

VI. Efecto de los estados de excepción sobre las instituciones y el Estado de derecho	67
1. Impacto sobre las instituciones	67
A. Poder Judicial	69
B. Poder Ejecutivo	70
2. Impacto sobre el Estado de derecho	71

VI. EFECTO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN SOBRE LAS INSTITUCIONES Y EL ESTADO DE DERECHO

1. *Impacto sobre las instituciones*

152. Si observamos el funcionamiento regular de las instituciones bajo el estado de excepción, podremos comprobar que la regla general es que alguno de los tres poderes —de ordinario el legislativo— se pronuncie acerca de la legalidad de la declaración realizada por otro poder —con frecuencia el ejecutivo (con o sin acuerdo del consejo de ministros)— y que el poder judicial tenga facultades para examinar, en los casos concretos, la legalidad de las medidas que afectan el ejercicio de los derechos humanos. Más aún, en algunos países, por ejemplo a raíz del examen de un recurso de hábeas corpus, el poder judicial puede, incluso, estar facultado para pronunciarse acerca de la legalidad del estado de excepción como tal.

153. En una palabra, aun en situaciones de crisis el Estado de derecho intenta preservar un verdadero equilibrio entre los distintos poderes del Estado, para lo cual preestablece ciertas reglas de funcionamiento que buscan impedir la concentración de los mismos. Sin embargo, como hemos podido comprobar, en todos los casos en que se registran anomalías bajo los estados de excepción (y en la medida en que éstas se acentúan), el equilibrio de las instituciones se altera, los mecanismos de supervisión se debilitan, llegando incluso a desaparecer.

154. Así por ejemplo, la sofisticación y la institucionalización del estado de excepción han presupuesto, como regla

general, el ejercicio de amplias potestades por parte de quienes ejercen el poder ejecutivo (presidente de la Nación, junta militar), y a menudo han ido acompañadas de la aniquilación de la independencia del parlamento, la persecución y/o detención de sus miembros,¹ y hasta la disolución lisa y llana de la institución parlamentaria. Para colmar el vacío provocado por la ausencia de parlamento, muchas veces el propio poder ejecutivo establece comisiones que desempeñan actividades de asesoramiento legislativo sin cumplir funciones legislativas propiamente dichas.²

155. Si examinamos el caso del Paraguay, podremos observar que durante las casi cuatro décadas que duró el régimen de Stroessner, en forma rutinaria, cada seis meses, el Parlamento aprobaba la renovación del estado de sitio propuesto por el ejecutivo, confiriendo así legalidad a lo que no era sino un manifiesto abuso en el empleo de este recurso. En Haití, bajo el régimen de Duvalier, durante más de dos décadas, fue práctica corriente que la legislatura, al término de sus breves sesiones anuales, confiriera plenos poderes al ejecutivo durante el largo periodo de receso y suspendiera por igual término las garantías constitucionales más importantes. Como es lógico suponer, en estas circunstancias, el poder judicial, de hecho o de derecho, carece de facultades para controlar la oportunidad y la legalidad de la implantación del estado de excepción (potestad que está reservada a las autoridades políticas) y tampoco puede hacer cesar el alcance de las medidas concretas que afectan los derechos humanos de las personas, trátase de una detención, de una expulsión del territorio, una relegación o un confinamiento en alguna parte del territorio, etcétera.

1 Entre 1977 y 1993, una importante proporción de las reclamaciones tratadas por el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios de la Unión Interparlamentaria concernía a parlamentarios de países bajo estado de excepción, declarado o *de facto*.

2 Tal fue el papel desempeñado en Chile y Uruguay por el Consejo de Estado y en la Argentina por la Comisión de Asistencia Legislativa durante los gobiernos militares.

156. En estos casos, lo corriente es también que los miembros del poder judicial, en su mayoría, sean removidos y que los tribunales ordinarios sean reemplazados por los tribunales militares para juzgar los presuntos delitos políticos, culminando con una corte suprema de justicia que legalice la validez de las “actas institucionales” o su equivalente, o le confiera carácter supraconstitucional a las normas de emergencia adoptadas por el régimen. En este sentido, el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la independencia del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados ha puesto de manifiesto que tras la promulgación de decretos que instituyen el estado de excepción, a menudo se produce la destitución en masa de magistrados, la creación de tribunales especiales y la restricción o suspensión de la revisión judicial. Corroborando sus propios dichos el relator afirma que la castración de la judicatura y el hostigamiento de los abogados no son infrecuentes durante los estados de excepción.

157. En conclusión, estas desviaciones entrañan verdadera mutación institucional cuyo principal efecto es la sustitución del principio de separación e independencia de poderes por el de jerarquización de los mismos, a favor del ejecutivo y éste, a su vez, en algunos casos, está subordinado al poder militar.

158. Para evitar esta clase de anomalías y su nefasta repercusión sobre las instituciones, el relator especial propone como normas tipo las siguientes:

A. Poder Judicial

La legislación deberá estipular que nada de lo que se haga de conformidad con un estado de excepción habrá de:

- a) restar validez a las disposiciones de la Constitución o la ley fundamental como a la legislación relativa al nombramiento, al mandato o a los privilegios e inmunidades de los miembros de la judicatura, ni a la independencia e imparcialidad del poder judicial;

b) restringir la jurisdicción de los tribunales:

- i) para examinar la compatibilidad de la declaración del estado de excepción con las leyes, la Constitución y las obligaciones que impone el derecho internacional, y para determinar que dicha declaración es ilegal o inconstitucional, en caso de que haya incompatibilidad;
- ii) para examinar la compatibilidad de cualquier medida adoptada por una autoridad pública con la declaración del estado de excepción;
- iii) para iniciar actuaciones jurídicas destinadas a hacer respetar o proteger cualesquiera derechos reconocidos por la constitución o la ley fundamental y el derecho nacional e internacional, cuya efectividad no sea afectada por la declaración de excepción;
- iv) para entender asuntos de carácter penal, incluidos los delitos relacionados con el estado de excepción.

B. Poder Ejecutivo

La legislación deberá disponer que no se podrá disolver o suspender el parlamento en ocasión de un estado de excepción y que se deberán mantener intactas las inmunidades y los privilegios de los legisladores para que éstos estén en condición de vigilar sobre el goce de los derechos humanos de sus mandantes. Asimismo, la legislación deberá disponer que no se podrá disolver o suspender otro órgano de control constitucionalmente establecido.

La legislación deberá conceder a los miembros del parlamento (u otro órgano constitucional encargado de controlar la legalidad de la proclamación del estado de excepción), inmunidad en relación con todas las medidas adoptadas de conformidad con la declaración y que puedan impedir o restringir su participación en las deliberaciones acerca de la ratificación

del estado de excepción dispuesto por el poder ejecutivo, su prórroga o su levantamiento.

2. *Impacto sobre el Estado de derecho*

159. Desde el punto de vista jurídico, las anomalías descritas precedentemente van acompañadas por lo general de grandes transformaciones en la legislación penal de fondo (calificación de las infracciones y la escala de las penas) y de forma (garantías procesales) como de las normas de competencia.³ En lo que hace a las normas de forma, las restricciones más manifiestas suelen estar vinculadas al derecho de defensa y al carácter público de las deliberaciones. En Sudáfrica, por ejemplo, durante el régimen racista la publicación sin autorización de la policía del nombre de una persona detenida en virtud de la *Terrorism Act* estaba prohibida y severamente penada por la *Second Police Secret Act*, número 1306 de 1980.

160. En cuanto a las normas de fondo, se verifica una peligrosa tendencia al establecimiento de calificaciones sumamente imprecisas que hacen posible que un gran número de personas pueda encontrarse en infracción, acompañado de la ampliación de los elementos constitutivos de la complicidad, la alteración de la presunción de inocencia, etcétera. Igualmente, la agravación de la represión suele obedecer a la modificación de las normas sobre competencia, en particular, mediante la aplicación retroactiva de la legislación penal de forma que, a diferencia de la de fondo, no está prohibida pero que, sin embargo, tiene consecuencias similares bajo el estado de excepción. A este respecto, basta imaginar la situación de aquellas personas que están siendo juzgadas por un tribunal ordinario y, a raíz de la declaración de un estado de excepción, son sometidas, por el mismo delito, al juzgamiento secreto de un tribunal militar.

3 Véase informe de la señora Nicole Questiaux, E/CN.4/Sub.2/1982/15, párr. 163.

161. Esta regresión constante del principio de legalidad entraña finalmente una verdadera mutación del Estado de derecho donde el estado de excepción degenera en un elemento de agravación de la crisis y se transforma en un instrumento de represión de la oposición y la disidencia. En definitiva, el impacto de ambas mutaciones sobre el conjunto de los derechos humanos es, como veremos a continuación, tan grave y pernicioso que hemos preferido darle un tratamiento separado