

**Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales
en tiempos de emergencia.**

Miguel Carbonell¹
(IIJ-UNAM).
miguelc6@hotmail.com

**Para Jorge Carpizo,
con admiración.**

1. El 11-S y el derrumbe de los derechos.

De acuerdo con algún modelo ideal, la narración histórica de una determinada época debe hacerse cuando exista la distancia temporal suficiente para poder contar con los elementos objetivos necesarios para hacer una correcta valoración de su impacto. Es decir, entre el hecho histórico y su narración debe mediar un cierto número de años. Esto tiene justificación en la medida en que el transcurso del tiempo nos permite evaluar probablemente con mayor objetividad un determinado acontecimiento, por un lado, y por otro nos permite tener claridad sobre la importancia del mismo, ya que la cercanía temporal nos puede hacer pensar que estamos ante un hecho muy importante del que, sin embargo, pasados unos años ya nadie se acordará.

¿Cómo enfrentar, en este contexto tan delicado, el tema del presente de los derechos fundamentales a partir de la enorme herida que supusieron los ataques terroristas del 11 de septiembre y sus posteriores secuelas en Londres, Madrid y muchas otras ciudades? Partamos de una certeza: desde el 11-S cambiaron o se pusieron a prueba varias de nuestras concepciones sobre los derechos y se ha impuesto una nueva forma del discurso político que ha acorralado a algunos de esos derechos en nombre de la “seguridad nacional” o

¹Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM., Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España, Investigador titular "C" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Una versión previa de ensayo fue publicada en la obra colectiva *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, IIJ-UNAM, Marcial Pons, IMDPC, 2008, tomo IV, pp. 153-168.

incluso de la “seguridad global o mundial”. ¿Qué tan profundo ha sido ese cambio? ¿Las ideas de la derecha militar estadounidense que durante años ha ocupado el gobierno de ese país podrán imponerse más allá de sus fronteras o incluso dentro de una nación como los Estados Unidos, que tiene entre uno de sus valores sociales más arraigados a los derechos fundamentales?

Quizá es demasiado pronto para poder realizar un diagnóstico concluyente. Pero por lo que hasta ahora se observa, el 11 de septiembre será una fecha que recordaremos como un día de luto en materia de derechos, pues junto con el derrumbe de las Torres Gemelas y la muerte de casi 3,000 personas vimos caer también varios de nuestros más consolidados logros en dicha materia.

En las siguientes páginas me gustaría discutir acerca de la guerra que parece haberse instalado de nuevo como un recurso al alcance de los Estados poderosos, por un lado, y por otro sobre la “normalización” que estamos presenciando del fenómeno de la emergencia constitucional; tal parece que los gobernantes pudieran utilizar el miedo a los ataques terroristas como una suerte de recurso permanente para dominar a sus ciudadanos.

Parece estarse dando, a partir de ambos fenómenos, un cambio de mentalidad importante respecto de nuestras concepciones anteriores al 11-S. Lo que está en juego, en definitiva, es la posibilidad de seguir defendiendo los valores constitucionales tal y como hasta ahora los hemos entendido. Cualquier análisis sobre el tema de la defensa de la Constitución debe hoy en día, lamentablemente, partir de la idea de que las coordenadas básicas de estudio han cambiado, quizá de forma profunda. Veamos estas cuestiones con mayor detalle.

2. Guerra y derechos fundamentales.

Hay fenómenos sociales frente a los que los juristas guardan un increíble silencio. Tal parece que el derecho como orden rector de la convivencia no tuviera nada que decir ante los problemas de este mundo y se contentara con escarbar en los significados posibles o imposibles de tal o cual artículo del código civil.

Uno de esos fenómenos ante los que los juristas parecen haber claudicado es el de la guerra; el silencio ha sido la regla de actuación de muchos desde hace más de diez años, con ocasión de la primera guerra del Golfo, y luego en los numerosos conflictos armados que se

han dado en los tiempos recientes (desde la intervención en la Ex-Yugoslavia hasta la reciente guerra de Irak). ¿Es que frente a la guerra el derecho no puede aportar nada? ¿es que los juristas no somos capaces de procesar desde las coordenadas de nuestra disciplina científica eventos tan miserables?²

No faltarán los que digan que estudiar la guerra desde la óptica jurídica equivale a perder cualquier rastro de científicidad, puesto que el análisis jurídico debe permanecer, como bien lo enseñó Kelsen, “puro” y limitarse al mundo de las normas jurídicas, sin hacer caso de otros fenómenos “extra-jurídicos”. Pero a lo que llevan esas posturas es a la claudicación de la ciencia jurídica frente a un fenómeno gravísimo, en el que se ponen en juego diversos y muy relevantes bienes jurídicos (comenzando por el bien jurídico de la “paz”).

Seamos claros: la guerra es la negación más radical y absoluta de los derechos fundamentales. No hay ninguna posibilidad de librar una guerra de “carácter humanitario” o una guerra que tenga por objeto defender los derechos. Quien sostenga esa posibilidad miente o intenta engañar a su auditorio. Guerra y derechos son, bajo cualquier prisma que se quiera emplear, incompatibles. “La guerra —escribe Luigi Ferrajoli— es la negación del derecho y de los derechos, ante todo del derecho a la vida, así como el derecho, fuera del cual no es concebible ninguna tutela de los derechos, es la negación de la guerra”³.

La guerra de agresión, explica Ferrajoli, estaría prohibida desde la promulgación de la Carta de las Naciones Unidas, que limita las intervenciones bélicas exteriores a las “guerras de defensa”, las cuales pueden ser autorizadas por el Consejo de Seguridad cuando concurren determinadas circunstancias. Dicha Carta, en su artículo 2.4 establece la prohibición de la “amenaza y uso de la fuerza”, a efecto de atentar “contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”; esta prohibición es omnicompreensiva, de modo que a partir de ella podemos decir que cualquier utilización de la fuerza armada de un Estado para atacar a otro es ilícita⁴. El mismo artículo 2 de la Carta

² Desde luego, algunos juristas sí que han hecho importantes reflexiones sobre el tema. Una de ellas, muy convincente y sólidamente fundada, puede verse en CARPIZO, Jorge (2006) “Autodeterminación, no intervención y justicia internacional” en VV. AA., *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Navarra, Thompson-Aranzadi, 2006, tomo I) pp. 43 y siguientes.

³ *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 45.

⁴ Ver SAURA ESTAPÁ, Jaime (2004) “Legalidad de la guerra moderna a propósito de la invasión de Irak” en VV.AA., *Guerra y paz en nombre de la política* (Madrid, Calamar Ediciones) p. 120.

impone la obligación de resolver las controversias internacionales por medios pacíficos, sin que se ponga en peligro la paz y la seguridad internacionales.

Para que se surta la hipótesis de una guerra de defensa, prevista por el artículo 51 de la Carta, se requiere de un ataque previo o inminente y la respuesta debe atender los principios de necesidad, inmediatez y proporcionalidad⁵. Es de puro sentido común: para que exista una guerra de defensa es necesario que se haya dado una agresión previa de la que defenderse, o que se trate de una agresión inminente, basada en datos objetivos que acrediten suficientemente la realidad del peligro. Dicha agresión no puede consistir en los ataques terroristas perpetrados con aviones comerciales en Nueva York y Washington en septiembre de 2001, ya que la información sobre sus autores remite a una banda terrorista internacional (Al-Qaeda), que opera en muchos países y cuyos líderes no son funcionarios públicos, gobernantes o militares de un Estado. Tampoco constituían un riesgo inminente las supuestas “armas de destrucción masiva” que según el gobierno de Estados Unidos almacenaba Sadam Hussein, pues tales armas no pudieron ser localizadas por los inspectores de la ONU, que son la fuente más fiable de información en esta materia⁶. De hecho, con el paso del tiempo los gobiernos involucrados en la guerra de Irak han terminado por reconocer que tales armas eran inexistentes y que, en esa virtud, las razones esgrimidas para la invasión no tenían fundamento. Todo fue un gran engaño, muy bien planeado y dirigido por la administración del gobierno de Bush.

No sobra recordar que la guerra está tipificada como delito en el Tratado de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional, lo cual refuerza la idea de que la guerra está prohibida y por tanto no puede ser bajo ninguna hipótesis una guerra lícita.

Por desgracia, la retórica sobre la necesidad y la legitimidad de la guerra parece estarse asentando en la opinión pública de un número importante de países; sobre todo en aquellos en los que el debate público sobre el tema no ha sido muy vigoroso, como es el caso de México. Una parte importante de ciudadanos puede verse confundida al oír en los medios de comunicación justificaciones de la guerra (patrocinadas por los gobiernos y por las

⁵ SAURA ESTAPÁ, Jaime, “Legalidad de la guerra moderna a propósito de la invasión de Irak”, cit., p. 122. En este mismo trabajo puede verse los argumentos con que se detalla la ilicitud de la intervención en Irak pp. 126 y ss..

⁶ Una minuciosa reconstrucción periodística de los motivos que llevaron a la guerra y de su desarrollo se encuentra en AUST, Stefan y SCHNIBBEN, Cordt (editores) (2004) *Irak. Historia de una guerra moderna* (Madrid, Círculo de Lectores).

grandes empresas que obtienen jugosos contratos bélicos durante la guerra y de reconstrucción una vez que concluye), sin que las voces en contra se aseguren de ocupar también un espacio en la esfera pública de discusión. En este contexto, se podría estar asentando una especie de justificacionismo de acuerdo con el cual la guerra habría tomado carta de naturaleza como medio de solución de las controversias internacionales. Frente a esto, autores como Ferrajoli denuncian como falsas las premisas que han justificado las intervenciones armadas de los últimos años y expone una batería de argumentos para demostrar su carácter anti-jurídico e inmoral.

Es falso que tales intervenciones se apoyen en el viejo concepto de “guerra justa” que durante siglos fue utilizado para valorar una intervención armada. Ese concepto fue creado y bien o mal aplicado para guerras muy distintas a las que se libran en la actualidad⁷.

Las guerras actuales tienen efectos devastadores y aniquiladores sobre la población civil; las guerras antiguas limitaban sus efectos a los adversarios, pero nunca tuvieron la capacidad de aniquilar totalmente al enemigo, al que más bien había que doblar para que se rindiera. Las guerras antiguas se llevaban a cabo entre Estados o entre un Estado y un territorio, es decir, entre poderes formales y más o menos identificados.

Actualmente las guerras se celebran por un país o por una coalición de países en contra de “ejes del mal”, de “grupos subversivos” o “redes terroristas” que nunca son plenamente identificados, ni en cuanto a su ubicación territorial ni en cuanto a sus integrantes (lo cual justificaría, según los defensores de la guerra, que se puedan tirar bombas por todo el territorio de Afganistán o que las detenciones de “terroristas” abarquen a simples “sospechosos”, ubicados en razón de su apellido o por su presencia física, que son tratados como “no-personas” y despojados de todos sus derechos fundamentales)⁸. Más que de guerra justa, hoy en día, sostiene Ferrajoli, habría que entender que la guerra “es de por sí un mal absoluto”⁹.

⁷ Una explicación de las “novedades” que suponen las guerras de los últimos años puede verse en ZOLO, Danilo (2004) *Globalizzazione. Una mappa dei problema* (Roma-Bari, Laterza) pp. 113 y ss.

⁸ De hecho, no son pocos los autores que señalan que en la persecución de bandas terroristas no es aplicable el concepto de guerra, sino que se trata de la persecución de criminalidad organizada; ver por ejemplo las observaciones en este sentido de ACKERMAN, Bruce, (2004) “This is not a war”, *The Yale Law Journal*, (volumen 113, número 8, New Haven) pp. 1871 y siguientes.

⁹ *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., p. 31.

Es falso en segundo lugar que las guerras puedan ser “humanitarias” o “éticas”¹⁰. Ferrajoli subraya que “la idea de que el bien pueda alcanzarse con cualquier medio, incluso al precio de enormes sufrimientos y sacrificios (sobre todo, de los otros), representa el rasgo característico del fanatismo”¹¹.

Como apunta Gerardo Pisarello,

“si algo han dejado claro las intervenciones militares de la última década ha sido su incapacidad para cumplir con los fines ‘éticos’ y ‘humanitarios’ que en teoría pretendían asumir. Y todo ello por varias razones. En primer lugar, porque han violado de manera abierta tanto el principio hipocrático que obliga a minimizar el daño como el principio hobbesiano que prohíbe sancionar al inocente, causando innumerables víctimas entre la población civil y forzando desplazamientos y migraciones masivas. En segundo término, porque al destruir infraestructuras productivas, sistemas de agua potable, escuelas, hospitales y barrios enteros han condenado a otros tantos miles de personas a la privación futura de derechos civiles, sociales y ambientales básicos. En tercer lugar, porque en lugar de contribuir a la apertura y a la convergencia de espacios democráticos dentro de las sociedades atacadas, han ahondado las rivalidades étnicas y la indignación contra ‘Occidente’, además de desprestigiar el discurso de los derechos humanos, rebajándolo a simple ideología de cobertura de los imperativos económicos y militares de las grandes potencias”¹².

El falso, en tercer lugar, que con la guerra se logre el propósito anunciado por el gobierno de Estados Unidos de terminar con el terrorismo. Por el contrario, luego de años de intervenciones bélicas el terrorismo parece haber crecido a escala global y hay regiones enteras del planeta que están a un paso de incendiarse por completo. El terrorismo, lejos de debilitarse, ha golpeado de lleno el corazón de los países occidentales, como lo demuestran las barbaries del 11-S en Nueva York y del 11-M en Madrid, pero también los atentados en Bali, Casablanca, Beslán, Yakarta, Estambul, Moscú, Londres y un largo etcétera.

Esto no significa que no se deba combatir al terrorismo; al contrario: se trata de hechos delictivos que deben ser perseguidos conforme lo establece la legislación nacional e internacional y que pueden y deben ser castigados, dentro de los límites que marcan las

¹⁰ Sobre la cuestión de las “intervenciones humanitarias” ver el deslumbrante análisis de GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2004) “Intervenciones humanitarias armadas” en su libro *Calamidades* (Barcelona, Gedisa), pp. 33-92.

¹¹ *Razones jurídicas del pacifismo*, 2004, cit., p. 42.

¹² “Prólogo. El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli” en *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., p. 14.

leyes, con penas muy severas. Al respecto Ferrajoli apunta: "...con sus inútiles destrucciones la guerra sólo ha agravado los problemas que pretendía resolver... reforzó enormemente al terrorismo, al elevarlo a la categoría de Estado beligerante, convirtiendo un crimen horrendo en el primer acto de una guerra santa y transformando a Bin Laden, a los ojos de millones de musulmanes, en un jefe político, y a su banda de asesinos, en la vanguardia de un ejército de fanáticos... (la guerra) ha contribuido a desestabilizar todo el Oriente Medio, incluido el polvorín (nuclear) pakistaní, y a desencadenar una espiral irrefrenable de odios, fanatismos y otras terribles agresiones terroristas"¹³.

Lo que más bien nos indica la situación actual es que lanzar bombas desde el aire sobre grandes extensiones de territorio o invadir un país entero no pueden lograr la finalidad de acabar con el terrorismo. Si las intervenciones tienen esa intención están fracasando palmariamente; no debemos sin embargo descartar, en este contexto, dos hipótesis: o los responsables de la guerra son estúpidos y no se dan cuenta de su clamoroso fracaso (lo cual, si bien no es descartable, no tiene demasiado sentido) o bien se está utilizando al terrorismo para justificar guerras que tienen otros objetivos, de orden geopolítico o incluso económico. ¿Cómo remediar el enorme caos bélico en el que los halcones de la administración norteamericana nos han sumido? ¿Cómo restaurar una legalidad internacional que es la única base razonable que tenemos para extender el paradigma del Estado de derecho hacia el ámbito de las relaciones internacionales? La idea sería crear un sistema de garantías que permita hacer efectivas las normas del derecho internacional.

La primera entre todas debe ser la garantía de la paz, que se podría lograr sobre todo desarmando a los Estados y reservando en favor de la ONU un monopolio de la fuerza internacional. Ferrajoli destaca lo absurdo que resulta que se prohíba la utilización de armas de destrucción masiva (armas químicas y bacteriológicas, bombas de fragmentación, armas incendiarias, armas nucleares, etcétera) y sin embargo se siga permitiendo y no se sancione en todos los casos su producción y comercialización¹⁴.

En esto tienen una gran responsabilidad los Estados democráticos del primer mundo, pues es dentro de su territorio donde se producen las armas cuya utilización está prohibida por el derecho internacional. El comercio de armas, tanto el "lícito" como el que se produce en la

¹³ *Razones jurídicas del pacifismo*, 2004, p. 55.

¹⁴ *Razones jurídicas del pacifismo*, 2004, p. 86.

ilegalidad, constituye una gran fuente de riqueza para muchas personas, que tienen formas de “presionar” a los responsables políticos para que les dejen seguir con sus negocios.

En el caso de las armas de destrucción masiva es donde más se nota la corrupción de muchos gobiernos, por ejemplo el de Rusia y de varias ex-repúblicas soviéticas, pero el mismo discurso puede hacerse para las “armas ligeras”, que se siguen vendiendo por cientos de miles cada año, en muchos casos a gobiernos que tienen bien comprobadas prácticas autoritarias contra su propia población o contra la de países vecinos; una cantidad importante de esas armas termina cayendo en manos de bandas terroristas y del crimen organizado.

Según Ferrajoli,

“Las armas están destinadas por su propia naturaleza a matar. Y su disponibilidad es la causa principal de la criminalidad común y de las guerras. No se entiende porqué no deba ser prohibido como ilícito cualquier tipo de tráfico o de posesión. Es claro que el modo mejor de impedir el tráfico y la posesión es prohibiendo su producción: no solo por tanto el desarme nuclear, sino la prohibición de todas las armas, excluidas las necesarias para la dotación de las policías, a fin de mantener el monopolio jurídico del uso de la fuerza. Puede parecer una propuesta utópica: pero es tal solo para quienes consideran intocables los intereses de los grandes *lobbies* de los fabricantes y de los comerciantes de armas y, por otro lado, las políticas belicistas de las potencias grandes y pequeñas”.

A nivel local se han producido algunas experiencias positivas en materia de desarme, que bien podrían intentarse llevar a la esfera internacional. Así por ejemplo, el gobierno brasileño aprobó a mediados de 2004 el Estatuto de Desarme, que detalla un muy interesante programa de entrega voluntaria de armas por parte de la población. El gobierno ha establecido que por cada arma que se entregue se otorgará un pago de entre 40 y 400 dólares, dependiendo del estado que guarde y del tipo de arma de que se trate. A juzgar por sus primeros resultados, el programa está siendo todo un éxito¹⁵. Solamente en los primeros nueve días de funcionamiento se habían entregado más de 17,000 armas de fuego. Según una encuesta, el proceso de desarme es aprobado por una amplia mayoría de brasileños (más del 67% de los encuestados dijo estar a favor del programa).

El éxito ha sido tan grande que el gobierno de Lula se está planteando aumentar el fondo para compensar la entrega, que era inicialmente de casi 4 millones de dólares. Antes de

¹⁵ *La Vanguardia*, Barcelona, 1 de agosto de 2004.

hacerlo a nivel nacional, la experiencia se había desarrollado en el Estado de Paraná, donde en los primeros meses de 2004 se habían recolectado más de 13,000 armas. Resultado: en las mismas fechas el número de asesinatos había disminuido un 30%. ¿Sería muy difícil pensar en una aplicación extensiva de estas sencillas ideas? No dudo que también estas propuestas tengan inconvenientes (como lo podría ser el precio pagado por las armas, que si es muy alto podría servir para financiar la compra de nuevo armamento), pero creo que a corto plazo aportan más ventajas que desventajas.

Por otro lado, el desarme de los Estados y el freno de la carrera armamentista liberaría una enorme cantidad de recursos que hoy en día se invierten en industrias para matar. Esos recursos podrían dedicarse a cuestiones humanitarias, contribuyendo de esa forma a evitar que en el futuro se sigan nutriendo en la miseria, el analfabetismo y la marginación los movimientos fundamentalistas y fanáticos en los que se forman los terroristas.

Por otro lado, Ferrajoli también propone una reforma “en sentido democrático” de la ONU, a través de la reconsideración del papel del Consejo de Seguridad¹⁶. La reforma, basada en el principio de igualdad, “pasa obviamente por la supresión de la posición de privilegio que hoy detentan en el Consejo de Seguridad las cinco potencias vencedoras de la segunda guerra mundial y la instauración de un sistema igualitario de relaciones entre los pueblos”¹⁷. Desde luego, la reflexión sobre la reforma de la ONU tiene que ser objeto de un análisis más detenido, que no puede ser abordado en este espacio, pero que debería suscitar la reflexión comprometida de los juristas mexicanos y de otros países¹⁸.

3. La normalización de la emergencia.

En una época como la nuestra, en la que un país se ha convertido en nuestro imperio contemporáneo (para utilizar la terminología de Hardt y Negri), es posible que la historia de los derechos esté determinada por las prácticas y por las discusiones que se generan en ese

¹⁶ Sobre el tema se ha detenido, entre otros muchos, VELASCO, Juan Carlos, “La democratización pendiente de la esfera internacional” en VV.AA., (2004) cit., pp. 147 y ss.

¹⁷ FERRAJOLI, 2004, p. 88.

¹⁸ La propia ONU se ha dado cuenta de lo mucho que ha cambiado el mundo desde su creación en 1945 y ha generado diversos documentos de reflexión acerca de su papel en la nueva realidad. Uno de ellos es el muy interesante reporte encargado a un equipo de alto nivel por el Secretario General, referido a la seguridad en el mundo: *A more secure world: our shared responsibility. Report of the Secretary-General's High-level panel on threats, challenges and change* (Nueva York, Naciones Unidas 2004).

país. En ese sentido, uno de los aspectos más destacados de discusión sobre los derechos fundamentales es la posibilidad que tiene el Estado constitucional para responder adecuadamente (es decir, a través de los medios ordinarios de defensa que ya conocemos) a las amenazas de ataques terroristas a gran escala¹⁹. Aunque en el apartado anterior hemos intentado demostrar la incompatibilidad total y completa entre la guerra y los derechos fundamentales, lo cierto es que debemos intentar afinar la mirada para ir más allá del fenómeno de la guerra (que en cualquier caso, por fortuna, de momento solamente ha sido utilizado por pocos países como arma de respuesta frente al terrorismo), para discutir el impacto de los atentados terroristas sobre la comprensión contemporánea de los derechos. Un análisis completo de este tema requeriría el espacio no es un ensayo como el presente, sino de varios libros; sin embargo, creo que es posible apuntar al menos algunas líneas básicas que se deben tomar en cuenta.

Sería ideal para quien hace un análisis teórico poder defender sin más la idea de que los derechos fundamentales deben ser respetados siempre y que ninguna afrenta terrorista debe minar nuestro apoyo convencido hacia ellos. Sería ideal, pero no estaría teniendo en cuenta la nueva realidad que parece estarse configurando luego del 11-S. Lo cierto es que, sin poner en duda nuestras firmes convicciones en favor de los derechos, debemos asumir que ningún Estado democrático podría dejar de dar respuesta a una serie de atentados terroristas que se llevaran a cabo en su territorio y que es probable que la población exigiera acciones contundentes para garantizar la seguridad, incluso si como parte de esas respuestas se tienen que sacrificar uno o varios derechos fundamentales: como ha recordado algún autor, la Constitución no es un “pacto suicida”²⁰.

Alguna película norteamericana previa al 11-S ha dado en el blanco al estudiar la psicología de la población frente a amenazas terroristas: primero comienzan a demandarse más policías en las calles, pero frente a un segundo o un tercer atentado masivo se terminan justificando los campos de concentración y la internación en ellos de personas con base en sus rasgos físicos o en sus vínculos con determinadas religiones. La tortura de los detenidos con base en meras sospechas es el corolario natural que se presenta en tales escenarios.

¹⁹ Un buen panorama sobre el tema puede verse en IGNATIEFF, Michael (2005) *El mal menor* (Madrid, Taurus).

²⁰ POSNER, Richard (2006): *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency* (Nueva York, Oxford University Press).

De hecho, luego del 11-S se ha debatido con intensidad en Estados Unidos sobre la posibilidad de aplicar la tortura para evitar nuevos ataques terroristas; y, por primera vez en muchos años, ese debate no se ha circunscrito a la ultra-derecha militarista, sino que ha alcanzado a medios de comunicación serios y tradicionalmente centrados y objetivos en sus análisis²¹. Lo que parece evidente es que la amenaza terrorista ofrece un desafío nuevo al Estado constitucional y que quizá sea oportuno pensar en nuevas formas de defensa de la Constitución (lo que equivale a decir que hay que imaginar nuevas formas de defensa de los derechos).

En este punto hay varios aspectos por discutir. Uno habría que dejarlo claro desde el principio: la aplicación de torturas no se justifica bajo ningún concepto; el pretexto de hacer frente a una amenaza incluso nuclear, radioactiva, biológica o de otro tipo no permite que se utilice a una persona como medio y se vulnere su dignidad a través de la tortura. No importa que se trate del peor terrorista del planeta o que supuestamente sepa dónde puede estar una bomba: la tortura es una línea que nunca debemos cruzar si es que queremos mantener alguna diferencia entre los terroristas y los demócratas. Pensar que al sostener lo anterior estamos renunciando a medios legítimos de combatir al terrorismo o pensar que de esa forma se pone en una situación de irremediable debilidad al Estado constitucional es desconocer la historia.

Al terrorismo se le debe combatir dentro de la legalidad; podemos discutir si el marco jurídico que tenemos es o no suficiente para enfrentar el desafío terrorista²², pero no es razonable suponer que ante la estrategia del miedo debemos abandonar más de dos siglos de civilización constitucional²³. A la pregunta de si se puede, bajo alguna circunstancia límite, torturar para obtener alguna confesión, la respuesta siempre, siempre y sin

²¹ GREENBERG, Karen J. (editora) (2006): *The torture debate in America* (Cambridge, Cambridge University Press); LEVINSON, Sanford (editor) (2004) *Torture. A collection* (Nueva York, Oxford University Press).

²² Este es el tema que se aborda, por ejemplo, en ACKERMAN, Bruce (2006) *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism* (New Haven, Yale University Press). Ver también TUSHNET, Mark (editor) (2005) *The constitution in wartime. Beyond alarmism and complacency* (Durham, Duke University Press).

²³ Frente a riesgos objetivos de que se produzcan graves daños (ya sean producto de ataques terroristas o de desastres naturales) debemos adoptar como primera premisa el “principio de precaución”, que hubiera servido en muy buena medida para evitar los atentados del 11-S, tal como lo han reconocido diversos reportes oficiales generados por el gobierno de los Estados Unidos. Sobre este punto ver el libro *The 9/11 commission report. Final report of the national commission on terrorist attacks upon the United States*, Nueva York, Norton and Company, sin fecha; sobre el “principio de precaución” ver SUNSTEIN, Cass (2005): *Laws of fear. Beyond the precautionary principle*, (Cambridge, Cambridge University Press).

excepción alguna, debe ser negativa. Cuando un Estado democrático cede a la tentación de torturar a un detenido ya ha traspasado la línea que lo separaba de los terroristas y ha perdido su principal arma de diferenciación: la legitimidad que le da el apego a ciertos valores, encarnados en buena medida en un ordenamiento jurídico²⁴.

De igual manera, habría que sospechar de cualquier solución jurídica al fenómeno terrorista que suponga la imposición de regímenes completa y totalmente excepcionales. Pueden existir, de forma limitada y siempre bajo control judicial, restricciones de derechos que sean específicas para personas acusadas de terrorismo (como lo reconoce, por ejemplo, el artículo 55 de la Constitución española de 1978²⁵), pero de ahí no se puede dar el paso hacia el vaciamiento de los derechos fundamentales de tales personas, como lo ha hecho el gobierno de los Estados Unidos con los detenidos en el campo de concentración de Guantánamo. Y esto aplica lo mismo a los derechos “sustantivos” (por llamarlos así) como a los “derechos procesales” o vinculados con el acceso a la justicia; esta observación es importante para poner bajo sospecha la peligrosa tendencia de crear tribunales militares encargados de conocer de juzgar a civiles vinculados con hechos de terrorismo o con otras manifestaciones de la criminalidad organizada²⁶.

Los juristas mexicanos, a la luz de lo anterior, podrían preguntarse sobre la pertinencia de reformar el artículo 29 de la Constitución de 1917, que prevé precisamente la forma en que deben enfrentarse las situaciones extraordinarias²⁷. El texto de dicho artículo es el siguiente:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de

²⁴ IGNATIEFF, Michael, (mayo de 2006) “Si la tortura funciona”, *Claves de razón práctica*, (Madrid) pp. 4-7. Para este autor la prohibición de la tortura es lo que permite identificar políticamente a una democracia; si un Estado es democrático entonces estará limitado por normas jurídicas, entre ellas la que incluye “la prohibición absoluta de someter a las personas a formas de dolor que las despojan de su dignidad, su identidad e incluso su cordura” (p. 7).

²⁵ Un análisis de este precepto puede verse en MARTÍNEZ CUEVAS, María Dolores, (2002): *La suspensión individual de derechos y libertades en el ordenamiento constitucional español: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*, (Granada, Comares, Universidad de Granada).

²⁶ La doctrina norteamericana, por razones obvias, ha tenido que reflexionar detenidamente sobre este punto. Un punto de partida de tales análisis puede verse en FISHER, Louis (2005): *Military tribunals and presidential power. American revolution to the war on terrorism* (Lawrence, University Press of Kansas con abundantes referencias históricas).

²⁷ Una propuesta en este sentido puede verse en CARBONELL, Miguel (2007) *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México (IIJ-UNAM, CNDH), pp. 41 y siguientes.

Estado y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

La suspensión de derechos dentro de un Estado democrático es una medida que debe ser utilizada con mucha precaución. La experiencia histórica nos indica que, a pesar de que su finalidad consiste en la protección excepcional del Estado cuando se deben enfrentar retos mayúsculos, muchas veces se ha utilizado para lo contrario; es decir, en diversos momentos de la historia –sobre todo en América Latina- se ha acudido a la suspensión de derechos para liquidar sistemas democráticos e imponer gobiernos *de facto* de corte autoritario o dictatorial.

Conviene recordar que la suspensión de derechos es una institución que no tiene por efecto aumentar los poderes de los gobernantes, sino permitir tomar medidas de carácter extraordinario dentro del marco de las reglas del Estado de derecho. No es una invitación a la arbitrariedad, sino justamente su mecanismo de contención bajo situaciones de emergencia. Debe en todo caso estar fundada y motivada. Debe también disponer medidas de respuesta proporcionadas a la situación de peligro por la que se están suspendiendo los derechos.

La decisión de decretar una suspensión de derechos debe ser siempre revisable por los tribunales nacionales e internacionales, ya que la mejor forma de evitar abusos por parte del gobierno utilizando esta figura es a través de su judicialización, como lo ha propuesto Héctor Fix Zamudio²⁸. De esta manera se someten las decisiones gubernativas en la materia a un control de constitucionalidad y legalidad a cargo de los jueces y, sobre todo, se pone de manifiesto que no se trata de una “cuestión política” que queda fuera del ámbito de supervisión del poder judicial. El mismo autor afirma que “la *revisión judicial de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas* puede utilizarse durante las

²⁸ FIX ZAMUDIO, Héctor (2005) *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano* (México, Porrúa) p. 136.

situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia y proporcionalidad de las medidas generales que se adoptan con motivo de las declaraciones de los estados de excepción, incluyendo las declaraciones mismas, en cuanto afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados”²⁹.

Aunque la Constitución no lo establece expresamente, en México no todos los derechos pueden suspenderse. No lo pueden ser por mandato de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 27.2, no permite la suspensión de los derechos previstos en sus artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal³⁰), 6 (prohibición de la esclavitud), 9 (principios de legalidad y retroactividad), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos de la niñez), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos), así como de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos³¹.

Si en el futuro se decide reformar la Constitución mexicana en lo referente a la suspensión de derechos sería importante que se precisaran los supuestos para que dicha suspensión tenga lugar³²; se podría prever un régimen diferenciado dependiendo del tipo de amenaza que requiere una suspensión de derechos y garantías. Las causas de la suspensión podrían ser de tres tipos: emergencias generadas por fenómenos naturales que pongan en peligro a una parte de la población (lo que podría calificarse como estado de calamidad o de catástrofe), emergencias generadas por problemas graves de seguridad pública (que podrían redundar en una eventual restricción de la libertad de tránsito) y emergencias generadas por situaciones de tipo militar tales como invasiones armadas del territorio nacional. En el mismo sentido sería importante tener una redacción clara y concisa, que evite en lo posible

²⁹ FIX ZAMUDIO, Héctor (2005)

³⁰ Ver el artículo 5 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, que establece la prohibición de justificar la tortura aún en estados de guerra, emergencia, sitio, conmoción interior, etcétera.

³¹ En sentido parecido debe verse el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 8/87 “El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” y 9/87 “Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”;

ambas opiniones consultivas se pueden consultar en CARBONELL, Miguel, MOGUEL, Sandra y PÉREZ PORTILLA, Karla (compiladores) (2003): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos* (2ª edición, México, Porrúa, CNDH, tomo II), pp. 869 y siguientes.

³² Una reflexión más amplia sobre el tema en PELAYO MÖLLER, Carlos M. (2004) *La suspensión de derechos y garantías en el Estado constitucional* (Mazatlán, Universidad Autónoma de Sinaloa) páginas 256 y siguientes.

la utilización de conceptos ambiguos como “perturbaciones del orden público” o “grave peligro social”.

Durante muchos años el tema de la suspensión de derechos y garantías ha tenido un desarrollo menor al que hubiera sido oportuno dentro de la teoría constitucional mexicana. Este fenómeno quizá esté justificado por el hecho, ciertamente plausible, de que en México no se ha acudido a las medidas de suspensión con la frecuencia que lo han hecho otros países de América Latina³³. Si bien es deseable que nuestro país se mantenga en esa posición y no caiga en tentaciones represivas de corte autoritario, lo cierto es que hay elementos en el contexto internacional que nos permiten sostener la pertinencia de reflexionar con una mirada nueva sobre el tema. De hecho, algunos de los teóricos más destacados a nivel mundial dentro del campo de constitucionalismo han dedicado importantes esfuerzos a replantear la representación tradicional que tenemos de la forma en que el Estado constitucional debe responder frente a las emergencias, sobre todo frente a las derivadas de posibles ataques terroristas.

4. A modo de conclusión.

Como puede verse, la situación del presente ofrece nuevos retos para quienes estudian los derechos fundamentales. No son retos imaginarios, puesto que es evidente que el peligro de las armas de destrucción masiva y de su posible utilización por los terroristas está ahí afuera, acechando a los regímenes democráticos que existen en muchos países. No se trata de negar lo evidente y cualquier teórico que lo haga estaría incurriendo en una grave irresponsabilidad.

De lo que se trata es de discernir acerca de la manera en que el Estado constitucional, sin perder de vista los valores que lo justifican y le dan legitimidad, debe enfrentar los cambios que se han dado desde los ataques del 11-S. ¿Cómo debe defenderse la Constitución en tiempos como los que vivimos actualmente? La respuesta es seguramente muy compleja y

, ³³ FIX ZAMUDIO, Héctor en referencia al siglo XIX latinoamericano, apunta que “...en una época de inestabilidad política en Latinoamérica, debido a las continuas revueltas y los golpes de Estado auspiciados por los caudillos, predominantemente militares, abundaron las represiones extraconstitucionales, ya que las declaraciones de emergencia se utilizaron con el fin contrario a su regulación, es decir, en lugar de la conservación del orden constitucional se produjeron largos periodos de gobiernos autoritarios...”, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, (2005) cit., p. 130.

los puntos de vista en ocasiones podrán ser divergentes. Lo que se ha intentado hacer en las páginas precedentes es ofrecer algunos elementos contextuales para emprender una reflexión que a todas luces parece inaplazable y en la que los juristas tienen mucho por aportar.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce (2006): *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism* (New Haven, Yale University Press).

AUST, Stefan y SCHNIBBEN, Cordt (editores) (2004) *Irak. Historia de una guerra moderna* (Madrid, Círculo de Lectores).

CARBONELL, Miguel, MOGUEL, Sandra y PÉREZ PORTILLA, Karla (compiladores) (2003): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos* (2ª edición, México, Porrúa, CNDH, tomo II y tomo I).

CARBONELL, Miguel (2007) *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México (IIJ-UNAM, CNDH).

CARPIZO, Jorge (2006) *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Navarra, Thompson-Aranzadi, 2006, tomo I).

FERRAJOLI, Luigi (2004): *Razones jurídicas del pacifismo* (Madrid, Trotta).

FISHER, Louis (2005): *Military tribunals and presidential power. American revolution to the war on terrorism* (Lawrence, University Press of Kansas).

FIX ZAMUDIO, Héctor (2005) *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano* (México, Porrúa).

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2004) *Calamidades* (Barcelona, Gedisa).

GREENBERG, Karen J. (2006) (editora), *The torture debate in America*, Cambridge, (Cambridge University Press).

LEVINSON, Sanford (2004) (editor), *Torture. A collection* (Nueva York, Oxford University Press).

IGNATIEFF, Michael (2005) *El mal menor* (Madrid, Taurus).

IGNATIEFF, Michael, (mayo de 2006) *Claves de razón práctica* (Madrid).

MARTÍNEZ CUEVAS, María Dolores, (2002): *La suspensión individual de derechos y libertades en el ordenamiento constitucional español: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*, (Granada, Comares, Universidad de Granada).

ONU, (2004) *A more secure world: our shared responsibility. Report of the Secretary-General's High-level panel on threats, challenges and change*.

PELAYO MÖLLER, Carlos M. (2004) *La suspensión de derechos y garantías en el Estado constitucional* (Mazatlán, Universidad Autónoma de Sinaloa).

POSNER, Richard (2006): Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency (Nueva York, Oxford University Press).

SAURA ESTAPÁ, Jaume (2004) *Guerra y paz en nombre de la política* (Madrid, Calamar Ediciones).

TUSHNET, Mark (editor) (2005) *The constitution in wartime. Beyond alarmism and complacency*, (Durham, Duke University Press).

VELASCO, Juan Carlos (2004) *Guerra y paz en nombre de la política* (Madrid)

ZOLO, Danilo (2004) *Globalizzazione. Una mappa dei problema* (Roma-Bari, Laterza)

HEMEROGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce, (2004) *The Yale Law Journal*, (volumen 113, número 8, New Haven)

La Vanguardia, Barcelona, 1 de agosto de 2004.