

CAPÍTULO CUARTO

EL ESTADO DE SITIO: DICTADURA CONSTITUCIONAL

| | |
|---|-----|
| I. Poder de policía y facultades de emergencia. | 151 |
| II. Estado de sitio y Constitución nacional | 156 |
| III. Control constitucional de las medidas de emergencia. | 162 |
| IV. Suspensión de garantías. | 167 |
| V. Garantías relativas a la libertad personal. | 174 |
| VI. Estado de alarma. | 181 |
| VII. Consejo verbal de guerra: juicio político. | 187 |
| VIII. Tribunales militares y Constitución nacional | 193 |
| IX. Derechos humanos y protección internacional | 195 |
| X. Crisis de legitimidad. | 197 |

CAPÍTULO CUARTO

EL ESTADO DE SITIO: DICTADURA CONSTITUCIONAL

No sólo los regímenes autocráticos niegan el reconocimiento a las libertades individuales, con el argumento de que tales ámbitos inaccesibles a los detentadores del poder serían incompatibles con el ejercicio concentrado del poder, sino que también en el Estado Democrático Constitucional se han producido serios conflictos entre el impulso del hombre a desarrollar libremente su personalidad y las necesidades de una existencia colectiva.

Karl LOWENSTEIN

I. PODER DE POLICÍA Y FACULTADES DE EMERGENCIA

La estructura que sustenta el Estado de derecho, que es una característica esencial de los regímenes democráticos, tiene una vigencia condicionada a la normalidad de su cumplimiento, esto es, a la permanencia de la situación con base en la cual fue estatuida. Cuando las circunstancias fácticas se modifican, la normatividad se hace inaplicable y los mecanismos estatales de control social ineficaces. Para evitar la anarquía en que la población puede llegar a caer, los ordenamientos jurídicos permiten el uso de medidas excepcionales que revisten de legalidad actos que, de otro modo, serían inconstitucionales.

En este orden de ideas, en el evento de que la estabilidad del régimen se encuentre seriamente amenazada, la carta magna autoriza una mayor injerencia del Estado en los derechos que ella misma consagra en favor de los ciudadanos, mediante el ejercicio del denominado “poder de policía” en forma más enérgica que la que admiten los periodos de sosiego, con la expresa limitación de que se trate de medidas razonables que sean tomadas con carácter temporal, como lo es la emergencia cuyos efectos están llamadas a atemperar. Cumplidos estos supuestos, el detrimento que de ellos se derive no representa obstáculo alguno para la validez de dichas medidas. Es claro que este papel que ha acrecentado la represión física va necesariamente acompañado de una intervención particular de la ideología que legitima dicha represión.

La figura jurídica de los regímenes de excepción hace su aparición en los países latinoamericanos con el constitucionalismo mismo, siendo consagrada en todas las cartas fundamentales que suceden a las luchas de independencia, las cuales —bajo la denominación jurídica de Estado de sitio, régimen de emergencia, suspensión de garantías, restricción de derechos, estado de urgencia— reconocen el carácter anormal y transitorio de mecanismos que otorgan al Poder Ejecutivo poderes especiales: tendientes a prevenir o superar cualquier alteración —inminente o real— de la normalidad.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Ya desde la época romana existía la posibilidad de reunir en la autoridad ejecutiva la suma de los poderes en situaciones de extremo peligro; la decisión, adoptada por el Senado, se denominó *Senatus Consultum Ultimum*.

El fortalecimiento de órgano Ejecutivo en lo que constituye un verdadero estado de necesidad en el derecho público, obedece a que a él se ha confiado la función de guarda de orden público y a que en él radica la titularidad de la actividad de ejecución, además de ser el órgano que dispone de la fuerza pública, y se caracteriza por la unidad y la inmediatez de su acción.¹⁶⁷

La teoría constitucional ha evolucionado desde los tiempos en que la declaratoria de excepción suponía, no la suspensión de determinadas garantías constitucionales, sino del imperio mismo de la Constitución; desde la época en que existían los “bandos” o leyes marciales, ordenanzas dictadas y aplicadas por la autoridad militar sobre la población civil que habitaba las “zonas de operación”, es decir, los lugares en que era declarada la emergencia. Hoy, todas las constituciones del hemisferio prevén medidas especiales para las situaciones de emergencia; destaca en ellas el hecho de que el temor literal precisa los aspectos formados de la institución, dejando el resto al gobierno, por lo cual el estado de sitio es esencialmente militar y predominantemente represivo.

Los regímenes de emergencia entrañan la derogación relativa y temporal de las limitaciones que, en favor del individuo, impone la Constitución al poder público; merced al estado de sitio, el gobierno asume la facultad de restringir o suprimir algunas de las libertades individuales y sociales que caracterizan los regímenes de legalidad; la legislación es reemplazada por decretos extraordinarios con rango de ley, y son sustraídas del conocimiento de los tribunales ordinarios las controversias relacionadas con el orden público. La abolición de los principios de separación de los poderes, de las garantías individuales y del juez natural, hace de los estados de excepción paréntesis jurídicos que los autores no han dudado en calificar de “dictadura constitucional”; como que la concentración de funciones en un solo órgano del Estado encuentra sustentación en la ley de leyes.

La naturaleza de estado de excepción es esencialmente preventiva, pues está dirigido a evitar la caída de la autoridad legítima constituida; por tanto, entraña el acrecentamiento de la actividad preventiva del Estado, esto es, del poder de policía. Permítasenos hacer una pequeña reflexión con el ánimo de determinar en qué consiste la mencionada potestad.

¹⁶⁷ Autores varios, “Curso colectivo sobre suspensión de garantías y legislación de emergencia”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núms. 25, 26, 27 y 28, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo VII, enero-diciembre de 1945, pp. 91-216.

La policía es el instrumento cívico del gobierno que cumple la función de prevención del delito y mantenimiento de la seguridad; el poder de policía es la acción del Estado tendiente a limitar —por coacción— la actividad individual, con el fin de tutelar los intereses públicos que puedan resultar comprometidos. A diferencia de la autoridad judicial que entra en acción cuando un derecho ha sido lesionado siendo, por tanto, esencialmente represivo, la autoridad policiaca se antepone al ejercicio mismo de la libertad, para limitarla. El poder de policía, conforme a los principios sentados precedentemente, responde a la necesidad de promover el bienestar general, mediante una legislación de restricciones sobre el goce de la libertad y la propiedad; de ahí que implica una limitación en una medida *razonable*.

Es la necesidad el límite entre un poder y otro, pues sólo pueden cautelarse hechos peligrosos contra los cuales el poder represivo (léase Judicial) no ofrece una solución eficaz; dicho límite comprende no sólo el motivo de la acción preventiva, sino también la medida en que puede ejercerse.

El poder de policía comporta, pues, una función administrativa legal de carácter local, accesoria y complementaria que asegura el ejercicio de los derechos; si bien permite la rápida acción del poder público, no justifica el ataque a los derechos sino cuando la causa un daño considerado como público.

Si el poder de policía se justifica por la insuficiencia de la simple represión de proteger el orden público interno, la impotencia de ese mismo poder de policía para refrenar las alteraciones extraordinarias del equilibrio social ha hecho indispensable un diferente sistema para reprimir este género de perturbaciones; un sistema “más eficaz en sus medios, más expedito en sus procedimientos, más fuerte en su capacidad de coerción”,¹⁶⁸ pues los tribunales, que sólo actúan con base en acusaciones formales entabladas para determinar la culpabilidad de un sujeto, resultan demasiado débiles en una zona de subversión en que están en peligro la autoridad legítima del gobierno y su estabilidad.

Los regímenes de excepción surgen, pues, como producto de la necesidad que se le presenta al gobierno de hacer frente a una crisis socio-política que amenaza la estabilidad del sistema; se manifiesta en la facultad que tiene el gobierno de declarar turbado el orden público y de asumir ciertas prerrogativas que suponen la ampliación de las facultades propias del poder de policía para restringir los derechos de los ciu-

¹⁶⁸ Peláez, Carlos, *op. cit.*, *supra* nota 13.

dadanos más allá de lo permitido normalmente, y en el traslado de la función de policía, así ampliada a la autoridad militar. Más que la ampliación de la competencia del poder público frente a los ciudadanos, entraña la subrogación de la autoridad militar a la civil en la misión de mantenimiento y restablecimiento del orden. En efecto, a pesar de que la mayoría de los países latinoamericanos poseen una diferenciación legal estructural entre las funciones del ejército y de la policía —concentrada ésta en el orden interno—, esta distinción se vuelve ficticia en sociedades cuyos niveles de conflicto social son muy altos.

Aunque como justificación política se afirme que las medidas de emergencia constituyen la consolidación de la vigencia de las normas jurídicas y que, lejos de suprimir las funciones de los poderes públicos instituidos constitucionalmente, les sirve de protección contra el peligro que un ataque a las instituciones entraña, la práctica ha demostrado que la esencia del fenómeno consiste en la afectación de los derechos de los gobernados en forma, a menudo, desproporcionada del peligro que pretende combatir. Es lo dramático de su aplicación torcitera y amañada lo que ha suscitado agudos cuestionamientos en torno a la función e intereses a los que la figura jurídica responde.

Es así como un instrumento concebido formalmente para contrarrestar la subversión del orden público, es uno de institutos cuya naturaleza ha sido subversiva y que más ha sido desnaturalizado en su aplicación, al ser utilizado con finalidades abiertamente repugnables a la letra y espíritu de la ley suprema.¹⁶⁹

El siguiente concepto del profesor Mirkiné Guetzévitch resume con gran acierto la realidad que subyace detrás de las situaciones de urgencia:

Para ejercer una verdadera dictadura el presidente no necesita preparar un golpe de Estado, disolver las cámaras y violar la constitución; sino que le basta observar el texto constitucional y servirse de las peligrosas armas que le concede el sistema presidencial... Sería excesivo afirmar que son los textos constitucionales por sí solos los que han creado a los dictadores, pero los dictadores han encontrado los textos extremadamente favorables al ejercicio de la dictadura. La dictadura es así un elemento constitutivo del derecho público de América Latina.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Linares Quintana, Segundo V., "La suspensión de las garantías constitucionales en la teoría y la práctica constitucional argentina", *Revista Jurídica Argentina, I.a Ley*, tomo 39, julio-agosto-septiembre de 1945, pp. 774-788.

¹⁷⁰ Citado por Antonio Martínez Baez en su artículo "Concepto general del estado de sitio", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM*, ver nota 167.

Tres, básicamente, son las razones por las cuales el mecanismo ideado para salvaguardia de la tranquilidad pública ha degenerado en instrumento de arbitrariedad social: la ambigüedad conceptual en la determinación de las causales de excepción y del alcance de la normatividad producto de ella, la calificación discrecional de las mismas por parte del gobierno y el encuadramiento de todo el fenómeno dentro de un ámbito de naturaleza política, imposibilitando con ella la actuación judicial. Para los fines de este estudio, concentraremos nuestra atención en el análisis de estos aspectos, dejando por ahora de lado la consideración de los requisitos formales. Antes de ello es procedente hacer algunas precisiones en cuanto al objeto de nuestro examen.

El estado de sitio es creado originariamente con el propósito de que el gobierno esté en capacidad de afrontar cualquier situación de urgencia incompatible con la marcha normal de las instituciones; no obstante, elaboraciones legislativas tendientes al perfeccionamiento de la institución han propugnado por la clasificación de las causales de excepción en dos grandes grupos: los motivos de orden público y las razones de carácter económico, conservándose para los primeros casos la denominación de estado de sitio propiamente dicho, y para los últimos el apelativo de “estado de calamidad”, “de emergencia económica”, “de catástrofe”, etcétera. Pues bien, nos interesa en el presente trabajo examinar el fenómeno de acrecimiento de las potestades del Ejecutivo por circunstancias de orden público, por lo cual nuestra preocupación fundamental se orientará en este sentido. No obstante, vale la pena destacar que la mayoría de los ordenamientos iberoamericanos todavía no consagran la útil diferenciación a que hemos hecho mención, conservando reunidos los dos aspectos.¹⁷¹

De otra parte, es prudente aclarar también que algunas constituciones latinoamericanas contemplan el dispositivo de la delegación de facultades propias del Congreso al órgano Ejecutivo en periodo de normalidad, en lo que se ha denominado “autorizaciones legislativas”, “facultades extraordinarias”, “facultades legislativas”; pero se trata de un mecanismo diferente que se presenta durante los periodos de excepción en los que —ciertamente— una de las más delicadas atribuciones de que queda investido el gobierno es la de emitir una normatividad que le permita hacer frente rápida y fácilmente a la situación emergente. Son dos instrumentos jurídicos distintos: en el primer caso, estamos en presencia de

¹⁷¹ Solamente las constituciones de Colombia (artículo 122), Chile (artículos 40, No. 3º, y 41, No. 4º) y Guatemala (artículo 14, Ley de Orden Público), regulan de distinta forma las figuras de emergencia política y emergencia económica.

una manifestación del principio de colaboración entre los órganos del poder, justificada por la naturaleza de las materias objeto de regulación (normalmente de índole económica, administrativa y financiera); en situaciones de excepción, *a contrario sensu*, al Ejecutivo se le otorgan competencias que le son ajenas, es en razón de la necesidad que afronta el gobierno de controlar pronta y eficazmente una situación que amenaza la estabilidad del régimen. Es por ello que la legislación, producto de las facultades extraordinarias o legislativas, tiene vocación de permanencia, en la medida en que complementa la labor del Congreso, al paso que la legislación de excepción tiene (o debe tener) un carácter esencialmente transitorio: mientras estén presentes las condiciones que dieron lugar a su declaración.¹⁷²

En el presente capítulo cualquier referencia a las facultades extraordinarias o legislativas del gobierno, tiene que ver directamente con el régimen de excepción.

Hechas estas reservas, procedamos pues a observar sucintamente las circunstancias que rodean la declaratoria del estado de necesidad en derecho público. Un breve compendio de las principales características que esta figura ostenta en la normatividad constitucional de los regímenes en estudio, nos dará una visión global de la forma como se cumplen en el derecho positivo los postulados de este instituto.

II. ESTADO DE SITIO Y CONSTITUCIÓN NACIONAL

El criterio predominante en lo que respecta a los hechos que motivan la declaratoria de excepción se puede resumir en dos causales: la alteración del orden externo y la alteración del orden interno;¹⁷³ son éstos los dos casos universalmente admitidos por todos los países que han legislado sobre el particular. Mientras la primera de estas acepciones no deja duda en cuanto a que se trata de un enfrentamiento armado

¹⁷² La característica de transitoriedad que debe tipificar a la legislación de excepción es uno de los argumentos de mayor peso a favor de la diferenciación entre estados de calamidad y estados de sitio, en la medida en que existen decretos de eminente contenido económico que no pueden desaparecer al levantarse el régimen de emergencia sin producir graves trastornos en la administración o perjudicar legítimos derechos adquiridos de buena fe.

¹⁷³ En el primer caso, estamos en presencia de lo que algunos autores llaman "estado de sitio real", y en el segundo evento "estado de sitio ficticio". Ver Pélaez, Carlos, *op. cit.*, *supra* nota 13.

con otro país, la segunda, en cambio, deja un margen de interpretación peligrosamente amplio.¹⁷⁴ Veamos:

La alteración del orden externo se produce por invasión del Estado o por guerra. Los ordenamientos jurídicos se refieren a estos hechos indistintamente como “ataque exterior” (Argentina y Uruguay), “guerra internacional” (Bolivia y Ecuador), “conflicto exterior” (Paraguay y Venezuela) o, sencillamente, guerra exterior. Algunas constituciones, en lo que consideramos un exceso de casuística, puntualizan que es suficiente con la inminencia de la situación (Ecuador, Nicaragua, Perú, Venezuela); pensamos que esta precisión sale sobrando por lo que respecta a esta primera causal, ya que la naturaleza de la suspensión de garantías no reviste un carácter esencialmente represivo (restablecimiento del orden alterado), sino que es básicamente preventivo (evitar la perturbación de la normalidad).¹⁷⁵ Si sólo se estableciera un estado de sitio represivo, esto es, para hechos consumados, sus efectos llegarían demasiado tarde.

Tal y como dejamos anotado en la parte introductoria de este ensayo, nuestro interés está dirigido a examinar únicamente la dinámica de los problemas militares al interior de los diferentes países, en la medida en que la declaración formal de guerra es un hecho cada vez más anacrónico entre nosotros. En la hora actual las agresiones entre naciones no necesariamente se traducen en actos de ataque físico, existe un mecanismo menos costoso y más efectivo: las interferencias de tipo económico.

Es la segunda causal de excepción —la conmoción interna— la que ha dado al traste con el Estado de derecho, tan cara a nuestros regímenes, al autorizar la suspensión de garantías con fundamento en hechos tan laxamente descritos que, en una interpretación extensiva (como normalmente suele ser hecha) casi cualquier conducta encuadra dentro de sus lineamientos.

El orden público se ve turbado cuando el comportamiento de los asociados se aparta de las normas que lo rigen; si las desviaciones se producen aisladamente sin repercutir en la eficacia de la organización social, se califican de “normales” y caen en el campo del derecho penal; pero, cuando —por su magnitud— amenazan el equilibrio de la entidad

¹⁷⁴ Gallón Giraldo, Gustavo, *Quince años de estado de sitio en Colombia 1958-1978*, Bogotá, Editorial América Latina, 1979.

¹⁷⁵ Dentro de las diferentes regulaciones, cabe destacar la dominicana que, al referirse a esta primera causa, habla simplemente del “caso en que la soberanía nacional se encuentra expuesta a grave e inminente peligro”.

estatal o de una parte de ella, esas desviaciones se salen del marco de los hechos corrientes ameritando un tratamiento especial.¹⁷⁶

En sana lógica y teniendo en cuenta las consecuencias que de la declaración de emergencia se derivan, la alteración del orden interno que justifica la adopción de medidas excepcionales debería revestir la gravedad de una guerra exterior, esto es, debería tratarse de una rebelión civil o, por lo menos, de una insurrección armada, en cuanto se busca prevenir una agresión (actual o inminente), no un hecho que apenas se vislumbra como eventual. Ese inclusive es el nombre que reciben los regímenes de estado de sitio, símil de la angustiada situación que enfrenta una plaza sitiada, en la cual *Salus Populi Suprema Lex Est*.¹⁷⁷

En este orden de ideas, cuando un movimiento de oposición tiene el propósito de apoderarse del gobierno, pero no ha adoptado tácticas violentas, no existe justificación para tomar medidas de emergencia. Ahora bien, las acciones de estos grupos deben ser evaluadas en relación con sus efectos, que no por su motivo.¹⁷⁸

En cuanto a las razones invocadas por los gobiernos para decretar los estados de excepción, a la que con mayor frecuencia se alude es a la existencia de organizaciones guerrilleras y a la actividad subversiva en general; no obstante lo cual, casi ningún ordenamiento jurídico se refiere en forma expresa a ello. Así pues, el aspecto medular de este problema radica en desarrollar los elementos indicadores de la ocurrencia real de esos fenómenos.

Como el término “alteración del orden público” carece de un contenido preciso, la única garantía contra un eventual abuso únicamente puede encontrarse en la instancia encargada de calificar la situación como excepcional, máxime si tenemos presente que existen ordenamientos que ni siquiera hablan de la situación insurreccional, sino que se refieren en forma mucho más vaga a “evidente necesidad pública” (Costa Rica), “grave perturbación de la paz” (Guatemala), “grave peligro para la sociedad” (México), “graves circunstancias que afectan la vida de la nación” (Perú), “graves circunstancias que afectan la vida social” (Venezuela), o simplemente “alteración de la paz” (República Domini-

¹⁷⁶ Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, *supra* nota 77.

¹⁷⁷ En este sentido, la ley de orden público de Guatemala establece claramente que las actividades terroristas, sediciosas o de rebelión y, en general, cualquier indicio de que habrán de sucederse actos de sabotaje, incendio, secuestro, asesinato, ataques armados o cualquier forma de delincuencia terrorista o subversión, serán constitutivos de guerra civil (artículo 16).

¹⁷⁸ O'Donnell, Guillermo, “Estados de excepción”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núms. 20 y 21, 1978, pp. 107-177.

cana). Salta a la vista que desde un levantamiento armado hasta una huelga o un mitin político se adecuan perfectamente a la previsión constitucional.

Ahora bien, para que el interés público pueda invocarse con el ánimo de restringir los derechos individuales, es necesario que el medio empleado —el estado de excepción— no sólo sea el más cómodo, sino el único indicado para el fin propuesto, pues las opciones legislativas deben ir más allá que las presentadas por el estado de sitio;¹⁷⁹ es decir, el gobierno debe contar con medios ordinarios de control social. Si el gobierno es realmente democrático, debe actuar dentro de las instituciones democráticas, pues “sacrificar las garantías constitucionales equivale en general a pagar un precio excesivo por la seguridad que ha de procurar tal sacrificio”.¹⁸⁰

Ciertas doctrinas han perdido de vista que muchas manifestaciones nocivas para el mantenimiento del ejercicio de la Constitución y sus autoridades, pueden y deben ser eficazmente reprimidas mediante la función normal de las potestades comunes. Ante esa evidencia, es lógico deducir que el uso de facultades extraordinarias donde hubiese bastado con el razonable ejercicio de las comunes, constituye exorbitancia.

Del alcance desmedido que ha llegado a darse a la institución de los regímenes de urgencia, dejan claro testimonio absurdas disposiciones desprovistas de las características que debe reunir la normatividad transitoria que, de no ser porque ponen al descubierto una grave crisis institucional, podrían ser calificadas de pintorescas. Dentro de esa gama interminable de decretos cuyo contenido es del todo ajeno a la situación de emergencia, permítasenos citar sólo dos ejemplos tomados al azar:

En México, en el mes de diciembre del año de 1929, el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias concedidas, entre otros objetivos, para proporcionar recursos con qué atender a los gastos urgentísimos de la hacienda pública, declaró nulo un testamento, reconoció a los herederos *ab intestato*, ordenó que la Comandancia General los pusiera en posesión de los bienes y prohibió a los albaceas testamentarios cualquier reclamo u oposición. Tal y como lo explica claramente el constitucionalista Felipe Tena Ramírez:

Para hacer caber dentro de las facultades extraordinarias... esta monstruosa invasión de la autoridad ejecutiva y militar en la esfera

¹⁷⁹ Valadés, Diego, *La dictadura constitucional*, op. cit., supra nota 46.

¹⁸⁰ Groves, Harry E., “Atribuciones de urgencia”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, vol. III, núm. 2, invierno de 1961, p. 16.

judicial, y esta derogación de las leyes para un caso especial, el decreto del que se trata admitió la donación que los herederos *ab intestato* se obligaban a hacer de 40,000.00 pesos en efectivo y 60,000.00 en créditos reconocidos, en favor de la Hacienda Pública; de este modo, el gobierno despojaba de la herencia al heredero instituido en el testamento, para repartírsela con los herederos *ab intestato*.¹⁸¹

El otro ejemplo, citado por el tratadista Carlos Peláez,¹⁸² sirvió “incluso para auxiliar a entidades extranjeras... sin que se vea —aun reconociendo lo loable del propósito— la necesidad de orden público que pueda justificar tan alegre manera de disponer de los bienes del erario”. En efecto por Decreto 1102 de mayo de 1951 el presidente de Colombia, en uso de las facultades concedidas por el artículo 121 constitucional, se asoció al duelo que afligía a la República del Salvador con ocasión de recientes terremotos acaecidos, y ordenó un auxilio en forma extraordinaria como contribución para las víctimas.

Como estos casos, podrían citarse millares; en ellos se hace ostensible la ilegitimidad del procedimiento y la ausencia absoluta de relación entre los hechos invocados, las medidas adoptadas y la alteración del orden público y, lo que es peor, la vocación de permanencia de las disposiciones.

Independientemente de que la redacción del articulado constitucional, en lo que respecta a las causas que justifican la entronización del régimen de excepción, resulte tan defectuosamente tipificada desde el punto de vista normativo, la arbitraria utilización de este mecanismo institucional se ve favorecido por la ausencia de un riguroso límite en la duración del régimen restrictivo. En efecto, las constituciones del hemisferio condicionan la vigencia del Estado emergente al mantenimiento de las circunstancias que determinaron su aplicación, o bien, prescriben una limitación temporal que puede ser prorrogada indefinidamente (sea que requiera o no aprobación del Congreso). Sólo se exceptúa de esta regla general la regulación costarricense que sí fija un término improrrogable de treinta días.

No cabe duda de que el aspecto más peligroso del estado de sitio estriba, no tanto en la severidad de las medidas que conlleva, sino en el hecho de que éstas puedan ser implantadas sistemáticamente, pues ello

¹⁸¹ Tena Ramírez, Felipe, “La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias”, en *Curso colectivo sobre suspensión de garantías y legislación de emergencia*, *op. cit.*, *supra* nota 167, p. 147.

¹⁸² *Op. cit.*, *supra* nota 13, p. 202.

equivale a la abrogación de la Constitución y a la permanente aplicación de las técnicas represivas propias de un Estado policiaco, con el consiguiente desprecio por los derechos humanos de quienes se ven sometidos a su control.

La autoridad facultada para decretar la suspensión de garantías, generalmente, es el presidente de la República con acuerdo del Senado, en caso de ataque exterior; en lo que respecta a la conmoción interna, dicha atribución radica en cabeza del presidente o del Ejecutivo (presidente y ministros),¹⁸³ pero debe contar con la aprobación previa o con la ratificación posterior del Congreso. En otros países (Argentina, Costa Rica, El Salvador, República Dominicana) la decisión la toma —en principio— el Congreso, y sólo en su receso corresponde al Ejecutivo, que en todo caso deberá obtener la mencionada ratificación del Legislativo (salvo en la regulación dominicana).

No obstante que el precepto constitucional exige la participación conjunta de los órganos Ejecutivo y Legislativo del poder público, el hecho de que el Congreso deba reunirse automáticamente en caso de que se halle en receso y continúe sus funciones sin disolución, no significa que disponga de algún poder en ese momento. La práctica ha demostrado que la ratificación posterior equivale a dejar la conducta gubernamental a expensas de una posterior exoneración parlamentaria, y “el planteamiento ante la emergencia sigue siendo el de la ruptura de la legalidad seguida, si procede, de la absolución de los representantes de la Nación”.¹⁸⁴ Se trata simplemente de un requisito formal, no de un tipo de control constitucional.¹⁸⁵

Del principio general de intervención de los dos órganos del poder en la calificación de la situación emergente, se exceptúan las constituciones de Colombia, Perú, Panamá, Chile, Brasil y Paraguay. Las tres primeras involucran en la decisión del jefe del Ejecutivo el acuerdo del Congreso de Ministros, sin que dicha decisión deba ser sometida a la

¹⁸³ Pese a que buena parte de los preceptos constitucionales hacen referencia a los consejos de ministros como órganos gubernamentales cuya participación se requiere para la imposición de un estado de excepción, debe darse a esta disposición una relevancia estrictamente formal, pues son preceptos que obedecen al hecho de haber sido traspasadas instituciones propias de los regímenes parlamentarios a estructuras jurídicas de corte presidencialista.

¹⁸⁴ Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, *supra* nota 77, p. 442.

¹⁸⁵ En este sentido cabe destacar la legislación de Guatemala que establece que, a pesar de la improbación posterior por parte del Congreso, lo actuado con anterioridad tendrá plena validez (artículo 69, inciso 2do., Ley del Orden Público).

aprobación del Congreso. (Ver artículos 121, 231 y 195, No. 5o., respectivamente).¹⁸⁶

Las cartas de Chile y Brasil dan vocería a la institución armada en la toma de tan delicada decisión, configurándose una injerencia directa de la autoridad militar en una función que es eminentemente política. En efecto, en Chile el presidente podrá declarar cualquiera de los estados de excepción con acuerdo del Consejo de Seguridad, integrado —además de aquél— por los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, los comandantes en jefe de las fuerzas armadas, el general director de Carabineros, el jefe del Estado Mayor de la Defensa Nacional y los ministros de Defensa, Relaciones Exteriores y Economía (artículos 40 y 95). Cabe anotar que a partir de 1990, fecha fijada por el gobierno para el desmonte de la dictadura, el acuerdo de la Junta de Gobierno será reemplazado por el del Congreso.

En el Brasil deberá oírse el concepto del Consejo de Seguridad Nacional, en caso de sitio, y el del Consejo Constitucional en el evento de estado de emergencia (artículos 156 y 158); en la primera de las citadas circunstancias —por guerra o a fin de preservar la integridad o independencia del país o el libre funcionamiento de las instituciones— el Consejo de Seguridad, órgano de más alto nivel en la asesoría del presidente para la formulación de la política de seguridad nacional, está integrado por el jefe del Ejecutivo, el vicepresidente y todos los ministros de Estado (artículos 87 a 89). En cuanto al estado de emergencia, en el cuerpo colegiado —presidido también por el presidente de la República— participan el vicepresidente de la República, los presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados, el ministro de Justicia y un ministro representante de las fuerzas armadas (artículo 159).

Finalmente, la regulación del Paraguay prescribe que el estado de sitio será decretado por el Poder Ejecutivo; del decreto respectivo dará cuenta al Congreso (artículo 187). Constituye éste el único caso en que el presidente es completamente autónomo para tomar la decisión en cuanto a declaratoria de emergencia respecta.

III. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA

El aspecto medular de la declaratoria de excepción estriba en la facultad de que disponen las autoridades respectivas para la calificación de la índole y gravedad de la situación de hecho que la origina, en la

¹⁸⁶ En Colombia el presidente deberá oír previamente al Consejo de Estado, sin que su concepto lo obligue (artículo 141).

medida en que el acto que autoriza la suspensión de garantías se sustrae del examen de los tribunales.

Ninguna de las consideraciones anteriormente expuestas pesa tanto en el análisis de las razones que determinan la anómala hipertrofia del poder de policía, como el hecho de que durante el estado de urgencia se gobierna mediante decretos que, exentos de control constitucional, constantemente perturban el ejercicio de los derechos individuales conferidos por la Constitución; “de aquí que las dictaduras presidencialistas encuentren en el estado de excepción el pretexto ideal para afirmar la constitucionalidad de su gestión”.¹⁸⁷

En efecto, la decisión de si una situación conlleva un peligro para la permanencia del ente estatal, radica en cabeza de la autoridad que va a llevar a cabo la ejecución de las medidas pertinentes; pero no está sometida a la supervisión de un juez que busque el equilibrio entre la protección de las libertades individuales y el interés público. Si el Poder Judicial no puede actuar como guardián del Ejecutivo, no hay entonces salvaguardias institucionales disponibles para garantizar que los poderes de emergencia serán utilizados con el exclusivo propósito de conservar la integridad de la Constitución.

La razón aducida para esta abdicación de la potestad jurisdiccional, consiste en que es imposible encontrar criterios jurídicos para calificar las circunstancias que hacen inevitable la instauración de un gobierno de crisis, en la inteligencia de que la declaración de emergencia es un acto de naturaleza política; así pues, con fundamento en la teoría del acto de gobierno, se le adjudica la calidad de acto jurídico no ajusticiable en atención a los móviles que lo inspiran. Es por eso que la simple perspectiva de desórdenes parciales fácilmente da lugar a la suspensión de garantías, bajo la consideración de que —como toda decisión política— depende de apreciaciones subjetivas. “Puede ocurrir que la llamada ‘razón de Estado’, verdadero espectro de cosas indefinidas e inexplicables que hay que aceptar, se asocie con el estado de necesidad o se cubra con él.”¹⁸⁸

El carácter especialísimo que revisten las situaciones de urgencia no puede llevar a sostener la vigencia de facultades, libres en su gobierno, pues, en la evolución histórica del Estado, lo arbitrario ha desaparecido definitivamente para ser reemplazado por lo discrecional, que sí implica un mayor margen de acción pero nunca una potestad ilimitada.

¹⁸⁷ Valadés, Diego, *La dictadura constitucional*, op. cit., supra nota 46, pp. 41 y 42.

¹⁸⁸ Bielsa, Rafael, *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Roque de la Palma Editores, 1957, p. 58.

En estricto derecho, el temor —por no decir casi certeza— de un posible abuso de poder por parte del Ejecutivo, debe prevalecer sobre el razonamiento de que la comunicación a los jueces de los hechos aducidos para justificar la medida pone en peligro los intereses de la nación. La tan manida apelación a la “prudencia política” y la tesis de que aceptar el control de los jueces en esta materia equivaldría a operar una inválida transferencia de funciones al trasladarle al juzgador la función de conservación del orden público, sería tanto como sostener que cuando el Congreso dicta una ley cumple una función eminentemente privativa y, por ende, no susceptible de supervisión de constitucionalidad; equivaldría a caer en el absurdo jurídico de aceptar que los poderes de policía conllevan una presunción de legalidad que no admite prueba en contrario.

La función del Poder Judicial consiste precisamente en pronunciarse acerca de la existencia y límites de las facultades de los otros poderes; con ello no invade áreas extrañas, sino que defiende la supremacía constitucional de cuya intangibilidad es —o debe ser— custodio incansable. Por supuesto, las medidas de estado de sitio no pueden tener un efecto tan reducido, que pierda el carácter de instituto de emergencia destinado a conjurar una crisis; pero tampoco puede tener efectos tan amplios que desnaturalice la vigencia de la Constitución para cuya guarda se ha previsto dicho remedio.¹⁸⁹

Ahora bien, el decreto de estado de sitio tiene una naturaleza *sui generis*, no sólo porque permite el entronizamiento de un régimen en el cual se altera temporalmente las esferas de competencia de los órganos de poder, sino porque —a diferencia de las leyes ordinarias, que contienen un mandato impersonal y abstracto— se limita al relato de unos hechos en consecuencia de los cuales procede a la suspensión de las garantías constitucionales. Pues bien, la constitucionalidad de este decreto no puede deducirse del resultado de la simple confrontación literal de su parte resolutive con las normas constitucionales, como que hacer la declaración de turbación del orden público jamás resultará contrario a aquellas que, por el contrario, expresamente lo autorizan.

Si una situación de hecho grave e imprevista es lo que justifica la adopción de medidas que, en principio, son inconstitucionales, la condición de validez del decreto que las autoriza depende de que tales circunstancias hayan tenido efectiva ocurrencia, y de que definitivamente

¹⁸⁹ Bidart Campos, Germán J., “La revisión judicial de las facultades presidenciales durante el estado de sitio”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, año XXIV, núm. 1269, jueves 12 de julio de 1962.

no hubieran podido ser enfrentadas con los medios ordinarios. Si falta ese antecedente —vale decir, guerra exterior o conmoción interior— la declaratoria de emergencia es irrazonable, configurándose una especie de falsa motivación, si aquél existe; pero las consecuencias que de ésta se derivan no se avienen con el fin mencionado, se configuraría una especie de desviación de poder. Este último caso se presentaría cuando, existiendo efectivamente una alteración del orden público, deja de acudirse a otros arbitrios a los que se hubiera podido recurrir con el mismo objeto y sin necesidad de afectar el ejercicio de los derechos, o cuando el acto restrictivo resulta desproporcionado al hecho dañoso.

En suma, consideramos que en el acto jurídico —siendo uno e indivisible— la parte resolutive es consecuencia necesaria e inevitable que la motiva, por lo cual el análisis del decreto que nos ocupa debe hacerse en forma integral e incondicionada.

Pero no sólo el decreto de estado de sitio debe estar sometido a la fiscalización judicial, a menester que también la normatividad producto de la situación emergente (decretos legislativos) esté supeditada a dicho control. Desde luego, el análisis de la eficiencia de los medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, la determinación de si dicha escogencia fue o no acertada, son cuestiones que no deben ser revisadas por la justicia dada la imprevisión de las circunstancias; pero sí le incumbe pronunciarse a propósito de la razonabilidad de dichos medios, es decir, debe examinar si éstos fueron o no proporcionados a los fines que el legislador y el gobierno se propusieron conseguir y, en consecuencia, resolver si es admisible la consiguiente restricción de derechos.¹⁹⁰

A este respecto, cabe destacar el interesante mecanismo de “control automático de constitucionalidad” de que dispone la legislación colombiana.¹⁹¹ En efecto, el artículo 121 de la Constitución establece para el gobierno la obligación de enviar a la Corte Suprema de Justicia, al día siguiente de su expedición, los decretos dictados en uso de las atribuciones de estado de sitio; si el gobierno no cumple con ese deber, la Corte aprehenderá su conocimiento de oficio. Los términos ordinarios de que dispone la Corte para decidir sobre la exequibilidad de los de-

¹⁹⁰ Sentencia del Superior Tribunal de Santa Fe de mayo 21 de 1948. Publicada en la *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 51, julio-agosto-septiembre de 1948, pp. 98-117.

¹⁹¹ Es importante recordar que el sistema de control de constitucionalidad que ostenta la legislación colombiana es de los más perfeccionados y depurados de América Latina, en la medida en que cuenta con el mecanismo de la acción pública de inconstitucionalidad, en virtud del cual cualquier persona puede demandar una disposición que considere contraria al tenor constitucional.

cretos se reducirán en este caso, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los magistrados.

Ahora bien, a las personas que con ocasión de la aplicación de la legislación de excepción se vean injustamente lesionadas, no se les puede negar la protección del Estado. En este caso, el examen de los jueces no se va a limitar simplemente a analizar si el Ejecutivo ha obrado "dentro de las atribuciones legales", pues el recurso resultaría ilusorio si tenemos presente que el amplio margen de acción que tiene el gobierno, le permitiría hacer fácilmente caso omiso de las libertades individuales, sin llegar a caer en el terreno de la ilegalidad. Nuevamente es la razonabilidad de los actos de ejecución de las medidas de emergencia el criterio que debe guiar al juzgador.

En este orden de ideas, la controversia no se reduce a la determinación de si le es dado al gobierno suspender un derecho, sino que consiste fundamentalmente en considerar si se justifica que se le haya restringido a una determinada persona, según las circunstancias concretas que rodearon su actuación. No cabe duda de que no puede ser calificada con el mismo rigor, verbigracia, la conducta de quien se levanta en armas contra la autoridad y la de quien simplemente agita las masas en una plaza pública, si bien durante un régimen de urgencia ambos comportamientos son censurables.

Así pues, es necesario tener presente que la situación de excepción trasciende el campo estrictamente jurídico; es un problema eminentemente fáctico, se coloca más allá de las normas que rigen a una nación con la finalidad de evitar su derrumbamiento. No es posible entonces admitir en justicia que los abusos que en su nombre y por su virtud se cometan pierdan su carácter a causa del medio elegido para realizarlos, pues, como anota con gran tino el profesor O'Donnell:¹⁹²

El fenómeno por el cual una amplia suspensión de derechos sujetos a suspensión, casi inevitablemente conduce a violaciones de derechos no sujetos a suspensión, pone en evidencia la necesidad de dar una cuidadosa interpretación a la facultad de suspender, en particular para sopesar la necesidad de las medidas que un Estado piensa adoptar, en relación con el peligro de desencadenar un incontrolado poder gubernamental.

La suspensión de garantías no significa dejar a los individuos sin amparo judicial, ya que ello supondría pretender la defensa de la Cons-

¹⁹² *Op. cit.*, *supra* nota 178, p. 114.

titución —finalidad de los regímenes de excepción— mediante la supresión de la libertad, que es precisamente la negación de lo que se busca amparar. Para que los derechos que la Constitución reconoce no queden circunscritos a meros enunciados teóricos, a menester que en todos los casos en que las autoridades actúen en forma irregular existan instrumentos adecuados para obtener el respeto a la libertad. Por supuesto, no basta la existencia del remedio judicial, esa además indispensable la existencia de un poder jurisdiccional independiente, libre de toda presión externa, capaz de imponer el respeto a la ley incluso frente a la más alta autoridad.¹⁹³

Finalmente, una rigurosa vigilancia de los excesos del Poder Ejecutivo sólo puede ser efectuada si se encuentra respaldada con una oportuna y efectiva acción represiva contra los conculcadores de las garantías constitucionales, en cumplimiento del principio según el cual toda persona debe responder por el daño que injustamente causa. Lo contrario equivale a una previa exoneración de responsabilidad que repugna con los más elementales principios de un régimen de legalidad.

IV. SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS

La vigencia de la emergencia política da lugar a procedimientos extraordinarios de creación normativa, en cuya virtud el Ejecutivo asume facultades legislativas y una mayor amplitud en la esfera administrativa. Dichos decretos, dirigidos a la aceptación del ejercicio de las garantías individuales, tienen rango de ley, como que sustituyen temporalmente la legislación ordinaria; como tales, deben contener prevenciones de carácter general, esto es, el fenómeno suspensivo no se debe contraer a un individuo o grupo de individuos en particular.

Nuevamente es necesario insistir en el carácter transitorio de la situación de excepción, característica que también debe revestir la normatividad producto de ella, cuyos efectos deben cesar una vez que terminan las circunstancias que han dado lugar a su implantación. La única excepción formal a esta regla general la encontramos en el ordenamiento chileno, que en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución nacional autoriza mantener las medidas de expulsión del territorio y la prohibición de ingreso al país, “pese a la creación del estado de excepción que les dio origen, en tanto que la autoridad que las decretó no las deje sin efecto”.

No obstante esta clara limitación, originada en la naturaleza misma

¹⁹³ Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, *supra* nota 189.

de la situación de hecho —que es esencialmente temporal—, son muchos los casos en que son prolongados indebidamente los efectos de los decretos extraordinarios, aunque el gobierno no tiene inconveniente alguno en reconocer que las fuerzas que en su momento significaron una amenaza para la vida de la nación hayan sido derrotadas. Este es el reconocimiento implícito de que el estado de excepción no descansa sobre la existencia de una amenaza a la vida de la nación, pues ella no puede ser prevista con la anticipación a la manifestación exterior de los hechos.¹⁹⁴

Para que la normatividad de emergencia cumpla con la condición de limitarse a lo estrictamente necesario, no basta que su vigencia se reduzca a un plazo determinado, es necesario además que sus consecuencias tampoco se extiendan más allá de la situación que la justifica. Si se permitiera la postulación de normas con miras a crear situaciones indefinidas, se establecería un nuevo derecho por medio de reglamentos provisionales. Por ello, el profesor Carlos Peláez anota que la normatividad de excepción debe ser, no sólo temporal en su duración, sino además transitoria en sus efectos.

Ahora bien, como quiera que el legislador de excepción carece de soberanía legislativa, ha sido no poco frecuente que las medidas transitorias lleguen a transformarse en normatividad ordinaria mediante el mecanismo de la adopción de los decretos legislativos como leyes de la República por parte del Congreso. Como explicación a este exorbitante mecanismo de inspiración normativa, se arguye que la prolongación de las medidas de excepción es necesaria para sanear una estructura administrativa que ha sufrido serios daños, que existen consecuencias jurídicas irreversibles y que es necesario dotar al gobierno de elementos mínimos de prevención al levantarse el estado de sitio. De esta forma, el levantamiento del régimen exceptivo, lejos de significar al ejercicio pleno de las libertades, supone la legalización de la anormalidad, de manera que lo que nació siendo transitorio se transforma en permanente.

Por lo que toca al alcance de los derechos legislativos, mientras la mayoría de las disposiciones constitucionales especifican cuáles son los derechos susceptibles de sufrir afectación, otras en cambio dejan abierta la posibilidad de que sean adoptadas todas las disposiciones necesarias para configurar la crisis. No obstante, hay que tener en cuenta que en la medida en que el gobierno es facultado para menoscabar el ejercicio de los derechos, la interpretación de las normas debe ser res-

¹⁹⁴ Burgoa, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, México, Editorial Porrúa, 1984.

trictiva y en sentido favorable a la seguridad personal, de modo que, aunque la enumeración de las medidas a seguir no sea taxativa, éstas deben guardar en todo caso estrecha relación con la turbación del orden público y con necesidad de prevenir o reprimir la emergencia que la motiva.

Las constituciones que autorizan la suspensión genérica de los derechos individuales son las de Argentina, Colombia, Ecuador y Venezuela; en todas ellas el tenor de la norma constitucional coincide: “suspensión de las garantías individuales”, “de los derechos incompatibles con el estado de sitio”, “de la vigencia de las garantías constitucionales”, “de las garantías constitucionales”, respectivamente.

República Dominicana contempla la suspensión genérica del ejercicio de los derechos individuales sólo en caso de emergencia, esto es, “cuando la soberanía nacional se encuentre expuesta a peligro grave e inminente”; en caso de estado de sitio, la numeración sí es concreta (artículo 37, Nos. 7 y 8).

No hay que elaborar mayores consideraciones jurídicas para comprender que el hecho de que el Ejecutivo pueda adjudicar a los regímenes de excepción las consecuencias que discrecionalmente estime, hace aún más vulnerable el ejercicio de las libertades públicas.

Las cartas de los países no relacionados anteriormente enumeran expresamente qué garantías pueden ser conculcadas. En términos generales, y teniendo presente que cada ordenamiento ofrece sus variantes, las atribuciones de que goza el Ejecutivo las podemos sintetizar así:

1º La posibilidad de decretar gastos suplementarios e impuestos extraordinarios, abrir créditos adicionales, contratar empréstitos, o aplicar a los gastos de defensa fondos destinados a otros servicios, para atender las necesidades urgentes o imprevistas.

2º La viabilidad de la expropiación ordenada por autoridades no judiciales y sin previa indemnización, así como la ocupación temporal de la propiedad privada en tiempo de guerra.

3º La suspensión del derecho de portación de armas.

4º La afectación de los derechos de opinión, reunión, asociación, locomoción, así como de la inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia y documentos privados. La limitación de la libertad de expresión se extiende a todos los medios de comunicación.

5º La facultad de concentrar en una misma autoridad la función judicial o civil y la militar. Es así como oficiales militares son nombrados en alcaldías y gobernaciones, con el fin de atender a la administración y conservación del orden, así como de asegurar el curso de las opera-

ciones de campaña. Igualmente, son instituidos consejos verbales de guerra con competencia para juzgar a la población civil.

6º La restricción o supresión de las garantías relativas a la libertad y seguridad personal, mediante el desplazamiento de las facultades de policía propias de la autoridad civil a la autoridad militar, con la finalidad de asegurar la observancia de las leyes y el imperio de las autoridades locales.

Por considerar que los dos últimos numerales guardan directa relación con el tema que nos ocupa, volveremos sobre estos aspectos más adelante.

Al lado de la enunciación de las facultades de que el Ejecutivo goza en periodos de anormalidad, tema que hemos esbozado anteriormente, algunas constituciones consagran ciertas limitaciones taxativas al ejercicio de dichas facultades, en un claro esfuerzo por limitar el ya ostensible poder asignado al gobernante. A continuación nos permitimos presentar este conjunto normativo que viene a constituir el aspecto restrictivo de las facultades de emergencia:

Argentina: El presidente no puede condenar por sí ni aplicar penas; su poder, respecto de las personas, se limita a arrestarlas o trasladarlas, a menos que prefieran salir del país (artículo 23).

Bolivia: La inviolabilidad personal y las inmunidades establecidas por la Constitución no se suspenden para los representantes nacionales (artículos 115, inciso 2º).

Brasil: Las inmunidades de los diputados federales y senadores podrán ser suspendidas durante el estado de sitio por deliberación de la casa a que pertenecen (artículo 156, parágrafo 6º).

— La Constitución no puede ser objeto de reformas en vigencia del estado de sitio o de emergencia (artículo 47, N° II, parágrafo 2º).

— Serán privativos del brasileño de nacimiento las carreras de oficial de marina, del ejército o de la aeronáutica (artículo 145, ord. b, N° 3º, parágrafo único).

Costa Rica: Durante la suspensión, y respecto de las personas, el Poder Ejecutivo sólo podrá ordenar su detención en establecimientos distintos de las cárceles o decretar su confinamiento en lugares habitados (artículo 121, N° 7º).

Chile: Las medidas de restricción y privación de la libertad no pueden adoptarse contra parlamentarios, jueces, miembros del tribunal constitucional y del tribunal calificador de elecciones, ni el contralor general (artículo 41, N° 7º).

Ecuador: El presidente en ningún caso puede decretar:

a) La suspensión del derecho a la vida e integridad personal.

b) La expatriación de un nacional.

c) Disponer el confinamiento fuera de las capitales de provincia ni a distinta región de aquella en que vive el afectado (artículo 78, N^o 6)

El Salvador: Las garantías no podrán ser suspendidas cuando se trate de reuniones o asociaciones con fines religiosos, culturales, económicos o deportivos (artículo 29, inciso 1^o).

— La militarización de los servicios públicos civiles, procederá únicamente en los casos de emergencia nacional (artículo 221, inciso 2^o).

Guatemala: Mientras dure cualquiera de los estados de emergencia, los órganos de publicidad están obligados a evitar las publicaciones que pueden causar confusión o pánico o agraven la situación (artículo 35, Ley de Orden Público).

— La autoridad podrá retener y abrir la correspondencia de las personas de quienes fundadamente se sospeche que conspiran en relación con el estado de emergencia declarado. En el mismo caso, podrán ser ocupados y revisados los documentos y libros privados (artículo 38, *idem*).

Honduras: Durante la suspensión no podrá hacerse declaraciones de nuevos delitos ni crearse otras penas de las establecidas al decretarse la suspensión (artículo 188, inciso 2^o).

— Los diputados gozan de inmunidad personal para no ser sometidos a registro personal o domiciliario, detenidos, acusados ni juzgados aun en estado de sitio, si el Congreso Nacional no los declara previamente con lugar a formación de causa (artículo 200, N^o 1^o).

México: La suspensión de garantías no podrá contraerse a un solo individuo (artículo 29).

Nicaragua: En este país la enumeración de las facultades de excepción es negativa, es decir, se establece una larga lista de derechos no susceptibles de suspensión, lista a la cual remitimos dado que su relación resultaría prolija (ver artículo 186 de la carta).

Paraguay: Los detenidos en virtud del estado de sitio permanecerán en locales sanos y limpios no destinados a reos comunes, y los traslados se harán siempre a localidades pobladas y salubres (artículo 79).

Perú: En ninguna circunstancia podrá imponerse la pena de destierro (artículo 231, ord. a).

— El presidente de la República no puede disolver la Cámara de Diputados durante el estado de sitio ni de emergencia (artículo 229).

— En estado de sitio las fuerzas armadas asumen el control interno cuando así lo dispone el presidente de la República (artículo 231, ord. a).

República Dominicana: En el evento en que sea decretado el estado de emergencia, se pueden suspender todos los derechos individuales, salvo el de la inviolabilidad de la vida (artículo 37, N° 8).

Venezuela: El presidente no podrá suspender las siguientes garantías:

a) El derecho a la vida e integridad física.

b) El derecho a no ser condenado a penas perpetuas o infamantes (artículo 241, N° 1°).

Como ha quedado dicho, en la mayoría de los ordenamientos el presidente sólo puede suspender las garantías para las cuales ha recibido autorización y en la medida en que ésta le es dada; pero, aun en el caso de que la legislación no contemple una enumeración taxativa de dichas garantías, se entiende que existen derechos que no pueden sufrir afectación so pretexto de conservación del orden público, pues su exclusión equivaldría a la negación misma del Estado de derecho y constituiría un atentado a las bases de la civilización contemporánea. Son ellos, básicamente:

1° La imposición de la pena de muerte o de la esclavitud.

2° El sometimiento a la tortura y, en general, a procedimientos que infieren daño físico o moral.

3° Las penas perpetuas o infamantes.

4° Las sanciones de destierro,¹⁹⁵ despojo o confiscación.

5° La restricción del derecho al trabajo.

En materia laboral, sólo las constituciones de Chile y Guatemala autorizan restricciones; la primera en cuanto al derecho de sindicación en general (artículo 40, N°s. 1 y 2), y la segunda en lo que respecta al derecho de huelga de los trabajadores del Estado (artículo 151, inciso 1°). La Constitución brasileña autoriza la suspensión del ejercicio del cargo, función o empleo en empresas públicas, sociedad de economía mixta o concesionarias de servicios públicos (artículo 156, N° 2, ord. g).

Asimismo, existen derechos que tampoco pueden ser afectados porque, o bien no guardan definitivamente ninguna relación con la alteración del orden público (como son la libertad de conciencia, de religión, de cultos, entre otros), o bien se trata de medidas que son del todo ajenas a la crisis política (como sería la detención a causa de obligaciones puramente civiles).

No queremos terminar esta breve referencia normativa sin hacer mención a la regulación de Paraguay que, en materia de estado de sitio, se aparta de los lineamientos expuestos. En efecto, el estado de sitio será

¹⁹⁵ Solamente la Constitución del Uruguay conserva la pena de destierro (artículo 80, No. 4o.).

aplicado en caso de conflicto o guerra internacional, invasión exterior, conmoción interior, o grave amenaza de alguno de estos hechos, y sólo autorizará la detención de las personas indiciadas de participar en alguno de estos hechos, o su traslado a otro punto de la República, así como la prohibición de reuniones y manifestaciones públicas (artículo 79). Es claro que, en los términos en que se encuentra estatuido, los efectos del régimen de excepción son mucho más favorables para los eventuales afectados.

Finalmente, cabe mencionar que el Decreto constitucional No. 9 de 1984 introdujo en la regulación del Uruguay la figura del estado de insurrección, en los términos y condiciones generales hasta aquí analizados, sin excluir la antigua figura de las llamadas “medidas prontas de seguridad”, en virtud de las cuales, en los casos de ataque exterior o conmoción interna, el presidente podrá tomar medidas de alta policía, dando cuenta a la Asamblea y estándose a lo que ella disponga; dichas medidas únicamente autorizan el arresto o traslado de personas, salvo que optaren por salir del territorio nacional (artículo 168, No. 17, Constitución Nacional). Asimismo, conserva la disposición que autoriza la suspensión de la seguridad individual en caso de traición o conspiración contra la patria, y para los solos efectos de aprehensión del delincuente (artículo 31, *idem*). Así pues, sólo a partir de 1984 entra a ser regulada en Uruguay la institución del estado de sitio propiamente dicho. (Ver artículo 6º, ord. B, decreto citado.)

También la Constitución dominicana consagra una disposición de alta policía cuando establece que, en caso de violación a los derechos de organización sindical, de huelga o de paro que perturben o amenacen perturbar el orden público o el funcionamiento regular de los servicios públicos que impidan el desenvolvimiento de las actividades económicas, el presidente adoptará las medidas provisionales de policía y seguridad necesarias para conjurar la emergencia, debiendo informar al Congreso de las medidas adoptadas (artículo 55, Nº 8º).

La anterior reseña comparativa pone de manifiesto una orientación uniforme hacia la concesión al ejército de una injerencia directa en el establecimiento y aplicación de medidas de orden público, y de una facultad de vigilancia inmediata sobre la conducta de la comunidad. Vemos pues cómo en todos los casos relacionados con la seguridad de la nación, la institución militar se ubica como eje central en la tarea de reorganizar el sistema capitalista de denominación.

De otro lado, es necesario destacar que en estado de sitio es frecuente que, declarada la zona de emergencia, sea designado un jefe militar que

—además de la competencia militar— será la suprema autoridad administrativa, quedando las autoridades civiles bajo su dependencia; el citado jefe podrá impartir todas las instrucciones que estime convenientes para el mantenimiento del orden en la zona que está a su cargo, sobre todo en lo que respecta al rápido traslado de las fuerzas bajo sus órdenes a los lugares en que sea necesaria su intervención.¹⁹⁶ En algunos países procede incluso la militarización de los servicios públicos, como es el caso de El Salvador (artículo 221).

Las facultades de emergencia se traducen básicamente en la posibilidad de efectuar registros domiciliarios a cualquier hora y sin el cumplimiento de los requisitos legales, así como en el control y vigilancia de los medios de comunicación, siendo sometida a previa censura toda noticia e información; en la misma forma, se prohíbe toda manifestación pública y se somete a solicitud previa —si no es que se suspende— el derecho de reunión. Estas medidas equivalen a la suspensión de otras tantas garantías: la inviolabilidad del domicilio, el derecho de reunión, la libertad de expresión.

Casi todos los gobiernos, a través de la historia, han considerado la libertad de expresión como la más grave amenaza a la seguridad estatal; un ataque ideológico desencadenado contra el gobierno —se argumenta— puede generar discusión y debilitar las resoluciones nacionales, provocando el desarrollo de ideas antigubernamentales.

Pero la facultad más delicada, que concentra la arbitrariedad del régimen de excepción, es la suspensión de la libertad individual y la competencia de la jurisdicción militar para conocer de los delitos atentatorios contra el orden público. La descomunal carga de tiranía vertida por los órganos tecnocráticos-militares hace pensar en los estados de sitio como en el equivalente a la usurpación del poder político a manos de la autoridad militar, pues detrás del conjunto normativo creado para “resguardar el orden y conservar las instituciones”, subyace la sistemática e impune violación de los derechos humanos.

V. GARANTÍAS RELATIVAS A LA LIBERTAD PERSONAL

Los efectos del estado de sitio menoscaban principalmente la libertad personal, entendida ésta en sus dos aspectos: la libertad de traslación y la seguridad individual. Antes de abordar el estudio de la restricción de esta garantía, es necesario dilucidar los postulados que la fundamentan.

¹⁹⁶ Romero, César, *op. cit.*, *supra* nota 72.

La libertad personal está protegida con normas que establecen que sólo los jueces de la República tienen potestad para privar de ella; que los motivos que justifican esa privación deben estar previamente definidos por el legislador, y sólo pueden obedecer a la existencia de cargos suficientemente serios que hagan suponer fundadamente que el sujeto de que se trate es infractor; que dicha aprehensión sólo puede efectuarse en virtud de mandamiento escrito; que una vez verificada, el individuo goza de plenas garantías de defensa.

Las disposiciones que regulan la libertad individual en el estado de sitio poco han servido a su obvio fin jurídico; por el contrario, las normas vigentes al respecto han facilitado el envilecimiento del propio sistema jurídico, pretextando la defensa de un orden que no es tal.

La libertad personal se ve restringida en el momento en que una persona es puesta bajo custodia, impidiéndosele la posibilidad de locomoción. El acto de privación de este derecho recibe la denominación genérica de detención, y supone que el funcionario que la efectúa dé a conocer su calidad a la persona detenida, sin que le sea dado emplear en el acto de aprehensión más que la coacción necesaria para obtener su rendición, de manera que sólo la negativa a obedecer o el intento de fuga justifican el empleo de la fuerza, y únicamente en la medida estrictamente necesaria. La persona detenida deberá ser llevada a centros penales destinados para el efecto, quedando en manos de personal especializado.

La detención preventiva constituye una medida de precaución tomada en interés social; es a la vez una medida de seguridad y una garantía de ejecución de la pena. Sin embargo, la detención constituye también un atentado contra la libertad en cuanto supone el encarcelamiento sin el establecimiento previo de la culpabilidad. La persona detenida tiene derecho a conocer inmediatamente el motivo de su detención, así como nombrar un abogado que se haga cargo de su defensa; deberá ser puesta a disposición de la autoridad judicial competente dentro de un término perentorio (que normalmente oscila entre veinticuatro y cuarenta y ocho horas), o bien, de no haber lugar a su procesamiento, será puesta en libertad inmediatamente. Las legislaciones penales contemplan además el mecanismo de la excarcelación, fundado en el criterio de la presunción de inocencia.

Las órdenes de detención son emitidas cuando existe la posibilidad de que una persona haya cometido un delito, a fin de que comparezca ante las autoridades a responder de él; por tanto, en principio y salvo en

caso de flagrancia,¹⁹⁷ sólo la autoridad judicial es la competente para decretarla mediante orden escrita y conforme a leyes anteriores al acto que se imputa. En estos términos se resume el preciado principio de la legalidad, elemental supuesto de seguridad jurídica cuya inobservancia da lugar a la comisión de un ilícito, la detención arbitraria, el cual, dada la naturaleza jurídica del bien afectado —la libertad—, permite incoar un recurso de *habeas corpus*, también denominado derecho de exhibición personal.

El *habeas corpus* es la acción encaminada a obtener la libertad de quien ha sido ilegalmente detenido o se le prolonga indebidamente la detención. Consiste en un procedimiento especial y sumarísimo que pone en movimiento una rápida indagación judicial en todos los casos de restricción corporal, cuando las autoridades se apartan del cumplimiento de las formalidades establecidas en favor de los acusados. Una vez declarada la ilegalidad de la detención, el juez ordenará que cese inmediatamente, y establecerá la responsabilidad de la autoridad coartadora. La importancia de este procedimiento se demuestra por la celeridad con que se instruye para determinar la legalidad o ilicitud de las detenciones.

En los anteriores términos y en tan apretada síntesis hemos pretendido compendiar los aspectos más sobresalientes de las garantías que unánimemente consagran las legislaciones en defensa de la libertad personal. Pues bien, el estado de sitio importa la facultad de pasar por alto las mencionadas limitaciones al ejercicio del poder público.

Las medidas de emergencia autorizan a los agentes ejecutivos para efectuar arrestos sin que medie autorización judicial, como un mecanismo de seguridad política carente de significado punitivo. En efecto, la práctica ha demostrado que la posibilidad que le es dada a la autoridad no judicial para ordenar detenciones apartándose de los lineamientos legales, se ha convertido en la adopción de disposiciones que obedecen más a la conveniencia que a la necesidad, por lo cual el instrumento de la detención preventiva ha devenido en el principal elemento de lucha contra la subversión, lo cual permite vislumbrar los métodos arbitrarios con que aquélla se lleva a cabo.

Detengámonos brevemente a observar cuáles son algunas de las me-

¹⁹⁷ La ley penal autoriza a la autoridad policiaca como deber o a cualquier persona como derecho, a detener a cualquier persona que sea sorprendida en el acto de comisión de un ilícito.

didadas más frecuentemente adoptadas al amparo del régimen de urgencia; ello nos ilustrará sobre la gravedad de la situación.¹⁹⁸

A partir del arresto, el detenido queda a disposición de un organismo extraño a la estructura misma de la justicia penal, el cual dispone de unas atribuciones que no están previstas en ningún ordenamiento penal. Como es lógico suponer, el detenido ignora la identidad de los funcionarios que intervienen en el proceso de aprehensión, así como del lugar de reclusión, lo cual constituirá un obstáculo definitivo en el evento de que se pretenda incoar en el futuro una demanda por posible violación de derechos humanos.

La detención sin explicación seguida de incomunicación por periodos indefinidos en lugares no establecidos oficialmente como prisiones, permite que los detenidos sean impunemente torturados, mientras el gobierno evade toda responsabilidad por las muertes ocurridas durante aquella.

Dentro de los vicios procedimentales que se presentan con ocasión de la detención preventiva, destaca la autorización para la asistencia del defensor sólo después de la indagatoria, cuando es sabido que la misma constituye el primer acto de defensa; aunque las leyes reconocen el derecho a la asistencia profesional, ésta a menudo se ve ampliamente restringida, convirtiendo su actuación en un trabajo forzosamente pasivo. Sobre este aspecto volveremos más adelante, en el apartado correspondiente al estudio de los consejos verbales de guerra.

Por lo que respecta al derecho de *habeas corpus*, mientras algunos ordenamientos admiten expresamente su suspensión otros guardan silencio sobre el particular; pero en aquellos países en que la autorización para la eliminación de este derecho no es dada en forma expresa, es frecuente que, ante su violación, la jurisprudencia se pronuncie por la negación del derecho, en la inteligencia de que el Ejecutivo ha obrado dentro de sus facultades legales; además, la petición de libertad suele resultar fallida en razón de que la autoridad militar niega la ocurrencia de la prisión ilegal o disimula su ilegalidad alegando la verificación de una simple comparecencia del inculpado para prestar su declaración.¹⁹⁹ Como si esto fuera poco, las más de las veces el beneficio

¹⁹⁸ Los informes de amnistía internacional recogen la más completa información sobre la materia, detallada ampliamente la forma en que son llevadas a cabo las detenciones y juicios de que son objeto los delincuentes políticos con ocasión del estado de sitio.

¹⁹⁹ García, Basileu, "La detención preventiva en Brasil", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, vol. III, núm. 2, invierno de 1961, pp. 44-56.

de la excarcelación es negado, anticipándose de esta forma la imposición de una pena que bien puede resultar injusta.

La circunstancia de no permitir el control de legalidad de la detención, ciertamente no es requerida por las exigencias de la situación de excepción; siendo la detención administrativa la medida de emergencia más comúnmente empleada, no se ve por qué las garantías de que ella va rodeada puedan poner en peligro los intereses del Estado.

En realidad, la persona detenida en las circunstancias descritas tiene muy pocas probabilidades de recobrar su libertad antes del término de la situación de excepción y, por tanto, antes de la restauración de las libertades individuales. La práctica ha demostrado ampliamente que la posibilidad de rescatar con vida a un desaparecido es bastante remota.

Ahora bien, la aplicación de los procedimientos reseñados elimina en la práctica los mecanismos que permiten deducir responsabilidades de los funcionarios públicos, creándose un clima de impunidad que facilita aún más las permanentes violaciones, violaciones no formalmente autorizadas pero contra las cuales la debilitada estructura legal no ofrece una solución efectiva. Es en tales situaciones que la tortura, el asesinato, la extorsión, la corrupción, se convierten en sucesos cotidianos.²⁰⁰

Los gobiernos asisten impávidos al escenario de la violencia, sin tomar medidas efectivas para impedirlo, alegando el peligro que para la supervivencia del Estado entraña todo movimiento libertario. Las graves penalidades impuestas a quienes supuestamente han incurrido en conductas atentatorias contra la seguridad del Estado contrastan con la casi total ausencia de controles de los cuerpos de seguridad involucrados en gravísimas violaciones,²⁰¹ los cuales son frecuentemente eximidos de responsabilidad mediante la publicación de comunicaciones que atribuyen sus delitos a otras causas.

En el anterior análisis ha quedado demostrado que la forma en que las leyes de orden público han sido aplicadas por las autoridades ha devenido en el terror de los ciudadanos, quienes no pueden menos que identificarlas como el más idóneo instrumento para anular la libertad de expresión y de acción. La multiplicación de los estados de emergencia

²⁰⁰ O'Donnell, Guillermo, *op. cit.*, *supra* nota 178.

²⁰¹ Esto se evidencia al comparar la pena aplicable por el delito de tortura, con las sanciones a que dan lugar los delitos contra la existencia y seguridad del Estado. En Chile se ha llegado al extremo de suspender la calidad de ciudadano a quienes sean condenados por delitos que la ley califique como conducta terrorista, negándose los beneficios de la libertad provisional, la amnistía y el indulto; asimismo, la autoridad que investiga dicho delito está excusada de poner al supuesto infractor en manos de la autoridad judicial competente dentro de las 24 horas, disponiendo de un término de 10 días. (Ver artículos 8, 9, 16, 17 y 19.)

y la elaboración de textos cada vez más complejos en relación con el tema, han conducido a una situación en la que el ordenamiento jurídico se hace incierto al borrarse las barreras que separan la regla de la excepción; mientras “el ancho camino de la arbitrariedad se abre con el único freno hipotético de la voluntad discrecional del Poder Ejecutivo nacional”,²⁰² las fuerzas armadas constituyen un actor legítimo del sistema.

El estado de sitio ha sido utilizado para permitir las garantías procesales, autorizando la verificación de detenciones que han sido sustraídas de los jueces naturales, con la finalidad de crear en la opinión un espíritu de advertencia a no disentir del régimen. La interpretación política de este instrumento jurídico como permanente actitud de lucha contra los bandos beligerantes ciudadanos, repugna a la tradición republicana y a la forma democrática de gobierno.

Permitir que los jefes políticos se atribuyan esta facultad, equivale a entregar a los ciudadanos al despotismo, privar a los ciudadanos de las ventajas del régimen de legalidad y entregarlos al despotismo atroz. Como alguien anotara con gran agudeza al estado de sitio reporta todos los peligros de la dictadura y ninguna de sus ventajas, con el agravante de que la amenaza militar, lejos de acallar los conflictos, los agudiza, haciéndolos virtualmente incontrolables.

Los regímenes de urgencia fracasan, ante todo, por la ausencia de limitaciones normativas para su ejercicio. No sugerimos la derogación de las facultades de emergencia, pero estamos ciertos de que deben ser objeto de cuidadosas enmiendas que terminen de una vez por todas con su utilización como un medio para silenciar a todos los adversarios del sistema.

En primer lugar, los ordenamientos deben entrar a especificar exactamente qué conductas son las que dan lugar a la suspensión de derechos.²⁰³ Es evidente que nociones tales como “aque'llas que atentan contra la seguridad del Estado”, adolecen de una grave falla en la tipicidad. Además, los países que no detallan qué garantías puedan ser objeto de suspensión, deberían entrar a precisarlo, pues es claro que no todas pueden verse afectadas so riesgo de que con ellO se atente contra la

²⁰² Becerra Ferrer, Guillermo, “Estado de guerra interno”, *Cuadernos del Instituto de Derecho Constitucional*, boletín I, núm. 6, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Córdoba, 1957, p. 73.

²⁰³ El régimen uruguayo, por ejemplo, empieza por expresar que los hechos que dan lugar al estado de insurrección son los de sedición y rebelión; no obstante, termina por incluir también “todo movimiento contra el funcionamiento regular del ordenamiento constitucional”, con lo cual cae en el mismo vicio.

dignidad humana (tal es el caso del derecho a la vida); otras, pueden sufrir una afectación transitoria pero no la supresión definitiva (como serían las formalidades exigidas para efectuar detenciones), y, finalmente, hay algunos derechos que sí pueden ser eliminados (como la portación de armas). La enumeración taxativa de los derechos impediría la libre apreciación de las medidas a aplicar por parte del Ejecutivo, así como la estimación discrecional de las adoptadas.

No obstante, poca utilidad reportan los avances a nivel normativo en la definición y reconocimiento de los derechos y libertades de los individuos, así como la inclusión de nuevos recursos para su protección, si estos avances son negativamente compensados por disposiciones constitucionales que, a través de restricciones genéricas y específicas, establecen serias limitaciones para el ejercicio de esos derechos.

Somos conscientes de que la sola modificación de las normas jurídicas no determina un cambio inmediato en las estructuras políticas de dominación. El problema de los desmanes a que el estado de sitio ha dado lugar, más que de índole normativo, es de carácter fáctico; los regímenes de emergencia fallan principalmente por la ausencia de un control efectivo y permanente.

Nuevamente, el aspecto atinente a la fiscalización no se queda en el mero aspecto institucional; la seguridad de un régimen jurídico contra las violaciones de que pueda ser objeto no se consigue únicamente con la consagración formal de mecanismos de supervisión. Poco ayuda la creación de textos jurídicos que consagran la defensa de las instituciones democráticas, si los medios que se instrumentan para llevarlos a la práctica no entran en funcionamiento.

Los remedios internos contra la arbitrariedad y la injusticia siguen existiendo, pero han probado ser insuficientes frente a los sutiles métodos de represión que cumplen los gobiernos despóticos, y al desdén que se muestra a los recursos jurisdiccionales. Es imprescindible que la autoridad entienda que el imperio de la ley no puede ser desconocido a pesar de las dificultades que presente el control del orden público.

No obstante las anteriores consideraciones, creemos oportuno recordar las palabras del connotado jurista Emilio Rabasa,²⁰⁴ cuando en su ya clásica obra titulada *la Constitución y la dictadura* afirma: "si es cierto que la esperanza de regeneración confiada sólo a una ley es una ilusión, también es verdad que la ilusión suele ser la mejor fuerza para mover y conducir a los pueblos."

²⁰⁴ *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 51.

VI. ESTADO DE ALARMA

El estado de sitio se ve anatemizado con la existencia de los denominados “estados de prevención”, medida de alta policía caracterizada —como su nombre lo indica— por la anticipación a la ocurrencia de un hecho dañoso que puede llegar a afectar el normal funcionamiento de las instituciones. Equivale a una gradación de la situación de emergencia sin llegar a afectar la naturaleza militar de la misma, y nos coloca en el terreno de la peligrosidad al consagrar la detención sin acusación manifiesta.

El estado de alarma constituye una excepción al principio según el cual sólo la violación de las leyes vigentes puede justificar una medida de privación de la libertad, al contemplar un evento en el que la libertad individual debe sacrificarse al interés superior de la seguridad. Podríamos definirlo como una situación de emergencia sociopolítica que no llega a justificar la declaratoria de estado de sitio, pero autoriza la aprehensión de personas contra las cuales existen fundados indicios para temer inminentes trastornos del orden público.

Al comparar el estado de sitio con el estado de alarma, las similitudes saltan a la vista, especialmente en lo que a sus finalidades respecta, pues ambos mecanismos se inspiran en la necesidad de preservación del orden público; sin embargo, las diferencias no son menos importantes. Sin pretender agotar la materia, creemos que estas diferencias pueden ser sintetizadas de la siguiente forma:

1) La suspensión de garantías procede por la ocurrencia de un hecho —actual o inminente— que perturba la normalidad; un hecho cierto, en cuanto presenta manifestaciones externas. *A contrario sensu*, en el estado de alarma no se presenta hecho alguno; pero existe la fundada sospecha de que alguna o algunas personas podrían atentar contra la paz pública;

2) El estado de sitio es general, suspende las garantías de todas las personas que habitan la zona declarada en emergencia; en tanto que el estado de alarma es individual, sólo afecta a la persona indiciada;

3) Mientras el estado de emergencia suspende todas o algunas garantías constitucionales según la regulación de que se trate, el estado de alarma va dirigido a la restricción de la libertad individual únicamente;

4) En tanto los regímenes excepcionales alteran las esferas de competencia normales de los órganos del poder público y dejan suspensas

algunas normas legales y constitucionales, el estado de alarma deja incólume las potestades de las autoridades establecidas y todo el ordenamiento jurídico.

5) El estado de sitio es declarado mediante un decreto de naturaleza legislativa, en la medida en que crea una situación general impersonal y abstracta, dando lugar a la creación de un conjunto indefinido de decretos que revisten la misma naturaleza. El estado de alarma, en cambio, se concreta a una orden de detención;

6) Finalmente, la suspensión de garantías normalmente procede por tiempo indefinido, bien porque la Constitución así lo exprese, bien porque no existiendo dicha autorización consagre su prórroga indefinida; el estado de alarma fija un plazo máximo durante el cual se puede conservar la medida de aprehensión.

En suma, el estado de alarma es creado para periodos de paz, por razones que no llegan a acreditar las medidas de excepción, y con la exclusiva finalidad de permitir a la autoridad ejecutiva la exclusión del grupo social de un sujeto que considera potencialmente nocivo para la estabilidad del régimen. No es necesario efectuar una reflexión muy profunda para entrever la alta peligrosidad que de esta facultad se deriva. En efecto, lejos de constituir un medio para evitar conjuraciones de carácter real, lejos de suponer el examen objetivo de los hechos en los cuales la autoridad dice basar su convicción, este mecanismo se ha reducido a efectuar el arresto de personas para después buscar datos en apoyo a esa orden de detención.²⁰⁵

Nuevamente el problema radica en que —al igual que sucede con el estado de sitio— se deja a la buena voluntad del gobierno la interpretación y aplicación de esta disposición. Afortunadamente pocos son los ordenamientos que la recogen; a ellos haremos referencia en las siguientes líneas.

Cuatro son los regímenes que consagran la institución del estado de prevención: Bolivia, Colombia, Guatemala y Venezuela; cuatro serán los aspectos que de ella vamos a destacar: qué autoridad ordena la detención, por qué motivo, qué efectos tiene esta orden y por cuánto tiempo. Pero antes de proceder a ello, es indispensable hacer una aclaración:

La Constitución de Guatemala establece en el artículo 139 una gradación de las clases de emergencia a que puede dar lugar la alteración del orden público, dentro de ésta incluye los así llamados estados de

²⁰⁵ En ocasiones las órdenes de detención son expedidas en blanco, dejando indefinida la identidad de la persona que se va a arrestar.

prevención. Sin embargo, el fenómeno que la ley de orden público —estatuto que regula todos los aspectos sobre el particular— califica como estado de prevención y estado de alarma, no corresponde a la situación que nosotros hemos caracterizado como tal y que todos los ordenamientos unánimemente acogen; si tenemos en cuenta las causales que dan lugar a la implantación de dichos estados (actividades contra la estabilidad del sistema) y las consecuencias que de su instauración se derivan (suspensión genérica de derechos), la conclusión no puede ser distinta a la de que se trata en rigor de una simple clasificación de los estados de sitio. Es curioso que, en cambio, el artículo 28 del citado estatuto sí recoge la institución del estado de alarma propiamente dicho, aunque no le atribuye esta denominación.

Dejamos constancia, pues, de que la regulación guatemalteca ha incurrido en un error en cuanto a la calificación que ha dado a los estados de prevención y alarma (artículos 8º y 13º de la Ley de Orden Público), los cuales son en realidad tipos de estado de excepción. En el presente apartado nos ocuparemos del verdadero estado de alarma o prevención, vale decir, de la situación a que hace referencia el artículo 28 de la mencionada disposición.

En cuanto a la autoridad facultada para decretar la orden de detención, al contrario de lo que sucede con el estado de sitio que generalmente involucra a los órganos Legislativo y Ejecutivo del poder público, el estado de alarma es calificado únicamente por el gobierno, entendiendo por tal el presidente de la República en Consejo de Ministros. Se exceptúa de esta regla general la Constitución venezolana, que ordena someter las medidas a la consideración del Congreso o de la Comisión Delegada; de ser declaradas no justificadas, cesarán inmediatamente.

Por lo que respecta al hecho que origina al estado de prevención —como ya se ha dicho—, obedece a la convicción razonable de que un individuo intentará atentar contra el orden legítimamente constituido y puede llegar a tener éxito en su empeño. La legislación se refiere a ello en los siguientes términos: “las personas fundadamente señaladas de tramar contra el orden público” (Bolivia, artículo 112, No. 3); “habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público. . . las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública” (Colombia, artículo 28, inciso 2º); “si existieren fundados indicios para temer inminentes trastornos del orden público” (Venezuela, artículo 244); “toda persona contra quien hubiere indicios racionales de que actúa como autor, cómplice o encubridor para alterar el orden público” (Guatemala, artículo 28, Ley de Orden Público).

En tercer lugar, la única facultad de que queda investido el Ejecutivo es la de ordenar la aprehensión de las personas de que se trate, de manera tal que los demás ciudadanos continúan en el pleno goce de todos sus derechos. Siguiendo el orden expuesto en el párrafo inmediatamente anterior, las diversas constituciones se expresan así: expedir órdenes de comparendo o arresto contra los indiciados; aprehender y retener; detener o confinar; detener sin necesidad de mandamiento judicial o apremio.²⁰⁶

Finalmente, en lo referente a los periodos de duración de la detención, son muy diferentes. En Bolivia, el detenido deberá ser puesto a disposición del juez competente dentro de un plazo máximo de 48 horas (artículo 112, N° 4, inciso 1°); la Constitución colombiana ordena que, transcurridos diez días sin que las personas detenidas hayan sido puestas en libertad, el gobierno procederá a ordenarla o las pondrá a disposición de los jueces (artículo 28, inciso 3°); en Venezuela, si el Congreso no declara injustificadas las medidas, se podrá mantener a las personas detenidas hasta por un límite no mayor de 90 días (artículo 244); por último, en Guatemala la detención durará el tiempo indispensable para esclarecer los hechos y no podrá exceder de 24 horas después de haber cesado en sus efectos el decreto de restricción de garantías de que se trate (artículo 28, Ley de Orden Público).

Curiosa combinación de estado de sitio y estado de alarma consagra la regulación del Brasil cuando, en los supuestos que justifican el estado de prevención, autoriza al gobierno a adoptar las mismas medidas de estado de sitio, configurándose el único caso en que puede operar la suspensión genérica de las garantías constitucionales para una sola persona, con la única limitación de que ésta no operará por más de 120 días. Por considerar que este caso es muy peculiar, nos permitimos transcribir literalmente los términos en que esta disposición se encuentra redactada:

Artículo 115. El Presidente de la República, para preservar o prontamente restablecer, en lugares determinados y concretos el orden público y la paz social, amenazados o sometidos por calamidades o graves perturbaciones que no justifiquen la decretación de estados de sitio o de emergencia, podrá determinar las medidas coercitivas autorizadas dentro de los límites fijados en el párrafo

²⁰⁶ Sobre el particular, cabe señalar que la Constitución boliviana consagra en favor del confinado, perseguido o arrestado el derecho de pedir pasaporte para el exterior (artículo 112, No. 4, inciso 2°).

fo segundo del artículo 156, desde que no excedan del plazo de 60 días, pudiendo ser prorrogado una vez por igual periodo.²⁰⁷

El párrafo al cual el artículo remite, es el que se refiere a las medidas autorizadas para el estado de sitio.

El examen contrastado de las legislaciones permite hacer una serie de consideraciones. Existe, en primer lugar y al igual que en los preceptos que regulan los estados de excepción, una descripción genérica de las circunstancias que rodean la declaratoria de alarma, una calificación discrecional de las mismas por parte del órgano Ejecutivo y una ausencia de control judicial de esta decisión. Los comentarios que en su momento hicimos sobre el estado de sitio son igualmente valederos en este caso.

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos insisten en la exigencia de un racional convencimiento por parte de la autoridad que decide marginar del grupo social a un individuo peligroso; no obstante, lo que debería ser un examen objetivo se ha interpretado como una apreciación subjetiva basada en el temor derivado de imprecisas razones, en el recelo originado en una remota suposición. Peor aún es el hecho de que, en no pocos casos, el gobierno resulta delegando en la autoridad militar el discernimiento de los “graves indicios” que pesan sobre los sospechosos, e inclusive la decisión misma.

En esta forma, en virtud del estado de alarma, resultan detenidas las personas por el simple delito de sospecha, con base en actos que todavía no ha ejecutado, sin formalidades de ninguna naturaleza y, claro está, mediante el empleo de la violencia. La arbitrariedad que una medida de esta índole revela y la contradicción con los más elementales principios republicanos y democráticos es ostensible, pues el hecho que da suficientes razones para pensar que se puede llegar a atentar contra el régimen constitucional sigue siendo el mismo: el fantasma comunista.

Los síntomas inequívocos de que una persona intentará derrocar el gobierno —dicho de otra forma, la inequívoca militancia dentro de las filas comunistas— son:

1) La posesión de circulares y folletos editados por la oposición y, en general, la tenencia y distribución de propaganda subversiva. Todo esto configura el “delito de biblioteca”, el cual el sistema califica de “conspiración”;

2) La relación con personas que han utilizado medios violentos con

²⁰⁷ Las cursivas son nuestras.

finés políticos, la cual suele inferirse no sólo por la existencia de una amistad personal entre los dos sujetos, sino también por recibir el uno asistencia profesional del otro (como en el caso de los médicos), o por coincidir reuniones a las cuales asisten personas que son o serán detenidas, como si el estar circunstancialmente vinculados a un delincuente pudiera hacer recaer en una persona homóloga calidad. El sistema cataloga este hecho como “asociación para delinquir”.

3) Otro género de acusaciones —siempre dentro del terreno de la subversión— tiene que ver con el contrabando de armas, el establecimiento de “células secretas”, la infiltración de organizaciones, etcétera.

Si el análisis jurídico planteó serias dudas sobre el estado de los derechos humanos durante los regímenes de suspensión de garantías, en atención a las restricciones genéricas a que ciertas libertades son sometidas, la situación de los indiciados adquiere dimensiones dramáticas. Esto plantea la necesidad de adoptar enmiendas tendientes, no a la modificación de las condiciones actuales, sino a la extirpación de las anomalías. Si bien consideramos que los estados de excepción ameritan una regulación normativa más cuidadosa y la implantación de mecanismos de control efectivos, pensamos en cambio que los estados de alarma no deberían tener cabida en regímenes que se autodenominan democráticos.

En un régimen que se dice de legalidad no es lógico que se permita la represión de actos que todavía no existen pero que “se espera fundamentalmente que existirán”; ello equivale a institucionalizar el delito político por omisión o, mejor aún, el delito político por anticipación. En definitiva, terminan siendo un mecanismo de operación de inteligencia militar. Resulta paradójico, por decir lo menos, que un Estado se pregone democrático y, por tanto, pluripartidista cuando permite que cualquier acto que pueda ser intuido por las autoridades como peligroso, reciba inmediatamente todo el peso de la coerción, pues es obvio que para el sistema la simple propagación de “ideas corrosivas” resulta altamente riesgosa si éstas tienen la virtud de convencer.

Así pues, asistimos al espectáculo de una gran hipocresía institucional de regímenes que consagran derechos inalienables y, al mismo tiempo, contienen los instrumentos para que éstos sean *legalmente* conculcados. El estado de prevención como método para acallar a la oposición política, resulta ser el medio que más se acerca a las prácticas utilizadas por regímenes totalitarios, resulta ser un mecanismo que altera en forma groseramente ostensible un supuesto básico de la dignidad humana, basamento inquebrantable de los estados de derecho. Como acertadamente

lo anota el tratadista Carlos Peláez,²⁰⁸ a la Constitución se le reserva en tales casos la condición de “celestina complaciente” cuya existencia facilita la prostitución del sistema jurídico.

VII. CONSEJO VERBAL DE GUERRA: JUICIO POLÍTICO

El reforzamiento del órgano Ejecutivo del poder público como producto del estado de sitio, opera no sólo mediante la transferencia del poder preventivo inherente a la policía a menos de la autoridad militar, sino también mediante la traslación a esta misma autoridad del poder represivo privativo de los jueces. La asignación a la justicia militar del conocimiento de determinados delitos y el juzgamiento de civiles por parte de los tribunales castrenses, constituye otras de las medidas a las que con mayor frecuencia recurren los regímenes de excepción, sin duda alguna, la más arbitraria de todas ellas por contrariar el principio constitucional del juez natural que —directa o indirectamente— consagran la totalidad de las constituciones latinoamericanas.

Según en el primer capítulo, la justicia militar fue establecida como un instrumento que permite, dentro de las filas, garantizar la autoridad de los superiores y el estricto cumplimiento de las órdenes; es esa la función que reviste un carácter más disciplinario que estrictamente penal. De esta forma, los comandos militares, que forman parte de la rama administrativa del poder público, se convierten en jueces de los miembros que integran la institución armada, pero únicamente de ellos.

No obstante, dista mucho de ser satisfactoria la aplicación de esta limitación, ya que el estado de sitio sustrae de la competencia de los tribunales ordinarios el conocimiento de los delitos que afectan los intereses jurídico-políticos del Estado, vale decir, las conductas que atentan contra la seguridad interior o contra el régimen constitucional, tales como rebelión, sedición, asonada, conspiración, secuestro y delitos conexos.²⁰⁹ Cuál es el fundamento jurídico de esta facultad, cuál su finalidad, cómo opera en la práctica y —lo que es más importante— cómo esta poderosa maquinaria logra contribuir al restablecimiento del orden —finalidad que orienta a los regímenes de emergencia—, serán éstos los aspectos a los que dedicaremos nuestra atención.

²⁰⁸ *Op. cit.*, *supra* nota 13, p. 29.

²⁰⁹ A menudo se entrega a la justicia militar el juzgamiento de delitos que, sin ser de naturaleza esencialmente política, han cobrado importancia dentro de un país. Un ejemplo de esto lo ofrece el gobierno colombiano que ha otorgado a la institución armada el juzgamiento de los delitos comunes y de procesamiento y tráfico de estupefacientes.

Es interesante observar que casi ninguna Constitución autoriza expresamente el traslado de la función jurisdiccional a autoridad distinta de los jueces, no obstante lo cual por medio de decretos legislativos son convocados consejos verbales de guerra con competencia para juzgar a los civiles, operándose una ostensible extralimitación de las facultades de excepción. Como acertadamente anota el profesor Cruz Villalón,²¹⁰ “las constituciones se niegan a dar entrada expresa a esta competencia exorbitante... de ahí la dudosa constitucionalidad de las legislaciones de excepción en lo referente a este punto que es, sin embargo el central”.

Las constituciones que permiten a la autoridad militar el juzgamiento de personas ajenas a la institución son las de Paraguay, Perú, Uruguay, El Salvador y Brasil. La primera de éstas extiende la jurisdicción militar a los civiles únicamente en el improbable evento de una guerra internacional (artículo 43). Igualmente, en Perú las disposiciones del Código de justicia militar y de la jurisdicción militar sólo son aplicables a los civiles en caso de traición a la patria en estado de guerra exterior (artículo 282).

En Uruguay, uno de los aspectos que modificó el Decreto Constitucional No. 9 fue precisamente el relativo a la jurisdicción militar,²¹¹ la cual a partir de entonces alcanza a los militares equiparados a tales en tiempo de paz, a los militares y civiles en tiempo de guerra y a los civiles durante la vigencia del estado de insurrección; en este último estado se puede determinar que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar, hasta conclusión de la causa, los delitos de lesa nación (artículo 6º).

La Constitución de El Salvador establece que, declarada la suspensión de garantías, será de competencia de los tribunales militares especiales el conocimiento de los delitos contra la existencia y la organización de Estado, así como de los delitos de trascendencia internacional, haciendo expresa salvedad de los juicios que al decretarse la suspensión de garantías estén pendientes ante las autoridades comunes, los cuales siguen bajo el conocimiento de estas; se otorga carácter ultractivo a esta disposición al prescribir que, aun restablecidas las garantías, los tribunales militares continuarán conociendo de las causas que se encuentran pendientes ante ellos. Con esta disposición, proyectan injustificadamente los efectos de las medidas de excepción más allá de la simple necesidad (artículo 30).

²¹⁰ *Op. cit.*, *supra* nota 77, p. 437.

²¹¹ El artículo 253 de la Constitución de 1966 disponía que la jurisdicción militar quedaba limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra.

Finalmente, la Constitución brasileña es la única que, sin atender a circunstancias especiales (vale decir, estado de guerra o de suspensión de garantías), extiende en todo tiempo los efectos de la jurisdicción militar a los civiles para la represión de los crímenes contra la seguridad nacional o las instituciones militares (artículo 129, parágrafo 1º).

Salvo los cinco casos citados, ninguna otra Constitución permite la ampliación de la jurisdicción castrense. Ésta parece ser la solución más acertada, pues una recta administración de justicia supone como elemental condición la imparcialidad del juez, el cual en el desempeño de sus funciones no debe estar sometido más que al imperio de la ley, y de todos es sabido que —desde su origen— la justicia militar opera sin independencia de la jerarquía militar y del Poder Ejecutivo, que la controlan mediante el nombramiento y libre remoción de los funcionarios que la imparten.

Ahora bien, no se puede sostener que la norma que consagra como una excepción al principio del juez natural la posibilidad de que los militares sean juzgados por la propia institución de la cual forman parte, queda suspendida durante el estado de emergencia, pues ninguna disposición consagra la suspensión de este artículo. Pero si aceptáramos —en gracia de discusión— que esta norma pudiera llegar a ser suspendida, lo sería únicamente en el sentido de que quedaría sin efecto la excepción que el precepto consagra, volviéndose entonces a la regla general, vale decir, los militares en servicio activo entrarían a ser juzgados por los magistrados ordinarios.²¹²

Por virtud del tipo de delitos de que conocen y en atención a que sólo ciertas personas están sometidas a su autoridad, los tribunales militares funcionan como una jurisdicción *especializada* que, además, cumple sus labores en forma *permanente*. Pero en el momento en que esta jurisdicción extiende su radio de acción más allá de estos precisos límites, entrando a dirimir los conflictos que involucran a los civiles, se torna en una justicia *especial* que, de otra parte, en *transitoria* en cuanto sólo es instituida para periodos de emergencia. Pues bien, en este último caso la jurisdicción militar deja de ser un fuero, cuya característica es justamente la generalidad, en aras de la objetividad, para convertirse en la más torpe violación a la garantía del juez legal. Así pues, la justicia militar aplicada a los particulares es una justicia *ad hoc*, para el caso concreto.

²¹² Barrera Domínguez, Humberto, "La justicia militar y el juzgamiento de civiles", *Revista Criterios*, Bogotá, núm. 1, Fundación Educativa Autónoma de Colombia, junio de 1980.

Para las personas sometidas a proceso, las leyes constitucionales y legales recogen ciertos principios destinados a garantizar su defensa denominados garantías del debido proceso. Como ya hemos visto, los procedimientos ante los militares se caracterizan por la celeridad que la ausencia de muchas de las formalidades del proceso ordinario les imprime. Pues bien, al hecho de que funcionarios de la rama ejecutiva sean investidos de la facultad de juzgar, se agrega el que éstos infringen las formalidades procesales establecidas como protección de los ciudadanos; además, el carácter sumario que tienen los consejos verbales y el número, a menudo, muy elevado de las personas que comparecen ante ellos, impide un juicio individualizado que cumpla los requisitos de un juicio justo.

Las garantías procesales del debido proceso básicamente son la legalidad de la detención, la presunción de inocencia, la publicidad de las pruebas, la posibilidad de interponer recursos frente a todo pronunciamiento de fondo, los términos judiciales, la concesión del tiempo y los mecanismos adecuados para la defensa. En el proceso castrense el acusado se ve agobiado por todas las formas de indefensión: privación ilegal o ilícita de la libertad (vista anteriormente), presunción de culpabilidad, obtención de la confesión mediante el tormento, ausencia de publicidad de las pruebas, inadecuada asistencia, no favorabilidad en caso de duda, entre otras; en una palabra, la justicia de los hombres de uniforme invierte principios fundamentales del derecho.

La tortura, método preferido por los militares, es el sufrimiento físico o moral que con el propósito de obtener la realización de una conducta no asumida voluntariamente, se inflige a una persona. Si bien, como medio legal como prueba desapareció de los ordenamientos jurídicos mundiales, se repliega a las zonas más clandestinas del poder político para ser utilizado, no sólo como medio para obtener declaraciones, sino como método de intimidación masiva, motivando la intervención de organismos creados para la defensa de los derechos humanos.

Oficialmente, todos los gobiernos condenan la tortura y suscriben convenios internacionales por los cuales hacen suyos los propósitos de tomar medidas concretas para erradicarla en el caso eventual de que se presentara. No obstante, las denuncias del tratamiento cruel al que se ven sometidos los presos políticos son cada vez más numerosas, convirtiéndose en un hecho difícil de ignorar si no se establece una protección contra los abusos en el ejercicio de los poderes militares de policía.

El principal problema para lograr el control de la autoridad conculcadora es de índole probatorio; radica en la dificultad que afrontan las

víctimas de comprobar la veracidad de las alegaciones de tortura, dificultad que no obedece precisamente a la ausencia de marcas visibles que evidencien los malos tratos, sino más bien a la imposibilidad de obtener testimonios o documentos en apoyo a sus afirmaciones, lo cual cierra el paso a una investigación imparcial. La situación es patética si tenemos en cuenta que el momento en que el detenido corre mayor peligro de ser sometido a malos tratos es justamente la etapa del interrogatorio, en la cual normalmente no goza todavía de los servicios de un defensor en razón de que se le mantiene incomunicado. Como es natural, esto facilita la labor de los torturadores e impide el control del tratamiento que se da al detenido por parte de instancias distintas a aquellas que practican la tortura o la toleran.

La mayoría de los actos de tortura quedan impunes, pues las víctimas normalmente carecen de recursos efectivos para obtener la tutela judicial; los órganos jurisdiccionales han demostrado reiteradamente su ineficacia para poner en vigor los convenios y normas que prohíben la tortura.

De los anteriores rasgos no escapa el sistema probatorio, guiado por el afán de defensa de determinados intereses políticos. El carácter inquisitorial del procedimiento de instrucción ha convertido el interrogatorio en secreto; muchas prácticas de pruebas son negadas, mientras las condiciones en que se recibe la declaración testimonial sustraen buena parte de la investigación a la vigilancia de la defensa, pese a que esta vigilancia es condición previa para su eficacia; la simple sospecha y el informe privado, cuando no anónimo, son admitidos como plena prueba; con frecuencia, se impide el interrogatorio a los testigos de cargo, pretextando proteger la identidad de los funcionarios de inteligencia. Éstos son sólo ejemplos de la realidad que se esconde detrás de tan peligrosa potestad jurisdiccional.

Ahora bien, el derecho del procesado a ser asistido por un defensor es una de las cuestiones en que más agudo se torna el conflicto, pues también este derecho ha sufrido una mengua apreciable. La obstaculización de la visita de los abogados a sus clientes en prisión, la práctica de interrogatorios sin apoderado como repetidamente se ha señalado, el ostigamiento de abogados y defensores, son regla común del procedimiento castrense, por lo cual a menudo se han visto obligados a retirarse de los consejos de guerra. La comunicación entre procesado y profesional se dificulta bajo el pretexto de que aquél se encuentra en áreas militares restringidas, o bien, las entrevistas suelen ser objeto de vigilancia; ha llegado incluso a negarse al abogado el conocimiento de cier-

tas piezas sumariales hasta que la investigación haya concluido. Finalmente, algunos ordenamientos impiden expresamente la intervención de abogados civiles durante el debate oral.²¹³ Bajo estas reservas y algunas más, el abogado puede efectuar “todos los actos” que conduzcan al esclarecimiento de la verdad.

Desafortunadamente, en una escala cada vez más creciente, han tenido lugar serios ataques a los asesores judiciales de los acusados políticos, los cuales han sido perseguidos, arrestados, forzados al exilio y hasta asesinados, derivando esta situación en la virtual imposibilidad para los prisioneros de obtener los servicios de un defensor.²¹⁴

Pero no sólo los abogados, sino también médicos, sacerdotes, periodistas, profesores, artistas, son acosados y obligados a solicitar asilo político ante el temor de verse reducidos a prisión. Nuevamente las razones de la mayoría de estas detenciones se enfocan en la atención profesional que prestan a supuestos elementos de la oposición, sin que ello pruebe que compartan sus objetivos y sus métodos, o la manifestación pública de opiniones divergentes. Una arbitrariedad de tal naturaleza riñe con los más vitales principios de la libertad de conciencia y de trabajo que, según la teoría, quedan excluidos de cualquier afectación con ocasión del estado de excepción.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, al tiempo que se suceden juicios extremadamente acelerados y sentencias condenatorias en masa, se prohíbe el ingreso de periodistas a las audiencias verbales de guerra, evitando con ello que los consejos se conviertan en instrumentos de pública denuncia.

El juzgamiento de los civiles a manos de los militares no implica solamente un roce con los fueros del aparato judicial; tras él se presentan los allanamientos, la práctica de redadas y demás actuaciones que permiten a las tropas efectuar una labor de permanente control en las ciudades. Afirmar que la ley marcial encuadra dentro de los poderes de guerra al titular del Poder Ejecutivo, que en su calidad de comandante en jefe de las fuerzas armadas puede disponer de su organización según su arbitrio, equivale a autorizarle para crear un Estado-guarnición en permanente combate. Al concentrar las fuerzas militares las atribuciones para arrestar, investigar, juzgar, la misma autoridad bajo cuya orden

²¹³ En los consejos de guerra es usual que en la etapa de la investigación actúe un apoderado civil, pero en etapa de la audiencia pública litigue un militar.

²¹⁴ Echeverri, Alvaro, “La crisis del militarismo en América Latina”, *Revista Criterios*, Bogotá, núm. 1, Centro de Investigaciones Jurídicas, Fundación Educacional Autónoma de Colombia, Editorial Colombia Nueva, junio de 1980, pp. 44 y ss.

y conveniencia se practica la tortura, es la que en adelante va a juzgar con base a las pruebas obtenidas mediante ésta.

Lo peor de todo es que, de existir algún recurso contra las decisiones adoptadas por el tribunal militar, éste será ventilado ante un superior de la misma institución, con lo cual el pretendido recurso se transforma en una simple solicitud de gracia.

Así, resulta paradójico que el delincuente político, cuyos móviles sociales le han hecho acreedor a la protección internacional (el asilo político por ejemplo), y a toda una serie de regulaciones especiales en su propio país de origen (leyes de amnistía), se encuentra en una situación más desventajosa y lesiva de su dignidad que la del delincuente común, quien disfruta de los beneficios que la legislación penal ofrece.

El desolador panorama descrito viene a ser rematado con la ausencia del único mecanismo que podría, si no remediar el mal causado, al menos castigar al infractor y obtener la cesación inmediata de la vulneración: el control judicial de los actos ejecutados por los militares en su calidad de jueces temporales. En efecto, aparte de los problemas probatorios comentados, los mecanismos vigentes para ejercer una vigilancia sobre las actuaciones descritas no ofrecen una garantía de equidad frente a una eventual investigación, ya que los funcionarios encargados de adelantarla —de existir esta instancia— están comprometidos en razón de una subordinación política.²¹⁵

VIII. TRIBUNALES MILITARES Y CONSTITUCIÓN NACIONAL

El estado de sitio constituye una situación de excepción a la Constitución, vale decir, una situación de inconstitucionalidad, lo cual no significa —sin embargo— que lo sea de ilegitimidad, por cuanto se encuentra plenamente justificada por una necesidad; es el objetivo legítimo perseguido y la urgencia de la situación lo que reviste de jurisdicción las medidas de suspensión de garantías. Pero esa misma legitimación no cabe para justificar los tribunales militares, cuya finalidad se muestra ajena al problema de orden público. La jurisdicción militar aplicada a civiles resulta, por tanto, no sólo inconstitucional sino además ilegítima.

Si el propósito del régimen de excepción consiste en obtener el pronto restablecimiento del orden, resulta suficiente para conjurar el peligro

²¹⁵ Sobre el particular cabe destacar que la Constitución de Chile sustrae de la "superintendencia" de la Suprema Corte a los tribunales militares de tiempo de guerra (artículo 79).

aprehender a los responsables de los disturbios, quienes —una vez marginados de la comunidad— dejan de representar una amenaza social. ¿Qué efecto puede producir en la alteración del orden público que los insurrectos, que han sido puestos bajo custodia, sean sometidos a un procedimiento extremadamente rápido que carece de las mínimas garantías? ¿Acaso es necesario para restablecer la paz someter a los vencidos a un juicio especial?

La justicia ordinaria no es muy rápida, es cierto, pero sí lo suficientemente coercitiva, y no hay razón para que haya que juzgar velozmente al infractor, ni para que éste deba ser reprendido con mayor severidad, como no sea el hecho de que las tramitaciones ventiladas mediante los procedimientos normales corran el riesgo de no conducir a una sentencia condenatoria o, peor aún, que puedan llevar a la responsabilidad de los funcionarios por las medidas que han adoptado. No cabe duda de que la única finalidad de la justicia militar es la de encarcelar al líder e intimidar a sus seguidores, de eliminar al enemigo sometiéndolo al escarnio público mediante la aplicación de un castigo ejemplar, demostrando un despliegue inusitado de fuerza. Así pues, no son consideraciones de orden técnico o científico —y ni siquiera de conveniencia política— las que evidencian la necesidad de los consejos de guerra; prueba incontrovertible de ello es el hecho de que éstos funcionan una vez que ha sido controlada la insurrección.

En efecto, más grave aún que el reconocimiento de los citados consejos es la ausencia de límites temporales en su duración, de manera tal que en muchos casos se mantienen en funcionamiento tras el levantamiento del estado de sitio, cuando es claro que los procesos deben pasar a la justicia ordinaria en el estado en que se encuentren, pues dicho levantamiento suspende inmediatamente los efectos de los decretos dictados bajo el amparo del régimen marcial, uno de los cuales es justamente el decreto que convoca los tribunales castrenses.

La justicia marcial no es una justicia autónoma, porque la independencia no puede concebirse en el ejército; no es una justicia legal, porque no aplica a la investigación y sanción de los actos los procedimientos científicos, democráticos y universalmente aceptados; no es una justicia equitativa, porque ha deprimido el delito político hasta colocarlo en el nivel del delito común; no es una justicia recta porque califica al enemigo bajo el imperio de una ley cruel.

La situación que actualmente impera en lo que a la justicia penal militar respecta, corresponde a una flagrante violación de la carta. Mientras la ley suprema no amplíe expresamente la competencia de la jurisdic-

ción militar, dicha ampliación no puede ser hecha por el legislador, y menos aún por el gobierno; la facultad para juzgar a civiles sólo puede ser otorgada mediante una norma constitucional, lo contrario equivale a la usurpación del poder constituyente.²¹⁶

Si en el futuro se pretende que la justicia castrense juzge a los civiles, que así lo diga la Constitución. En este caso, deberá entrar a regular también las normas procedimentales que garanticen el efectivo ejercicio de todos los beneficios que consagran las disposiciones penales como un esfuerzo por humanizar la pena y el sistema penitenciario. De esta forma, la justicia penal militar entrará a tener por objeto la realización de procesos judiciales y no la fácil captura que permita la acumulación de datos para los servicios de inteligencia.

Hechas las anteriores consideraciones, fuerza es concluir que el aparato coactivo del Estado es frecuentemente empleado para procesar a los movimientos políticos en combate y disponer de los oponentes, mediante la puesta en marcha de los tres órganos del poder público concentrados en una sola autoridad: el Legislativo, a través de los decretos extraordinarios; el Ejecutivo, por medio de la investigación y persecución de los delitos, no sólo en cabeza de la autoridad policial sino también de la militar, y el Judicial, con los tribunales de guerra.

Aunque las medidas de excepción puedan ser acreditadas por la obligación de amparar la estabilidad del régimen y la seguridad social, al entrar en conflicto con derechos humanos igualmente legítimos, debe propiciarse un correcto equilibrio entre ambos valores.

IX. DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL

En los últimos años ha habido un notable crecimiento en el número de organismos establecidos para proteger los derechos y resolver las quejas de ciudadanos sometidos a Estados en los cuales los objetivos de la organización social han sido entregados al especialista de la violencia: el militar; gobiernos tan inseguros de su gestión que exigen la subordinación de las normas democráticas a las necesidades militares.

De tales organismos, los más importantes son las instituciones de derechos humanos; entre ellas se encuentran en primer lugar los organismos de Naciones Unidas y de la OIT, así como diversas organizaciones a nivel regional. En el frente internacional aparecen como entidades no gubernamentales la Comisión Internacional de Juristas, Amnistía Internacional, el Consejo Internacional de Iglesias, y muchas más organizaciones

²¹⁶ Barrera Domínguez, Humberto, *op. cit.*, *supra* nota 212.

que se esfuerzan por denunciar los atropellos contra los derechos humanos que se suceden en el mundo entero. La acción de muchas de estas instituciones prescinde de consideraciones políticas, limitándose a una labor estrictamente humanitaria; tal es el caso de la Cruz Roja Internacional que actúa en ejercicio de una labor eminentemente curativa, sin indagar las causas que han dado origen a los hechos.

Las comisiones creadas para la lucha en favor de los derechos del hombre —entre las cuales la más importante para el continente es la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos— cumplen básicamente dos funciones: promover el respeto de los derechos humanos y procurar su defensa. En cuanto al primer aspecto, se trata de una labor eminentemente preventiva verificada a través de estudios sobre los métodos existentes en los diferentes países para asegurar el respeto de las libertades, así como la difusión de esas investigaciones (a través de seminarios, coloquios y actos académicos varios), y la prestación de asesoría para todas las consultas que puedan llegar a formularse.

Pero la tarea más infecunda de estas organizaciones radica en la ineffectividad del sistema de defensa de los derechos, no por falta de voluntad, sino por la carencia de fuerza para compeler.²¹⁷ El trabajo de éstas se limita al envío de un informe dotado de recomendaciones al gobierno agresor, informe de eminente sentido conciliador que suele ser visto como una crítica abierta al orden interno. La máxima sanción que pueden llegar a aplicar tiene un carácter moral, pues consiste en hacer públicas esas informaciones adversas y colocar al país acusado en una situación de desprestigio internacional.

La labor de investigación en el interior de los Estados choca con tradicionales valores sumamente difíciles de soslayar frente a la voluntad de los gobiernos. Las visitas efectuadas con el objeto de verificar las situaciones denunciadas son recibidas con abierta renuencia por parte de las autoridades, y la petición de informes en virtud de los resultados iniciales que arrojan las pesquisas son consideradas como una interferencia en los asuntos internos de cada país.

En el fondo, los mecanismos de garantía de los derechos humanos no tienen más fuerza coactiva que la opinión pública, y el informe final que presentan las comisiones cumple la misión histórica de quedar como fiel testimonio del incumplimiento de un país a uno de sus deberes fundamentales. No obstante, muchos de estos organismos han logra-

²¹⁷ Sepúlveda, César, "El panorama de los derechos humanos en la América Latina. Actualidad y perspectiva", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XV, núm. 45, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, septiembre-diciembre de 1982, pp. 1053-1061.

do ganarse el respeto y la credibilidad general; en ocasiones han conseguido mejorar la condición de los derechos humanos, contribuyendo a que exista una mayor conciencia sobre su respeto y aliviando la crítica situación de centenares de perseguidos.

El trágico saldo que los enfrentamientos armados genera provoca el desarraigo; ante el horror de la situación, muchas personas se ven obligadas a abandonar sus hogares en busca de asilo en el exterior, huyen por el temor de perder sus vidas o su libertad frente a la despiadada persecución política de que son objeto. El asilo político se ha convertido en un instituto de frecuente uso, cuando antes sólo se otorgaba en aislados casos de persecución a conocidos dirigentes políticos; este sólo aspecto denota claramente la crisis política que padecen nuestros sistemas.

No todos los Estados están obligados a proporcionar asilo, ni todos son signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce el asilo territorial y el derecho a la no devolución; por tanto, la protección que este instrumento brinda no tiene una vigencia generalizada en América, más bien es un problema que se ubica en el terreno de la solidaridad, para integrar un conjunto de principios, normas convencionales y doctrinas conocidas como derecho internacional de los refugiados,²¹⁸ disciplina que forma parte del derecho internacional público, contando con órganos especializados de supervisión.

La internacionalización jurídica del problema de los derechos humanos suele ser apreciada como una tendencia a la mutilación de facultades que emanan directamente del atributo ilimitado de la soberanía. En razón de ello —anota el profesor Tena Ramírez—, la posibilidad de que el derecho internacional limite a los Estados en su poder de autodeterminación, dista mucho de poder extirpar una doctrina de tan hondas raíces.²¹⁹

X. CRISIS DE LEGITIMIDAD

Después de analizar el mecanismo de los regímenes de excepción, el balance no es muy alentador; salta a la vista que ha dejado de ser un instrumento jurídico en defensa del orden, para convertirse en un medio eficaz para que el Ejecutivo asuma la plenitud del poder con una apa-

²¹⁸ La diferencia entre los términos “asilado” y “refugiado” sólo obedece a los usos que se le dan en los distintos países; el primero de éstos ha prevalecido en el sistema interamericano, el segundo suele ser utilizado con mayor frecuencia en los países europeos. Sin embargo, algunos autores basan la diferencia en un factor de tipo cuantitativo, para hablar de asilo político en los casos individuales y de refugiados cuando se trata de grupos.

²¹⁹ *Op. cit.*, *supra* nota 181.

riencia de juricidad. La vigencia extraordinaria de la legalidad marcial deja en manos de los militares un superpoder que los coloca como árbitros del derecho, rompiendo no sólo el equilibrio democrático, sino también la base de la igualdad de las instituciones, mientras se afianza una costumbre constitucional que conduce a la “desconstitucionalización” del Estado.²²⁰ Más que de la ampliación de la competencia del poder público frente a los ciudadanos, el fenómeno en estudio entraña la subrogación de la autoridad militar a la civil en su misión de mantenimiento y restablecimiento del orden.²²¹

El imperio permanente de la ley marcial hace del Estado un remedo de régimen totalitario en el cual los medios de comunicación tienen menos independencia que lo normal, los partidos políticos son ampliamente restringidos, la justicia es ejercida de acuerdo con las demandas del sistema, los ciudadanos viven al arbitrio del gobernante con sus derechos y libertades indefinidamente suspendidas. Este desorden jurídico produce incertidumbre, desalienta la iniciativa, anula los controles e impide una planeación adecuada de los recursos, propiciando una política financiera que deja un saldo de inequidad en la distribución del ingreso y el despilfarro administrativo en las inversiones públicas.

Esta destrucción masiva de los principios del derecho llevada a cabo mediante el poder de policía y una legislación limitativa de los derechos a la defensa, enfrentan al Poder Judicial a un serio desafío. Los actos de gobierno —que están excluidos de un control sobre su conveniencia pero no sobre su legalidad— son sistemáticamente calculados para comprometer el procedimiento judicial; los jueces no podrán conservar su integridad y la independencia si responden a la amenaza planteada por la ilegalidad del procedimiento.²²²

Los regímenes latinoamericanos en su mayoría —unos con mayor frecuencia que otros— se han acostumbrado, para sobrevivir, a recurrir al mecanismo regular de los regímenes de excepción, cuya doctrina ha ido desbordando los límites ordinarios para proyectar la perturbación del orden *ex post facto*. Así, el carácter emergente del estado de excepción se ha ido desvaneciendo, generando una involución que poco a poco conduce a una dictadura no formal pero sí fáctica. El temor permanente de un golpe de Estado equivale a un golpe institucional permanente, a un golpe de Estado escalonado alimentado por la tolerancia civil y

²²⁰ Camacho Aguilera, Alberto, “La desconstitucionalización del Estado”, *Revista de la Universidad Libre de Colombia*, Bogotá, núm. III, julio-agosto de 1955, pp. 6-15.

²²¹ Cruz Villalón, *op. cit.*, *supra* nota 77.

²²² O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, *supra* nota 178.

ocultado por un manto de legalidad; los niveles de coordinación entre las élites civiles y las militares y la mutua satisfacción de sus respectivos intereses generan un golpe de Estado preventivo al interior del propio Estado, haciendo innecesario acudir al mecanismo del cuartelazo.

El acostumbramiento a la continua presencia represiva del Estado, no sólo ha sucedido a nivel gubernamental, también el pueblo se ha habituado a la constante ruptura constitucional, produciéndose el quebrantamiento de sus convicciones democráticas y su fe en un futuro mejor. Esta insensible familiarización por parte de la opinión pública la lleva a visualizar la irrupción militar como un hecho altamente probable, produciéndose una imagen de los militares como golpistas potenciales, lo cual facilita una penetración más profunda y una duración más estable de la institución armada dentro del régimen político.

Un ejemplo de este peligroso grado de insensibilidad social lo ofrece la República colombiana, la cual, paradójicamente, ha quedado inscrita como ejemplo de estabilidad institucional en el concierto latinoamericano en cuanto a la ausencia del fenómeno golpista respecta, galardón que orgullosamente comparte con México, Venezuela y Costa Rica. Bien es cierto que en Colombia, desde el momento en que se produjo el retorno a la democracia en el año de 1957, el titular del Ejecutivo ha sido siempre un civil; pero el gobernante ha actuado bajo el amparo de los dispositivos de excepción de manera casi ininterrumpida.²²³ Esta situación de permanente anormalidad institucional y la violencia de Estado que de ella se deriva, ha generado un grado de descomposición social y de decadencia de valores, que tiene desangrado al pueblo hasta el límite mismo de la anemia, ante la impavidez de las autoridades y la impotencia de la ciudadanía. Colombia es un país enfermo de violencia que reclama angustiosamente una medicina social que el sistema ha sido incapaz de suministrarle.²²⁴

Visto el panorama del estado de sitio, es claro que, en los términos en que se encuentra estatuido, la frontera que lo separa de la dictadura es bastante frágil; por supuesto, la realidad que se nos presenta no da pie

²²³ Es importante mencionar que la Constitución colombiana es una de las que consagra en forma más amplia toda la regulación referente a los estados de excepción, y que, a pesar de que en el año de 1968 entró a regular el estado de emergencia económica como un fenómeno diferente a la emergencia política, ello no ha logrado disminuir sustancialmente la permanente utilización de la institución del estado de sitio, ni ha reducido el ya legendario mal uso de que ésta ha sido objeto.

²²⁴ En su brillante trabajo titulado *15 años de estado de sitio en Colombia*, el profesor Gustavo Gallón hace una detallada exposición de las circunstancias que rodearon la época transcurrida entre los años 1958 y 1978, quince de los cuales estuvo el pueblo colombiano sometido al régimen marcial.

para mayores optimismos. La falta de funcionamiento eficaz de las instituciones, el avance del rol coercitivo de los militares, las siempre insatisfechas respuestas a los requerimientos sociales, la intolerancia y la violencia agazapadas en cada rincón, el escepticismo colectivo, conspiran constantemente contra la estabilidad democrática. La pregunta que cabría hacer es: ¿hasta cuándo?

Tanto se ha modificado el empleo de la fuerza en el ámbito interno, que parece más apropiado hablar de fuerzas armadas policiales, antes que de fuerzas armadas militares. Hoy día, en la mayoría de los países del continente, la policía es un organismo semimilitar cuyas funciones se confunden con las propiamente castrenses, entrando incluso a estar subordinada a la dirección del ministro de Defensa.

Es así como la Constitución del Ecuador, para citar sólo un ejemplo, estatuye que las fuerzas armadas y la policía nacional integran la fuerza pública, y a las dos instituciones así refundidas les adjudica indistintamente la función de conservación de la soberanía nacional, la defensa de la integridad e independencia del Estado y la garantía del ordenamiento jurídico (artículo 128).

El "Estado policiaco" corresponde a una etapa detenida del desarrollo político; es un Estado que ha empezado por la necesidad elemental de protección y sólo ha alcanzado el establecimiento del orden, sin lograr avanzar hacia la ética de la justicia y el humanismo del bienestar; un Estado que es la encarnación de la fuerza y el poder, pero no ha logrado desarrollarse hasta convertirse en el valor moral de la autoridad; un Estado que, al no contar con el respaldo de un consentimiento suficiente, se apoya en métodos de coerción; un Estado en el que la hipertrofia del aparato militar y la preeminencia de los intereses corporativos de las instituciones militares en sus relaciones con el poder político, ha determinado lo que Rouquié²²⁵ llama una especie de "soberanía militar" en reemplazo de la soberanía popular constitucional, dando lugar a que los gobernados transformen su sumisión en acción, al quedar desvirtuada la fundamentación filosófica de los regímenes democráticos.

Ahora bien, el fenómeno de la militarización en América Latina hace difícil enmarcar los sistemas políticos de los países del hemisferio dentro de las clasificaciones comunes de democracia o dictadura, como regímenes antagónicos y excluyentes;²²⁶ a pesar de exhibir un conjunto

²²⁵ *Poder militar y sociedad política en Argentina, op. cit., supra* nota 62.

²²⁶ Entendemos aquí por democracia el sistema en que el gobernante es elegido por voluntad popular y el gobierno está basado en el consenso; por dictadura, aquel

formal de instituciones representativas e importantes desarrollos del principio de la legalidad, el calificativo de democracia para estas naciones resulta ficticio. Pero tampoco se pueden asimilar las circunstancias a las presentadas en los regímenes militares propiamente dichos.

Lo que ocurre en nuestros países, en época de "normalidad" (entiéndase ausencia de golpe militar), es una curiosa mezcla de regímenes civiles democráticos bajo permanente tutela militar, regímenes que reciben designaciones tales como "dictaduras constitucionales", "repúblicas militares", "democracias restringidas", "repúblicas pretorianas", denominaciones todas que denotan la utilización de métodos violentos en la conducción del Estado, y el ejercicio de un poder directo y orgánico de la institución armada que provoca el desdibujamiento de los límites entre la guerra y la paz, entre manifestación de descontento y subversión, entre el delincuente político y delincuente común, entre tensiones internas y guerra civil. Al decir de Isaac Sandoval,²²⁷ se trata de la repartición de competencias entre civiles y militares, en que la responsabilidad global del manejo del Estado descansa realmente en los representantes de los partidos políticos.

Los regímenes bajo tutela militar pueden ir desde aquellos en que el ejército no gobierna directamente pero desempeña un importante papel político, hasta las dictaduras propiamente dichas. En el primer caso, la institución se desempeña como un grupo de presión, pudiendo llegar a gravitar tan significativamente al interior de las instituciones, que el gobierno degenera en una verdadera dictadura disfrazada. Tal es el caso de los países latinoamericanos, que viven bajo la permanente amenaza de un pronunciamiento militar; son países en que la democracia no sólo es precaria sino además restringida, pudiendo ser derrotada en cualquier momento por una irrupción militar directa.²²⁸

Hemos analizado a lo largo de nuestro ensayo la institución militar como un factor equilibrante del sistema que, en unión con la policía, garantiza la soberanía y el orden interior del país dentro del libre juego de las fuerzas políticas. En el siguiente capítulo centraremos nuestra atención en el fenómeno que tiene lugar cuando las fuerzas armadas dejan de estar al servicio de las instituciones civiles y del orden institucional, tomando entre sus manos el gobierno de la nación; es el fenómeno denominado dictadura militar.

sistema en que el gobernante es impuesto y la autoridad está basada en la represión y el temor.

²²⁷ *Op. cit.*, supra nota 30.

²²⁸ Duverger, Maurice, *op. cit.*, supra nota 37.