 constitucional", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, op. cit.*, nota 2; el comentario también puede consultarse en Fix-Fierro, H., "Comentario al artículo 29 constitucional", *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Miguel Ángel Editorial Porrúa-Cámara de Diputados (LVIII Legislatura), 2003, Tomo V, pp. 595-657.

Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), en 1981, adoptó como parte de su derecho interno a la siguiente disposición establecida en el artículo 27 de ese documento internacional:

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

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

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".¹¹

De esta manera, si nos atenemos a la jerarquía que correspondía a los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano –un segundo nivel, por debajo de la constitución, según una interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) del artículo 133 del propio texto constitucional–, el artículo 27 de la CADH se convirtió en la norma reglamentaria del artículo 29 constitucional. Con ello se establecieron un conjunto de límites formales –adicionales a los que ya contemplaba el texto constitucional– pero, sobre todo, se agregaron limitaciones sustantivas a la figura de la suspensión de derechos.

¹¹ Para una interesante reconstrucción del proceso político que condujo a la aprobación de diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cfr.: Saltalamacchia, N., A. Covarrubias, *Derechos Humanos en Política Exterior. Seis casos latinoamericanos*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2011.

IV. El derecho internacional y las opiniones consultivas

México reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH "la Corte") en 1998. Con ello ratificó su determinación de avanzar por la senda del constitucionalismo democrático pero también adquirió obligaciones de índole jurídica. En concreto abrió su ordenamiento jurídico a las interpretaciones y decisiones de una entidad jurisdiccional de carácter internacional. Los alcances de esa apertura y sus implicaciones normativas siguen siendo objeto de deliberación entre los estudiosos y operadores del derecho –y previsiblemente lo serán todavía más con la reforma a la constitución en materia de derechos humanos de junio de 2011– pero, por lo pronto, al reconocer la jurisdicción de la Corte se dotó de relevancia jurídica y ya no solamente académica a las interpretaciones y decisiones –incluso en los casos en los que México no es parte– del tribunal radicado en San José, Costa Rica. Por eso es relevante reconstruir el sentido de las principales argumentaciones de ese tribunal cuando ha debido analizar casos relacionados con el estado de excepción y la suspensión de derechos.

En particular la Corte ha emitido dos Opiniones Consultivas –OC-8/87 del 30 de enero de 1987, "EL HABEAS CORPUS BAJO SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" y OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, "GARANTÍAS JUDICIALES EN ESTADOS DE EMERGENCIA (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)"– cuyo núcleo puede sintetizarse en la siguiente transcripción de la primera de ellas:

20. La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del 'ejercicio efectivo de la democracia representativa' a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de 'consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre'. La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando

se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.¹²

24. La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos (...) Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una <suspensión de garantías> en sentido absoluto, ni de la <suspensión de derechos>, ya que siendo éstos consustanciales a la persona, lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio.¹³

Conviene rescatar tres tesis nucleares de esta opinión: a) si bien la suspensión de garantías puede ser una medida necesaria; b) debe operar en el marco del paradigma democrático y; c) no puede traducirse en la suspensión de la titularidad de los derechos sino, en todo caso, de su ejercicio. Este último criterio alcanza a ciertos mecanismos de garantía específicos como es el caso del *hábeas corpus*. Esta interpretación tiene su origen en la petición que sustenta a la opinión consultiva y que provenía de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o "la Comisión") y en la que puede leerse que, a juicio de los comisionados, "ni aún bajo una situación de emergencia el *hábeas corpus* puede suspenderse o dejarse sin efecto".¹⁴ En consonancia con esta interpretación la Corte reiteró que está prohibido "suspender las garantías judiciales indispensables"¹⁵ incluso en situaciones excepcionales. Con ello la Corte dejó sentada una distinción fundamental que ha sido desarrollada por la teoría constitucional: una cosa son los derechos y otra las garantías que "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho".¹⁶ En esta dirección, además, la propia Corte precisó que, así como no es posible suspender la titularidad de los derechos, tampoco es lícito suspender algunas de las garantías que los protegen (en concreto las jurisdiccionales que la Corte considera "indispensables"). Dentro de estas garantías destaca el amparo y el *hábeas corpus* que, para la Corte, son el género (amparo) y una de sus especies (*habeas corpus*).

¹² Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. párr. 20.

¹³ *Ibidem*, párr. 24.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 12.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 24.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 25. La cita es de la opinión consultiva pero bien podría haber sido redactada por un autor como Luigi Ferrajoli. Cfr., Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

La tesis de la Corte es perfectamente compatible con la teoría democrático constitucional¹⁷ y se basa en una premisa puntual: "en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes define, completa y adquiere sentido en función de los otros".¹⁸ La sentencia tiene sustento teórico pero también práctico porque, como la propia Corte advierte, no debemos olvidar "la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio (...), particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos".¹⁹ De hecho nos recuerda que la CADH –precisamente por esas experiencias– es el "primer documento internacional de derechos humanos que prohíbe expresamente la suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos".²⁰

El alcance de estas opiniones consultivas y, en general, de las decisiones de la Corte se desprende del texto de las mismas: "aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la convención".²¹ Se trata de una premisa contundente que anuncia los alcances de control de convencionalidad que, con el paso de los años, iría desarrollando la propia Corte.

De hecho todas estas tesis –sobre todo por lo que hace al sentido y significado de las garantías procesales indispensables que no pueden ser objeto de suspensión– fueron reiteradas en la segunda Opinión Consultiva (O. P. 9/87). Para concluir este apartado vale la pena una breve cita de este documento: "...deben considerarse como garantías judiciales indispensables (...) el habeas corpus, el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes; (así como) aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (...) idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos...".²² De esta manera, de nueva cuenta, la Corte reiteró que –al menos en el contexto interamericano– la figura de la suspensión de derechos debe quedar circunscrita y estar vinculada por los principios e instituciones que dan forma al constitucionalismo democrático.

¹⁷ Sobre la democracia constitucional, *cfr.*, entre otros, Salazar, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2011.

¹⁸ Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías*, *supra* nota 12, párr. 26.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 36.

²⁰ *Ibem*.

²¹ *Ibidem*, parr. 43.

²² Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. parr. 1 y 2 de los puntos resolutivos.

V. Algunos casos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sobre la base de las interpretaciones y argumentos emitidos en las dos Opiniones Consultivas, la propia Corte IDH resolvió tres casos relevantes: *Neira Alegría vs. Perú*;²³ *Loayza Tamayo vs Perú*,²⁴ y; *Zambrano Vélez y otros vs Ecuador*.²⁵ Conviene realizar una breve síntesis de los mismos deteniéndonos sobre todo en el tercero de ellos por tratarse de un caso relacionado con el combate a la delincuencia organizada:

1. El primer caso está relacionado con un supuesto motín en un penal –en "El Frontón"– en el que murieron 111 internos en junio de 1986 pero que en realidad resultó ser un caso de abuso estatal. De hecho en el evento muchos presos murieron aplastados porque el pabellón carcelario en el que se encontraban fue demolido por las fuerzas de la marina peruana con ellos dentro. Tres de los fallecidos –en realidad desaparecieron a manos del ejército y la marina peruanos– fueron los señores Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar cuyos familiares elevaron la demanda que llegó a la Corte Interamericana. El caso tiene relación con nuestro tema porque los hechos sucedieron al amparo de dos Decretos Supremos (012-IN y 006-86 JUS) mediante los cuales se había declarado el estado de excepción en dos provincias y Zona Militar Restringida en tres penales. Por lo mismo, al estudiar el asunto, la Corte valoró si habían sido violadas las restricciones sustantivas contempladas en el artículo 27 de la CADH para los casos de suspensión de derechos. Al final, a la luz de los hechos y de las pruebas presentadas por todas las partes, la Corte concluyó que, en efecto, el estado peruano, violó "en perjuicio de las tres personas indicadas, el derecho de habeas corpus establecido por el artículo 7.6 en conexión con la prohibición del artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".²⁶
2. El segundo caso también tuvo lugar en Perú algunos años después, en 1993. Además de ser un caso relacionado con la suspensión de garantías, por el contexto en el que tiene lugar, es particularmente interesante para el México de nuestros días. Se trata de la condena impuesta en segunda instancia por un Consejo de Guerra Especial de Marina a la señora María Elena Loayza Tamayo acusada de terrorismo. Es un triste

²³ Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.

²⁴ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

²⁵ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

²⁶ Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*, *supra* nota 23, resolutivo 2.

caso de torturas y abusos que iniciaron con la detención de la inculpada y duraron durante su reclusión. También en este caso detrás de la detención existía en un Decreto Ley (no. 25.744 del 27 de septiembre de 1992) que autorizaba a la policía nacional a detener de manera preventiva –una suerte de arraigo– a un presunto terrorista hasta por un periodo de 30 días.

Además, en el momento en el que la Sra. Loayza fue detenida (el 6 de febrero de 1993), el departamento de Lima y la Provincia de Callao habían sido declarados en estado de Excepción mediante un Decreto Supremo (006-93-DE-CCFFAA del 19 de enero de ese mismo año). Para completar el cuadro, dado que la señora Loayza fue acusada, además de terrorismo, también de traición a la patria fue juzgada, tanto por un Juez Civil como por un Tribunal Militar. Ello implicó la violación en su perjuicio de garantías como el hábeas corpus y principios elementales como la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo –de hecho, según concluyó la Corte, técnicamente se le juzgó dos veces por el mismo hecho con lo que se violó el principio *non bis in idem*– por lo que en la sentencia, los jueces de San José, ordenaron decretar "su inmediata libertad". Ello después de declarar culpable al estado peruano de violaciones de derechos humanos como la libertad personal, la integridad personal y múltiples garantías procesales.

3. El tercer caso también tiene su origen en 1993 (aunque fue resuelto hasta 2007) e involucra al Estado ecuatoriano. Es un caso de ejecuciones extrajudiciales en las que perdieron la vida los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña. Ello en el marco de un operativo militar y policíaco al amparo de un decreto de suspensión de garantías emitido el 3 de septiembre de 1992. Un dato interesante es que, durante el proceso ante la Corte, el Estado de Ecuador se allanó parcialmente a la demanda reconociendo excesos de su parte. Este hecho fue valorado de manera positiva por la Corte pero, dado que se trataba de un allanamiento parcial –negándose la violación del derecho a la vida– y dada la gravedad de los hechos, se procedió a estudiar el fondo del asunto. Ello como una forma de reparación para los familiares de los desaparecidos y como "una contribución a la preservación de la memoria histórica y [par]a evitar que se repitan hechos similares".²⁷

El caso es particularmente interesante porque el decreto de suspensión de garantías tuvo lugar en un contexto en el que las principales ciudades del Ecuador "se vieron afectadas por

²⁷ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. . . *supra* nota 25 párr. 31.

hechos graves de delincuencia, que conllevaron a un clima de inseguridad y conmoción interna".²⁸ Por ello el Presidente de la República ecuatoriano dispuso "la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional, como medio de precautelar la seguridad de las personas y de los bienes públicos y privados".²⁹ Así las cosas, desde la perspectiva del estado ecuatoriano la declaratoria del estado de excepción –decreto de emergencia– había sido absolutamente necesario por la alarmante inseguridad, incremento de la violencia y alarma ciudadana.³⁰ En concreto, según se argumentó ante la Corte, el operativo en el que murieron las tres personas en cuestión tuvo "el propósito principal de capturar delincuentes, narcotraficantes y terroristas".³¹

A respecto, la Corte, recordó en su sentencia que la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que para que se justifique un estado de excepción es necesario: a) que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; b) que ésta afecte a toda la población y; c) que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad.³² Además, la Corte también recordó que el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha puntualizado que es necesario precisar la duración, el ámbito geográfico y el alcance material de la suspensión. Adicionalmente, la Corte reiteró una preocupación que este mismo tribunal había sostenido anteriormente: "los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales".³³ De hecho, aprovechó para reiterar que "el uso de la fuerza debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad".³⁴

Con base en estas consideraciones la Corte Interamericana determinó que el estado ecuatoriano violó el derecho a la vida de las tres personas en cuestión, incumplió sus obligaciones relacionadas con la suspensión de garantías así como los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial. Por lo mismo, dispuso identificar, juzgar y sancionar a los responsables del asesinato de los señores Wilmer Zambrano, José Miguel Caicedo y Segundo

²⁸ *Ibidem*, párr. 44.

²⁹ Decreto No. 86 del 3 de septiembre de 1992. *cfr.*, Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador...*, *supra* nota 25, párr. 44.

³⁰ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador...*, *supra* nota 25 párr. 49.

³¹ *Ibidem*, párr. 74.

³² *Ibidem*, párr. 46. En el texto se hace referencia a la decisión ECHR, *Lawness v. Ireland (no. 3)*, judgment of 1 July 1961, Series A no. 3, p. 14. párr. 28.

³³ *Ibidem*, párr. 51. La Corte hace referencia a su decisión en el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C. No. 150, párr. 78.

³⁴ *Ibidem*, párr. 85.

Olmedo Caicedo así como un conjunto de obligaciones administrativas, simbólicas y económicas, que debieron ser enfrentadas por el estado ecuatoriano.

Me parece importante subrayar que en los tres casos existe una constante y es el exceso en el uso de la fuerza por parte de las autoridades estatales en contextos de presunta emergencia causada por supuestas o reales amenazas graves a la seguridad interior o a la seguridad pública. Además, en todos los casos está presente la intervención de las fuerzas armadas –ejército o marina– actuando por sí solas o en conjunción con los cuerpos policíacos. Por eso, aunque había tenido lugar una declaratoria de emergencia –estado de excepción o suspensión de garantías–, a juicio de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, los estados involucrados (Perú y Ecuador, respectivamente) incurrieron en responsabilidad internacional. En el fondo de las tres sentencias gravitaba la misma tesis fundamental:

La Corte advierte (...) que no se pueden invocar circunstancias excepcionales en menoscabo de los Derechos Humanos. Ninguna disposición de la Convención Americana ha de interpretarse en el sentido de permitir, sea a los Estados Partes, sea a cualquier grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos consagrados, o limitarlos, en mayor medida que la prevista en ella.³⁵

VI. Evolución de la Constitución mexicana

Con la reforma de junio de 2011, el texto del artículo 29 de la Constitución se actualizó para entrar en franca sintonía con el derecho internacional en esta delicada materia (tanto con el artículo 27 de la CADH como con las Opiniones Consultivas correspondientes). El nuevo texto del artículo 29 constitucional vigente en la actualidad establece lo siguiente:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquél no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se

³⁵ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú...*, *supra* nota 24. párr. 44.

contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el congreso revoque la restricción o suspensión.

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

Los cambios con relación al texto constitucional anterior son muchos y muy significativos. Sin embargo en este ensayo me limito a señalar aquellos que provienen directamente del derecho internacional –convencional y jurisdiccional– que acabamos de analizar:

a) Lo primero que conviene advertir es el cambio terminológico: ahora la constitución habla de "los derechos" y de "las garantías" con lo que se incorpora la distinción analítica que ya hemos referido entre el derecho (bien jurídico que se protege) y la garantía (el mecanismo de protección).

b) Por otra parte se distingue entre la posibilidad de "suspender" y la de "restringir" el ejercicio de los derechos y las garantías que fueren obstáculo para hacer frente a la situación de peligro para la sociedad. De esta manera se abre la puerta a supuestos normativos con efectos prácticos distintos: por un lado es posible restringir el ejercicio de determinado derecho o de sus garantías y, por el otro, es posible operar su suspensión.

c) La tercera aportación que proviene directamente del ámbito internacional reside en que a partir de ahora se contempla la suspensión o restricción "del ejercicio" del derecho y no del derecho mismo. Este fraseo implica que la titularidad de los derechos humanos fundamentales no puede suspenderse en ninguna circunstancia.

d) La siguiente importación normativa desde el derecho internacional es aún más relevante que las anteriores y se ubica en el nuevo párrafo segundo del artículo. Por primera vez se señala con claridad que existen derechos y garantías cuyo ejercicio no puede ser objeto de restricciones o de suspensión.

e) La quinta aportación del derecho internacional a la reforma del artículo 29 mexicano es la incorporación de los principios de "legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y No discriminación" que están desarrollados en diferentes documentos, tratados, opiniones y sentencias internacionales.

f) Finalmente, con la reforma se puntualizó que las garantías judiciales no pueden ser objeto de suspensión. Esa limitación se encuentra tanto en el párrafo segundo recién comentado –no podrán suspenderse "las garantías judiciales indispensables para la protección" de los derechos– como en el párrafo final que señala expresamente que "los decretos expedidos por el ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación."

Como puede observarse en estos seis incisos, el derecho internacional de los derechos humanos se incorporó en el artículo 29 de la Constitución mexicana y con ello la figura de la suspensión de derechos –el estado de emergencia– quedó circunscrita a los límites y vínculos que impone el constitucionalismo democrático. Ello anuncia cambios en la doctrina sobre la materia y eventualmente ajustes a las interpretaciones judiciales relacionadas de manera directa o indirecta con este delicado tema pero lo cierto es que, hasta ahora, la aproximación de los jueces mexicanos –en concreto de los ministros de la SCJN – al tema del estado de excepción ha sido tangencial. Ello se explica en parte porque, como ya se ha visto, la figura sólo ha sido utilizada en una ocasión pero también porque la corte ha optado por no pronunciarse sobre el tema. Sin embargo, como veremos en el apartado final de este

ensayo, en el contexto de la lucha contra el crimen organizado las cosas podrían estar cambiando y con ello también podrían modificarse las definiciones jurisdiccionales en la materia.

VII. La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana y el estado de excepción

Existen algunas decisiones de la Quinta Época de la SCJN relacionadas con el decreto de 1942 y que son interesantes porque giran en torno a la vigencia de las garantías judiciales durante la vigencia de la suspensión de derechos.³⁶ Sin embargo, a continuación centraré mi atención solamente en algunas decisiones de la Novena Época que tienen alguna relación con el tema. De esta manera me concentraré las decisiones que permiten vislumbrar el sentido de las interpretaciones jurisdiccionales relacionadas con el artículo 29 constitucional en el contexto de la crisis de seguridad pública y seguridad nacional que aqueja al México el Siglo XXI.

Lo primero que hay que decir es que la SCJN –salvo en el contexto de la Segunda Guerra mundial que motivó las interpretaciones de la Quinta Época referidas– ha tenido pocas oportunidades para pronunciarse sobre el tema específico del estado de excepción. De hecho prácticamente no existen interpretaciones sobre el tema en más de sesenta años. A lo sumo, si revisamos con atención la jurisprudencia y algunos casos relevantes, podremos identificar algún momento en el que la SCJN tuvo la oportunidad de entrarle al tema y, sin embargo, decidió no hacerlo. Pienso, por ejemplo, en una reforma constitucional en el estado de Veracruz (del 3 de febrero del año 2000; Ley número 53) mediante la cual se transformó de manera casi integral a la constitución de dicho estado y, entre otros cambios, se otorgó la siguiente facultad al Congreso del Estado:

Conceder al Ejecutivo, por un tiempo limitado y con la aprobación de dos terceras partes de sus integrantes, las facultades extraordinarias que necesite para salvar la situación en casos de alteración del orden o peligro público (Art. 33, fracción XXXIII).

Los ayuntamientos de Córdoba (y su presidente municipal), de Tomatlán y de Juan Rodríguez Clara, todos del estado de Veracruz, presentaron controversias constitucionales en contra de

³⁶ [TA] DETENCIÓN Y CONCENTRACIÓN, ES LA FACULTAD EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (LEY DE SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES) (Amparo penal en revisión 6167/44), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, 12 de enero 1945 T. LXXXIII, p. 698 Registro IUS 305 459; [TA]. LEYES DE EMERGENCIA (Incidente de suspensión 4212/44), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, México, 18 de abril de 1945, T. LXXXIV, p. 111, Registro IUS 322 529. Tomo las referencias de Fix-Fierro, *op. cit.*, nota 3, pp. 602-603.

aquella reforma constitucional alegando, entre otros argumentos, que el artículo mencionado violentaba a la constitución federal al transgredir el marco establecido por el artículo 29 para enfrentar situaciones excepcionales.³⁷ El argumento era interesante y pudo abrir las puertas para que los ministros y ministras del Pleno la SCJN abordaran el tema del estado de excepción y de sus reglas. Sobre todo si tomamos en cuenta que los municipios quejosos alegaban que "el orden federal es el único facultado para afrontar situaciones que pongan a la sociedad en grave peligro o conflicto, y no los Gobiernos Locales". En respuesta, tanto por el Congreso estatal como por el Poder Ejecutivo local, argumentaron que la nueva facultad otorgaba al gobernador "eminentemente de carácter administrativo y se constriñen a las que fueran obstáculo para hacer frente a una emergencia (sobre todo de carácter natural)" por lo que la reforma no constituía una violación al principio de la división de los poderes.

Así las cosas, el Pleno de la SCJN tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre un par de cuestiones muy relevantes: ¿cuál o cuáles son las esferas de gobierno facultadas para declarar el estado de excepción? y, de paso, ¿cuáles son los efectos de dicha declaratoria y sus alcances cuando la misma no estaba destinada a la suspensión directa de derechos pero sí a la restricción de la división de los poderes? Sin embargo, en aquella ocasión, el Pleno de la SCJN determinó que la reforma concreta –la incorporación de la fracción XXXIII del artículo 33 de la Constitución veracruzana– no causaba perjuicio alguno a los municipios inconformados y, por lo mismo, decidieron desestimar esa parte de las controversias presentadas. En consecuencia, los ministros concluyeron que: "al resultar infundados e inoperantes los conceptos de invalidez hechos valer por la parte actora, lo procedente es declarar la validez de las normas objeto de análisis".³⁸ Se trató de una oportunidad perdida porque el tema de los efectos de la declaratoria del estado de excepción sobre el principio de la división de los poderes es muy relevante. Sobre todo porque dicha declaratoria invariablemente se traduce en una restricción de las libertades fundamentales.

En este sentido es interesante otra decisión del Pleno de la SCJN relacionada con un tema muy distinto. Se trata de otra controversia constitucional relacionada con un reglamento

³⁷ Controversia constitucional 17/2000. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XVI, Julio de 2002, Página: 810, Registro IUS 17134. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17134.pdf>> (26 junio 2013); Controversia Constitucional 16/2000 Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XV, Junio de 2002, Página: 287, Registro IUS 17106 (Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17106.pdf>> (26 de junio de 2013); Controversia constitucional 18/2000. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XVI, Julio de 2002, Página: 906, Registro No. 17130. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17130.pdf>> (26 de junio de 2013).

³⁸ Esta determinación abarcaba, además del artículo 33, fracción XXXIII a otros artículos impugnados pero no a la totalidad de los agravios alegados por los municipios inconformes. El Pleno de la SCJN, de hecho, declaró inconstitucional una parte de aquella reforma relacionada con un régimen fiscal de no sujeción tributaria a favor de la Universidad Veracruzana por contravenir la fracción IV del artículo 115 de la CPEUM.

sobre la materia de juegos y sorteos pero que condujo a los ministros a pronunciarse sobre las facultades del Presidente de la República para emitir actos legislativos cuando no se ha declarado un estado de excepción.³⁹ De esta manera, indirectamente, se delimitan los alcances de la restricción a dicho principio cuando sí se declara la suspensión de derechos. En ese caso la SCJN declaró la validez de un reglamento⁴⁰ que había sido expedido por el Presidente en uso de sus facultades reglamentarias (contenida en el artículo 89, fracción 1) y decretó que ello no había implicado una suplantación del legislador. Ello porque, desde la perspectiva del Pleno de la SCJN, "la división de poderes no opera en nuestro país de manera tajante y rígida sino ha sido modulada con numerosas excepciones con el fin de establecer un adecuado equilibrio de fuerzas".⁴¹

Pensando en nuestro tema esto significa que el principio de la división de los poderes puede restringirse sin necesidad de recurrir a la declaratoria de un estado de excepción. O, desde otra perspectiva, que los efectos de la declaratoria del estado de excepción van más allá de las limitaciones que ésta podría imponer al principio de la separación de los poderes. Para decirlo con otras palabras: es posible exceptuar la vigencia de algunos aspectos de la separación de los poderes –por ejemplo reconociendo ciertas facultades de creación normativa al titular del Poder Ejecutivo– sin necesidad de activar una medida extrema como el estado de excepción (o suspensión de derechos). Pero, cabe preguntarnos si esto también vale para el caso de algunas medidas estrictamente administrativas –es decir que no afectan al principio de la separación de los poderes– pero que pueden implicar, en los hechos, restricciones a los derechos de las personas. Ese es el caso, por ejemplo, de la utilización de las fuerzas armadas para combatir a la criminalidad sin echar mano de la figura contenida en el artículo 29 de la Constitución.

VIII. La Corte, las fuerzas armadas y los derechos

Ese es el dilema de fondo que el propio Pleno de la SCJN debió enfrentar al resolver la acción de inconstitucionalidad 1/96 relacionada con la participación del ejército y la fuerza aérea en auxilio de las autoridades civiles.⁴² El caso presentado por un conjunto de Diputados Federa-

³⁹ Controversia constitucional 97/2004, *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, T. XXVI, Septiembre de 2007, p. 2105, Registro IUS 20379. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/20379.pdf>> (26 de junio de 2013).

⁴⁰ Reglamento de la Ley Federal de Juegos y Sorteos publicado en el *DOF* el 17 de septiembre de 2004.

⁴¹ Son diversas las tesis y precedentes en este sentido. Al respecto, cfr. Carbonell, M., P. Salazar, *División de Poderes y Régimen Presidencial en México*, IJ-UNAM-Porrúa, México, 2011.

⁴² Acción de inconstitucionalidad 1/96. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, T. III, Marzo de 1996, p. 351, Registro IUS 3534. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/3534.pdf>> (26 de junio de 2013).

les dio origen a seis tesis de las cuales cuatro están directamente relacionadas con ese tema y tienen relevancia para nuestro estudio.⁴³ En este caso las normas constitucionales sujetas a interpretación son, además del 29, el artículo 129 relacionado con la fracción VI del artículo 89. Vale la pena recuperar el texto de estos dos artículos (cito solamente la parte que nos interesa):

Artículo 129. En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar.

(...)

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

(...)

VI. Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación.

(...)

Como puede observarse el primero de ellos establece una restricción expresa al uso de las fuerzas armadas –en tiempos de paz– mientras que el segundo impone al presidente de la República una obligación y, al mismo tiempo, le concede una atribución: preservar la seguridad nacional y disponer de las fuerzas armadas para la seguridad interior y defensa exterior

⁴³ Tesis: P/J. 38/2000. EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN). *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 549 Registro IUS 192080; Tesis: P/J. 37/2000. EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. PUEDEN ACTUAR ACATANDO ÓRDENES DEL PRESIDENTE, CON ESTRICTO RESPETO A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, CUANDO SIN LLEGARSE A SITUACIONES QUE REQUIERAN LA SUSPENSIÓN DE AQUÉLLAS, HAGAN TEMER, FUNDADAMENTE, QUE DE NO ENFRENTARSE DE INMEDIATO SERÍA INMINENTE CAER EN CONDICIONES GRAVES QUE OBLIGARÍAN A DECRETARLA. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 551 Registro IUS 192081; Tesis: P/J. 36/2000 EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. SI BIEN PUEDEN PARTICIPAR EN ACCIONES CIVILES EN FAVOR DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, EN SITUACIONES EN QUE NO SE REQUIERA SUSPENDER LAS GARANTÍAS, ELLO DEBE OBEDECER A LA SOLICITUD EXPRESA DE LAS AUTORIDADES CIVILES A LAS QUE DEBERÁN ESTAR SUJETOS, CON ESTRICTO ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 552 Registro IUS 192082; Tesis: P/J. 34/2000. EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. LA DETERMINACIÓN DE CUÁLES SON SUS FUNCIONES, EXIGE EL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y, POR LO MISMO, LA COMPRENSIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, CONFORME AL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 550 Registro IUS 192084.

del país. La cuestión concreta que se planteó a los ministros de la SCJN con aquella acción de inconstitucionalidad consistía en determinar si la interpretación correcta de esas disposiciones permitía al Presidente de la república incorporar⁴⁴ a los secretarios de la Defensa y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública. Pero, aunque no era la cuestión directa, en el fondo, se les exigía una definición sobre un tema de mucho mayor calado: la (in)constitucionalidad de la decisión del Presidente de la República de disponer de las fuerzas armadas para enfrentar a la criminalidad organizada. A nosotros nos interesa únicamente esta segunda vertiente de la sentencia.

Recordemos que dentro el efecto más delicado de una eventual declaratoria de estado de excepción –sobre todo si nos atenemos a la redacción del artículo 29 constitucional– es la suspensión o restricción de derechos humanos. Por eso, al analizar la acción de inconstitucionalidad que comentamos, los ministros de la SCJN, precisaron desde un inicio lo que estaba en juego:

Ante todo esta Suprema Corte considera necesario destacar que se está en presencia de diversas cuestiones controvertidas que involucran, por un lado, el respeto de las garantías individuales consagradas por la Constitución⁴⁵ y, por el otro, el problema trascendente para toda la sociedad, como es el relativo a la seguridad pública.⁴⁶

Por lo menos tres de los elementos típicos de las situaciones que suelen motivar la declaratoria del estado de excepción estaban presentes como trasfondo del asunto: a) una emergencia; b) que exige medidas excepcionales y; c) puede traducirse en la restricción o suspensión de derechos y de principios constitucionales. ¿Quién puede negar que el uso de las fuerzas armadas para combatir el crimen sea una medida excepcional que, en los hechos, puede traducirse en la restricción de libertades y derechos humanos fundamentales? Desde mi perspectiva ése era el dilema práctico que debieron encarar los ministros de la SCJN. Sin embargo, al entrar al fondo del asunto, los jueces constitucionales evadieron esta tensión elemental –que ellos mismos habían detectado en el párrafo que acabo de citado– y zanjaron el asunto con una petición de principio abstracta: "jurídicamente, los conceptos de garantías individuales y seguridad pública no sólo no se oponen, sino se condicionan recíprocamente".⁴⁷

⁴⁴ Mediante una reforma a la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

⁴⁵ Conviene recordar a los lectores que en ese momento esa era la denominación constitucional de los derechos humanos.

⁴⁶ Cfr. Acción de inconstitucionalidad 1/96... , *supra* nota 42, Tercer considerando.

⁴⁷ *Idem*.

De esta manera circunscribieron los dilemas del caso a la dimensión jurídica (haciendo caso omiso a la realidad práctica) y manifestaron su "rechazo absoluto de interpretaciones ajenas al estudio integral del texto constitucional que se traduzca en mayor inseguridad para los gobernados, o en multiplicación de la arbitrariedad de los gobernantes en detrimento de la esfera de derechos de los gobernados".⁴⁸ Así las cosas tradujeron un dilema real en un problema abstracto y supusieron que la lectura armónica de la constitución es suficiente para zanjar las restricciones, suspensiones y violaciones de derechos reales. Se trató de un ejercicio de autismo constitucional que permitió a los ministros respaldar la constitucionalidad de la estrategia militarizada para combatir a la criminalidad sin ponderar las implicaciones prácticas –reales, materiales, efectivas, cotidianas– que dicha decisión podía suponer para los mexicanos y las mexicanas que, amenazados por la criminalidad creciente, tendrían también que lidiar con posibles excesos de soldados y marinos.⁴⁹

Es interesante leer la sentencia que comentamos porque, entre otras particularidades, es notable la coincidencia de los argumentos usados por los ministros de la SCJN con los que fueron planteados –en defensa de la norma reformada– por las oficinas del gobierno federal mexicano. La conclusión, entonces, es fácil de adivinar: "La actuación del Ejército, Fuerza Aérea o Armada no está condicionada al estallido de una guerra o a una suspensión de garantías. Como fuerza pública, está constitucionalmente facultada para salvaguardar la seguridad interior".⁵⁰ De ahí se desprende el núcleo de las tesis de jurisprudencia correspondientes:

Ejército, armada y fuerza área. Su participación en auxilio de las autoridades civiles es constitucional (...)⁵¹

Ejército, armada y fuerza área. Pueden actuar acatando órdenes del presidente, con estricto respeto a las garantías individuales, cuando sin llegarse a situaciones que requieran la suspensión de aquéllas, hagan temer, fundadamente, que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en condiciones graves que obligarían a decretarla.⁵²

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Entre 2006 y 2006 la CNDH emitió 40 recomendaciones acreditando violaciones de los derechos humanos a cargo de militares; a principios de 2011 la propia CNDH sostuvo haber recibido cerca de 1500 quejas por violaciones de derechos humanos en contra de la SEDENA y 500 en contra de la Marina. *Cfr.*, Nerio Monroy, Ana L., "La militarización de la seguridad pública y su impacto en los derechos humanos de la población en situación de vulnerabilidad", *DFnsor*, México, CDHDF, Año IX, Número 8, agosto 2011, p. 20.

⁵⁰ *Cfr.* Acción de inconstitucionalidad 1/96... , *supra* nota 42. *Cfr.* Cuarto considerando de la sentencia.

⁵¹ Tesis: P/J. 38/2000, *supra* nota 43.

⁵² Tesis: P/J. 37/2000, *supra* nota 43.

Ejército, fuerza aérea y armada. Si bien pueden participar en acciones civiles a favor de la seguridad pública, es situaciones que no se requiera suspender las garantías, ello debe obedecer a la solicitud expresa de las autoridades civiles a las que deberán estar sujetos, con estricto acatamiento a la constitución y a las leyes".⁵³

Ejército, Fuerza aérea y armada. La determinación de cuáles son sus funciones, exige el estudio sistemático de la constitución y, por lo mismo, la comprensión de las garantías individuales y de la seguridad pública, conforme al régimen jurídico vigente.⁵⁴

Estas interpretaciones, entre otros efectos, implican otorgar un margen muy amplio al Presidente de la República para determinar cuándo se justifica la suspensión e derechos y cuando no. En este sentido, la SCJN fue categórica: "...la realidad puede generar un sinnúmero de situaciones, pero de suyo excepcionales que, a juicio del presidente de la República, no justifiquen la suspensión de garantías individuales, pero sí la intervención de una fuerza estatal que, efectivamente, pueda coadyuvar a salvaguardar el orden constitucional".⁵⁵ Según los ministros, entonces, echar mano del artículo 29, constituye una afectación mayor a los derechos de las personas que otorgar facultades discrecionales al Presidente de la República para utilizar a las fuerzas armadas en tareas de seguridad: "dentro de lo posible, debe evitarse caer en ese extremo (suspensión de garantías) y propiciar medidas que hagan posible superar la situación aun con el auxilio de las Fuerzas Armadas, pero sujetas a respeto absoluto a las garantías individuales y con sujeción a las autoridades civiles".⁵⁶ Es decir, para la Corte, la suspensión de derechos –constitucionalmente contemplada y regulada– constituye una opción más gravosa para los derechos de las personas que el otorgamiento de facultades al Presidente para usar al ejército, la fuerza aérea y la armada como si fueran policías.

A mi juicio la cuestión está mal planteada: si pensamos en los derechos de las personas, lo que importa es determinar si, en los hechos, la intervención de las fuerzas militares en las labores de seguridad implica restricciones o suspensiones de derechos. Si esto es así, entonces, siempre será preferible activar el mecanismo contemplado en el artículo 29 constitucional. Ello porque, en los hechos, como bien lo advierte la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, cuando se utiliza a las fuerzas armadas en acciones de policía, aumenta el riesgo

⁵³ Tesis: P./J. 36/2000, *supra* nota 43.

⁵⁴ Tesis: P./J. 34/2000. *supra* nota 43.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

de abusos en el uso de la fuerza. La figura del estado de excepción –cuando se encuentra regulada como ahora lo hace el artículo 29 de la Constitución mexicana y como lo ordenan los instrumentos y cortes internacionales de los derechos humanos– sin duda es una medida extrema que debe utilizarse con prudencia pero, aunque parezca paradójico, constituye la mejor alternativa institucional para enfrentar coyunturas extremas. Decretar la suspensión o restricción de derechos –con arreglo a las reglas y límites que impone la constitución– siempre será mejor que restringirlos o suspenderlos *de facto* poniendo a los militares en las calles y permitiendo –desde el punto de vista práctico– la realización de cateos, detenciones o –para utilizar ese eufemismo que significa muerte– abatimientos.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Tesis: P./J. 38/2000. EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN). *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 549 Registro IUS 192080.
- Tesis: P./J. 37/2000. EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. PUEDEN ACTUAR ACATANDO ÓRDENES DEL PRESIDENTE, CON ESTRICTO RESPETO A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, CUANDO SIN LLEGARSE A SITUACIONES QUE REQUIERAN LA SUSPENSIÓN DE AQUÉLLAS, HAGAN TEMER, FUNDADAMENTE, QUE DE NO ENFRENTARSE DE INMEDIATO SERÍA INMINENTE CAER EN CONDICIONES GRAVES QUE OBLIGARÍAN A DECRETARLA. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 551 Registro IUS 192081.
- Tesis: P./J. 36/2000 EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. SI BIEN PUEDEN PARTICIPAR EN ACCIONES CIVILES EN FAVOR DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, EN SITUACIONES EN QUE NO SE REQUIERA SUSPENDER LAS GARANTÍAS, ELLO DEBE OBEDECER A LA SOLICITUD EXPRESA DE LAS AUTORIDADES CIVILES A LAS QUE DEBERÁN ESTAR SUJETOS, CON ESTRICTO ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 552 Registro IUS 192082.
- Tesis: P./J. 34/2000. EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. LA DETERMINACIÓN DE CUÁLES SON SUS FUNCIONES, EXIGE EL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y, POR LO MISMO, LA COMPRESIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, CONFORME AL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 550 Registro IUS 192084.
- [TA] DETENCIÓN Y CONCENTRACIÓN, ES LA FACULTAD EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (LEY DE SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES) (Amparo penal en revisión 6167/44), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, 12 de enero 1945 T. LXXXIII, p. 698 Registro IUS 305 459.

- [TA]. LEYES DE EMERGENCIA (Incidente de suspensión 4212/44), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, México, 18 de abril de 1945, T. LXXXIV, p. 111, Registro IUS 322 529. Tomo las referencias de Fix-Fierro, *op. cit.* nota 3, p. 602-603.
- Controversia constitucional 17/2000. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XVI, Julio de 2002, Página: 810, Registro IUS 17134. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17134.pdf>> (26 junio 2013).
- Controversia Constitucional 16/2000 Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XV, Junio de 2002, Página: 287, Registro IUS 17106 (Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17106.pdf>> (26 de junio de 2013).
- Controversia constitucional 18/2000. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XVI, Julio de 2002, Página: 906, Registro No. 17130. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/17130.pdf>> (26 de junio de 2013).
- Controversia constitucional 97/2004, *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, T. XXVI, Septiembre de 2007, p. 2105, Registro IUS 20379. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/20379.pdf>> (26 de junio de 2013).
- Acción de inconstitucionalidad 1/96. *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, Novena Época, México, T. III, Marzo de 1996, p. 351, Registro IUS 3534. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/3534.pdf>> (26 de junio de 2013).

2. Internacionales

- Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.
- Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.
- Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.

- Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
- Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.