



UNIVERSITAT DE BARCELONA



Entre la Excepción y la Norma: Una Aproximación Teórica al Análisis del Comportamiento Judicial en Tiempos de Crisis

Erick A. Álvarez

Trabajo de Fin de Máster

Máster Universitario en Análisis Político y

Asesoría Institucional

Tutor: Jordi Capó Giol

Septiembre de 2018

**Entre la Excepción y la Norma: Una Aproximación Teórica al Análisis del
Comportamiento Judicial en Tiempos de Crisis**

CONTENIDO

Resumen/Abstract.....	7
 SECCIÓN I	
Introducción.....	9
 SECCIÓN II	
El Conflicto Kelsen-Schmitt y el Paradigma Normalidad-Excepción.....	15
A. Derecho y Poder, el conflicto Kelsen-Schmitt.....	16
B. Dualismo y contraposición: nociones básicas de la dialéctica entre la normalidad y la excepción en la Teoría del Estado.....	21
 SECCIÓN III	
Exigencias y Respuestas del Sistema Político.....	27
A. El surgimiento de exigencias hacia el Estado en tiempos de estrés.....	27
B. Respuestas políticas y legislativas hacia situaciones de crisis.....	30
C. El efecto ‘rally around the flag’ y el ‘trade-off’ seguridad-libertad.....	36
 SECCIÓN IV	
¿Inter Arma Silent Leges?, Tesis sobre el Funcionamiento del Sistema Judicial en Tiempos de Crisis.....	40
A. Tesis Milligan o del ‘Guardián’.....	42
i. Visión Estricta del funcionamiento de la Ley.....	48
ii. Enfoque formal-normativista.....	49
B. Tesis de la Crisis.....	51
i. Visión Acomodacionista del funcionamiento de la Ley.....	57

ii. Enfoque decisionista.....	59
-------------------------------	----

SECCIÓN V

Facultades, Dotaciones e Interpretaciones judiciales en Conflicto. Un Análisis de la Jurisprudencia Europea en materia de estados de Excepción.....	63
--	-----------

A. Soberanía en la Excepcionalidad: ¿Facultades Ejecutivas e Incapacidades Judiciales? Figura de la ‘Revisión Judicial’	65
i. ‘La lucha contra el Estado’, facultades judiciales de contrapeso para extralimitaciones estatales.....	65
ii. Modelos de ‘revisión judicial’ en perspectiva: diferencias en la distribución de los poderes estatales en materia de derechos fundamentales.....	68
B. Instituciones Internacionales, Emergencias Nacionales. ‘Doctrina del margen de apreciación’	73
i. Caso <i>Lawless v. Ireland</i> , 1961. Conflicto entre el marco normativo de protección de derechos a nivel internacional, y las disposiciones fácticas a nivel nacional.....	75
ii. El Problema de la difusa barrera de la Excepción.....	79
C. Conflicto de Concepciones en la Interpretación Judicial.....	82
i. <i>Ireland v. the United Kingdom</i> , 1978.....	83
ii. <i>Brogan and others v. the United Kingdom</i> , 1988.....	85
iii. <i>Brannigan and McBride v. the United Kingdom</i> , 1993.....	87
iv. <i>Castells v. Spain</i> , 1992.....	90
v. <i>Association Ekin v. France</i> , 2001.....	93
vi. <i>Martínez Sala and others v. Spain</i> , 2004.....	94
vii. Suspensión de la participación electoral de organizaciones declaradas como ilegales bajo la influencia del nacionalismo de ETA.....	95
<i>Herritarren Zerrenda v. Spain</i> , 2009	
<i>Etxeberría and others v. Spain</i> , 2009	
<i>Herri Batasuna and Batasuna v. Spain</i> , 2009	

SECCIÓN VI**Conjeturas sobre el Modelo de Comportamiento Judicial en situaciones de crisis..... 98**

- A. Mecanismo general de comportamiento judicial..... 99
- B. Modelo de incentivos desde la perspectiva de la teoría del ‘rational choice’..... 101

SECCIÓN VII**Conclusiones y Discusión..... 104****SECCIÓN VIII**

- Literatura Citada..... 109
- Casos Judiciales..... 114
- Fuentes Documentales y Jurídicas..... 115

ANEXOS

- Anexo 1.** ‘Rally Effects’ entre 1941 a 2001..... 117
- Anexo 2.** Mecánica explicativa del funcionamiento del sistema judicial desde los fundamentos de la Tesis Milligan..... 118
- Anexo 3.** Mecánica explicativa del funcionamiento del sistema judicial desde los fundamentos de la Tesis de la Crisis..... 119
- Anexo 4.** Resumen de las Características Conceptuales de las Tesis sobre el funcionamiento del Sistema Judicial en Tiempos de Crisis..... 120
- Anexo 5.** Diagrama de mecanismos de comportamiento judicial en situaciones de crisis..... 121
- Anexo 6.** Modelo general del comportamiento judicial en situaciones de crisis..... 121
- Anexo 7.** Conjeturas sobre el modelo de incentivos que motivan el comportamiento judicial en situaciones de crisis..... 122

'When the cannons are heard, the muses are silent. When the cannons are silent, the muses are heard'.

Truman Capote,
en *The Muses are Heard*, 1956.

It is familiar to find rules that have explicit or implicit exceptions for cases of necessity or emergency. It is unfamiliar to find rules without any such exceptions.... The consequences of making exceptions depend on the details.

Cass R. Sunstein,
Problems with Rules, pg. 962-63, 1995.

We, the judges in modern democracies, are responsible for protecting democracy both from terrorism and from the means the state wants to use to fight terrorism. Of course, matters of daily life constantly test judges' ability to protect democracy, but judges meet their supreme test in situations of war and terrorism. The protection of every individual's human rights is a much more formidable duty in times of war and terrorism than in times of peace and security. If we fail in our role in times of war and terrorism, we will be unable to fulfill our role in times of peace and security. It is a myth to think that we can maintain a sharp distinction between the status of human rights during a period of war and the status of human rights during a period of peace.

Aharon Barak,
A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy, pg.149, 2002.

A crisis mentality can seize a whole nation and transform an otherwise peaceful community into a 'nation in arms.' In the process, constitutional structures may be ignored in the name of national security. Governmental efficiency (not to say expediency) becomes paramount, and fundamental constitutional principles may come tumbling down when the trumpets of emergency blow.

Oren Gross,
'Once More unto the Breach': The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies, pág. 490, 1998.

RESUMEN

Este artículo pretende desafiar la noción generalmente aceptada de que los jueces deciden sobre casos únicamente en base a la interpretación de la ley. Partiendo del análisis de la contraposición Kelsen-Schmitt sobre los fundamentos de la Teoría del Estado, y la descripción de las nociones sobre la dialéctica entre normalidad y excepción, se pretende indagar en las consecuencias de las exigencias políticas y judiciales que circunstancias de excepcionalidad como la guerra o el terrorismo generan en las bases del Estado, el orden constitucional y en las instituciones democráticas cuya función normativa es garantizar la salvaguarda de derechos y libertades de la ciudadanía. En particular, se pretende identificar los determinantes no legales del comportamiento judicial, las tendencias que situaciones de crisis establecen en el contexto institucional de la justicia, y, el potencial nivel de propensión que tienen los jueces para decidir casos vulnerando derechos y libertades fundamentales en tiempos en los cuales la constitución del estado normal de las cosas está bajo amenaza.

Palabras clave: soberanía, poder, excepción, normalidad, crisis, Tesis Milligan, Tesis de la Crisis, decisiones judiciales, derechos, libertades, seguridad nacional, emergencias

ABSTRACT

This article challenges the general accepted idea in which justices decide cases only through the interpretation of the law. From the analysis of the contraposition Kelsen-Schmitt generated from their ideas of the foundations of the Theory of the State, and the notions about the dialectic between normalcy and the exception, the document aims to inquire the consequences of political and judicial exigencies that are generated from exceptional circumstances like war or terrorism in the basis of the State, the constitutional order, and the democratic institutions that normatively are ought to be the guardian and protector of rights and liberties of the citizenry. In particular, the objective is to identify the non-legal determinants of the judicial behavior, the tendencies that crisis might establish in the institutional contextuality of the Justice, and the potential level of propension that justices might have in the direction of curtailing rights and liberties while deciding cases in times where the constitution of the normal state of affairs is under threat.

Key words: sovereignty, power, exception, normalcy, crisis, Milligan Thesis, Crisis Thesis, judicial decisions, rights, liberties, national security, emergencies

I

INTRODUCCIÓN

Las emergencias son hechos que, con increíble certeza, ocurren durante la vida de una comunidad (Gross, O., 1998). Estas circunstancias generan la exigencia de dar respuestas inmediatas por parte de las instituciones y actores estatales con el objetivo de mermar las consecuencias de tales fenómenos. El indefinido alcance de las decisiones muchas veces solapa e interfiere con la protección de derechos civiles y libertades, y, permite a su vez, regulaciones y decisiones extrajudiciales por parte de los poderes públicos en virtualmente todas las dimensiones de la actividad humana; y así mismo, como la posibilidad de su abuso (Gross, Oren, 1998). Si bien parte de la literatura ha estudiado las respuestas gubernamentales y de la sociedad ante circunstancias de crisis, en contextos como el europeo o con tradiciones jurídicas continentales, se ha mantenido una reducida atención hacia el comportamiento del sistema judicial y sus principales actores, los jueces.

Partiendo del análisis de la contraposición Kelsen-Schmitt sobre los fundamentos de la Teoría del Estado, y la descripción de las nociones sobre la dialéctica entre excepción y normalidad, este artículo pretende desafiar la concepción generalmente aceptada de que los jueces deciden sobre casos únicamente en base a la interpretación de la ley. En efecto, se explora las semejanzas y disimilitudes en las respuestas de los actores de la sociedad ante circunstancias de excepcionalidad, y, en específico, los determinantes que afectan las pautas de comportamiento de los jueces que conforman el sistema judicial de una nación.

Dado que las exigencias de manejarse en un estado de crisis tienden a poner a prueba la protección de derechos y libertades, lo que normativamente se espera es que la justicia sea más vigilante a la hora de proteger tales principios en tiempos de emergencia que en tiempos de relativa tranquilidad (Epstein, Ho, King, & Segal, 2005). Sin embargo, casos empíricos y evidencia en la jurisprudencia tanto americana como europea arrojan indicios de que esta premisa no se cumple en su cabalidad.

Una potencial evidencia de esta relación se la puede identificar en casos como *Castells v. Spain*, del 23 de abril de 1992. En junio de 1979, Miguel Castells, senador electo del

grupo político *Herri Batasuna* que apoyaba la independencia del País Vasco, publicó en la revista “Punto y Hora de Euskalherria” un polémico artículo titulado “Insultante Impunidad”. En tal artículo, Castells criticaba la actuación del Gobierno español con respecto al terrorismo de ETA (*Euskadi Ta Askatasuna*) y a su vez, sugería la complicidad del Estado en las matanzas del grupo terrorista hacia la población vasca. En 1981, el Tribunal Supremo de Justicia impuso penas de prisión contra Castells por haber proferido “serios insultos en contra del Gobierno y servidores públicos” (Art. 161 para. 1 y 242 del Código Penal en vigor de aquel entonces). La misma instancia le condenó a un año y medio de prisión y en contraparte, la defensa de Castells alegó la indefensión en el juicio al violar su presunción de inocencia y la negación a permitirle presentar pruebas en cuanto a la veracidad de sus expresiones. En 1985, el Tribunal Constitucional desestimó su recurso (Véase, *Castells v. Spain*, 23 de abril de 1992).

En contrapartida, Castells recurrió a instancias europeas, y su defensa se llevó a cabo principalmente alrededor de la violación de su derecho a la libertad de expresión contemplada bajo el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Posteriormente, el Tribunal de Estrasburgo admitió la causa y decidió con unanimidad a favor de la defensa de Castells (*Castells v. Spain*, 23 de abril de 1992). Si se remite a las opiniones recurrentes anexadas en la sentencia del Tribunal, se puede observar las diferencias en el tipo y naturaleza de interpretación legal de cada juez. Un extracto de la argumentación de cada opinión puede ilustrar este fenómeno de una manera más evidente;

(...) “I should like to stress that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society. But I must also emphasize that the exercise of that freedom "carries with it duties and responsibilities" (Article 10 para. 2 of the Convention) (art. 10-2), and that, in a situation where politically motivated violence poses a constant threat to the lives and security of the population, it is particularly difficult to strike a fair balance between the requirements of protecting freedom of expression and the imperatives of protecting the democratic State.” (...)

Opinión Recurrente del Juez Carrillo Salcedo,
adjunta en *Castells v. Spain*, 23 de abril de 1992.

(...) For a finding of a violation of Article 10 (art. 10) of the Convention it is sufficient that Mr. Castells was punished for criticizing the Government when he had done so in a way which should be allowed in a democratic society.

Opinión Recurrente del Juez Pekkanen,
adjunta en *Castells v. Spain*, 23 de abril de 1992.

(...) he was merely legitimately exercising his right to freedom of opinion and of expression. This right was infringed in the case before the Court because Mr. Castells was prosecuted and convicted for having written and published his views on a question of general interest; in a "democratic society" it is not acceptable that a citizen be punished for doing this. (...) It may be worth adding that as far as insults, false accusation and defamation are concerned there are no grounds for affording better protection to the institutions than to individuals, or to the Government than the opposition.

Opinión Recurrente del Juez de Meyer,
adjunta en *Castells v. Spain*, 23 de abril de 1992.

Las diferencias en las interpretaciones legales, si bien se plasmaron en una decisión unánime, acarrearón opiniones recurrentes que difieren y representan una contraposición ya clásica en la teoría del Estado y el Derecho que es el conflicto entre la legalidad y legitimidad en la atribución y distribución del poder y soberanía relativas a decisiones del sistema judicial y gubernamental de cada nación ante circunstancias de emergencia. En otras palabras, la existencia por un lado de un conflicto entre soberanía nacional de los poderes del Estado y el cede de la misma bajo un organismo internacional (o comunitario); y por otro, las atribuciones sobre la prevalencia del principio de la seguridad nacional por sobre los principios relativos a los derechos y libertades civiles en la interpretación del ordenamiento jurídico ante circunstancias que amenazan el “estado normal de las cosas”.

Entre otros casos, por ejemplo, en *Association Ekin v. France*, de 17 de julio de 2001 la instancia judicial competente del Estado francés impidió la circulación del libro “Euskadi at War”, por considerarlo un documento que “promueve el separatismo y la justificación de la violencia” y que, por consiguiente, “constituye una amenaza para el orden público”. En *Otegi Mondragon v. Spain*, de 15 de marzo del 2011, se condenó por “injurias graves a la corona” al portavoz del grupo político *Sozialista Abertzaleak*, por declaraciones en contra de los reyes borbónicos. Casos como *Gutiérrez Suárez v. Spain*, y otros surgidos en países como Turquía, Estados Unidos, Alemania y Reino Unido parecieran tener una misma tendencia; la existencia de una fuente que promueve que exista una mayor probabilidad para que derechos y libertades se vulneren en el sistema judicial de una democracia liberal que este afrontando una circunstancia que amenace su seguridad.

Si bien estos ejemplos parten de contextos relativamente diferentes, tienen algunos aspectos en común; el primero es que las instancias judiciales correspondientes a cada país han tomado una decisión en contra de la alegación sobre violación de derechos y libertades de la parte defensora; el segundo, es que son casos que han llegado, han sido admitidos y decididos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo); y, el tercero, pero no menos importante, es que estas decisiones se llevaron a cabo en un contexto social y político impactado por fenómenos que generaron situaciones críticas para el Estado como lo fue el terrorismo doméstico.

En consecuencia, se puede identificar una potencial evidencia sobre la fuente que genera la contraposición entre la respuesta normativa del Estado y la respuesta real ante circunstancias de estrés o crisis. Es en este sentido, en el que se introduce el concepto de excepción, estados de excepción y emergencia, como situaciones que estresan la composición y estabilidad del Estado-nación, y, son fuente misma de las contraposiciones entre el nivel normativo del Estado de Derecho y su voluntad de supervivencia ante situaciones de crisis que afecten su integridad institucional. Estas observaciones se relacionan también con los conceptos sobre la condición de independencia e imparcialidad que debe tener el sistema judicial, y los factores contextuales y determinantes a nivel individual que afectan tales interpretaciones normativas de la ley.

La eventualidad en la que se decidieron estos casos, por su parte, parece describir una situación en la que los jueces de las instancias competentes para atenderlas han mantenido criterios diferentes en el momento de interpretar y justificar sus decisiones con base al ordenamiento jurídico (sea esta de escala nacional o europea). Es decir, que aparentemente se ha decidido sobre casos en base a criterios ajenos al formalismo legal. Si es así, esta situación sugeriría que los jueces desempeñan sus funciones de manera desigual dependiendo de las circunstancias y el contexto institucional, y, en consecuencia, parece haber evidencia de decisiones judiciales y jurisprudencia originada a partir de eventos específicos. Pero ¿Cuál es el origen de este tipo de eventualidades que generan un impacto de tal envergadura en el sistema político?, ¿Existe una tendencia a que la sociedad permita la restricción generalizada de principios fundamentales sobre derechos y libertades?, y, ¿Cuál es el papel del sistema judicial frente a la protección y garantía de tales principios?

Dentro de un esfuerzo para abarcar estas preguntas, el autor pretende indagar en las consecuencias de las exigencias políticas y judiciales que circunstancias de emergencia como la guerra y el terrorismo generan en las bases del Estado, el orden constitucional y en las instituciones que normativamente deben garantizar la salvaguarda de derechos y libertades de la ciudadanía. En particular, se pretende identificar los determinantes no legales del comportamiento judicial, las tendencias que situaciones de crisis establecen en el contexto institucional de la justicia, y, el potencial nivel de propensión que tienen los jueces para decidir casos vulnerando derechos y libertades fundamentales en tiempos en los cuales la constitución del estado normal de las cosas está bajo amenaza.

El artículo se encuentra dividido en siete secciones y se ha realizado manteniendo una metodología ubicada entre la revisión teórica de los conceptos, fundamentos filosóficos y fenomenológicos en la ciencia política y jurídica; y, el estudio de casos empíricos, eventos y situaciones suscitadas en la vida social y política de relevancia. En consecuencia, por un lado, se ha pretendido analizar cualitativamente los mecanismos explicativos de carácter teórico que potencialmente llevan a incrementar la posibilidad para que jueces vulneren derechos y libertades en contextos de “shocks” o regímenes de excepción producidos por fenómenos generadores de emergencias; y por otro, se presenta un modelo sobre el comportamiento judicial que se ha generado a partir del análisis casuístico y teórico de la relación entre el ineludible deber de proteger los derechos y las libertades en las democracias liberales, y la necesaria voluntad de garantizar la seguridad e integridad del Estado-nación en momentos en los cuales se suscita un fenómeno que las amenace.

En este sentido, la **Sección II** parte del análisis del conflicto Kelsen-Schmitt sobre los fundamentos teóricos del Estado, y la descripción de la dualidad excepción-normalidad, realizados para comprender en términos de teoría política y jurídica lo que representan los estados de normalidad y de excepción en las condiciones institucionales y estatales de la vida de una sociedad. En la **Sección III**, se identifican las consecuencias empíricas que tienen los estados de excepción en forma de “exigencias” o respuestas por parte del Gobierno, la Sociedad y el Poder Legislativo ante situaciones de crisis.

En la **Sección IV**, se realiza una revisión del estado científico de las principales tesis – generadas a partir de la jurisprudencia y literatura norteamericana – sobre el

funcionamiento del sistema judicial frente a tales situaciones. En la **Sección V**, se analiza los mecanismos de respuesta judicial, tales como el surgimiento de poderes y facultades especiales, y los elementos que generan la dependencia judicial proveniente de la contextualidad del sistema político. Mediante el análisis de jurisprudencia europea (que principalmente ha surgido de situaciones relativas al terrorismo doméstico) se describen las dotaciones normativas como el '*judicial review*' que sirve como contrapeso a las extralimitaciones administrativas, y herramientas como el '*margen de apreciación*' que describe las delimitaciones entre los ámbitos nacional e internacional de los regímenes de derogación de derechos fundamentales. Se identifica adicionalmente, el mecanismo clave de comportamiento judicial que potencialmente motiva la tendencia de vulnerar garantías sobre derechos y libertades.

En la **Sección VI**, se realizan una serie de conjeturas, como contribución personal del autor, en relación con el posible modelo de comportamiento judicial que se ha podido identificar. Del mismo modo se intuyen los posibles mecanismos que pueden incentivar las actuaciones de los jueces a dirigir sus decisiones hacia cualquiera de las dos direcciones – sean restringir derechos o protegerlos; y los incentivos (desde el punto de vista de la teoría del '*rational choice*') que potencialmente las motivarían. Finalmente, en la **Sección VII**, se desarrollan las principales conclusiones de análisis teórico y empírico, se describen los principales desafíos encontrados la aproximación teórica que se presenta, y se argumentan las implicaciones de mayor envergadura relacionadas al enfoque que el trabajo pretende analizar.

II

EL CONFLICTO KELSEN- SCHMITT Y EL PARADIGMA NORMALIDAD-EXCEPCIÓN

La existencia y naturaleza de esa organización social, política y jurídica que se denomina Estado ha sido estudiada ampliamente por la comunidad universitaria en general. En el estudio de la naturaleza de su relación político-jurídica, gran parte de autores han descrito enfoques y pensamientos referentes a la descripción de su funcionamiento, surgiendo visiones ampliamente antagónicas. Siendo breves en un recuento, personajes como Maquiavelo, Bodino, Hobbes, Locke, Marx, Montesquieu, o Rousseau, cimentaron las bases para el pensamiento de la teoría política moderna. Más tarde autores como Weber, Kelsen, Gramsci, Heller o Schmitt, se enfocarían por una parte en la distribución y delimitación de la naturaleza del Poder y las relaciones del Estado con conceptos como el Derecho, soberanía, política y sociedad.

Si bien cada una de estas indagaciones sobre las contraposiciones críticas de pensadores en la filosofía jurídica y política exigen profundos análisis independientes que superan en mucho los límites impuestos para este trabajo, es importante comprender el trasfondo de una de estas relaciones que refiere a los elementos constitutivos del Estado y a concepciones del funcionamiento del Derecho. Es así, que para comprender e identificar los fundamentos más abstractos sobre el fenómeno que el artículo pretende analizar – que es la potencial propensión del sistema jurídico a vulnerar derechos civiles y libertades en situaciones de excepcionalidad o crisis– se plantea indagar en la polémica contraposición filosófica surgida entre dos autores que han influido notablemente en el marco político y jurídico contemporáneos, Hans Kelsen (1881 – 1973) y Carl Schmitt (1888 – 1985).

En este sentido, el artículo parte del análisis de la contraposición entre la identificación kelseniana del Estado y el Derecho – enmarcada en el denominado normativismo formalista kelseniano – y la interpretación decisionista del orden fáctico propuesto por Schmitt e incluida en la llamada doctrina constitucional schmittiana que tuvo la influencia de pensadores como Thomas Hobbes y Max Weber (Gómez-Orfanel, 1986). Cabe aclarar de igual manera, que no se realizará un vasto análisis entre ambas visiones en temas relativos al poder constituyente y las implicaciones más profundas de sus teorías sobre el

Derecho; sino que, únicamente se utilizan las ideas relativas a la interpretación del funcionamiento del Estado y parte de su relación con la función del Derecho y el ordenamiento jurídico. Mantener esta dinámica permitirá identificar las tendencias sobre el funcionamiento y las respuestas del ordenamiento jurídico hacia excepcionalidades que se generan en la sociedad, entre ellas las crisis relacionadas a fenómenos como la guerra y el terrorismo; un aspecto interesante de estudio que se realiza en la Sección IV.

A partir del análisis Kelsen-Schmitt, el estudio se direcciona al entendimiento del paradigma normalidad-excepción que se rige en la teoría del Estado. La comprensión de estos conceptos es de gran importancia para determinar las consecuencias de eventos que estresan el funcionamiento del Estado y como se genera el surgimiento de exigencias y la formulación subsecuente de respuestas por parte de los actores de la sociedad. Se podrá entender de esta manera, que el análisis Kelsen-Schmitt puede estar presente en un ámbito que traspasa las visiones pura y científicamente jurídicas de la sociedad y el Derecho; uniéndose de esta manera, a debates de gran interés para la comunidad político-jurídica en la actualidad como la dualidad ser y deber ser, el conflicto entre legalidad y legitimidad y la propia contraposición entre la normalidad y la excepción.

A. Derecho y Poder, el conflicto Kelsen-Schmitt

Se debe reconocer que partir con el conflicto ampliamente estudiado en las ciencias jurídicas entre las concepciones normativistas de Kelsen y las interpretaciones decisionistas de Schmitt, pueda resultar un tanto aventurado para los objetivos del estudio. Sin embargo, lo rescatable de esta contraposición es la definición que ambas posturas generan hacia los elementos que puedan incidir en el funcionamiento del Estado, y, en consecuencia, el comportamiento de sus instituciones y actores.

Para la visión de Hans Kelsen, tanto en su teoría pura del Derecho, como en su comprensión de la constitución del Estado, se esboza una delimitación profunda hacia la separación entre el conocimiento científico del Derecho y la política. En este sentido, sus aportaciones claramente se direccionan hacia la configuración de un sistema constitucional normativista en la que las eventualidades de los procesos políticos no

incidirían de manera crítica en la constitución del Estado y, en consecuencia, el funcionamiento del Derecho;

(...) “...de la relación de la ciencia jurídica con la política, de la neta separación entre ambas; de la renuncia a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho”. Es así que se establece una fundamentación formal y ahistórica del surgimiento de un Estado. O en términos kelsenianos de un Estado de Derecho (...)

Hans Kelsen (1934), en Ramón Alfredo Machuca,
El análisis de la polémica entre Kelsen y Schmitt, pág. 3, 2006.

En tal sentido, Kelsen configura al Estado como una ordenación jurídica, que se constituye en un proceso ahistórico y es emanado a partir de una norma fundamental (Cordova-Vianello, 2009). La norma en este sentido se valida solamente cuando fue producida por un “poder jurídico autorizado” para ese propósito por una norma válida preexistente (Cordova-Vianello, 2009). La visión kelseniana, en consecuencia, concibe al Estado y sus partes como fenómenos meramente jurídicos, es decir, concibe la existencia de un Estado de Derecho (Cordova-Vianello, 2009).

Sin embargo, la concepción de este “poder jurídico autorizado” referido por Kelsen constituye particularmente el principal punto de comparación para este artículo. En efecto, este poder jurídico ejercería la función del “soberano”, es decir, la principal fuente de atribución de la decisión sobre el funcionamiento del Estado. Este poder se fundamenta gran parte en lo que el autor denomina como *Grundnorm*, que es la “norma fundante y suprema máxima” (Kelsen, 1934. Cit. en, Machuca, 2006), ocasionando que dentro de los planteamientos de la visión kelseniana, el derecho prácticamente se encuentre por sobre encima del poder en todas sus dimensiones (Cordova-Vianello, 2009).

(...) el Estado, según Kelsen, no es una forma concreta de la experiencia humana como modo de vida en comunidad, sino una fórmula, y casi una metáfora, del discurso jurídico para designar al ordenamiento como conjunto de normas, como orden racional, como red de relaciones formales, que continuamente es tejida y retejada por que continuamente se desgarran (...) (...) la soberanía, (...), es, pues, para Kelsen la hipótesis, la idea originaria del pensamiento, de una ciencia jurídica orientada hacia el conocimiento de lo normativamente relevante, en una perspectiva intemporal ajena a la historia.

Vittorio Frosini,
Kelsen y las interpretaciones de la soberanía,

Por su parte, los planteamientos de Carl Schmitt se dirigen hacia concepciones fundamentalmente contrapuestas a las de Kelsen. Para Schmitt, el derecho es producido por una voluntad política determinada (Cordova-Vianello, 2009). En este sentido, el surgimiento y la constitución del Estado responde a un proceso que no se origina en la normatividad legal, sino en la existencia política e histórica de un pueblo (Machuca, 2006).

Así mismo, Schmitt argumenta que la unidad y ordenación jurídica reside en la existencia política del Estado y no en leyes, reglas, ni ninguna otra clase de normatividades (Machuca, 2006). En consecuencia, la visión schmittiana considera que la decisión es la fuente por antonomasia de derecho – es decir, el orden jurídico reposa sobre una decisión y no sobre una norma (Herrera, 1994) – por tal motivo que se contrapone totalmente al normativismo ahistórico kelseniano y a la separación total de la política con la concepción científica del Derecho que infiere el pensador vienés.

La existencia del Estado es superior a la validez de la norma jurídica. La “decisión” se libera de todas las tramas normativas y se hace absoluta. Ante un caso excepcional el Estado suspende el Derecho, en virtud de un derecho superior, el derecho a la propia conservación (...)

Germán Gómez-Orfanel,

Excepción y Normalidad en el Pensamiento de Carl Schmitt, pág. 55, 1986.

De la definición decisionista de Schmitt, es interesante la introducción del concepto de excepcionalidad como elemento ineludible en el funcionamiento del Estado – que para la concepción del autor, a este último se lo entiende como “la unidad política de un pueblo” (Herrera, 1994). Por su parte, Schmitt propone que la decisión encuentra su máxima expresión en la situación excepcional, en la que la norma se deja de lado y la decisión se asume en toda su plenitud (Cordova-Vianello, 2009). En consecuencia, la “decisión política del titular del poder” se representa en esta visión en el “soberano”; que para los decisionistas, tiene la atribución de decidir sobre el Estado de excepción (Herrera, 1994) ya que la soberanía es la “capacidad de alguien de imponer su decisión en una sociedad determinada cuando esta se encuentra inmersa en una circunstancia de excepcionalidad” (Cordova-Vianello, 2009).

De acuerdo con Schmitt, la situación excepcional pertenece al derecho, siendo definido el Estado por el monopolio de la decisión. (...) Para Schmitt, en el caso excepcional, “la existencia del Estado conserva la superioridad sobre la validez de la norma jurídica”, es allí donde la decisión se libera de toda obligación normativa y la norma “se reduce a nada” (...)

Carlos Miguel Herrera,

La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución,

Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), pág. 199, 1994

Dentro de uno de los estudios más profundos realizados al pensamiento de Schmitt referidos en Gómez-Orfanel (1986), se argumenta que esta “decisión soberana” no es inmanente respecto a la Constitución; consecuentemente, se describe que la misma se encuentra por encima de las normas y que está liberada de todo tipo de vínculo normativo:

(...) Schmitt se pronuncia por un concepto decisionista de soberanía, desvinculado de ataduras jurídicas, y encuentra el fundamento en toda norma jurídica y de toda sentencia en una decisión política, con la consecuencia de que la esencia de la soberanía estatal no es ya el monopolio de la coacción o la dominación – según Weber –, sino el “monopolio de la decisión”, señalando además que el “estado de excepción” es el término por excelencia para la definición jurídica de soberanía, pues la decisión sobre lo excepcional es la decisión por antonomasia. (...)

Germán Gómez-Orfanel,

Excepción y Normalidad en el Pensamiento de Carl Schmitt, pág. 53, 1986.

Como se ha podido distinguir, la principal diferencia de interés para el estudio de esta contraposición reside en el entendimiento de las circunstancias de excepcionalidad en el funcionamiento del Estado – y en consecuencia, las implicaciones de tales eventualidades en el comportamiento de sus instituciones y actores. Para la visión más normativista de Kelsen, estas circunstancias no inciden de ninguna forma en la norma jurídica fundamental que constituye el ordenamiento jurídico estatal, ya que el “soberano” encargado para lidiar con las exigencias de tal situación, sería un único poder jurídico autorizado – construido por una racionalidad jurídica – que normativamente tenderá a mantener los fundamentos del Estado de Derecho por sobre las eventualidades surgidas de la excepcionalidad.

Sin embargo, para la interpretación decisionista de Schmitt, la excepcionalidad configura la máxima expresión de la decisión. Dado que la decisión es la fuente por antonomasia del derecho, el “soberano”, para lidiar con la situación de excepcionalidad – que es parte

de la realidad fáctica –, tiene toda la atribución para decidir sobre el funcionamiento del Estado, y en consecuencia, la situación de normalidad estatal tenderá a estar en función de las eventualidades que se produzcan por la excepcionalidad surgida. La soberanía, en consecuencia, es una hipótesis legislativa, una abstracción para los juristas o una formulación ideológica para Kelsen; y, por el contrario, es una “situación de hecho”, o una aplicación del Derecho, para Schmitt.

A manera de resumen, si existe la ocurrencia de una situación de excepcionalidad que pueda interrumpir el funcionamiento o la propia constitución del Estado, para la visión kelseniana la excepción no condicionaría tal funcionamiento dado que no sería fuente del poder jurídico-normativo que constituye el Estado de Derecho. Sin embargo, para la visión schmittiana la circunstancia de excepcionalidad, constituye *per se* una fuente de derecho, y en consecuencia de normas que el sistema jurídico aplicará posteriormente. Esta es la principal implicación que se puede identificar del análisis de la contraposición Kelsen-Schmitt para el presente artículo.

En conclusión, la dinámica de análisis teórico y conceptual presentada ha permitido identificar la visión basada en contraposiciones que el texto pretende utilizar de manera transversal en el estudio de los efectos de la crisis en los elementos que configuran el Estado. De tal manera, el enfoque filosófico del texto ha optado por partir del conflicto Kelsen-Schmitt entre el normativismo y el decisionismo, como un intento de asociar tal contraposición con otras dicotomías debatidas como el ser y deber ser, la norma y la voluntad, el Estado y Derecho, o, la existencia e idea (Gómez-Orfanel, 1986).

Para comprender de una manera ilustrativa esta relación, en el siguiente apartado se indaga en las nociones de normalidad y excepción formuladas por pensadores como Schmitt y Agamben, las ideas relativas a los estados fácticos que genera este paradigma, y la naturaleza de la relación que tienen ambos conceptos.

El entendimiento de estos conceptos se podrá percibir en las ideas generales de los objetivos del trabajo. Por lo tanto, se identificará que, tanto el conocimiento de las implicaciones de la dialéctica entre excepción y normalidad, como la contraposición filosófica entre el normativismo y el decisionismo, contribuirán a la creciente comprensión de las tendencias que describen las tesis sobre el funcionamiento del orden

jurídico ante situaciones de crisis – que se dispone en la Sección IV – y las implicaciones de tales perspectivas en los mecanismos de respuesta judicial – presentada en la Sección V. Se podrá identificar, en efecto, que tanto el normativismo kelseniano configura las bases filosóficas de lo que en secciones posteriores se llamará como la “Tesis Milligan”; mientras que, el decisionismo schmittiano – caracterizado particularmente por la noción del Estado de excepción – se catalizará hacia lo que se denomina “Tesis de la Crisis”.

B. Dualismo y contraposición: nociones básicas de la dialéctica entre la normalidad y la excepción en la Teoría del Estado

La contribución de Carl Schmitt sobre la concepción y los fundamentos del estado de excepción parte eminentemente de sus propias consideraciones sobre las teorías de la constitución del Estado y el funcionamiento del ordenamiento jurídico. En tal sentido, se podría describir que las circunstancias que generan los estados de excepción pueden ser categorizadas como eventos históricos o fenómenos políticos, sociales y económicos que se suscitan en la vida de la sociedad, y estresan de tal manera la estructura del Estado que se requiere de una respuesta inmediata por parte de sus instituciones y actores para mermar sus posibles consecuencias negativas.

Estas eventualidades pueden considerarse, adicionalmente, como momentos de excepcionalidad o circunstancias de emergencias. Como se ha identificado en el análisis de la visión schmittiana, estas circunstancias no solo forman parte del propio Derecho, sino que pueden ser considerados como una de sus fuentes. En paralelo, se ha constatado que las situaciones de emergencias (o circunstancias de excepcionalidad) son hechos que, con increíble certeza, ocurren durante la vida de una comunidad (Gross, Oren. 1998).

La ocurrencia de este tipo de eventos históricamente ha ocasionado un estado de intranquilidad, provocando incesantes repercusiones para la vida normal de la sociedad. En Gross, Oren (1998) se explica que una emergencia es un fenómeno que se ha estudiado tradicionalmente desde la perspectiva de una dialéctica dicotómica. En este sentido, se entiende que el término “emergencia” connota un súbito, urgente y muchas veces imprevisible evento o situación que requiere la exigencia de una inmediata acción, y, que a veces tal acción se produce sin la existencia de una reflexión previa (Gross, Oren. 1998).

Se continúa describiendo, en este aspecto, que la noción de “emergencia” está vinculada inherentemente al concepto de “normalidad”, en el sentido que esta última es considerada como la contraparte de la primera (Gross, Oren. 1998). En consecuencia, para reconocer las características de una emergencia, se debe imperativamente entender o reconocer el trasfondo de la situación de normalidad en la cual se originó.

Por su parte, para entender e identificar las características de un fenómeno que puede generar una emergencia y las consecuencias de su ocurrencia en un sistema político, se debe tener en cuenta que las condiciones que caracterizan una situación de normalidad son las que las diferencian de las situaciones de emergencia. En otras palabras, esta relación se puede entender como dos caras de una misma moneda, en la que la situación de normalidad se mantiene como la “regla” general o el “estado normal de las cosas” a menos que un fenómeno introduzca respuestas excepcionales del sistema político para combatir la situación de emergencia que se puede generar. Esta premisa en la que la situación de normalidad determina la regla y la situación de emergencia la excepción, se describe por varios autores como el paradigma *normalcy-rule, emergency-exception* (cuyos fundamentos parten de las valoraciones críticas de la teoría sobre el estado de la excepción de Carl Schmitt, que se puede encontrar en autores como: Schwab, G., 1989., Gómez-Orfanel, 1986., & Agamben, G., 2012).

La relación dicotómica que se presenta en el paradigma *normalcy-rule, emergency-exception* se puede definir como la asunción básica en la que la “emergencia” es una distinta y extraordinaria excepción a la regla general de la “normalidad” (Gross, Oren. 1998). Del mismo modo, para tener una comprensión más amplia de esta relación es preciso describir las situaciones que generan ambos lados que conforman la contraposición principal. Por un lado, para que una situación de normalidad se pueda considerar como “normal”, esta tiene que representar la “regla general”, es decir considerarse como “el estado ordinario o normal de las cosas”; mientras que, la situación de emergencia debe constituirse solamente como una excepción a esa regla – es decir, la emergencia debe comprenderse en términos de temporalidad, provisionalidad y excepción, en la que la misma dure relativamente un corto periodo de tiempo y que no produzca efectos o cambios permanentes sustanciales en la situación de normalidad (Gross, Oren. 1998).

La realidad política aparece partida, por un lado, entre situaciones normales gobernadas por normas generales, y por otro, en estados de excepción, en conflictos existenciales cuya última expresión es la guerra. Normativismo y decisionismo son el haz y el envés de la misma figura. Pero la “decisión pura”, no referida a valores ni sustancias, es pura arbitrariedad, el puro mandato sin un fundamento que lo legitime, cae fuera de la órbita del Derecho Político.

Conde, Francisco Javier, 1942, pg. 180-181, en Germán Gómez-Orfanel, Excepción y Normalidad en el Pensamiento de Carl Schmitt, pág. 48, 1986.

Sin embargo, estas “condiciones” que definen al estado de normalidad y determinan que quede sin afectación por la temporalidad de las circunstancias de excepción, conlleva a que dentro de este paradigma, la excepción se interponga ineludiblemente por sobre la normalidad ya que precisamente sus características de temporalidad se extienden con mayor amplitud y se enquistan en la realidad política. En tal sentido, se ha podido identificar potenciales evidencias de esta afirmación en situaciones de emergencia que han durado más del tiempo esperado. Por poner ejemplos, la primera guerra mundial ha durado un periodo de cuatro años desde 1914 a 1918; la segunda guerra mundial se extendió desde 1939 hasta 1945; mientras que emergencias generadas por el terrorismo doméstico como IRA o ETA en Irlanda y España respectivamente han durado más tiempo hasta la terminación de los estados de emergencia que generaron sus actividades con declaraciones de cese al fuego, posteriores desarmes y disoluciones.

Estas consideraciones históricas, – en las cuales las emergencias o crisis no sean consideradas solamente como episodios esporádicos en la vida de muchas naciones; sino, definidas como situaciones prolongadas y profundas en la historia de la humanidad (Gross, Oren. 1998) – permitirían identificar indicios sobre las validez de las valoraciones que forman parte de las teorías de Schmitt sobre el estado de excepción. En este sentido, ya se ha considerado que tales circunstancias o fenómenos forman parte del ordenamiento jurídico y pueden ser considerados como fuentes de Derecho según la perspectiva decisionista schmittiana. En paralelo, se ha explicado que las circunstancias excepcionales deben considerarse y definirse a partir de las situaciones de normalidad en las que se originan. En efecto, las circunstancias de emergencia pueden considerarse como la representación por antonomasia de la excepción, y, como producto, modificar la estructura de la situación de normalidad con características propias de la situación excepcional que se ha suscitado.

En consecuencia, de estas reflexiones parte una de las máximas que distinguen las teorías schmittianas sobre las nociones de la excepción en la naturaleza del Estado, en la que la excepción confirma la regla – o en palabras del propio Schmitt citado en William E. Scheuerman (1994); “la excepción no solo confirma la regla, sino que es la fuente su propia existencia”.

According to the Schmitt’s theory of the state of exception, every legal norm presupposes the existence of a certain normal and ordinary state of affairs and can therefore be applied only as long as this state of affair continues to exist. In exceptional circumstances in which this normal state of affairs is interrupted, the legal norm is no longer applicable and cannot fulfill its ordinary regulatory function. Thus, the concept of the “state of exception” inherently implies the existence of a normal state of affairs, and, in fact, a normal constitutional order, controlled and regulated by constitutional norms. (...) Inasmuch as crises represent the sphere of the political (indeed, the apex of politics) and given the primacy of politics over all other spheres of human endeavor (including law), Schmitt argues that it is the exception that defines the norm and not vice versa – the exception is primary to the norm and defines and informs that norm (...)

Carl Schmitt, (1988) en Oren Gross,
“Once More unto the Breach”: The Systematic Failure of Applying the European Convention
of Human Rights to Entrenched Emergencies, 1998

Manteniendo la misma lógica, autores han descrito estos pensamientos y han mantenido que estas concepciones pueden trascender el entorno del mundo teórico. Para estudios sobre el comportamiento de organismos internacionales de protección de derechos humanos como la Convención Europea de Derechos Humanos que se puede disponer en análisis como el de Gross, Oren (1998); se identifica que este organismo, que normativamente se ha presentado como el garante de los derechos individuales de la ciudadanía en el ámbito comunitario, ha tendido a fallar en aplicar tales mecanismos de protección en situaciones en las cuales las emergencias se han suscitado de manera profunda y prolongada (tomando como casos de estudios situaciones como el IRA en Irlanda y Turquía con la violación sistemática a derechos de la comunidad kurda).

Una de sus contribuciones más importantes, es el de haber diseñado una investigación sobre el comportamiento del sistema judicial comunitario de derechos humanos basada en la interpretación del paradigma *normalcy-rule, emergency-exception*. La investigación continúa explicando, que el desconocimiento – o la engañosa percepción – de la naturaleza de la emergencia que se presenta en el seno de una disputa legal concerniente

a derechos y libertades individuales en momentos de crisis, puede derivar en la generación de respuestas y soluciones dañinas para tales principios – aplicando inadecuadamente la “medicina” equivocada como resultado de un diagnóstico defectuoso (Gross, Oren. 1998).

Es a partir de estas consideraciones que el presente trabajo ha retomado el entendimiento de las nociones básicas de tales conceptos. Esta relación dicotómica presentada entre normalidad y excepción permite comprender las bases teóricas de las aproximaciones divergentes sobre el funcionamiento de la legalidad frente a una circunstancia de crisis; un aspecto que constituye una proposición esencial para el trabajo.

Como se podrá identificar en la siguiente sección, las circunstancias de emergencia generan respuestas en los actores e instituciones de la nación, las mismas que algunas veces no son adecuadamente elaboradas e implementadas. En adición, tales actuaciones no tienen en cuenta sus implicaciones en otros ámbitos que pueden ser perjudicados por la incesante voluntad de combatir el fenómeno de excepcionalidad.

El conocimiento del normativismo kelseniano y el decisionismo de Schmitt, juntamente con las nociones básicas de la normalidad y excepción, sirven como ataduras conceptuales y teóricas al momento de reconocer la realidad fáctica del mundo como fuente o motivación de interpretación legal. Bajo la perspectiva kelseniana, se esperaría que las circunstancias de emergencia no afecten sustantivamente el funcionamiento normativo del ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, la interpretación y valoraciones legales de los jueces y magistrados del sistema judicial. Sin embargo, para la visión schmittiana, la excepcionalidad que encuentra su definición por antonomasia en las situaciones de emergencia o crisis, – y, por ende, genera la activación del paradigma normalidad-excepción – son fuente y a la vez generan los fundamentos del ordenamiento jurídico y por ende es condicionante de la interpretación, valoración y el comportamiento de los jueces. Estas dos visiones se enmarcan en lo que se definió con anterioridad como la disputa entre la “Tesis de la Crisis” y la “Tesis Milligan” sobre el funcionamiento del sistema judicial que se dispone con mayor amplitud en la Sección IV.

Para la siguiente sección, sin embargo, se realiza un análisis sobre el comportamiento de los actores e instituciones políticas, sociales y legislativas del Estado, que permitirá

identificar las principales diferencias con las respuestas de los actores del sistema judicial. Se ha optado por esta sección con la finalidad de indagar en las repuestas que se generan en los elementos que conforman la estructura y organización del Estado – que formalmente son: el Derecho representado en el sistema judicial y sus actores, el poder político en los sistemas gubernamental y legislativo, y el elemento material que se representa en el pueblo, representado por los actores de la sociedad.

En consecuencia, se describe del como las circunstancias de crisis generan el surgimiento de exigencias y la imperativa formulación de respuestas para combatir sus efectos en la vida de la comunidad; y finalmente, en qué lugar se encuentra el punto de inflexión entre la legítima protección de la seguridad de la nación, y la indefensión perpetuada en tales medidas mediante la creciente tendencia de tolerancia por parte de la ciudadanía hacia la violación de derechos y libertades individuales en situaciones que amenazan esta seguridad.

III

EXIGENCIAS Y RESPUESTAS DEL SISTEMA POLÍTICO

*In times of crisis, legal niceties may be cast aside as luxuries enjoyable
only in times of peace and tranquility.*

Oren Gross,

*'Once More unto the Breach': The Systematic Failure of Applying the European
Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies, pág. 439, 1998.*

Antes de poner en consideración la contraposición entre los fundamentos kelsenianos y schmittianos sobre el funcionamiento del Estado en el comportamiento del sistema judicial, cabe identificar las características de las respuestas que surgen en otros sectores y actores de la sociedad ante situaciones de crisis. En este sentido, se emprende la conceptualización del surgimiento de una “exigencia” como el primer mecanismo que el Estado posee para la posterior elaboración de respuestas y medidas hacia situaciones de emergencias. Después se describen con brevedad las respuestas que se suscitan desde los poderes políticos, la legislación que se genera y las respuestas que se tienden a crear en el conjunto de la sociedad.

A. El surgimiento de exigencias hacia el Estado en tiempos de estrés

Una exigencia es un requerimiento o necesidad forzosa para que se produzca una acción (definición Diccionario General de la Lengua Española Vox). Si se realiza una aproximación teórica en materia de ciencia política, en la conceptualización de una exigencia se puede identificar dos aspectos esenciales: el primero es que la exigencia como tal se construye a partir de dos elementos, uno que refiere al surgimiento de una necesidad o requerimiento (que se relaciona con la principios de protección y supervivencia de la estabilidad del Estado), y otra, que es el producto que se genera de esa necesidad que es la acción que se cristaliza en las respuestas desde los actores de la sociedad. Y el segundo, es que la motivación del surgimiento de esa “exigencia” se representa en función de una “fuerza” que es constituida por las situaciones de excepcionalidad o demás fenómenos que configuran una crisis.

En consecuencia, el surgimiento de las exigencias que se desarrollan en el seno del Estado responde eminentemente a la inevitable y forzosa ocurrencia de eventos que pueden generar una crisis – dado que otro tipo de eventualidades también tienden a generar el surgimiento de exigencias por parte del sistema político, los fenómenos generadores de crisis representan, en una visión estricta, la activación de este mecanismo por parte del Estado y sus actores.

(...) it is impossible to foresee or to define the extent and variety of national exigencies, and the correspondent extent and variety of the means which may be necessary to satisfy them. The circumstances that endanger the safety of nations are infinite, and for this reason no constitutional shackles can wisely be imposed on the power to which the care of it is committed!

Alexander Hamilton,
The Federalist No. 23, pág. 153

Estas se deben fundamentalmente a los elementos que se han descrito con anterioridad: por un lado, la motivación del surgimiento de la exigencia se basa en la delimitación de la legitimidad que tiene el Estado para garantizar su protección y seguridad – usualmente dirigidas por un “clamo de necesidad” por parte de los poderes gubernamentales. Esto es que, la exigencia surge a partir de la legítima prevalencia de la supervivencia y el mantenimiento de los principios básicos del Estado en situaciones de amenaza. Por otro lado, la exigencia como base de la “acción” posterior, que en casos de sistemas políticos ante situaciones de amenaza, se direccionan hacia la elaboración de “respuestas” ante sus posibles consecuencias o impactos.

Las respuestas que surgen desde los actores estatales, como resultado, no son más que mecanismos de contraposición o contingencia hacia situaciones o fenómenos que producen una crisis en la generalidad del sistema. Por su parte, la naturaleza de la excepción o crisis que se suscita modifica tanto las características de las exigencias, como las consideraciones que se realizan al momento de formular las respuestas del sistema político.

Dado que no todos los fenómenos o eventos generadores de crisis estresan en la misma medida las exigencias del Estado y sus actores, se debe diferenciar brevemente dos fenómenos de gran importancia que podrían ser considerados como paradigmáticos en su

adecuación a la conceptualización de excepcionalidad o crisis: la guerra y el terrorismo tanto internacional como doméstico.

Ambos fenómenos se caracterizan por ser quizá los generadores de crisis de mayor escala, en la que tanto la integridad como la seguridad de la nación y sus ciudadanía se perciben como amenazados. Es justamente estas características que surgen de la naturaleza de las crisis que motivan el surgimiento de la exigencia de defender la legítima voluntad de auto-preservación, y, producir respuestas como medidas paliativas a las posibles consecuencias.

En suma, las circunstancias como la guerra o terrorismo generarán una circunstancia de excepción diferente en sustancia que otros eventos como las crisis internacionales, situaciones relacionadas a fenómenos como el narcotráfico o el crimen organizado, emergencias sanitarias, catástrofes naturales u otros eventos como las crisis humanitarias, políticas y económicas; razón por la cual el trabajo ha construido su argumento alrededor de ambas tipologías de fenómenos.

Esto significa que, a partir de este punto y en lo que queda del documento, la concepción y descripción de la palabra “crisis” será relacionada únicamente con los fenómenos de la guerra y el terrorismo, tanto internacional como doméstico (salvando distancias en la naturaleza distinta de ambos).

Para los siguiente sub-apartados, es importante considerar estas implicaciones ya que, por una parte, la naturaleza de la circunstancia de excepción que se suscita como una crisis importa en la hora de evaluar y analizar las respuestas de los sectores de la sociedad hacia este tipo de eventos; mientras que, por otra, en sistemas políticos influenciados por una crisis, el límite de la excepción y normalidad es muchas veces difusa, provocando que las repuestas generadas tampoco distingan esta barrera en su totalidad.

Estas implicaciones pueden ser observadas en las respuestas por parte de los sectores de la sociedad, las cuales han sido dirigidas hacia la contención de los posibles impactos de la crisis suscitada, sin tener en cuenta las implicaciones de tales respuestas en sectores que pueden o no encontrarse directamente relacionadas con ella.

B. Respuestas políticas y legislativas hacia situaciones de crisis

Se ha podido identificar que, ante circunstancias de crisis, existe la creciente tendencia del surgimiento de exigencias que llevan a las sociedades a generar respuestas que les permitan afrontar los posibles impactos de una emergencia. Esto es que, las situaciones de crisis configuran, por una parte, el surgimiento de exigencias hacia las instituciones y los actores políticos, jurídicos y sociales, y, por otra, la emergente necesidad de disponer acciones en la elaboración de respuestas que combatan los problemas ocasionados.

Desde la experiencia mayormente norteamericana y europea, por ejemplo, se ha vislumbrado una cantidad representativa de respuestas por parte de las instituciones hacia situaciones que se direccionan en contra de los intereses y la seguridad nacionales. Históricamente, se han manifestado respuestas políticas a crisis como la utilización del poder militar para atacar al agresor, imposición de sanciones económicas disuasorias o de castigo (Drezner, 2000), entablar medidas diplomáticas para la salida del conflicto (Epstein et al., 2005), solicitar la colaboración de las demás instituciones para la lucha efectiva contra la crisis o gestionar medidas mediante la coordinación policial y legal tanto a nivel nacional como internacional.

Con frecuencia, estudios han identificado que en períodos de emergencia, tanto si la nación se enfrenta contra una guerra, una rebelión interna o ataques terroristas, los gobiernos tienden a suprimir los derechos y libertades de las personas que habitan en el interior de los límites de su territorio (Epstein et al., 2005). En la mayoría de las situaciones, las respuestas políticas del poder ejecutivo de una nación van en concordancia con el poder legislativo (más aún si el sistema político es parlamentario). Es decir, que las respuestas de los principales poderes estatales tienden a ser conjuntamente implementadas.

En este sentido, crisis producidas por las guerras mundiales, han ocasionado un profundo deterioro en los sistemas democrático que ya se encontraban en pleno funcionamiento para inicios y a mediados del siglo XIX. Países como Estados Unidos mantenían un sistema democrático liberal con mayores tintes de madurez que sus contrapartes europeas. Sin embargo, el análisis de las respuestas que han implementado los gobiernos

norteamericanos durante las guerras que han tenido que afrontar, han dejado muchos casos de estudio que hasta el momento se investigan.

Durante la Primera Guerra Mundial, por ejemplo, las vulneraciones hacia los derechos y libertades de la ciudadanía se caracterizaban mayoritariamente por la restricción hacia la libertad de expresión, y, en específico, las expresiones en contra de la guerra (Emerson, 1968). Estas manifestaciones se debieron por una parte a la respuesta opresiva de los agentes estatales hacia los actos masivos de protesta, la promulgación del “The Espionage Act” de 1917 y las medidas implementadas para el reforzamiento y protección militar (Emerson, 1968).

Para la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), por su parte, las trincheras del devastador conflicto contra la Alemania Nazi produjeron consecuencias inesperadas en el propio sistema democrático norteamericano, que en la posteridad sería un modelo de referencia para el conflicto ideológico de la Guerra Fría. Desde el bombardeo de Pearl Harbor en 1941, la respuesta política del Gobierno norteamericano se endureció hacia la restricción de libertades y derechos de ciudadanos nacionales con descendencia extranjera y demás procedencias de las naciones en guerra. La consecuencia de la excepcionalidad que surgió a partir de la entrada a la guerra del Estado norteamericano generó que se dispongan de una mayor cantidad de medidas represivas que se formaron mediante órdenes ejecutivas y que iban dirigidas, en su mayoría, a limitar el movimiento y mantener el internamiento mediante campos de concentración a ciudadanos norteamericanos con descendencia japonesa (Epstein et al., 2005).

La Guerra en Corea (1950 – 1953) en la que participaron regimientos del ejército estadounidense, suscitó el surgimiento de medidas y respuestas similares a las producidas en anteriores crisis relacionadas a la guerra – en este caso, la amenaza a la seguridad no residía en el enemigo personificado en una nación en conflicto, sino en la ideología comunista que gobernaba los esfuerzos de las potencias participantes de la Guerra Fría (Linfield, M., 1990, págs. 69 - 113). Por su parte, para la Guerra de Vietnam (1955-1975), los esfuerzos de las respuestas políticas del gobierno se dirigieron a vulnerar los derechos de los protestantes que se manifestaban en contra de la guerra (Linfield, M., 1990, págs. 113-156).

(...) While the civil rights movement did make great strides and the Supreme Court did extend the legal framework of civil liberties, this era was one of a massive, continual, and conscious programs of war-time repression by the federal, state and local government. (...) (...) The U.S. Government launched a comprehensive program to silence the underground papers; anti-war editors were jailed, presses were bombed, reporters were harassed, news vendors were arrested for distributing newspapers, newsrooms were infiltrated by government spies and businesses were intimidated from advertising in the opposition papers. (...)

Michael Linfield,

Freedom Under Fire: U.S. Civil Liberties in Times of War, pág. 114, 1990

Más adelante en la historia, con el surgimiento de la amenaza del terrorismo yihadista a partir de los atentados del 11 de septiembre del 2001, la respuesta política y legislativa estadounidense se volcó hacia la concesión de un mayor margen de actuación estatal y la expansión de las atribuciones del poder ejecutivo en materia de seguridad de la nación; y a posterior, la ineludible posición de aquiescencia de instituciones como el Congreso (Graham, D., 2008). La implementación de legislación como el ‘*U.S. Patriotic Act*’ aprobado el 26 de octubre de 2001, y, la declaración de “la guerra en contra del terror” de la administración de George W. Bush, resultaron formar la base de la internacionalización de las medidas en contra del terrorismo, que requería medidas crecientemente más arduas e intrusivas dirigidas hacia la vigilancia de la ciudadanía para la protección y la seguridad del Estado en general (Bennet, G., 2005).

Al menos desde el punto de vista de las respuestas políticas ante situaciones de crisis, al parecer hasta para un sistema democrático de vanguardia en principios y garantías de protección hacia las libertades individuales como lo fue y sigue siendo el norteamericano, “el conflicto entre la necesidad de mantener la seguridad nacional y la vulneración de libertades políticas o civiles, ha sido una constante durante la historia del país y el funcionamiento de su sistema político” (Epstein et al., 2005, pág. 14).

Como se ha argumentado, el grado de institucionalización de las respuestas en contra de crisis, se lo ha podido identificar con mayor claridad en el caso de las medidas contra del terrorismo yihadista. Intuitivamente, se ha entendido que las medidas y mecanismos de protección en contra del terrorismo internacional debieron tender a incrementar a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. Parte de las naciones del mundo se vieron forzados a implementar medidas políticas, legislativas y legales para

la prevención de ataques terroristas. Sin embargo, como se argumenta en Bennet, G., 2005, en el caso del Reino Unido, si bien los eventos del 11 de septiembre tuvieron un impacto en la promulgación del *Anti-terrorism, Crime and Security Act* en 2001 como inmediata respuesta, este evento no supuso un cambio dramático y sustantivo en la legislación direccionada a la lucha contra el terrorismo (Bennet, G., 2005).

Esto principalmente se debió a que el país ya tenía la experiencia en su propio territorio de un fenómeno de tales características. Es así que, dentro del contexto del Reino Unido con la lucha en contra del terrorismo de IRA (Irish Republican Army), ya existía un área de estudio paradigmático que ha facilitado interpretar los límites entre las medidas dirigidas a afrontar la amenaza a seguridad de la nación (que constituían las actividades del grupo terrorista) y la protección de derechos fundamentales de la ciudadanía.

La prolongada violencia política perpetuada en Irlanda e Irlanda del Norte ocasionó que el Reino Unido la combatiera con el mantenimiento de una extensiva “legislación de emergencia” (Donohue, L., 1999). Estas medidas se han utilizado para combatir la amenaza del terrorismo del IRA y otras fuentes de violencia política en el país, englobadas en lo que en la ciencia jurídica se conoce como “poderes de emergencia”. En este sentido, la defensa de tales respuestas se enmarcaba en el clamor de que estas constituían medidas provisionales necesarias para mantener la seguridad, la ley y el orden; al mismo tiempo, se pretendía que la legislación implementada fuera intencionada como “temporal en su naturaleza” (Donohue, L., 1999) hasta que la situación de emergencia provocada por el grupo terrorista pueda ser contenida.

Para la etapa política de Margaret Thatcher como primer ministra del Reino Unido, la situación para las libertades y derechos civiles tuvieron el momento más crítico en la historia del país. Una de las causas para el giro hacia la restricción y el debilitamiento de las libertades civiles en la época del Thatcherismo se debió particularmente a la lucha contra el terrorismo y la determinación del gobierno conservador para llevar a cabalidad sus programas políticos de tintes liberales (Ewing, K., & Gearty, C., 1990).

En paralelo, las respuestas políticas y legislativas habían mermado de tal manera la situación de derechos y libertades en el país que, medidas como “el poder ejecutivo para la detención extrajudicial de siete días” (Marks, S., 1995) – enmarcada en la legislación

antiterrorista provista en *The Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* de 1989 – que permitía a los cuerpos policiales de la nación obviar garantías previas para la detención de ciudadanos, fueron descritos en estudios sobre derechos humanos posteriores como “el agujero negro en la ley británica para las libertades civiles” (Ewing, K., & Gearty, C., 1990).

Autores como Gross, O. (1998) han descrito con claridad la tonalidad de las actuaciones políticas y legislativas que gobernaron estos periodos sumidos en la excepcionalidad provocada por el terrorismo doméstico: “En tiempos de crisis, las sutilezas legales pueden dejarse de lado porque representan lujos agradables solo en tiempos de paz y tranquilidad” (Gross, O., 1998, pg., 439); frase que se refiere a las siguientes expresiones de Margaret Thatcher:

“To beat off your enemy in a war, you have to suspend some of your civil liberties for a time. Yes, some of those measures do restrict freedom. But those who choose to live by the bomb and the gun, and those who support them, can't in all circumstances be accorded exactly the same rights as everyone else. We do sometimes have to sacrifice a little of the freedom we cherish in order to defend ourselves from those whose aim is to destroy that freedom altogether.”

Si se remite a las exigencias que surgieron a partir de las actividades terroristas en Irlanda del Norte, se puede identificar que las bases de su motivación se centraron en la protección de la nación británica ante la amenaza del IRA. En consecuencia, las medidas extraordinarias de derogación hacia derechos y libertades implementadas – que pueden ser homologables en naturaleza con las respuestas en el caso estadounidense – debían ser justificadas en virtud de la restauración, o creación, de un estado de normalidad posterior (Marks, S., 1995) que se desvincule de la excepción generada por la crisis ocasionada por las actividades del grupo terrorista.

En este sentido, la misma antinomia entre la excepción y normalidad está presente en relación con las respuestas políticas y legislativas que tanto el sistema norteamericano como el británico implementaron en tiempos de crisis. Estas medidas pensadas para combatir una situación de excepcionalidad, puede ocasionar que las mismas tiendan a suplir las “deficientes” respuestas que el estado de normalidad anterior ha mantenido para provocar que la crisis se desborde.

Esta tendencia, de suplir las respuestas del estado normal de las cosas por las generadas en el estado de excepción, o prolongarlas indefinidamente (cuando su base normativa reside en la provisionalidad y temporalidad corta), puede generar un “proceso de normalización” de medidas que fueron ideadas como herramientas paliativas para contener la excepcionalidad de una crisis, pero que son implementadas con relativa regularidad en la situación de normalidad; es decir, transformar medidas pensadas para la situación de emergencia (que con regularidad vulneran derechos y libertades) de lo extraordinario y provisional que debería caracterizar a la excepcionalidad, a lo ordinario y arraigado que forma parte de la normalidad (Sim, J., & Thomas, P., 1983; Marks, S., 1995).

(...) If emergency measures pretend to aim at the achievement of future normality, they often in fact become a way of deferring normality. Or rather, they often become normality. Emergencies seem apt to transform themselves from the exception into the rule, from the extraordinary into the ordinary, indefinitely existing, state of things. (...) Emergency measures seem to 'soften us up to similar laws which become the desired standard for further measures', leading to a progressive dilution of civil liberties protection throughout the law (...)

Susan Marks,

Civil Liberties at the Margin: the UK Derogation
and the European Court of Human Rights, pág. 86, 1995

En suma, se ha podido definir: que la exigencia no es más que un mecanismo de contraposición que surge del sistema político en situaciones de estrés o emergencia; que las respuestas que se generan a partir de tales exigencias tienden a vulnerar principios sobre derechos y libertades; que evidentemente existe un punto de inflexión y profunda conflictividad entre la legítima potestad de protección a la nación y la ineludible obligación de salvaguardar los derechos de la ciudadanía; y, que existe la posibilidad de la ocurrencia de un estado que prolongue y normalice las medidas generadas en la excepción.

Si parte de los datos y los estudios realizados en materia de medidas y legislación de emergencia han podido identificar que tales mecanismos de reacción del sistema político merman la situación de derechos y libertades de una nación; y, es más, pueden ser prolongados a discreción sin delimitar las características entre una situación de excepción y otra de normalidad. ¿Cuál es o ha sido la respuesta por parte de la sociedad respecto a

estas medidas?, y, ¿Qué explica que los ciudadanos respalden medidas represivas a derechos y libertades en tiempos de crisis?

C. El efecto ‘rally around the flag’ y el ‘trade-off’ seguridad-libertad

A pesar de la tendencia hacia la restricción de derechos y libertades que se ocasiona usualmente en la implementación de medidas o legislación de emergencia, datos sobre opinión pública han descrito que las respuestas por parte de la sociedad en relación al nivel de confianza hacia el Presidente – jefe del ejecutivo, cabeza más visible de la responsabilidad del Gobierno y catalizador de la implementación de medidas represivas – han sido favorables en tiempos en los cuales se ha suscitado una crisis relacionada a la guerra, el terrorismo o conflictos internacionales (Epstein et al., 2005).

La literatura que forma parte del vasto análisis electoral del sistema político norteamericano ha definido este fenómeno como efecto ‘*rally around the flag*’. En este sentido, un ‘*rally effect*’ puede ser definido como un aumento repentino y sustancial en la aprobación pública del presidente que ocurre en respuesta a ciertos tipos de eventos dramáticos, – relacionados particularmente a crisis internacionales, guerras o demás conflictos armados – que han involucrado principalmente a los Estados Unidos de América (Hetherington, M., & Nelson, M., 2003).

Beginning with World War II, rally effects have occurred sixteen times, fourteen of which (not surprisingly) involved international events. (The two that did not center on the Lewinsky scandal and President Clinton’s impeachment.) In each case, the President’s popularity jumped at least ten points, with George W. Bush receiving the biggest boost (thirty-five points), and the surges endured anywhere between five and forty-one weeks (...)

Lee Epstein, Daniel E. Ho, Gary King & Jeffrey A. Segal,
The Supreme Court during Crisis: How War affects only Non-war Cases, pág. 46, 2005.

Al menos en el contexto norteamericano, la ocurrencia de una crisis de escala internacional ha ocasionado que la respuesta por parte de la sociedad – que se puede identificar en las encuestas sobre opinión y confianza pública – tienda a incrementar el apoyo a las medidas del ejecutivo, sin importar su nivel de represión hacia otras dimensiones de la actividad humana.

Estos ‘rally effects’, por ejemplo, dieron a Franklin Roosevelt un incremento de doce puntos después del bombardeo japonés a Pearl Harbor, a John F. Kennedy un incremento de treinta puntos durante la Crisis de Misiles en Cuba, y, a George W. Bush un incremento récord de treinta y cinco puntos como aprobación de sus medidas post atentados del 11 de septiembre de 2001 (David W. Moore, *Bush Job Reflects Record “Rally” Effect*, Sept. 18, 2001; para una revisión traducida y completa de los “rally effects” en el contexto estadounidense ver **Anexo 1**).

Teniendo en cuenta la existencia de este fenómeno, dos enfoques de pensamiento han pretendido identificar sus causas y la explicación de su ocurrencia. Por un lado, el enfoque de ‘Opinion Leadership’ (Norman, J., 2013) especifica que el fenómeno se produce cuando existe una falta de crítica y/o oposición hacia el ejecutivo por parte del Congreso (Hetherington, M., & Nelson, M., 2003, pág. 38). Por otro, el enfoque del “Pensamiento Patriótico” (Norman, J., 2013) mantiene que, en tiempos de crisis, los ciudadanos norteamericanos congregan su apoyo alrededor del presidente y ven en su figura un símbolo “antropomórfico” de la unidad de la nación – o una entidad tangible que personifica la defensa de la bandera norteamericana (Hetherington, M., & Nelson, M., 2003, pág. 37).

Se puede considerar que el último enfoque puede generar explicaciones más convincentes a la hora de analizar los ‘rally effects’. Es en este sentido, que ante amenazas de gran escala producidas por el terrorismo o la guerra, se puede suscitar que la ciudadanía tenga una mayor propensión a realizar una versión matizada de la conocida teoría del “contrato social” pero con una motivación basada en función de un sentimiento de patriotismo hacia la protección de su nación.

Sin embargo, en vez de un contrato se daría un ‘trade-off’ o intercambio entre garantizar la seguridad de la nación, y, la restricción sistemática y provisional de libertades. Las personas cederían o intercambiarían un poco de su libertad para garantizar que la protección y seguridad de los principios que rigen su Estado-nación prevalezcan. El intercambio se puede describir como un requerimiento por parte de la sociedad de mayor protección ante crisis como el terrorismo o las consecuencias internas de la guerra o demás conflictos armados.

Para que se puede realizar esto, la sociedad estaría de acuerdo con que se vulneren los derechos y libertades de otras personas para la consecución final de tal protección (Hardin, R., 2004). El intercambio se dirigiría a que la ciudadanía estaría en una situación de aquiescencia con las demás instituciones políticas que afrontan una crisis. Esto es que, las personas pondrían más peso a la balanza que determine una situación en la que, sin importar que a otras les restrinjan sus derechos y libertades, se garantice su propia protección, o al menos, se disponga de un cierto nivel de percepción de seguridad por parte del Estado.

Moved by perception of physical threat both to the State and to themselves as individuals, motivated by growing fear and by hatred toward the “enemy”, the citizenry may support and even goad the government to employ more radical measures against the perceived threats – to do whatever is necessary to overcome the crisis. (...) Exigencies tend to provoke the “rally round the flag” phenomenon, in which governmental actions perceived as necessary to fight off the crisis garner almost unqualified popular support (...)

Oren Gross,

“Once More unto the Breach”: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies, pág. 490, 1998.

Siguiendo la misma lógica, se entendería que la mayor implicación de este tipo de fenómenos es que las situaciones en las cuales el poder político de una nación enfrenta una amenaza en contra de su seguridad que le conduce a su vez a restringir derechos y libertades, se produce en períodos en los que los dirigentes a la cabeza han mantenido un gran apoyo por parte del público (Epstein et al., 2005). Mientras el apoyo al ejecutivo tiende a incrementar, aumenta en una similar tendencia el apoyo desde las demás instituciones estatales como el Congreso hacia las medidas implementadas, sin importar que estas comporten una vulneración a principios fundamentales de derechos y libertades individuales.

Finalmente, se ha descrito que, con el apoyo de un sector amplio de la sociedad, una ventana grande de discrecionalidad y las instituciones del Estado a disposición, las respuestas políticas hacia situaciones de crisis – relacionadas con la guerra y el terrorismo – tienen un mayor margen para restringir de manera sistemática y ordinaria los derechos y libertades de la ciudadanía, afectando de esta manera, varias dimensiones de la actividad ordinaria de las personas.

Sin embargo, ¿en qué se diferencian, en este sentido, las respuestas políticas de las judiciales? ¿Cómo consecuencia del surgimiento de exigencias, en qué contexto se direccionan las respuestas generadas por parte del sistema judicial? ¿Puede la interpretación de la constitución y el ordenamiento jurídico restringir la discrecionalidad de los efectos provocados por la crisis en la dimensión política?; o, por el contrario, ¿es previsible que los órganos judiciales se comporten de la misma manera que los demás actores de la sociedad, ocasionando también tendencias similares a los “rally effects” en las actitudes de sus actores?

IV

¿INTER ARMA SILENT LEGES?

TESIS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA JUDICIAL EN TIEMPOS DE CRISIS

To be more safe, they, at length, become willing to run the risk of being less free,
Alexander Hamilton,
The Federalist No 8. pág. 33, 1787.

Hay un dicho ampliamente utilizado en la literatura que adscribe que “cuando se escuchan los cañones, las Musas están en silencio” (cit. en, Barak, 2003, pág. 130). En la mitología griega, las Musas representaban la fuente de la inspiración de las creaciones más apoteósicas de los grandes artistas de la época. Con mucha frecuencia, parte de investigadores en el estudio del Derecho forman una analogía de esta frase con el aforismo de Cicerón ‘*silent enim leges inter arma*’ – referida también como ‘*inter arma silent leges*’ –, que significa “entre tiempos de armas, las leyes caen en silencio” (Cícero, Pro Milone 16, N.H. Watts trans., Harvard Univ. Press, 5th ed. 1972, cit. en Epstein et al., 2005, pág. 3). Esta sencilla proposición histórica es de utilidad para resumir las vicisitudes que se han analizado en la literatura respecto a los ámbitos conceptuales del Derecho, y, en específico, las conflictivas visiones que se proponen sobre el alcance de su adaptación a la sociedad y su funcionamiento frente a las circunstancias que lo afectan.

Desde la sección anterior se ha identificado que las respuestas políticas y legislativas hacia crisis relacionadas con la guerra y el terrorismo usualmente vulneran derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía. En el mismo sentido, se ha indagado en la tendencia en la que una parte de la sociedad y otras instituciones estatales apoyan tales respuestas, generando ‘rally effects’. Si las libertades tienden a ser silenciadas en tiempos de crisis, al menos como una consecuencia directa generada a partir de la implementación de respuestas y medidas políticas, ¿pueden las leyes caer en la misma tendencia apoyando el trasfondo del aforismo de Cicerón? Es decir, ¿si normalmente pueden tomar años a que un pleito legal relacionado a un conflicto llegue a la más alta instancia judicial, puede el Tribunal Supremo de una nación responder contemporáneamente a las crisis como lo hacen los demás actores de la sociedad?

Es evidente que, en términos relativos, el sistema judicial goza de garantías originadas en el ordenamiento constitucional que no posee otro poder del Estado. Varios de estos mecanismos – como la garantía de que los jueces del Supremo mantengan su posición de por vida que se presenta en varios sistemas por ejemplo – se disponen para blindar la capacidad del sistema judicial con el objetivo de discernir con mayor independencia los conflictos de un pleito legal a miras de garantizar que se haga justicia tanto para los que forman parte de la disputa, como para el avance en derechos que el precedente de esta decisión pueda generar para posibles futuribles.

Por consiguiente, un factor determinante para el análisis del funcionamiento del sistema judicial en tiempos de emergencia es que, en contraste con el poder ejecutivo y legislativo, el poder judicial carece de una conexión electoral directa, y está supuestamente aislado de la presión pública (Epstein et al., 2005). En este sentido, las respuestas judiciales ante situaciones de crisis normativamente gozarían de un nivel más elevado de independencia e imparcialidad, mientras que, las respuestas políticas tenderían a depender del apoyo o presión popular, y a ser condicionadas de una manera más abierta y directa por la contextualidad.

Por su parte, evidencia desde los *rally effects*, así como las respuestas desde los poderes ejecutivo y legislativo hacia eventos de crisis, pueden tener una incidencia significativa – desde un punto de vista de la teoría neo-institucional – en la independencia de los jueces que conforman el sistema judicial. Generando una situación en la que se demandaría la contraposición entre principios garantes de derechos y libertades de la ciudadanía en general, contra principios regidores de la seguridad y protección de la nación, y la integridad de los fundamentos básicos del Estado.

En consecuencia, dado que fenómenos que generan una situación de emergencia en el sistema político y en consecuencia estresan la integridad de una nación, los jueces tenderían con mayor probabilidad a decidir o actuar de manera diferente en estos momentos, que si se encontrasen en un entorno de relativa normalidad. En otras palabras, en una situación en la que el estado de normalidad fáctica no se viera condicionado a un fenómeno que amenaza su integridad, los jueces decidirían sobre casos de manera

diferente y desigual que si se encontrasen en una situación en la que se presentara una crisis que afecte o amenace aquel estado inicial.

Estas conjeturas sobre el posible comportamiento y funcionamiento del sistema judicial ante circunstancias de emergencia se recogen en la literatura como dos vertientes académicas de características y fundamentos que sustancialmente difieren. Una de estas, es la tesis relativa al papel de “guardián” que debe tener el ordenamiento jurídico ante situaciones en las cuales las demás instituciones del Estado se comportan de manera extraordinaria en la dirección de infringir derechos y libertades con el objetivo de combatir a fenómenos que se perciben como amenaza; mientras que, una segunda visión es la concerniente a la *Tesis de la Crisis*, en la cual el papel del sistema judicial se “acomoda” a las tendencias producidas por las circunstancias de excepcionalidad que se generalizan en los demás sectores y actores de la sociedad.

Ya que cada una de estas visiones proponen funcionamientos diferentes del sistema judicial ante situaciones de crisis, y al mismo tiempo, se encuentran respaldadas en evidencias generadas por jurisprudencia de renombre histórico y análisis político-jurídicos. Proponentes en el ámbito académico tanto de la ciencia política como de la jurídica, han mantenido posiciones a favor o en contra de ambas visiones. En consecuencia, en el siguiente análisis se dispone a indagar en las características de estas propuestas, y las implicaciones que cada una trae consigo en el funcionamiento del ordenamiento jurídico en tiempos y circunstancias de crisis.

A. Tesis Milligan o del ‘Guardián’

La *Tesis del ‘Guardián’*, más comúnmente denominada *Tesis Milligan* (Epstein et al., 2005), parte del famoso caso *Ex parte Milligan* de 1866 decidido por el Tribunal Supremo de Justicia de Estados Unidos en la época de la Guerra Civil, y ha sido ampliamente considerado como precedente y fuente de jurisprudencia para el derecho americano en materia relativa a derechos humanos y libertades civiles y políticas. (Ver Schroeder, Christopher H., & Bradley, Curtis A., 2007).

El caso relata el litigio legal llevado a cabo por Lambden P. Milligan, un residente civil de Indiana que fue arrestado en 1864 por cargos de incitación a la insurrección y brindar ayuda a la Confederación (Ex parte Milligan, 4 Wall. 71 U.S., 2, 1866). El ciudadano fue enjuiciado por un tribunal militar y condenado a muerte. Posteriormente, Milligan solicitó un recurso de *habeas corpus* y la denegación del juicio militar, ya que al no tener jurisdicción sobre el estado en el que residía, se vulneraba su condición de civil y el derecho constitucional a ser enjuiciado por un tribunal de esas mismas características.

Después de la deliberación del Tribunal Supremo, se decidió dejar al ciudadano en libertad, dejando un precedente legal en la que entran en conflicto los poderes extraordinarios surgidos a partir de la excepcionalidad generada por una crisis (en este caso una guerra civil), y la protección de derechos civiles mediante mecanismos de carácter constitucional. Estas características del caso han generado que sus conclusiones se sigan estudiando en la actualidad y que sea utilizado ampliamente como jurisprudencia de referencia para varios campos del Derecho. No es de extrañar que múltiples análisis de carácter jurídico llevados en la actualidad se sigan remitiendo a las palabras referidas a la Constitución estadounidense mencionadas en *Ex parte Milligan*, 1866;

The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times, and under all circumstances. No doctrine involving more pernicious consequences was ever invented by the wit of man than that any of its provisions can be suspended during any of the great exigencies of government. Such a doctrine leads directly to anarchy or despotism, but the theory of necessity on which it is based is false; for the government, within the Constitution, has all the powers granted to it which are necessary to preserve its existence; as has been happily proved by the result of the great effort to throw off its just authority.

Mr. Justice David Davis,
U.S. Supreme Court of Justice, *Ex parte Milligan*, 4 Wall. 2, 1886.

(...) When peace prevails, and the authority of the government is undisputed, there is no difficulty of preserving the safeguards of liberty; . . . but if society is disturbed by civil commotion . . . these safeguards need, and should receive, the watchful care of those entrusted with the guardianship of the Constitution and laws.

– *Ex parte Milligan*, 4 Wall. 2, 120–21, 123–24, 1886.

Por su parte, la decisión del Tribunal Supremo en *Ex parte Milligan* fue un hecho importante que sirve como referencia para construir una de las visiones que define el papel que debe tener la justicia durante una crisis. En este sentido, **la Tesis Milligan mantiene que el sistema judicial ejerce la función de ‘guardián’ de derechos inmutables, dirigiendo a sus principales órganos a diferir dramáticamente de las preferencias del público y los cargos políticos** (Epstein et al., 2005). Los proponentes que se inclinan por esta tesis consideran que el papel del sistema judicial se inclina hacia la ‘diferenciación’ de sus actuaciones. Es decir, que mientras la balanza de la sociedad y los poderes políticos se inclina hacia el apoyo de las medidas implementadas en una crisis, – aunque hayan ocasionado una severa vulneración a derechos y libertades – los órganos judiciales que conforman el sistema mantienen un enfoque más reflexivo, eligiendo proteger en vez de restringir (Epstein et al., 2005, pág. 18).

Si se remite a casos judiciales más cercanos en el tiempo, como los ocurridos durante la segunda guerra mundial, se puede apreciar con mayor claridad una evidente influencia de las características y delimitaciones de la Tesis Milligan. En *Duncan v. Kahanamoku* de 1946, por ejemplo, se describe la situación de dos civiles residentes en Hawaii ante la suspensión temporal de derechos y garantías como el *habeas corpus* debido a la inclusión de este territorio en la “ley marcial” generada como respuesta inmediata a los sorprendentes ataques japoneses a la base militar de Pearl Harbor en 1941 (*Duncan v. Kahanamoku*, 327 U.S. 304, 306, 1946). Los ciudadanos de apellido White y Duncan fueron enjuiciados por diferentes delitos por un tribunal militar. Sus peticiones para ser juzgados por un juez como civiles fueron denegadas.

La justificación para que la instancia correspondiente a la jurisdicción de Hawaii haya concluido la vulneración del principio de *habeas corpus* y el enjuiciamiento de ambos ciudadanos bajo tribunales militares, se fundamentó en la implementación de la “ley marcial” como una respuesta surgida de la inminente necesidad de proteger el territorio nacional ante una posible invasión – es decir una percepción de amenaza hacia la seguridad de la nación.

Sin embargo, ambas decisiones se habían tomado meses e incluso años después de los eventos del bombardeo a Pearl Harbor y la adhesión de Estados Unidos en la guerra. Por consiguiente, los ciudadanos recurrieron las condenas interpuestas hacia instancias

superiores, las cuales decidieron finalmente poner a los ciudadanos en libertad por una inadecuada justificación de enjuiciamiento con jurisdicción militar a dos civiles y la restricción infundada del principio de *habeas corpus* (Duncan v. Kahanamoku, 327 U.S. 304, 306, 1946).

En la opinión recurrente del Juez Murphy, se fundamenta la decisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo bajo los principios del precedente que dejó el caso *Ex parte Milligan*. Por consiguiente, se concluyó sobre la decisión del caso en la misma manera que se decidió para el litigio legal llevado a cabo por el civil Lambden P. Milligan en 1866;

(...) Abhorrence of military rule is ingrained in our form of government. Those who founded this nation knew full well that the arbitrary power of conviction and punishment for pretended offenses is the hallmark of despotism. (...) (...) Such considerations led this Court in *Ex parte Milligan*, 4 Wall. 2, to lay down the rule that the military lacks any constitutional power in war or in peace to substitute its tribunals for civil courts that are open and operating in the proper and unobstructed exercise of their jurisdiction. Only when a foreign invasion or civil war actually closes the courts and renders it impossible for them to administer criminal justice can martial law validly be invoked to suspend their functions. Even the suspension of power under those conditions is of a most temporary character. As necessity creates the rule, so it limits its duration; for, if this government is continued after the courts are reinstated, it is a gross usurpation of power (...)

Opinión concurrente del Juez Murphy,
En *Duncan v. Kahanamoku*, 327 U.S. 304, 326, 1946.

Lo interesante de *Duncan v. Kahanamoku* es que el tiempo en el que transcurrieron las decisiones – tanto la del poder político de implementar la ley marcial, como la de la instancia judicial de interponer tribunales militares a dos civiles – se implementaron cuando la crisis/emergencia relativa al bombardeo japonés de Pearl Harbor había ya transcurrido. En este sentido, la propia opinión recurrente del juez Murphy, que mantiene una interpretación formal/normativista del funcionamiento del sistema judicial en tiempos de emergencia, – en clara concordancia con la Tesis *Milligan* – identifica que los fundamentos de esta visión explicarían que la función del sistema judicial tiene características inmutables sin la importancia de que el sistema político se encuentre afectado por una situación de excepcionalidad generada por una crisis.

Los rezagos de las reflexiones de la Tesis *Milligan* se mantienen en casos más actuales como *Hamdi v. Rumsfeld* de 2004. Después de los atentados terroristas del 11 de

septiembre de 2001, el Congreso estadounidense aprobó la ‘*Autorización del Uso de la Fuerza Militar*’, empoderando al ejecutivo para “usar toda la fuerza apropiada y necesaria en contra de las naciones, organizaciones y personas que ayudaron o colaboraron con los acontecimientos referidos al ataque perpetrado por Al Qaeda” (Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 2004).

Yaser Esam Hamdi, ciudadano estadounidense, fue detenido en Afganistán y considerado como “combatiente enemigo” bajo el régimen de emergencia ejecutiva que se implementó inmediatamente después de los ataques terroristas, y enviado posteriormente a la base de Guantánamo para su reclusión (Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 2004). De la misma manera, y de acuerdo con lo que especifica la Constitución de Estados Unidos en materia de regímenes de excepción, el principio de *habeas corpus* fue vulnerado por la necesidad de combatir la inminente amenaza que supone el terrorismo.

En 2004, la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos si dirigió en contra de las medidas excepcionales del ejecutivo – manteniendo justificaciones legales en relación con la potestad del gobierno a considerar a un ciudadano como “combatiente enemigo”, la detención y privación indeterminada de la libertad por motivos de seguridad nacional, y, la transgresión del principio de *habeas corpus* y ‘debido proceso’ teniendo en cuenta casos como Ex parte Milligan y Ex parte Quirin (1942).

Dentro de la opinión discrepante del Juez Antonin Scalia se puede apreciar la evidente influencia de los principios que caracterizan a la Tesis Milligan y la tradición libertaria que forma parte de las ideas y principios que defienden sus proponentes. Precisamente después de remitirse a las palabras de un histórico liberal y padre fundador estadounidense, Alexander Hamilton, Scalia concluye las observaciones de su opinión con la siguiente frase:

Many think it not only inevitable but entirely proper that liberty give way to security in times of national crisis – that, at the extremes of military exigency, *inter arma silent leges*. Whatever the general merits of the view that war silences law or modulates its voice, that view has no place in the interpretation and application of a Constitution designed precisely to confront war and, in a manner that accords with democratic principles, to accommodate it. Because the Court has proceeded to meet the current emergency in a manner the Constitution does not envision, I respectfully dissent.

Opinión discrepante del Juez Scalia,
en *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S., Scalia, J., dissenting, 2004.

Como se ha podido identificar, parte de las respuestas del sistema judicial que la Tesis Milligan explica se basa en mecanismos de interpretación jurídica que los jueces tienen a disposición para dirimir de la manera más adecuada de como balancear el *trade-off* seguridad-libertad, a favor de la segunda.

El primero de estos se basa en la diferenciación de sus respuestas con los demás actores de la sociedad. Para esto, el precedente legal que supuso la decisión del Tribunal Supremo en *Ex parte Milligan* sirvió para implementar un mecanismo jurisprudencial (como precedente) que permita que las actuaciones del sistema judicial se diferencien de tendencias ocasionadas en el contexto político; es decir, servir como un contrapeso al momento de decidir situaciones en las que la balanza de los poderes estatales se encuentra a favor del mantenimiento de la seguridad nacional en desmedro de las libertades.

La segunda herramienta, es la actitud de “diferimiento”, que comporta más bien un acto de prudencia para no tomar decisiones “en caliente” o que pueden justificarse por la circunstancia de excepción y no por la normatividad que debe caracterizar al funcionamiento de sistema jurídico en una democracia liberal. Para esto, la actuación del sistema judicial se dirige a diferir sus actuaciones como respuesta de la contemporánea acción de los demás sectores sociales (Posner, E., & Vermeule, A., 2004) – es decir, diferir de las decisiones que podrían haberse tomado en situaciones de emergencia y mantener valoraciones que sean más adecuadas para situaciones de normalidad.

El objetivo de esta medida es garantizar, en primer lugar, la independencia e imparcialidad de los actores judiciales de las actuaciones del ejecutivo y las presiones públicas. Del mismo modo, en situaciones de excepcionalidad en la que los marcos constitucionales usualmente aceptan la expansión de poderes del ejecutivo para paliar la crisis, la función de “diferimiento” del sistema judicial jugaría la función normativa de “contrapeso” contra la tendencia de vulneración de derechos y libertades; manteniendo de esta manera, los fundamentos destacados por el análisis que surge de las reminiscencias legales producidas por la Tesis Milligan.

i. Visión Estricta del funcionamiento de la Ley

La valiosa aportación de Eric Posner y Adrian Vermeule en ‘Accommodating Emergencies’ (2004), permite identificar la existencia de dos visiones fundamentales sobre el rol apropiado de la Constitución durante emergencias nacionales; una catalogada como la visión “acomodacionista” y otra definida como la visión “estricta” (Posner, E., & Vermeule, A., 2004).

La Tesis Milligan se fundamenta, en este sentido, con la visión más estricta del rol que debe tener la Constitución de una nación ante una circunstancia que afecte o amenace su integridad.

The Constitution should be enforced “strictly”—that is, the rules should be the same during emergencies as during non-emergencies, even if outcomes differ—so that both civil liberties and government interests such as national security can be appropriately balanced, as they always need to be.

Eric Posner & Adrian Vermeule,
“Accommodating Emergencies”, pág. 2, 2004.

El elemento más importante para la visión estricta que rige el funcionamiento del sistema legal que promulga la Tesis Milligan es la protección de los derechos y libertades de la ciudadanía, una posición jurídica que constituye un factor de imperativa defensa en momentos de emergencia. La visión estricta mantiene que las normas constitucionales no deben ser relajadas ni modificadas en circunstancias de emergencia. En paralelo, los defensores de esta perspectiva identifican que existe una sobredimensión de la importancia que el gobierno le brinda a la seguridad nacional (Posner, E., & Vermeule, A., 2004), olvidando el inminente desmedro en la situación de los derechos y libertades que las medidas generadas para tales fines ocasionan.

En el mismo sentido, los proponentes de esta visión defienden ciertas características de estaticidad en la utilización e interpretación de la Constitución – sea esta interpretada en momentos de crisis o en momento de normalidad. Esto quiere decir que, mientras una exigencia genere la necesidad por parte de los poderes políticos a salvaguardar la seguridad de la nación mediante la implementación de regímenes excepcionales y provisionales de emergencia, la normatividad constitucional ejercería como un

“cortafuegos inflexible” hacia la tendencia de vulnerar derechos y libertades fundamentales; manteniendo así la interpretación de los principios constitucionales independientemente de la naturaleza en la que se encuentra el estado de las cosas.

ii. *Enfoque Formal – Normativista*

En paralelo, la visión estricta mantiene un enfoque evidentemente normativista sobre el funcionamiento de la Ley. Esto quiere decir que, si se remite a la sección segunda de este documento, la Tesis Milligan encaja en una buena medida con las reflexiones descritas por Hans Kelsen. En este sentido, si el normativismo formalista kelseniano servía como una fuente teórica para identificar la dimensión científica y normativa del Derecho, la Tesis Milligan sirve como una fuente de evidencia empírica y jurisprudencial que ha surgido para mantener tales preceptos. Adicionalmente, la interpretación normativa de la Ley en tiempos de crisis está imbuida por la tradición libertaria de la ciencia política y el derecho.

No es de extrañarse que la paradójica relación que se encuentra en el *trade-off* seguridad-libertad, ha surgido como preocupación académica surgida del estudio de sistemas de democracias liberales. En tal sentido, revisando las palabras del Juez Aharon Barak, 2002, en sus reflexiones sobre el rol del Tribunal Supremo en una democracia, se mantiene que el deber de un juez al momento de proteger los derechos y libertades fundamentales se intensifica en momentos de crisis, en la que el terrorismo y la guerra “son percibidas como amenazas de los logros que ha alcanzado la humanidad”.

We, the judges in modern democracies, are responsible for protecting democracy both from terrorism and from the means the state wants to use to fight terrorism. Of course, matters of daily life constantly test judges' ability to protect democracy, but judges meet their supreme test in situations of war and terrorism. The protection of every individual's human rights is a much more formidable duty in times of war and terrorism than in times of peace and security. If we fail in our role in times of war and terrorism, we will be unable to fulfill our role in times of peace and security.

Aharon Barak,

A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy, pg.149, 2002.

Por su parte, la identificación del “soberano” (remitiéndose en términos teóricos referidos en la Sección II) en la Tesis Milligan, constituye la concepción kelseniana del “poder jurídico autorizado”. Como se ha descrito con anterioridad, la base de este poder reside en lo que Kelsen denomina como *Grundnorm*. Como producto, bajo esta perspectiva la base de las delimitaciones de las respuestas del sistema judicial en tiempos de crisis, se guiarán en dirección a mantener la normatividad expresa del Derecho y a separar su funcionamiento con respecto a las demás taras de la contextualidad política – incluidos los fenómenos que tienden a generar una situación de emergencia profunda y/o prolongada.

En suma, la Tesis Milligan se puede resumir identificando los elementos que forman parte de la mecánica que describe el funcionamiento del sistema judicial desde el punto de vista de la tesis. Este conjunto de mecanismos se puede observar con mayor claridad en el **Anexo 2** que, mediante un gráfico explicativo, pretende explicar la manera en la que ‘hechos’ específicos (en este caso fenómenos generadores de crisis) producen determinados ‘outcomes’ (que para el caso de la Tesis Milligan es la protección inflexible de derechos civiles y libertades políticas) en los actores de la sociedad y el sistema político en general, y en los jueces que forman parte del sistema judicial en específico.

En este sentido, la mecánica referida describe en primer lugar, una situación atípica que confronta principios normativos del Estado, y otra que genera respuestas referidas como ‘outcomes’ surgidas de tal confrontación. Esto es, que en tiempos en los cuales se suscita una crisis o emergencia se produce la creciente y previsible tendencia desde los poderes políticos de vulnerar y restringir principios básicos sobre derechos y libertades – respuesta surgida por la necesidad del Gobierno a responder ante esta eventualidad de una manera contundente y proteger la seguridad de la nación ante la percepción de una amenaza.

Como consecuencia de este paso, la respuesta y el funcionamiento del sistema judicial – bajo el punto de vista de constitucionalidad estricta y normativismo formal de la legalidad – se dirige hacia la diferenciación en su interpretación, diferimiento en el tiempo de sus acciones y una posición de disentimiento hacia las acciones ejecutivas como medidas de salvaguardia y protección inflexible hacia los derechos y libertades de la ciudadanía.

Naturalmente, otra parte de la literatura ha surgido para combatir las ideas principales de la Tesis Milligan. Esta perspectiva del funcionamiento del sistema judicial tiene una fuente similar surgida en la jurisprudencia norteamericana. Sin embargo, como se identifica a continuación, esta forma la antonimia de los preceptos descritos y contenidos por los proponentes de la Tesis Milligan.

B. Tesis de la Crisis

En contraste con el *Tesis del Guardián*, parte de la literatura ha identificado un papel con una perspectiva más realista del funcionamiento del sistema judicial en momentos de crisis. La denominada *Tesis de la Crisis*, contempla que las instancias judiciales son propensas a seguir las tendencias de las demás instituciones estatales y sectores de la sociedad. En este sentido, se argumenta que los jueces tenderán a restringir con mayor probabilidad derechos y libertades en tiempos de crisis que en tiempos en las que la situación de las cosas se encuentre en relativa normalidad (Epstein et al., 2005).

Para haber llegado a este tipo de inferencias, varios casos judiciales han tenido que transcurrir para poder identificar la vulneración de derechos por cuestiones no justificadas por el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, el origen de esta Tesis se remite a casos que forman parte de la vasta jurisprudencia estadounidense, y la importancia de su estudio se entiende ya que los elementos que la comportan pueden explicar el aforismo de Cicerón que da nombre a esta sección – *inter arma silent leges*. En efecto, las valoraciones teóricas que se presentan forman parte del estudio de este aforismo en la medida en que las predicciones de la Tesis con respecto al comportamiento del sistema judicial en tiempos de crisis se dirigen a la tendencia de silenciar los principios supuestamente inmutables de las libertades y derechos; dando mayor prevalencia y voz a las necesidades sobre la protección y seguridad de la nación.

El caso judicial que sirve como un paradigmático punto de referencia para el surgimiento de la Tesis de la Crisis es *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, de 1944. Uno de los múltiples casos que forman parte de la jurisprudencia relativa al régimen de exclusión para ciudadanos con descendencia japonesa debido a la adhesión de Estados Unidos en la Segunda Guerra Mundial. Fred Korematsu, ciudadano estadounidense de origen

japonés, se negó a acogerse a la Orden Ejecutiva 9066 llevada a cabo por el presidente Franklin D. Roosevelt (*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 1944). Esta orden se llevó a cabo meses después del bombardeo japonés a Pearl Harbor, e implementada como una medida ejecutiva en el marco de un régimen de emergencia.

La orden autorizaba el traslado de ciudadanos de origen japonés y su reubicación en campos de internamiento. Fred Korematsu se negó a dicha directiva, empezando una disputa legal. En 1944, el Tribunal Supremo falló en contra de la defensa del ciudadano que apelaba justicia por la restricción de sus derechos civiles y libertades. La justificación para tal interpretación jurídica se direccionaba hacia que la orden ejecutiva – a pesar que limitaba ciertos derechos y libertades civiles – era una medida legítima surgida de la necesidad de mantener la seguridad de la nación en tiempos de guerra (ver, Tushnet, Mark V., 2003); un balance que, desde el punto de vista de la Tesis de la Crisis, se guiaba hacia la seguridad nacional en detrimento de la libertad ciudadana.

We uphold the exclusion order. . . . In doing so, we are not unmindful of the hardships imposed by it upon a large group of American citizens. But hardships are part of war, and war is an aggregation of hardships. All citizens alike, both in and out of uniform, feel the impact of war in greater or lesser measure. Citizenship has its responsibilities as well as its privileges, and in time of war the burden is always heavier. Compulsory exclusion of large groups of citizens from their homes, except under circumstances of direst emergency and peril, is inconsistent with our basic governmental institutions. But when under conditions of modern warfare our shores are threatened by hostile forces, the power to protect must be commensurate with the threatened danger.

Korematsu v. United States,
United States Supreme Court of Justice, 323 U.S. 214, 219-20, 1944.

En consecuencia, y en evidente contraposición con la Tesis Milligan, la Tesis de la Crisis, por su parte, mantiene que el sistema judicial asume una actitud profundamente “deferencial” cuando está llamado a revisar las decisiones y actuaciones del Gobierno durante tiempos en los cuales se percibe una amenaza a la nación; generando a su vez, un apoyo a las restricciones de libertades y derechos (un producto subyacente de las respuestas políticas) que de otro modo no se produciría (Epstein et al., 2005). En este sentido, los proponentes de esta tesis consideran que **cuando la seguridad de la nación está bajo amenaza, el sistema judicial y sus actores adoptan una posición jurisprudencial que los lleva a restringir derechos y libertades** (Epstein et al., 2005,

pág. 20), reflejando de esta manera, un apoyo a las actuaciones y efectos que se han producido por el resto de los actores y sectores de la sociedad.

El caso de Fred Korematsu no es la única referencia de jurisprudencia que se generó a partir de una situación de emergencia y que sirve de referencia de precedencia para futuros casos. Casos como *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943), *Yasui v. United States*, 320 U.S. 115 (1943), y, *Ex parte Endo*, 323 U.S. 283 (1944), son también ejemplos paradigmáticos que se relacionan con las conclusiones principales de la Tesis de la Crisis. La consecuencia observable de las decisiones que se llevaron a cabo por el Tribunal Supremo de Estados Unidos para estos casos, denotan la compleja situación que debe afrontar un sistema judicial para balancear principios esenciales que forman parte del funcionamiento de una democracia liberal.

Del mismo modo, al menos desde la perspectiva de las opiniones discrepantes de los jueces que decidieron este tipo de casos y el análisis jurídico posterior llevado a cabo por académicos universitarios, la implicación fundamental de las decisiones judiciales llevadas a cabo en tiempos de una profunda crisis – como los generados por la primera y segunda guerra mundial o el terrorismo doméstico e internacional – se puede evidenciar en el precedente que este tipo de casos supusieron para que litigios posteriores no den el peso suficiente a la situación de vulneración de derechos y libertades que se producen bajo el escudo de la autoridad militar y estatal.

Dentro de una de las declaraciones pertenecientes a uno de los ciudadanos japoneses que formaron parte de los litigios resultantes del régimen de exclusión dictaminado por la emergencia producida por la guerra; se puede apreciar la preocupación que decisiones como *Korematsu*, *Hirabayashi* y *Yasui*, pueden significar para la situación de derechos y libertades de un sistema democrático que promulga valores y principios normativamente ejemplares. Gordon Kiyoshi Hirabayashi se expresó en los siguientes términos al dar una opinión después de la sentencia de su caso:

My case stands for the precedent that it can happen again. This is not only my case. This is not only a Japanese American case. This is an American case. Since the answer to the question, “Can it happen again?” is yes, it is vitally important during relative periods of calm to ensure that “bizarre solutions” have less opportunity to occur again (...)

Gordon Kiyoshi Hirabayashi,

en “Gordon Hirabayashi v. United States:
This is an American case”, Bannai, Kathryn A., pág. 50, 2012.

Por su parte, *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942) es un caso que puede resultar conflictivo de analizar pero que también forma parte de la perspectiva que ha mantenido la Tesis de la Crisis sobre el funcionamiento y el comportamiento del sistema judicial ante una exigencia gubernamental. El 31 de julio de 1942 el Tribunal Supremo de Estados Unidos decidió unánimemente permitir la instrucción de una corte militar – en vez de una civil – para juzgar a nacionales extranjeros de países declarados como enemigos durante la Segunda Guerra Mundial – los cuales fueron capturados en territorio estadounidense intentando realizar actos de sabotaje.

The war power of the national government is 'the power to wage war successfully'.

Charles Evans Hughes,
War Powers Under the Constitution, 1917.

Después de la debatida y polémica decisión del Tribunal Supremo, a los detenidos no se les permitió ser juzgados por un jurado civil. La corte militar implementada dictaminó el fusilamiento de varios detenidos, mientras que otros fueron retenidos en prisión hasta su posterior extradición a su país de origen, Alemania (*Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1, 1942). Como se ha identificado en uno de los casos judiciales que forman parte de la jurisprudencia que genera la Tesis del Guardián, la implementación de cortes militares para suplantar los procesos judiciales civiles se contraponen directamente con los precedentes instaurados por la decisión llevada a cabo en *Ex parte Milligan* – que prohibía la instrucción de cortes militares a la hora de juzgar a nacionales, si había la disponibilidad de la instauración de cortes civiles (Cushman, Robert E., 1942).

El análisis de ambos casos resulta de gran interés en la medida en que se puede identificar dos direcciones totalmente diferentes de posiciones jurisprudenciales hacia las exigencias que surgen del sistema político en general. Para la perspectiva que defienden los proponentes de la Tesis de la Crisis, las instancias judiciales tienen en cuenta dos aspectos fundamentales: uno tiene que ver con el conflicto entre seguridad nacional y protección a las libertades civiles, en la que la balanza tienda a inclinarse hacia la primera; y, el otro, es la posición que las cortes adoptan con respecto a las medidas restrictivas que el Gobierno tiende a implementar en tiempos de crisis que se caractericen por generar una

percepción de amenaza – posición que pretende apoyar o ser renuente a irse en contra de la implementación de tales medidas.

Si bien se han identificado casos que tienen que ver con fenómenos que engloban conflictos armados de gran escala como la guerra. Las crisis generadas por fenómenos como el terrorismo internacional y/o doméstico, también tienden a generar efectos similares en las respuestas de los poderes políticos y en las demás reacciones del sistema judicial y sus actores.

Como ya se ha podido identificar en secciones anteriores, las respuestas políticas ante amenazas terroristas mantenían una posición que se dirigía a la desprotección de las libertades y derechos, a pos de garantizar la seguridad de la nación y la de sus ciudadanos. Dentro de los dos elementos que se han mencionado con anterioridad – el aspecto normativo de principios contrapuestos, y, la exigencia de las cortes a apoyar las decisiones políticas y gubernamentales por el denominado “bien de la nación” – la Tesis de la Crisis tiene la capacidad de identificar los elementos que se toman en cuenta para definir el comportamiento de las instancias judiciales.

El primero tiene que ver con el componente disyuntivo que se encuentra en la composición formal de un derecho y libertad. Dado que al garantizarlos, se tiene que de alguna manera, balancear las contraposiciones que los mismos generan con los principios y preceptos de otros derechos de la misma o mayor prevalencia. Cabe solamente mencionar, por ejemplo, el art. 10. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que comprende el derecho fundamental de las personas sobre la “Libertad de Expresión”;

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Art. 10. 2; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH).

Si se revisan otros preceptos básicos del Estado que forma parte de los valores y principios de una democracia liberal, también se podría identificar estas contraposiciones o limitaciones de varios derechos por sobre otros. En Martínez, M.D., (1997), por ejemplo, donde se esboza un completo y amplio análisis sobre los preceptos constitucionales del Estado de Excepción en España, y como los principios legales han salvaguardado las garantías de la Constitución española de 1978. Se plantea que la limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas se adecúan a la circunstancia de un estado de emergencia cuya principal finalidad es la protección de los principios constitucionales que conforman la nación – en la que se interpone evidentemente la seguridad nacional, a la situación actual y el avance o detrimento de las libertades civiles.

Es este elemento (salvando las obvias diferencias entre las características de un derecho formalmente establecido y los principios de la composición del Estado constitucionalmente normados) que brinda un componente de dualidad jurídica a los derechos y libertades – que es la condición de ser un derecho y acarear una obligación – la que puede ser interpretada jurídicamente mediante una disputa entre principios normativos de la ley.

En este sentido, la Tesis Milligan definiría que sin importar la situación actual en la que se encuentre la sociedad (sea esta una excepción o una situación de normalidad), las instancias judiciales se comportarán de una manera formal-normativista, interponiendo la salvaguardia del Derecho por sobre las circunstancias temporales. La Tesis de la Crisis, sin embargo, levantaría la lucha normativa entre principios que se disputan su prevalencia ante una circunstancia de exigencia (como lo son las emergencias). Como consecuencia, hubiera una mayor tendencia de inclinarse ante los principios de supervivencia que los relacionados con la libertad individual.

Retomando las características de esta Tesis, el segundo elemento de la misma se relaciona con las capacidades que tiene el sistema judicial en mantener una postura de “deferencia” con respecto a las decisiones políticas ante situaciones de emergencia. Volviendo a la referencia sobre el terrorismo, es intuitivo pensar que las decisiones desde los sectores y actores de la sociedad tengan más en cuenta las preocupaciones sobre la amenaza a la

seguridad nacional, que la situación de los derechos y libertades. En este sentido, la predicción de la Tesis de la Crisis – que mantiene una actitud de ‘deferencia’ ante las actuaciones gubernamentales – podría definir de una manera más acertada el comportamiento del sistema de justicia que la Tesis Milligan.

Dentro del análisis de Russel Hardin en “*Civil Liberties in the Era of Mass Terrorism*”, 2004, se puede identificar las evidentes contraposiciones que se dan entre la voluntad normativista del Estado en constituir un sistema democrático y liberal (hablando del contexto americano y europeo); y las extralimitaciones que tales sistemas han diseñado como respuestas para situaciones de emergencia que amenacen su integridad.

En este sentido, debido a acontecimientos como los ataques terroristas, las actuaciones gubernamentales se dirigieron masivamente a disminuir las garantías sobre derechos y libertades de la ciudadanía por la situación excepcional que ocurría. Estas actuaciones por parte del sistema judicial se veían como un ‘gesto de pleitesía’ que ayudaba a la “legitimación” que debía tener el sistema estadounidense en general dentro de la lucha efectiva hacia las amenazas terroristas (Hardin, R., 2004). El autor, describe la posición de “aquiescencia” que se presentaba por parte de las instancias judiciales ante el detrimento de derechos y libertades civiles con las siguientes palabras;

The courts, which normally are the chief defenders of civil liberties, typically acquiesce in administration policies during emergencies, and it has been during wartimes that the worst infringements of civil liberties have occurred.

Russell Hardin,
Civil Liberties in the Era of Mass Terrorism, pág. 77, 2004.

i. Visión Acomodacionista del funcionamiento de la Ley

Volviendo a los aportes de Posner, E., & Vermeule, A., (2004), se ha descrito que la Tesis Milligan fundamenta sus reflexiones acerca del funcionamiento del sistema judicial en una visión más estricta sobre el papel e interpretación de la Constitución. En contraste, la Tesis de la Crisis ejerce más bien una función “acomodacionista”, en la que, por una parte, la interpretación de la Constitución se basa en función de la situación y las circunstancias que afectan al estado de las cosas; y por otra, las actuaciones del sistema

judicial representan un fiel reflejo de las respuestas generadas por la ciudadanía, el poder político y el contexto en general.

En este sentido, la visión “acomodacionista” argumenta que la Constitución debe ser “relajada” o suspendida durante una emergencia (Posner, E., & Vermeule, A., 2004). **La justificación de esta postura, es que el poder de las instituciones del Estado debe estar concentrada en los poderes políticos en momentos de emergencia.** Tales medidas se deben implementar y los derechos y libertades Constitucionales se deben relajar, para que el poder ejecutivo pueda moverse convincentemente en contra de la amenaza percibida (Posner, E., & Vermeule, A., 2004).

Por su parte, la razón por las cuales se relajan las normas constitucionales durante una emergencia es que los riesgos inherentes de los crecientes y expansivos poderes ejecutivos están justificados por los beneficios que se perciben desde las actuaciones dirigidas a garantizar el mantenimiento de la seguridad de la nación. Como ejemplos de este tipo de mecanismos, se identifican las provisiones especiales que se disponen para ampliar poderes extraordinarios del ejecutivo incluidas en la Constitución de la República de Weimar (en la que se suspenden las garantías democráticas), y, la suspensión del principio del *habeas corpus* incluida en la Constitución estadounidense en momento de invasión o rebelión (Posner, E., & Vermeule, A., 2004).

Defenders of accommodation argue that rules that are appropriate during normal times are not appropriate for emergencies. Judges are not capable of evaluating the actions of the executive and therefore should defer to its judgment rather than subject emergency policies to constitutional review. National security is a preeminent value, far more important than crime control, and when national security is at stake, vigorous action is needed, and the public has no choice other than to put its trust in the executive. **The underlying calculus is that the costs of temporary dictatorship (including the risk that it will become permanent) and suppression of civil liberties are less than the cost of national destruction.** (...) There is no reason to think that judges are more likely to make the right tradeoff between security and civil liberties than the executive is; nor is there any reason to think that the constitutional rules that evolve during peacetime reflect the appropriate tradeoffs during emergencies.

Eric Posner & Adrian Vermeule,
'Accommodating Emergencies', pág. 3, 2004.

ii. Enfoque Decisionista

La visión acomodacionista puede tener un nivel elevado de concordancia con el enfoque decisionista que surgió del análisis de las teorías schmittianas disponible en la segunda sección del documento. Esto es que, la Tesis de la Crisis mantiene la misma perspectiva y puede dar un enfoque de tales características al funcionamiento y de las respuestas del sistema judicial en tiempos de emergencia.

La dimensión normativa y formal de la Ley se ve relegada, según el enfoque de esta Tesis, a las características de las circunstancias que afectan al sistema político en general. En términos schmittianos, el ‘soberano’ – aquel que tiene la potestad de decidir sobre la situación de excepcionalidad – es el poder político representado por el ejecutivo. Ya que la Tesis de la Crisis mantiene la visión acomodacionista del funcionamiento de la norma constitucional, que es relajada en desmedro a la ampliación del poder del ejecutivo (entendido como soberano), la tendencia de tales actuaciones se mantendrá en inclinar la balanza de los principios estatales hacia la seguridad de la nación y no hacia los preceptos normativos que representan los derechos y las libertades civiles.

Se ha analizado en varias secciones del documento que, la identificación del ‘soberano’ en la Tesis de la Crisis, se inclina hacia los fundamentos sobre “el que tiene la potestad de decidir sobre la situación de excepcionalidad” contenida en las teorías schmittianas. Ya que la soberanía es la “capacidad de alguien de imponer su decisión en una sociedad determinada cuando esta se encuentra inmersa en una circunstancia de excepcionalidad” (Cordova-Vianello, 2009); la previsible respuesta del sistema judicial se mantendría en la displicencia de las valoraciones críticas con respecto a las medidas interpuestas por el ejecutivo y el contexto social – aun cuando estas se dirijan a vulnerar y restringir derechos y libertades de la ciudadanía.

Por su parte, si se tiene en cuenta la implicación fundamental de la decisión llevada a cabo en *Korematsu v. United States* en 1944 (que es la de la permisión por parte de la justicia a la política de reclusión de ciudadanos japoneses), se puede identificar que una actuación que surgió de una circunstancia de excepción (generada en este caso por el bombardeo a Pearl Harbor) puede ocasionar su “normalización” en situaciones

posteriores. En otras palabras, las cortes que tienden con mayor facilidad a estar a la merced de las caracterizaciones de las decisiones extralimitadas de los poderes ejecutivos durante una emergencia, pueden a veces, aceptar tales caracterizaciones (Garvin, M., 1999, pág. 706) – dando una posible prevalencia hacia la proposición de que una restricción de libertades pueda ser considerada como la norma general y no como la excepción a tal regla.

When an emergency exists, the government has a “compelling interest” in responding to it in a vigorous and effective way. Thus, laws that would not be tolerated during non-emergencies are constitutionally permissible during emergencies. Racial or ethnic profiling, for example, is likely to be seen as less objectionable when used to prevent a terrorist attack than when used to interdict the distribution of illegal drugs.

Eric Posner & Adrian Vermeule,
‘Accommodating Emergencies’, pág. 4, 2004.

Manteniendo la misma dinámica realizada para la tesis anterior, la Tesis de la Crisis puede resumirse entendiendo los elementos que comportan su mecánica (Ver **Anexo 3**). En primer lugar, se parte del mismo escenario que se suscita en la mecánica de la Tesis Milligan. Esto es que, en tiempos en los cuales se suscita una crisis o emergencia se produce la creciente y previsible tendencia desde los poderes políticos de vulnerar y restringir principios básicos sobre derechos civiles y libertades políticas; una respuesta surgida por la necesidad del Gobierno a responder ante esta eventualidad de una manera contundente y proteger la seguridad de la nación ante la percepción de una amenaza. Es decir, estas medidas y respuestas desde los actores y sectores de la sociedad (tendientes a restringir derechos y libertades) se generan para paliar las consecuencias de una situación de emergencia que es percibida como amenaza para la seguridad e integridad de la nación.

Por su parte, la actitud del sistema político es la de aumentar el poder y las dotaciones concernientes a la soberanía del ejecutivo para poder garantizar la seguridad nacional, diezmando el apoyo de la balanza por parte del bienestar de los derechos y libertades. En consecuencia, tal circunstancia genera que las cortes y el sistema judicial adopten una postura de aquiescencia hacia estas medidas y se presente una actitud de ‘deferencia y pleitesía’ hacia las instituciones gubernamentales. Este comportamiento jurisprudencial se dirige y es motivada como una protección a la legitimación general del sistema político que genera la reticencia para que la judicatura tienda a no cuestionar las respuestas

contextuales. Actitudes que la Tesis de la Crisis tiene una mayor capacidad de identificar y explicar.

En suma, teniendo en cuenta los casos judiciales que se han analizado para la descripción de ambas Tesis, – Milligan y Crisis – se puede identificar que el comportamiento del sistema judicial ha sido direccionado por patrones perfectamente predecibles. Por un lado, las revisiones de las instancias judiciales que se llevaron a cabo durante un período de emergencia han resultado en una decisión que confirma o apoya la actuación ejecutiva y gubernamental o al menos en la que se percibe menores incentivos para diferenciar su actuación del de las políticas implementadas para paliar las consecuencias de la crisis (tendencia identificada en casos como *Korematsu*, *Hirabayashi*, *Yasui*, *Ex parte Quirin*). Mientras que, por otro lado, en las revisiones de la instancias judiciales que se llevan a cabo en momentos post-emergencia han sido dirigidas hacia la oportunidad de discrepar de los excesos llevados a cabo por el Congreso y el ejecutivo, reafirmando la importancia de revigorizar la situación de los derechos y libertades civiles (Garvin, M., 1999, pág. 706) (tendencia identificada en *Ex parte Milligan*).

Volviendo al aforismo de Cicerón que introduce esta sección, – *inter arma silent leges* – y las perspectivas que se analizaron, que representan dos haces de una evidente contraposición, fundamentan las valoraciones que se producen en la literatura en las cuales se describe que la Ley, en vez de silenciarse, tiende a modular su voz en tiempos de crisis (Garvin, M., 1999). En este sentido, la máxima escrita en latín habla sobre el “timing” que disponen las decisiones judiciales en la cuestión de las libertades civiles en tiempos de emergencia. Esto es que, el aforismo introduce la preposición hipotética en la que si la decisión se realiza en tiempos en las cuales las hostilidades de la excepción han cesado, es más probable que esta se dirija a favorecer a tales libertades que si se hiciera en momentos en los cuales las hostilidades continúen (Epstein, Ho, King, & Segal, 2005).

Analizando la contraposición entre la visión estricta y formal-normativista del funcionamiento del ordenamiento jurídico descrito por los casos que forman parte de la Tesis Milligan, y la visión decisionista sobre la actuación e interpretación del contexto institucional y social en la actuación del sistema judicial formulado por la Tesis de la Crisis, se ha podido identificar que las emergencias percibidas como amenazas para la

integridad y seguridad nacionales (usualmente incluidas en fenómenos como la guerra o el terrorismo) afectan de una manera profunda al funcionamiento normativo de la Ley.

En tal sentido, la tendencia que es más previsible que se genere en las decisiones judiciales cuando son influidas por una situación de emergencia, es en la que los principios que inspiran la interpretación de la ley y el Derecho inclinan la balanza seguridad-libertad hacia la primera. Un principio – el de la defensa y seguridad nacional – que también constituye un precepto determinante que se liga con la propia supervivencia del Estado-nación.

It is neither desirable nor is it remotely likely that civil liberty will occupy as favored a position in wartime as it does in peacetime. But it is both desirable and likely that more careful attention will be paid by the courts to the basis for the government's claims of necessity as a basis for curtailing civil liberty. **The laws will thus not be silent in time of war, but they will speak with a somewhat different voice.**

William H. Rehnquist,

All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime, pág. 224-25, 1999.

En consecuencia, si bien la Tesis Milligan es la deseable en términos normativos para la situación de libertades y derechos de una sociedad, la Tesis de la Crisis tiene la potencialidad de predecir las vicisitudes que se presentan a la hora de comportar actuaciones e interpretaciones judiciales en tiempos en los que la situación normal de las cosas se encuentra afectada por una emergencia que amenace su integridad (Para un resumen general de las características que comportan ambas Tesis, Ver **Anexo 4**).

V

**FACULTADES, DOTACIONES E INTERPRETACIONES
JUDICIALES EN CONFLICTO
UN ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN MATERIA DE
ESTADOS DE EXCEPCIÓN**

If hard cases make bad Law, emergencies may make worst. Either the emergency is not allowed to disturb the permanent and immutable principles or else it smashes its way through them (...)

Cecil T. Carr,

Crisis Legislation in Britain, pág. 1309, 1940.

Hasta ahora el artículo se ha encargado en realizar un estudio basado en fundamentos teóricos y fenomenológicos. Las inferencias descriptivas que se han generado hasta el momento se basan en interpretaciones político-jurídicas; revisión de la literatura concerniente al fenómeno del comportamiento político, social y judicial en tiempos de crisis; y el análisis de jurisprudencia histórica de relevancia. Precisamente en esta última, se ha tratado de contemplar una herramienta de utilidad que permita identificar posibles evidencias y tendencias empíricas partiendo de las bases teóricas de las tesis – Milligan y Crisis – generadas a partir de la literatura.

Esta sección pretende ser un complemento al amplio estudio del comportamiento judicial en tiempos de un intensivo y prolongado estrés – generado generalmente por una crisis. El objetivo es implementar un estudio cualitativo de jurisprudencia relativa a decisiones judiciales que se han tomado en momentos en los cuales la situación normal de las cosas se encuentra afectada por una emergencia. Las características de esta emergencia (crisis) son generadas principalmente por el terrorismo doméstico – tanto de IRA en Reino Unido, como ETA en España. Sin embargo, los casos judiciales a los que se refiere el análisis no solamente se remiten a este contexto.

En este sentido, el análisis de jurisprudencia que se realiza a continuación se dirige hacia el entendimiento de los sistemas judiciales de democracias liberales en Europa. Se ha optado por esta selección de casos ya que la literatura ha abarcado en una gran medida el

estudio de jurisprudencia norteamericana y sus implicaciones en el momento de balancear principios aparentemente contrapuestos sobre la seguridad de la nación y el mantenimiento de los derechos y libertades de la ciudadanía.

El contexto europeo por su parte, presenta la oportunidad de identificar el funcionamiento de equiparables condiciones democráticas al contexto norteamericano; brindando a su vez, la capacidad de estudiar las consecuencias de fenómenos como el terrorismo doméstico en la situación de los derechos y libertades – un fenómeno que intuitivamente puede generar una situación de excepcionalidad similar al de la guerra (teniendo en cuenta que los estudios realizados en Estados Unidos respecto al tema se han dirigido a investigaciones de la incidencia de la guerra en el estado de su sistema judicial).

Por consiguiente, Europa puede ser considerada como un escenario paradigmático de estudio sobre la relación entre las crisis y el comportamiento del sistema judicial. Adicionalmente, el análisis servirá como un entorno controlado para identificar diferencias sustanciales entre las dotaciones del sistema judicial que se derivan de tradiciones jurídicas distintas (continental-europeo, *common law*-británico, y americano). La inclusión en el análisis del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su principal órgano jurídico a nivel comunitario – el Tribunal de Estrasburgo – permite a su vez, indagar en los fundamentos jurídicos que contrastan en las actuaciones de los sistemas judiciales nacionales, y el régimen de protección de derechos en el ámbito europeo.

Cabe destacar, que la selección de casos se dirige a identificar potenciales tendencias que puedan caracterizar y describir posibles reminiscencias sobre la validez empírica de la Tesis de la Crisis – en la que el comportamiento del sistema judicial ante una emergencia se dirige a restringir derechos y libertades en tiempos en los cuales existe una amenaza a la integridad y seguridad de la nación (tesis por la cual el análisis del presente artículo realiza una obvia decantación).

Para esto, se analizan las dotaciones normativas que existen en las facultades y garantías sobre derechos y libertades del sistema jurídico europeo, tanto nacional como comunitario; las nociones de conflictividad de los fundamentos ya conocidos referentes a la ‘soberanía’ y la potestad de ‘decidir’ sobre la situación de excepcionalidad; el conflicto de concepciones que se presenta en la interpretación jurídica de un caso sobre

derechos en circunstancias generadas por una crisis; y, las implicaciones que connotan las actuaciones judiciales derivadas de una excepción, y la tendencia por la cual tales decisiones se ‘normalizan’ y forman parte de un posible precedente jurisprudencial posterior.

A. Soberanía en la Excepcionalidad: ¿Facultades Ejecutivas e Incapacidades Judiciales? Figura de la ‘Revisión Judicial’

La utilización de jurisprudencia norteamericana resulta de gran utilidad para realizar análisis comparativos entre varios sistemas, que si bien mantienen principios democráticos y liberales que podrían parecerse en su forma, difieren en una gran medida en las características que definen los procesos de su fondo. A continuación se describen con brevedad, ciertas características de los modelos de tradiciones jurídicas como la americana, continental y del ‘*common law*’ sobre algunas de las facultades y dotaciones de sus sistemas judiciales. Este análisis permitirá identificar nociones básicas sobre la distribución del poder – entre el ejecutivo y el judicial en situaciones de excepcionalidad – que existe en sistemas que pueden catalogarse como democracias liberales en lo político, pero que son complejas de asociarse en lo jurídico.

i. ‘La lucha contra el Estado’, facultades judiciales de contrapeso para extralimitaciones estatales.

El histórico, y muchas veces recurrido, caso *Marbury v. Madison* decidido en 1803, puede arrojar elementos para el análisis de las diferencias que se presentan en las facultades de los poderes ejecutivo y judicial en la futura materia de gestión de situaciones de excepción y derechos humanos. Los supuestos fácticos del caso reproducen la disputa legal entre William Marbury y James Madison. Este último negó la posesión de Madison como miembro de la judicatura del Distrito de Columbia de aquel entonces por indicaciones del Presidente Jefferson (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803). El Tribunal Supremo de Estados Unidos se encontraba frente a un dilema que tenía como punto central las propias delimitaciones de la jurisdicción de sus funciones.

Como consecuencia, el Tribunal decide a favor del derecho de Marbury a ser asignado al cargo. Sin embargo, la importancia del caso no se remite únicamente a este aspecto. El precedente que dejó el caso *Marbury v. Madison* de 1803, es la figura (referida también como técnica, poder o herramienta) jurídica denominada como ‘*judicial review*’. En este sentido, a partir de la sentencia de este caso, se desarrolló ampliamente “la facultad de los jueces de cualquier jerarquía para conocer y decidir, de forma incidental, sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales aplicables a los procesos concretos sometidos a su consideración” (Araujo, Joan O., 1988, pág. 280-1).

(...) si en un caso concreto una ley se encuentra en contradicción con la Constitución, la alternativa es muy simple; o se aplica la ley, en cuyo caso la Constitución no se aplica; o, por el contrario, se aplica la Constitución y, en consecuencia, la ley ordinaria queda inaplicada (...) (...) Es una proposición demasiado simple para que pueda discutirse que o bien la Constitución controla cualquier acto legislativo que la contradiga, o bien el legislativo podrá alterar la Constitución por una ley ordinaria. Entre esa alternativa no hay término medio. O la Constitución es un Derecho superior o supremo, inmodificable por los medios ordinarios, o está al mismo nivel que los actos legislativos y, como cualquier otra ley, es modificable cuando al legislativo le plazca hacerlo. Si el primer término de la alternativa es verdadero, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es Derecho; **si fuese verdad el segundo término, entonces las Constituciones escritas serían intentos absurdos, por parte del pueblo, de limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable** (...)

Juez Marshall cit. en Joan Oliver Araujo,

La Protección de los Derechos Fundamentales por la Corte Suprema Norteamericana a través de la ‘Judicial Review’: algunas ideas, pág. 280. 1988

Como se mantiene en Araujo, Joan O. (1988, pág. 281), el hecho de que cualquier juez pueda negarse a aplicar en el caso sometido a su consideración una ley que se reputa como inconstitucional, puede considerarse como una fuente de inseguridad jurídica. Esta posible situación está controlada en el sistema judicial norteamericano gracias al principio del *stare decisis*, en la que “los tribunales inferiores se atenderán a las decisiones de los tribunales superiores, y, en casos similares, se apoyarán en los casos precedentes solventados por los tribunales superiores para decidir en la misma forma. Por ello, si el Tribunal Supremo decide no aplicar en un caso concreto una ley, por juzgarla inconstitucional, todos los jueces harán lo mismo en casos del mismo tipo. La ley no es formalmente derogada, pero de hecho deja de tener fuerza normativa” (cit. en Araujo, Joan O., 1988, pág. 282).

Dejando a un lado el estudio jurídico de las características de la figura de la '*judicial review*', como una atribución por parte del sistema judicial norteamericano para controlar la constitucionalidad de las leyes federales (Araujo, Joan O., 1988); su eminente importancia recae en su función de 'contrapeso' por parte de las dotaciones del poder judicial con respecto al ejecutivo. En el sentido que compete al artículo, esta técnica ha posibilitado el planteamiento de una serie de cuestiones vitales para la efectiva vigencia y avance de los derechos y libertades en el contexto estadounidense (Araujo, Joan O., 1988). En consecuencia, el Tribunal Supremo de Justicia en el contexto americano tiene la facultad jurídica de resolver sobre la inconstitucionalidad de determinadas leyes que vulneran derechos fundamentales, sin tener en cuenta las presiones y fluctuantes tendencias de los demás actores políticos y legislativos.

Estas facultades, que se originaron a partir de la jurisprudencia, se adecuarían a los fundamentos de la Tesis Milligan sobre el funcionamiento del sistema judicial. En efecto, la dotación de una figura legal que pueda utilizarse desde el sistema judicial para revisar la inconstitucionalidad de diversas actuaciones políticas y legislativas, puede ser considerada como un mecanismo efectivo que permita la diferenciación de una interpretación judicial independiente de las presiones del ejecutivo con respecto a una crisis, y las fluctuaciones de la sociedad que se generan a partir de esta.

Sin embargo, casos como *Korematsu v. United States* (1944), han sido ejemplos paradójicos en el análisis de las facultades y dotaciones normativas que el sistema judicial norteamericano dispone, ¿sería este caso considerado como una excepción a tales reglas, o como una manifestación de una tendencia que se cubría anteriormente por la aparente normatividad de la legalidad?

Si la literatura ha identificado ciertas posibles evidencias de la Tesis de la Crisis (como una perspectiva que abiertamente se contrapone a los fundamentos de la Tesis Milligan) en la jurisprudencia norteamericana – a pesar de las características de mecanismos como el '*judicial review*' implementada como una herramienta de '*check and balances*' del poder político norteamericano. Es interesante explorar la posibilidad de identificar tendencias similares en sistemas que, si bien difieren en sustancia del ya muchas veces referido, pueden servir como un punto de comparativa para el desconcertante fenómeno

que se pretende explicar – que es la propensión de un sistema judicial de una democracia liberal (dotado de facultades normativas para proteger derechos fundamentales) a restringir derechos y libertades en tiempos en los cuales se presenta la suscitación de una emergencia .

ii. *Modelos de ‘revisión judicial’ en perspectiva: diferencias en la distribución de los poderes estatales en materia de derechos fundamentales.*

La herramienta de la ‘revisión judicial’ (*judicial review*) tiene características diferentes para los contextos de sistemas judiciales como el inglés y el español. Para el primero, la herramienta judicial se desarrolló a partir de revisiones en tradiciones diferentes del derecho, pero con conclusiones similares a las generadas en otros contextos. Un histórico para los análisis en la ciencia jurídica, Sir Edward Coke, expresaba su valoraciones sobre la normatividad de la ley en la siguiente frase, realizada casi doscientos años antes de la implementación de la ‘revisión judicial’ como producto de la decisión sobre el caso *Marbury v. Madison* de 1803 en el contexto americano;

When an Act of Parliament is against Common Right and Reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will control it, and adjudge such Act to be void.

Sir Edward Coke,
Chief Justice of the Court of Common Pleas, 1610;
cit. en McGovney, Duddley O., pág. 2, 1944.

La diferencia en el fondo entre ambas figuras legales radica en las bases de sus modelos jurídicos. **En el caso norteamericano la ley suprema que mantiene los límites del poder político es la Constitución, mientras que, en el contexto británico la referencia de estas limitaciones se basa en la tradición jurídica consuetudinaria e histórica del ‘common law’.** Esto es, que si para la tradición estadounidense la libertad individual se protege mediante las garantías emanadas desde la Constitución; para la británica, tal principio se garantiza por “*la fuerza imperativa de los derechos adquiridos (common law)*”; es decir, de los derechos que el tiempo y la historia han confirmado de tal modo que los ha vuelto indisponibles para la voluntad contingente de quienes ostentan el poder político” (Fioravanti, Maurizio, 2009, pág. 26).

La diferencia en la forma de la revisión judicial, por su parte, se dirige a las dotaciones que esta figura legal provee al sistema judicial en ambas naciones. Para el estadounidense, la revisión judicial sirve como una herramienta para que los jueces de cualquier instancia tengan la potestad de decidir sobre una ley o actuación administrativa y ‘congresional’ que se repute como inconstitucional (Araujo, Joan O., 1988). Mientras que, para el sistema judicial británico, la figura de la ‘revisión judicial’ no se la puede atribuir a la denominada ‘legislación primaria’ (que son las leyes generadas por el parlamento), pero si a determinados ámbitos en la que tales actuaciones contravienen las leyes de la Unión Europea y la Convención Europea de Derechos Humanos (McCormick, C., 2018).

Much of the difficulty in discussing different types of judicial review in the UK in fact stems from the same soil as the collective incoherence of the remedies system, in so far as the historical development of judicial supervision over administrative authorities has been marked by an inherent sense of ‘hesitation and self-restraint’ borne from the ‘rather devious way’ in which a series of devices were turned to serve different purposes from their original ones over time. It appears to be largely for this reason that most historical judgments neither clearly label the grounds on which judicial review was conducted nor use perspicuous language to describe the kind of intensity with which a particular sort of administrative act was evaluated.

Conor McCormick,

Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom:
The Status of Standards Between 1890 and 1910; pág. 77, 2018.

Si se revisa la figura de la ‘revisión judicial’ en el contexto español se pueden identificar algunas características adicionales. El Tribunal Constitucional, como el órgano jurisdiccional que representa la figura de ‘supremo intérprete’ de la Constitución Española, ejerce también la función del principal órgano del ordenamiento jurídico que tiene la potestad de conocer y decidir sobre los recursos de inconstitucionalidad que se presentan hacia actuaciones políticas, legislativas y judiciales (una función que si bien no se asemeja completamente a las nociones inglesas y americanas de la ‘judicial review’, mantiene ciertos rasgos o al menos la motivación de proveer un contrapeso legal a las actuaciones y normas que vayan en contra de los principios constitucionales).

El artículo 163 de la Constitución Española provee el precepto por el cual se motiva la figura de la revisión judicial en este contexto. Como se refiere en Guillen López, Enrique (2008, pág. 546), bajo este procedimiento, el poder judicial y el Tribunal Constitucional

cooperan entre sí para ‘purgar’ la legislación que contravenga los principios constitucionales.

En este sentido, si los jueces que se encuentren en un proceso dirigido a evaluar la constitucionalidad de un acto proveniente del gobierno, para poder generar una opinión al respecto, el cuerpo judicial debe referir la ‘pregunta constitucional’ a la instancia correspondiente del Tribunal Constitucional. Posteriormente, este órgano informa al juez que trajo el asunto la dirección de su opinión con respecto al alegato de inconstitucionalidad, y permite a su vez, que este resuelva el caso de acuerdo con el contenido de tal opinión (Guillen López, Enrique, 2008, pág. 547).

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

Artículo 163, Constitución Española, 1978.

Por su parte, una característica distintiva acerca de este mecanismo es que la propia Constitución Española dota de legitimidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad a actores ajenos del ámbito relativo al poder judicial (como lo estipula el artículo 162 de la CE, estos son: el Presidente del Gobierno, Defensor del Pueblo, una cantidad determinada de Diputados y Senadores, entre otros).

La peculiaridad en este sentido recae en que las revisiones que provienen desde los actores del sistema judicial – es decir, los jueces – tienen implicaciones que se diferencian en su naturaleza con las que realizan los actores políticos. Los primeros tendrían una mayor prevalencia por razón de ser parte, y a la vez destinatarios de la protección constitucional que garantiza a nivel normativo la independencia y el adecuado funcionamiento de las instituciones judiciales.

The ramifications of this procedure can be enormous. If a judge finds enough reasons to question an act's constitutionality, the act will have to pass the Constitutional Court. In this way, judges remain as key elements in the judicial review process in Spain, despite the role of the Constitutional Court. The main problem with this process is that the authority to refer cases rests exclusively with the original court hearing the case, with no right of appeal on the judge's decision

not to refer the matter to the Constitutional Court. This scenario gives rise to some judges referring matters about acts that other judges consider perfectly constitutional, causing damage to some citizens that is hard to correct.

Enrique Lopez Guillen,
Judicial Review in Spain: The Constitutional Court, pág. 547. 2008

Obviando la posibilidad de realizar un análisis comparativo y exhaustivo entre las distintas tipologías de la revisión judicial que se generaron en tradiciones jurídicas, históricas y espacialmente diferentes – ya que tomaría un espacio considerable en el documento. El objetivo principal de esta breve comparación fue la de identificar las limitaciones hacia el poder político que se presentan en las bases normativas de los ordenamientos jurídicos que provienen de las tradiciones americana, británica y continental del derecho.

La figura de la ‘revisión judicial de los actos administrativos’ sirve como una herramienta útil para este objetivo. Mientras la opinión sobre la inconstitucionalidad de una ley o acto proveniente del poder político reside expresamente en los preceptos constitucionales en el contexto norteamericano, para el ‘*common law*’ inglés la base de tal protección reside en la fuente consuetudinaria de su ordenamiento jurídico; mientras que, para las tradiciones más constitucionalistas-continenciales que se presentan en el contexto español, tal mecanismo se sustenta en un órgano jurídico determinado que ejerce la función de instancia suprema en la materia (el Tribunal Constitucional), juntamente con la interpretación unívoca e intransferible de un juez.

Las características constitucionales y de tradición jurídica que generan este tipo de variaciones en la figura legal de la ‘revisión judicial’, pueden ser consideradas como una diferenciación sustancial que se presenta en los mecanismos normativos relacionados al cuestionamiento que deben tener los órganos judiciales europeos en relación a los demás poderes estatales. Debe esto significar que los sistemas judiciales británico y español no tienen la suficiente dotación normativa para proteger a la ciudadanía de actuaciones que contravengan la Constitución; pues la respuesta sería un evidente no. Sin embargo, estas diferencias sí podrían producir ciertos productos que se dirijan hacia posicionamientos contempladas con mayor claridad por la Tesis de la Crisis.

Tanto para el contexto norteamericano, como para el europeo, la figura legal de la ‘revisión judicial’ ha servido como herramienta de protección para mantener procedimientos judiciales bajo estándares adecuados de control, y derogar las actuaciones y disposiciones estatales que se han reputado como inconstitucionales. Esta es una función que se dirige a mantener la integridad constitucional y el adecuado ordenamiento judicial de un Estado.

Por su parte, describiendo de nuevo las valoraciones de Araujo, Joan O. (1988), esta técnica ha posibilitado el planteamiento de una serie de cuestiones vitales para la efectiva vigencia y avance de los derechos y libertades fundamentales – función que se ha generado eminentemente durante tiempos en los que se ha suscitado una emergencia que amenace la seguridad de la nación y active el ‘*trade-off*’ seguridad-libertad; un intercambio de fuerzas que genera una relación inversamente proporcional entre ambos principios.

Esta es la característica de la ‘revisión judicial’ que compete al análisis del documento. Volviendo a las valoraciones presentadas al final de la anterior subsección, esta dotación (juntamente con otras de un tipo similar) que emana de la tradición jurisprudencial de los sistemas democráticos liberales debería tener la suficiente fuerza normativa para proteger la situación de los derechos y libertades en tiempos de excepcionalidad. Sin embargo, una variedad de evidencia empírica surgida de varios contextos ha generado cuestionamientos sobre estos fundamentos.

Radizando el análisis al contexto europeo (en específico al español y británico), el hecho de que estas naciones se encuentren en el marco de funcionamiento de la Convención Europea de Derechos Humanos brinda una interesante oportunidad para contrastar principios sobre la legalidad de las actuaciones políticas; la contraposición normativa entre principios sobre derechos fundamentales a nivel nacional y comunitario; y el conflicto de interpretaciones judiciales entre una voluntad legítima asociada a proteger la seguridad de la nación, y otra, normalizada para proteger mediante fuentes normativas los derechos y las libertades de la ciudadanía. Para la siguiente subsección se presenta el primer y el segundo de estos conflictos.

B. Instituciones Internacionales, Emergencias Nacionales. La ‘Doctrina del margen de apreciación’

In the nature of things, the national judicial means of redress will often have been undermined, so the responsibility of international institutions is the more compelling.

Harris, et. al.,

Law of the European Convention on Human Rights, 1995.

cit. en Oren Gross, pág. 444, 1998.

Las situaciones de emergencia tienden a generar grandes presiones en contra de la continua voluntad de proteger los derechos y libertades fundamentales (Gross, O., 1998). La Convención Europea de Derechos Humanos, con respecto a este sentido, puede ser considerada como un mecanismo jurídico que se implementó en la región a partir de la necesidad por parte del derecho comunitario para balancear las facultades y poderes ejecutivos nacionales mediante la protección normativa de principios sobre derechos humanos.

El Tribunal de Estrasburgo, ejerce la función del órgano jurídico competente para la admisión y procesamiento de litigios judiciales que hayan agotado o no todas las instancias a nivel nacional, y que traten una disputa relativa a derechos fundamentales que la Convención protege en sus estatutos. Si los mecanismos constitucionales que se disponen en el ámbito nacional no tienen la suficiente eficiencia para garantizar la independencia del poder judicial (para que el mismo pueda ejercer sus funciones de manera adecuada y no caer en las presiones producidas por el sector público), las instituciones en el ámbito internacional, quizá, tengan la capacidad de mantener este principio necesario para la interpretación judicial.

Los argumentos que se dirigen en este sentido sostienen que, **dado que las cortes a nivel doméstico tienden a menudo a seguir las tendencias de la Tesis de la Crisis, las instituciones que tienen como objetivo fundacional la protección de derechos y libertades, contarán con un mayor margen de actuación para ocuparse de los predicamentos nacionales que las emergencias ocasionan.** En este sentido, las cortes

regionales e internacionales, las cuales gozan de mayores niveles de independencia y desprendimiento (distancia) de los efectos inmediatos de las emergencias nacionales, estarían en una mejor posición para monitorear y supervisar el ejercicio de los ‘poderes de emergencia’ dispuestos por los gobiernos nacionales en situaciones de crisis (Gross, O., 1998, pág. 437).

It is entirely possible that superior courts whose relevant executive authority is not threatened may in fact effectively place limits on subordinate executives. Thus, for example, the European Court of Human Rights can place limits on national executives from countries which are signatories to the European Human Rights Convention.

George J. Alexander,
The Illusory Protection of Human Rights by
National Courts During Periods of Emergency, 1984

A pesar de que los mecanismos normativos implementados por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hayan tenido la voluntad de ejercer sus funciones como un sistema de garantías a los derechos fundamentales ante extralimitaciones por parte de los poderes políticos. Los mismos también tienen en consideración ciertos elementos que generan una conflictividad normativa con los ordenamientos jurídicos a nivel nacional.

Una parte específica de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que eminentemente surgió de casos provenientes de sistemas democráticos influenciados por el terrorismo doméstico como el caso británico, permite identificar los elementos que se contraponen entre un sistema normativo de protección de derechos humanos a nivel internacional y las dotaciones existentes sobre la materia en los ordenamientos jurídicos a nivel nacional.

Dentro de las actuaciones que forman parte del contexto interno de una nación, el Estado tiene las suficientes facultades para suspender y derogar ciertos derechos fundamentales en tiempos en los cuales una crisis genera una situación que suponga una amenaza hacia la integridad del sistema político. Estas medidas, como se ha descrito en secciones anteriores, pueden definirse en cierta medida como ‘una forma de protección especial a principios como la libertad y la integridad misma de la nación’ (Meléndez, Florentín, 1997, pág. 31). Un poder que proviene desde las dotaciones y facultades que leyes supremas como la Constitución les atribuye al Estado.

Estas atribuciones se generan como medidas paliativas para combatir la excepcionalidad generada por una crisis, teniendo en cuenta la incertidumbre de si tales medidas se mantendrán luego de acabadas las causas que originalmente la ocasionaron. Un mecanismo similar se presenta en los sistemas de protección de derechos fundamentales a nivel internacional, y se activa cuando existe la ocurrencia de una contraposición entre los principios que normativa y fácticamente se presentan en las naciones que han adquirido el compromiso y la obligación de adecuarse a sus términos.

i. Caso Lawless v. Ireland, 1961. Conflicto entre el marco normativo de protección de derechos a nivel internacional, y las disposiciones fácticas a nivel nacional.

El análisis del caso *Lawless v. Ireland* (No.3, 332/57, TEDH-1, 1961), resulta especialmente útil para identificar los elementos que comportan el conflicto. Gerard Richard Lawless, antiguo miembro del IRA, fue un ciudadano dublinés detenido durante varios meses en 1957 sin ser puesto a disposición judicial. Estas medidas se realizaban comúnmente por los poderes especiales que el legislativo inglés había conferido al Gobierno para afrontar la situación creada a partir de las actividades del grupo terrorista; incluyendo poderes extraordinarios, en los cuales se incluyeron la facultad de proceder a la detención indeterminada sin juicio (*Lawless v. Ireland*, No.3, 332/57, TEDH-1, 1961).

Lawless había sido detenido anteriormente por posesión ilegal de armas. Fue puesto en libertad y detenido nuevamente. Fue acusado posteriormente por posesión de documentos comprometedores, y por ser un supuesto miembro de la organización ilegal del IRA (*Lawless v. Ireland*, No.3, 332/57, TEDH-1, 1961). Entre julio y diciembre de 1957 el ciudadano fue detenido en un campo de detención militar cuando intentaba viajar a Inglaterra. Esta actuación se justificó mediante la Orden del Ministerio de Justicia de Irlanda bajo el *Offences Against the Estate Act* de 1939 (reformado en 1940).

Lawless alegó en su demanda fundamentos contra las decisiones de las instancias irlandesas de mantenerlo detenido sin la previsión de un juicio previo. En este sentido, mantuvo que la normativa del Convenio Europeo de Derechos Humanos había sido violada por las autoridades de la República de Irlanda como consecuencia de la orden

anteriormente referida. Su demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos requería: un cese inmediato de su detención, compensación económica por los perjuicios de la misma, y el pago de gastos y costas originada por la demanda (Lawless v. Ireland, No.3, 332/57, TEDH-1, 1961).

El Tribunal de Estrasburgo decide bajo sus méritos que no procede la demanda interpuesta ante la Comisión por parte de Lawless; manteniendo que las detenciones por parte de las autoridades irlandesas no han contravenido los principios contemplados en el Convenio. En adición, el Tribunal justifica tales valoraciones en la medida que las actuaciones gubernamentales se hallaron fundamentadas en el ‘derecho de derogación debidamente ejercitado por las autoridades gubernamentales’ (Lawless v. Ireland, No.3, 332/57, TEDH-1, 1961). Tales apreciaciones se fundamentaron mediante el artículo 15.1 – ‘Derogación en caso de estado de excepción’ – del Convenio que expone los siguientes términos:

En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.

Art. 15.1, ‘Derogación en caso de estado de excepción’;
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos
y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI., 1950.

Analistas sobre las implicaciones de este caso concuerdan, que las actividades ilícitas del IRA durante el contexto en el cual se tomaron las decisiones en las respectivas instancias judiciales, fue de vital importancia para la dirección del fallo en contra de la defensa de Lawless. Miembros que mantuvieron una opinión discrepante en relación a la misma refieren, que tales hechos no demuestran la existencia de una amenaza suficiente que atente con la integridad de toda la nación (Gross, O., 1998).

En consecuencia, jueces como Eustathiades establecieron en su opinión discrepante que el artículo 15 del Convenio reconoce dos situaciones que pueden justificar la derogación de las obligaciones de un Estado signatario bajo los términos de la Convención: primero, “una situación de ‘excepcional e inminente peligro’ que afecte a la población en su totalidad, y que constituya una amenaza hacia la vida organizada de la comunidad

mediante la cual el Estado esté compuesta; y segunda, una situación de crisis que produzca efectos similares a la anterior” (Gross, O., 1998, pág. 462).

Por esta razón, la decisión tomada por el Tribunal de Estrasburgo no podría adecuarse en su totalidad al régimen de derogación justificado por el artículo 15.1 del Convenio; dejando así, una posible evidencia de conflictos entre el nivel normativo del mismo y la realidad de las actuaciones excepcionales implementadas en los contextos nacionales.

Como consecuencia, el caso *Lawless v. Ireland* permite identificar la actitud ‘deferencial’ que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantuvo en su decisión. Las observaciones que resultan del análisis permite apreciar que la instancia europea, a pesar de gozar de una mayor dotación material (ya que se encontraría distanciada de los acontecimientos que sufren las naciones) y normativa (ya que cuenta con bases legales para la protección de derechos y libertades), mantuvo una cierta actitud dirigida a legitimar la atribución del gobierno irlandés a utilizar el régimen de derogación ante la crisis que supuso la amenaza terrorista del IRA en esa época.

Esta tendencia que se presenta en la decisión del caso, supone la adecuación de las actuaciones del sistema judicial tanto nacional como comunitario en los fundamentos de la ya descrita Tesis de la Crisis. Si se realiza un paralelismo entre la decisión del caso *Lawless* y la opinión del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Marbury v. Madison*. Se puede apreciar que para esta última, el Tribunal Supremo reafirma su poder mediante la ‘revisión judicial’ motivada por los principios constitucionales. Mientras que, para el caso *Lawless*, el Tribunal Europeo adecuó su jurisdicción para revisar las medidas de derogación independientemente (Gross, O., 1998, pág. 464).

Esto significa, que mientras en un proceso se implementa la revisión judicial como medida de contrapeso, en otro se adopta una posición pasiva al respecto mediante la deferencia de la decisión del Tribunal Europeo hacia las actuaciones del Gobierno irlandés.

The European judicial bodies have hesitated to interfere with the discretion of national governments in cases involving derogation from human rights for reasons of public emergency that may detrimentally affect the life of that nation. It comes as no surprise,

then, that these institutions were doubly reluctant to intervene in this case, which might have affected two nations, rather than only one. It may be that the Court and the Commission chose to emphasize the potential harmful effects on the foreign relations of the Republic of Ireland and on its good neighborly relationship with the United Kingdom, although this issue was not before either the Commission or the Court in this case.

Oren Gross,

“Once More unto the Breach”: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies, pág. 463, 1998.

Por su parte, el precedente que supone la decisión sobre el caso *Lawless* permite que la interpretación judicial del Convenio mantenga un segundo plano en relación a la discrecionalidad de las actuaciones gubernamentales a nivel nacional. Esto significa que al momento que un Gobierno plantee la invocación de medidas y poderes propias de un régimen de derogación de derechos fundamentales, instituciones judiciales internacionales (como la Comisión Europea de Derechos Humanos) dispuestas para la protección de tales principios, potencialmente tenderán a recurrir a una actitud de reticencia para diferir de las actuaciones ejercidas en el ámbito nacional.

Este conflicto surge a partir de contraposiciones que tienen relación con conceptos como la soberanía y la legitimidad. Mientras las actuaciones del sistema judicial (sean del ámbito nacional o internacional) tengan la dotación normativa de proteger derechos y libertades; en momentos en los cuales exista la amenaza a la integridad y seguridad de la nación, deberán mantener una actitud de deferencia hacia las actuaciones ejecutivas dispuestas para combatir tal amenaza. En este sentido, el sistema judicial ejerce una función de legitimación de las actuaciones estatales; un principio de gran importancia para paliar las causas que originaron el estado de excepcionalidad.

Por su parte, el ejercicio de las funciones de un sistema de protección de derechos fundamentales a nivel internacional, confronta los principios normativos emanados en los preceptos por los cuales se originaron, con los principios fácticos sobre la soberanía que tienen los Estados en el ámbito nacional. Las tesis schmittianas en este aspecto, se adecuan al producto surgido del análisis de casos como *Lawless v. Ireland*, en el cual, el mecanismo legitimador del sistema se junta con el fundamento de mantener la soberanía nacional para mantener un apoyo a la invocación de las facultades y poderes atribuidos

al Estado en el marco de los regímenes de derogación de derechos fundamentales en tiempos de crisis.

ii. *El Problema de la difusa barrera de la Excepción.*

El problema que se presenta en el análisis tiene relación con las complicaciones en las distinciones entre las nociones enmarcadas en el paradigma *normalcy-rule – emergency-exception* (tratado en la segunda sección del documento), y las valoraciones que traspasan los ámbitos de esta concepción. En otras palabras, en las valoraciones e interpretaciones judiciales que se suscitan en tiempos de crisis, se realizan consideraciones a partir de fenómenos que traspasan la barrera de este paradigma tradicional.

Como se ha podido identificar en secciones anteriores, dos características son las que comportan las situaciones de excepción: el estatus provisional que debe tener esta situación, y la suscitación temporal de tal eventualidad. Estas características se enmarcan en el paradigma tradicional de la relación normalidad – excepción.

Si se tiene como ejemplo el análisis de las valoraciones sobre el régimen de derogación que se presentaron en los supuestos fácticos del caso *Lawless v. Ireland*, se puede identificar ciertos aspectos sobre la interpretación de la normatividad que escapan las barreras y las nociones tradicionales de las situaciones de excepción.

En relación con la dimensión que se relaciona con los fenómenos generadores de crisis, el problema tiene que ver que los estados de excepción que estos generan, no se adecuan a los modelos que identifican las características tradicionales de las situaciones de excepción. Esto es que, en lugar de que las emergencias tengan la característica de provisional y temporal, la realidad se enfrenta a situaciones ‘de facto’ de tales emergencias; las cuales pueden ser también permanentes, institucionalizadas, o de naturaleza prolongada (Gross, O., 1998).

Por su parte, en la dimensión de las valoraciones que se generan desde la interpretación normativa de la ley por parte de los jueces, se ha definido que las facultades invocadas por el Estado irlandés en el marco del régimen de derogación de derechos fundamentales

no se pudieron adecuar con suficiencia en los términos del artículo 15.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El primer fundamento de esto, como se ha descrito, es que las actividades de aquel entonces grupo terrorista IRA no supusieron hechos suficientes que demuestren de manera objetiva la existencia de una amenaza que atente con la integridad de toda la nación (Gross, O., 1998).

El segundo, tiene relación con la interpretación judicial que se realiza a partir de la naturaleza de la crisis. Siendo el principio del estatus provisional el que impere en las medidas que se disponen por el Gobierno para paliar las causas de una crisis. La invocación de facultades y poderes propios de los regímenes de derogación de derechos fundamentales pueden ser justificados solamente por el interés público de regresar desde la situación de excepción a la de normalidad. Del mismo modo, para ser legítimas, ‘las medidas de emergencia implementadas por el Estado deben ser proporcionales en grado y duración a la amenaza en particular’ (cit. en Gross, O., 1998, pág. 455).

(...) the jurisprudence of the judicial institutions operating under the European Convention reveals a substantial schism between the theoretical discourse of the derogation regime and the reality in which derogations actually take place. This is in large part a result of the application of conventional theories concerning emergency regimes to situations in which basic assumptions underlying these theories falter. Viewing emergencies through the prism of the derogation clauses may result in a distorted picture.

Oren Gross,

“Once More unto the Breach”: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies, pág. 455, 1998.

Producto de estas limitaciones, la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se dirigió a mantener la actitud de deferencia y reticencia al cuestionamiento de las actividades estatales en el ámbito nacional. La principal herramienta judicial que se utilizó para este efecto fue la denominada doctrina del ‘margen de apreciación’ (Gross, O., 1998, pág. 465), que subraya la necesidad de permitir ‘una cierta medida de discreción’ en la capacidad de los Estados que vayan en conformidad con las posibles implicaciones de la crisis (Lawless v. Ireland, No.3, 332/57, TEDH-1, 1961).

Esta herramienta se engloba en las medidas surgidas por los conflictos que un sistema de protección de derechos a nivel internacional como el europeo, ha tenido con respecto a las exigencias y emergencias que se han presentado en el ámbito de los estados nacionales. Por lo tanto, el ‘margen de apreciación fue creado para permitir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a balancear los principios de soberanía de un Estado con ‘la necesidad de salvaguardar los derechos contraídos por el Convenio y los derechos individuales en contra del interés general’ (Smith, R., 2010).

Having regard to the high responsibility which a government has to its people to protect them against any threat to the life of the nation, it is evident that a certain ‘discretion’, a ‘certain margin of appreciation’ must be kept to the Government in determining whether there exists a public emergency which threatens the life of the nation and which must be dealt with by exceptional measures derogating from its normal obligations under the Convention. (...) The concept of the margin of appreciation is that a Government's discharge of these responsibilities is essentially a delicate problem of appreciating complex factors and of balancing conflicting considerations of the public interest; and that, once the Commission or the Court is satisfied that the Government's appreciation is at least on the margin of the powers conferred by Article 15, then the interest which the public itself has in effective Government and in the maintenance or order justifies and requires a decision in favour of the legality of the Government's appreciation.

Sir Humphrey Waldock,
British member of the European court of Human Rights,
Lawless v. Ireland, 1961.

Finalmente, las instituciones que forman parte de los poderes políticos del estado, suelen generar una figura retórica sobre las actuaciones provisionales de emergencia; cuyo objetivo, es la de blindar la legitimidad de las actuaciones gubernamentales como medidas efectivas para afrontar las crisis. Parte del relato legitimador (que va en función de la necesidad de proteger el Estado-nación) presentado como retórica en la dimensión política, se origina por parte de los agentes y las autoridades gubernamentales que ejercen las facultades en materia de derogación de derechos. Por consiguiente, este relato mantiene que la invocación de facultades y poderes que se enmarcan en el régimen de derogación instaurado, tiene las características de ser provisionales y temporales (principios del estatus provisional y temporal de la excepción); justificando la necesidad de su implementación, dada la exigencia que supone la crisis, y la finalidad expresa de regresar con la mayor celeridad posible al estado de normalidad inicial.

Si esta retórica solo se mantiene por cuestiones de legitimación al sistema, la práctica difiere sustancialmente del relato presentado por esta. Por consiguiente, mientras la retórica reafirma la noción por la cual se percibe a las emergencias como una situación temporal y excepcional; los hechos, y en específico las decisiones que se toman en la práctica política y judicial, socavan sustancialmente el significado del principio que representa las características del peligro excepcional (Gross, O., 1998). Para la siguiente subsección, se podrá identificar con mayor claridad esta relación mediante el análisis de casos en los cuales se han observado una posible tendencia que se enmarca en los fundamentos que defiende la Tesis de la Crisis. Parte de estos casos resume los conflictos que se presentan en la interpretación judicial cuando es influida por la eminente amenaza que supone una emergencia.

C. Conflicto de Concepciones en la Interpretación Judicial

En la sección introductoria del documento se ha dispuesto de casos similares al de *Korematsu v. United States*, para identificar los conflictos que se presentan en la interpretación judicial cuando es influida por la eminente amenaza de una emergencia. Esta comparación, permite identificar que fenómenos alternativos a la guerra puedan inducir los efectos anticipados por la Tesis de la Crisis en las decisiones judiciales; es decir, conducir a los jueces a que restrinjan derechos y libertades.

El objetivo en este aspecto, es observar los conflictos entre el ámbito normativo y fáctico de la interpretación y respuesta judicial ante las crisis. Para esto se han seleccionado varios casos judiciales cuyas sentencias pueden tener en cuenta el conflicto entre la deficiente interpretación sobre el paradigma normalidad – excepción (es decir el principal problema de la barrera difusa de la excepción), y los mecanismos y determinantes que estructuran el comportamiento judicial en tiempos de crisis.

De esta manera se podrá identificar, el conflicto de concepciones en la interpretación judicial ante una emergencia determinada, y los factores que influyen en tal comportamiento. Para esto, se realizan algunas conjeturas sobre el modelo general que describe el comportamiento judicial predominante, el mecanismo explicativo clave que tendería a describir la dirección que tome la decisión de un juez (sean restringir o proteger

derechos), y los incentivos que los actores del sistema judicial tienden a percibir de sus actuaciones en tiempos de crisis.

i. Ireland v. the United Kingdom, 1978.

Los supuestos fácticos del caso *Ireland v. UK* de 1978, se describen en momentos de una álgida crispación generada por las actividades terroristas del IRA en Irlanda del Norte. Con respecto a esto, los hechos que trata el caso se producen en una situación que es herencia de un problema histórico (*Ireland v. the United Kingdom*, 5310/71, TEDH-19, 1978). Como se describe en la sentencia, para luchar contra el terrorismo las autoridades han ejercido en Irlanda del Norte, desde agosto de 1971 a diciembre de 1975, una serie de poderes o facultades ‘extrajudiciales’ para detener, encarcelar e internar a sospechosos de estar implicados en estas. El litigio legal del caso se refiere entonces al alcance de estas medidas, a su aplicación y a los malos tratos denunciados sufridos por personas privadas de su libertad como consecuencia del régimen de derogación invocado. Estas medidas se conocían en aquel entonces como las ‘cinco técnicas’ – encapuchamiento de la cara, posicionamiento en contra de la pared, sujeción del ruido, privación de la comida y el agua, y privación del sueño – que se realizaban por parte de las autoridades durante interrogaciones a los detenidos (Gross, O., 1998, pág. 436-7).

La demanda se interpuso por las autoridades irlandesas al gobierno británico alegando que las detenciones e internamientos sin juicio previo violaban los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo. Del mismo modo, argumentaron que estas medidas no se motivaban por la ‘estricta necesidad que ameritaban las exigencias de la situación’, y que tales detenciones era producto de una política discriminatoria hacia la minoría del Norte de Irlanda (*Ireland v. the United Kingdom*, 5310/71, TEDH-19, 1978).

La valoración más trascendental que se generó por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se dirigió hacia la consideración de las ‘cinco técnicas’ como ‘tratos degradantes e inhumanos’ (*Ireland v. the United Kingdom*, 5310/71, TEDH-19, 1978); obviando la figura de la ‘tortura’ para sus interpretaciones (una práctica que está prohibida por el Convenio y que este no provee de una dotación normativa para abalarla en los regímenes de derogación).

Siguiendo los argumentos de la mayoría del Tribunal en este caso, el criterio para diferenciar el trato inhumano y la tortura consiste principalmente en la intensidad de los sufrimientos causados. Siento mucho no poderme adherir a esta interpretación (...) Puede considerarse probado que, en el período que se extiende hasta el 5 de febrero de 1973, dichas medidas sólo se aplicaron a los terroristas «republicanos» y no a los «leales», y que, de la misma manera, en el período siguiente las medidas de que se trata afectaron a los últimos en grado mucho menor. El punto crucial es si este diferente trato estuvo justificado por motivos objetivos y razonables. En el supuesto afirmativo, la diferenciación es conforme a Derecho; en el negativo, constituye discriminación en el sentido del artículo 14.

(...) si las autoridades estimaron necesario, para afrontar al terrorismo, tomar medidas excepcionales que han pesado gravemente sobre la población afectada, y si estas medidas sólo se han aplicado a una parte de ésta, mientras que, para combatir a una campaña de terrorismo comparable procedente del otro lado -en la medida en que fue realmente combatida- se ha creído que bastaba con los medios preventivos y represivos ordinarios, se suscita también la cuestión de si las medidas de excepción eran verdaderamente indispensables en el sentido del artículo 15 del Convenio.

Voto Particular Juez Sr. Matscher,
adjunta en *Ireland v. the United Kingdom*, 1978

Seré más tajante que la mayoría del Tribunal en la apreciación, en el terreno de los hechos, del empleo conjunto de las cinco técnicas. Estoy convencido de que la utilización de estos procedimientos, inteligentemente escogidos y dosificados, ha causado a las personas que los han padecido sufrimientos físicos, mentales y psíquicos de extremada intensidad, inevitablemente incluidos en cualquier definición, incluso en la más estricta, de tortura. Las pruebas que la Comisión, trabajando ante una muralla de absoluto silencio, levantada por el Gobierno demandado, pudo reunir sobre los efectos psíquicos, a corto o largo plazo, producidos en las víctimas por la práctica que se estudia (apartado 167 de la sentencia), confirman esta conclusión.

Voto Particular del Juez Sr. Evrigenis,
adjunta en *Ireland v. the United Kingdom*, 1978

Tanto el voto del Juez Evrigenis como del Juez Matscher difieren y cuestionan la noción que la mayoría del Tribunal adoptó en relación con la interpretación de las técnicas utilizadas en el marco de las extralimitaciones ejercidas por las autoridades británicas. Del mismo modo observan que tales medidas se han dispuesto de manera discriminatoria. Un punto que es peculiar de este caso, es que el Tribunal ha dispuesto de la herramienta de deferencia ya descrita con anterioridad – el ‘margen de apreciación’ – en la medida de

discrecionalidad que el gobierno británico debe tener para implementar actuaciones que se adecuen a la ‘estricta necesidad que ameritaban las exigencias de la situación’.

Siendo esta una disputa entre dos Estados, es especialmente útil analizar como las extralimitaciones que formaron parte del caso *Lawless* se pueden asociar a las medidas que formaron parte de los supuestos fácticos del caso *Ireland v. UK*. En ambos, el Tribunal Europeo dirimió su actuación mediante una actitud deferencial hacia las actuaciones gubernamentales de ambos Estados (situación que se motivó por las exigencias que generaron las actividades terroristas del IRA). Esta actitud se cristalizó mediante la doctrina del ‘margen de apreciación’ que ejercieron en ambos casos los miembros del Tribunal Europeo.

Por su parte, en ambos casos la barrera de la excepción (del fenómeno generador de la crisis) era difusa, y arduamente los regímenes de derogación de derechos y las medidas extrajudiciales pudieron haberse situado en un determinado espacio y tiempo. Esta ineficiente concepción sobre las situaciones de excepcionalidad se debe a la naturaleza de la crisis, que en este caso fue la prolongada y elusiva actividad del grupo terrorista IRA.

ii. *Brogan and others v. the United Kingdom, 1988.*

Casos como *Brogan and others v. UK* (145-B, 11 EHRR 117, 1988), resulta de utilidad para observar el deber de estados inmersos en una situación de excepcionalidad – como el Estado británico – con respecto a balancear la protección de derechos y la incesante disposición de legislación antiterrorista. Este caso forma parte de la amplia jurisprudencia británica relativa a las actuaciones gubernamentales enmarcadas en la invocación de poderes y facultades de excepción generadas por las actividades del terrorismo del IRA (solamente entre 1972 y 1992, alrededor de dos mil muertes fueron atribuidas al terrorismo perpetuado en Irlanda del Norte).

Por su parte, el caso refiere la disputa de Terence Patrick Brogan, granjero residente de Irlanda del Norte, que fue arrestado bajo las medidas dispuestas en el ‘*Prevention of Terrorism – Temporary Provisions – Act*’ de 1984 (un poder para arrestar sin tener en cuenta las suficientes garantías legales). En conjunción con otros tres casos, las medidas

se justificaron por la 'motivación razonada de sospechar que los detenidos estén envueltos en la comisión, preparación e instigación de actividades terroristas conectadas con los asuntos del grupo IRA' (Brogan and others v. UK, 145-B, 11 EHRR 117, 1988). El conjunto del Tribunal resolvió el caso dirimiendo que: no ha habido violación del art. 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad, salvo en determinados casos impuestos por el Convenio); si hubo violación del art. 5.3 (detención mediante el debido proceso, la asistencia judicial, y el derecho de ser juzgado); no se ha vulnerado el art. 5.4 (derecho a presentar un recurso al órgano judicial competente que se pronuncie sobre la legalidad de su detención); y, la violación del art. 5.5 (derecho a una reparación). Por su parte las opiniones de algunos de los Jueces que formaron parte del Tribunal mantienen:

In view of the exceptional situation in Northern Ireland, which was referred to above, it seems to us that in the final analysis, if a period of four days has been accepted in the case of normal situations, it would be reasonable to regard the foregoing periods of time, which are all less than a week, as being acceptable. Such a view fits in with the case-law and is justified by the wholly exceptional conditions obtaining in Northern Ireland.

Opinión discrepante conjunta de los Jueces Thór Vilhjálmsson, Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher y Valticos, adjunta en Brogan and others v. UK, 1988.

I do not consider it compatible with the Convention that a police officer should arrest a person whom he reasonably suspects of being or having been involved in the commission, preparation or instigation of terrorist acts and that the police should not be required to answer to a judicial authority in order that it may be verified that there is a reasonable suspicion.

Opinión parcialmente discrepante del Juez Pinheiro Farinha, adjunta en Brogan and others v. UK, 1988.

The Convention embodies the presumption of innocence and thus enshrines a most fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interference by the State with his right to liberty. The circumstances of the arrest and detention in the present cases were not compatible with this right and accordingly we are of the opinion that Article 5 para. 1 (art. 5-1) has been violated.

Opinión discrepante de los Jueces Walsh y Carrillo Salcedo, adjunta en Brogan and others v. UK, 1988.

Whilst wholly concurring in the result of the judgment, I would observe, as to the dictum in paragraph 48, that the present case does not really raise the issue of "the defense of the institutions of democracy", but rather concerns a problem of civil coexistence within a society deeply torn by national and religious antagonisms.

Opinión concurrente del Juez de Meyer,
adjunta en *Brogan and others v. UK*, 1988.

En suma, las valoraciones e interpretaciones judiciales que se reflejan en las opiniones tanto discrepantes como concurrentes de los jueces del Tribunal que decidieron el caso, representan el conflicto entre las atribuciones que se debieron mantener en las medidas extrajudiciales interpuestas para combatir el terrorismo del IRA. Mientras que parte de las valoraciones mantiene que los principios del Convenio deben amparar los procedimientos penales y policiales adecuados para la protección de derechos individuales, otra parte enfatiza en la necesidad de garantizar las actuaciones extrajudiciales para el mantenimiento de la ley y el orden que caracteriza a la situación de normalidad.

iii. Brannigan and McBride v. the United Kingdom, 1993.

El caso *Brannigan and McBride v. UK* (14553-54/89, 1993), representa otro litigio que se generó a partir de la situación que formó parte del caso anterior. Branningan y McBride fueron arrestados sin las adecuadas garantías bajo las medidas extrajudiciales conferidas por el 'Acto provisional de 1984' (ya descrita en el caso *Brogan and other v. UK*). Los acusados ascendieron sus quejas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bajo la violación del art. 5 del Convenio (derechos a la libertad y seguridad). El conjunto del Tribunal decidió que las facultades invocadas por el Reino Unido sobre el régimen de derogación interpuesto en ese tiempo satisfacían los requerimientos que se contemplan en el art. 15 del Convenio (derogación en caso de estado de excepción), y que por lo tanto, no se habían vulnerado los derechos que se describen en la disputa.

Dentro de la aproximación que ha mantenido el Tribunal en la materia del caso se puede identificar lo siguiente;

The Court recalls that it falls to each Contracting State, with its responsibility for "the life of its nation", to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an

emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. Accordingly, **in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities.**

Nevertheless, Contracting Parties do not enjoy an unlimited power of appreciation. It is for the Court to rule on whether inter alia the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision. At the same time, in exercising its supervision **the Court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation.**

La aproximación del Tribunal en la materia,
adjunta en Brannigan and McBride v. UK, 1993.

En este sentido, el Tribunal recurre a la doctrina del ‘margen de apreciación’ para permitir la discrecionalidad por parte del Estado británico de interponer las medidas adecuadas a favor de mantener el orden constitucional y combatir el terrorismo del IRA. Por su parte, también mantiene que tal margen no puede ser ilimitado y debe regirse a los principios que el Convenio dispone. Sin embargo, la Convención no tiene las dotaciones y facultades suficientes para revertir la posible situación en la que un Estado signatario de sus términos contravenga sistemáticamente los derechos y libertades. Los mecanismos en este aspecto únicamente se remiten a obligaciones y deberes contraídos en el ámbito normativo y no en disposiciones y facultades en la dimensión práctica.

Esto resulta en un conflicto de soberanía entre ambos niveles. Mientras que la Convención contempla la obligación de proteger los derechos; herramientas judiciales como el ‘margen de apreciación’ describe una situación en la que se atribuye al Estado la potestad unilateral de balancear tales principios y las medidas implementadas en contra de la crisis (una situación conflictiva que usualmente ha tendido a dar mayor fuerza a la segunda en desmedro de la primera). **A la Comisión le resulta especialmente conflictivo mantener la adecuada protección de derechos fundamentales en situaciones de emergencia nacional; y a los Estados les resulta conflictivo la cesión parcial de soberanía en las atribuciones para invocar las facultades de derogación suficientes, que les permita afrontar las causas que generan tales situaciones.**

The European Court has jurisdiction to carry out a review of the derogations from the guarantees recognized as essential for the protection of the rights set out in the Convention, certain of which are not even susceptible to derogation (Articles 2, 3 and 7) (art. 2, art. 3, art. 7). (...) In any event, the derogation cannot constitute a carte blanche accorded to the State for an unlimited duration,

without it having to adopt the measures necessary to satisfy its obligations under the Convention. (...) In the Brannigan and McBride case, in my opinion, the Government's action fell outside the margin of appreciation which the Court is able to recognize. The fundamental principle which must prevail, and which is consistent with British and European tradition is that detention cannot be extended from four days to seven days without the involvement of a judge, who is the guarantor of individual freedoms and fundamental rights.

Opinión discrepante del Juez Pettiti,
Adjunta en Brannigan and McBride v. UK, 1993

The grounds relied upon by the Government to qualify as "exigencies of the situation" are really procedural devices which could equally be put forward in cases of suspected thefts, robberies, or drug dealings where the police are in possession of information from secret informants whose existence they don't wish to disclose or indicate.

Opinión discrepante del Juez Walsh,
adjunta en Brannigan and McBride v. UK, 1993

Certainly, the situation in relation to terrorism connected with the affairs of Northern Ireland has for a long time been very serious and it still remains so at the present time. One can thus understand that for this reason the Government of the United Kingdom have, since 1957, repeatedly felt it appropriate to avail themselves of their right of derogation under Article 15 (art. 15) of the Convention. In 1984 they had concluded that this was no longer necessary. (...) We have been told that one of their reasons for doing so was their belief that detaining for up to seven days a person suspected of terrorism without bringing that person before a judge or other judicial officer was not inconsistent with their obligations under the Convention.

Even in circumstances as difficult as those which have existed in respect of Northern Ireland for many years it is not acceptable that a person suspected of terrorism can be detained for up to seven days without any form of judicial control. This was, in fact, what we had already decided in the Brogan and Others case and there was no valid reason for deciding otherwise in the present one.

Opinión discrepante del Juez de Meyer,
adjunta en Brannigan and McBride v. UK, 1993

Si bien el conjunto del Tribunal ha optado por una interpretación normativa que motive su decisión inicial, ciertos rasgos sobre el conflicto de concepciones se pueden identificar en las opiniones discrepantes de varios de sus miembros. Desde la perspectiva de las valoraciones producidas por algunos jueces del caso, la doctrina del 'margen de apreciación' no se justifica con las exigencias surgidas por parte del Estado británico en su lucha en contra del terrorismo doméstico.

La peculiar opinión del Juez Walsh describe una situación en la que las facultades discrecionales del Estado permitidas por las valoraciones mayoritarias del Tribunal Europeo, pueda permitir la incidencia de las medidas extrajudiciales en otros ámbitos que no se relacionen con fenómenos que supongan una objetiva amenaza a la integridad de la nación. La opinión del Juez de Meyer refleja, por su parte, una valoración desconcertante en relación a la omisión de precedentes jurisprudenciales surgido de casos como *Brogan and others v. UK*, 1988. Mantiene finalmente, su discrepancia en la consideración de que las actividades del IRA de aquel entonces contemplen una situación que amerite medidas más severas por parte del Estado británico. Identificando una situación en la que se juntan las divergencias que se presentan en la interpretación de los jueces relativo a la aplicación y sustentación de la doctrina del ‘margen de apreciación’ por una parte, y, los problemas en la identificación de la naturaleza, las circunstancias que llevaron a, y la duración de la situación de emergencia, por otra.

iv. *Castells v. Spain*, 1992.

Castells v. Spain de 1992, es un caso que mantiene las mismas tendencias que se pudieron identificar en los casos anteriores, pero que confronta la interpretación de la situación de excepcionalidad de los tribunales en el ámbito nacional con las valoraciones de las instancias a nivel internacional. Esto quiere decir, que para los siguientes casos se han identificado **la ineficiente capacidad por parte del Estado a balancear las medidas extrajudiciales invocadas por el régimen de derogación, y el deber de proteger los derechos y libertades contraído por su afiliación al Convenio Europeo de Derechos Humanos.**

El caso parte de una situación similar al contexto británico, es decir, la suscitación de un fenómeno como el terrorismo doméstico (este caso de ETA) que generó una profunda percepción de amenaza a la seguridad de la nación. Por parte del análisis, el caso describe los siguientes supuestos fácticos:

En junio de 1979, Miguel Castells, senador electo del grupo político *Herri Batasuna* que apoyaba la independencia del País Vasco, publicó en la revista “Punto y Hora de Euskalherria” un polémico artículo titulado “Insultante Impunidad”. En tal artículo, Castells criticaba la actuación del Gobierno español con respecto al terrorismo de ETA

(*Euskadi Ta Askatasuna*) y a su vez, sugería la complicidad del Estado en las matanzas del grupo terrorista hacia la población vasca. En 1981, el Tribunal Supremo de Justicia impuso penas de prisión contra Castells por haber proferido “serios insultos en contra del Gobierno y servidores públicos” (Art. 161 para. 1 y 242 del Código Penal en vigor de aquel entonces). La misma instancia le condenó a un año y medio de prisión y en contraparte, la defensa de Castells alegó la indefensión en el juicio al violar su presunción de inocencia y la negación a permitirle presentar pruebas en cuanto a la veracidad de sus expresiones. En 1985, el Tribunal Constitucional desestimó su recurso (Castells v. Spain, 23 de abril de 1992).

En contrapartida, Castells recurrió a instancias europeas, y su defensa se llevó a cabo principalmente alrededor de la violación de su derecho a la libertad de expresión contemplada bajo el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Posteriormente, el Tribunal de Estrasburgo admitió la causa y decidió con unanimidad a favor de la defensa de Castells (Castells v. Spain, 23 de abril de 1992). Si se remite a las opiniones recurrentes anexadas en la sentencia del Tribunal, se puede observar las diferencias en el tipo y naturaleza de interpretación legal de cada juez;

(...) “I should like to stress that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society. But I must also emphasize that the exercise of that freedom "carries with it duties and responsibilities" (Article 10 para. 2 of the Convention) (art. 10-2), and that, in a situation where politically motivated violence poses a constant threat to the lives and security of the population, it is particularly difficult to strike a fair balance between the requirements of protecting freedom of expression and the imperatives of protecting the democratic State.” (...)

Opinión Recurrente del Juez Carrillo Salcedo,
adjunta en Castells v. Spain, 23 de abril de 1992.

(...) For a finding of a violation of Article 10 (art. 10) of the Convention it is sufficient that Mr. Castells was punished for criticizing the Government when he had done so in a way which should be allowed in a democratic society.

Opinión Recurrente del Juez Pekkanen,
adjunta en Castells v. Spain, 23 de abril de 1992.

(...) he was merely legitimately exercising his right to freedom of opinion and of expression. This right was infringed in the case before the Court because Mr. Castells was prosecuted and convicted for having written and published his views on a question of general interest; in a "democratic society" it is not acceptable that a citizen be punished for doing this. (...) It may be worth adding that as far as insults, false accusation and defamation are concerned there are no grounds for

affording better protection to the institutions than to individuals, or to the Government than the opposition.

Opinión Recurrente del Juez de Meyer,
adjunta en Castells v. Spain, 23 de abril de 1992.

Estos extractos de la argumentación de las opiniones presentadas en el caso ilustran de alguna manera la conflictividad que se presenta en las concepciones de los jueces del Tribunal Europeo en relación a balancear las necesidades del Estado a paliar las causas de las crisis, y su obligación para proteger los derechos fundamentales contraída en las bases del Convenio.

Este tipo de casos se diferencian sustancialmente de los anteriores ya que la decisión del Tribunal fue amparar la demanda de la parte que alegaba la vulneración de sus derechos básicos. En este sentido, la valoración conjunta del Tribunal fue enmarcada en una posible ‘revisión judicial’ de las medidas interpuestas en las instancias jurídicas en el ámbito del contexto español. Este conflicto se dirige hacia problemas fundamentales en la concepción de balancear la protección de derechos y mantener las medidas en contra de una posible amenaza.

Las opiniones presentadas resultan de gran utilidad para identificar algunos posibles rasgos sobre las diferencias en la interpretación judicial de los jueces del Tribunal Europeo. Tanto la opinión del Juez de Meyer como la del Juez Pekkanen mantienen que los principios normativos que garantizan el ejercicio de la libertad de expresión deben estar por encima de la defensa de las instituciones que predominan en la sociedad. Este caso no supone que la libertad de expresión esté por encima de la defensa del ordenamiento constitucional o de la existencia del Estado; sino, en la defensa de los derechos individuales en situaciones en la que ciertas características institucionales afectan la interpretación objetiva de los jueces.

Este fenómeno se puede identificar con el análisis de la opinión del Juez Carrillo Salcedo, que mantiene la subversión de la libertad de expresión por debajo de las obligaciones inminentes contempladas en el artículo que lo contempla. En este sentido, **se apela a principios normativos de la naturaleza dual de los derechos para defender la legitimación de las actuaciones judiciales en el nivel nacional.**

A partir del análisis de este caso, se han podido identificar algunos supuestos y conjeturas. El hecho de que el Juez Carrillo Salcedo forme parte de la representación española en el Tribunal Europeo demuestra una indirecta voluntad de defender la legitimidad de las actuaciones de los órganos judiciales que se están poniendo en juicio en el caso *Castells v. Spain*. Al mismo tiempo, **la diferencia en las interpretaciones con sus colegas se puede explicar por dos mecanismos. Una es la distancia que se experimenta con la crisis, y otra es la percepción de una creciente amenaza que tal crisis genera.**

Por consiguiente, mientras al Juez español, las actividades del terrorismo de ETA supusieron una distancia menor (ligada a la experiencia directa con el fenómeno generador de la crisis), su respuesta hacia la percepción de que las medidas judiciales habían sido proporcionales en el caso *Castells* a la naturaleza de la crisis generada por las actividades de ETA, fue la de mantener las medidas de restricción de derechos a favor de colaborar con las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo. Es decir, inclinar la balanza del ‘*trade-off*’ a favor de la seguridad y defensa nacional en detrimento de la protección de los derechos fundamentales.

Por su parte, para las opiniones de los demás jueces pertenecientes a otros contextos nacionales de Europa, las actividades del terrorismo de ETA supusieron una distancia mayor en la experiencia de la crisis. De la misma manera, la percepción de una creciente amenaza (ligada a la percepción que se produce sobre la situación de excepcionalidad) que justifique las facultades de derogación del Estado español fue insuficiente para determinar las medidas que contravengan los principios relacionados a la libertad de expresión que se contemplan en el Convenio. En esta situación, la decisión de los jueces fue inclinar la balanza del ‘*trade-off*’ a favor de la protección de los derechos y libertades.

v. *Association Ekin v. France, 2001.*

La jurisprudencia que se enmarca en la emergencia generada por las actividades terroristas perpetuadas por ETA denota algunas características en la relación entre libertades y seguridad de la nación. En el caso *Association Ekin v. France*, de 17 de julio de 2001 la instancia judicial competente del Estado francés impidió la circulación del libro “Euskadi at War”, por considerarlo un documento que “promueve el separatismo y la justificación de la violencia” y que, por consiguiente, “constituye una amenaza para el

orden público” (*Association Ekin v. France*, 39288/98, 2001). El Tribunal Europeo fundamentó su decisión bajo principios similares relativos a la libertad de expresión que se dispusieron para el caso de Castells.

Lo entrañable del caso, es la incesante voluntad del Estado francés para impedir la publicación de este libro. La fundamentación estatal se basó en los tintes pro-nacionalistas que mantenía el mismo, ocasionando un conflicto entre el principio de la libertad de expresión – que es un pilar fundamental de los sistemas democráticos liberales – y la inminente amenaza que tal publicación pudo significar para la unidad de la nación francesa. Estas observaciones permiten describir la naturaleza de otros factores que pueden incidir en las tendencias que trata de explicar los fundamentos de la Tesis de la Crisis, la que se dirige a restringir derechos y libertades.

Governments fare well when their decisions concerning the existence of a particular situation of emergency are reviewed by the European human rights judicial institutions. This is the result, on the one hand, of the systemic difficulties that courts confront when they face national crises, and, on the other, of a consistent failure to come to terms with the inadequacy of traditional paradigms of emergency. While some of these difficulties are also present at the domestic level, others are unique to, or at least more pronounced on, the international plane.

Oren Gross,

“Once More unto the Breach”: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies, pág. 493, 1998.

vi. *Martínez Sala and others v. Spain*, 2004.

En *Martínez Sala and others v. Spain* de 2004, se relata un litigio legal interpuesto por Martínez Sala y otros catorce implicados en relación a su detención por parte de la Guardia Civil. Poco después de los Juegos Olímpicos de Barcelona, los ciudadanos, que eran sospechosos de ser simpatizantes de un movimiento que defendía la Independencia de Cataluña, fueron detenidos por la Guardia Civil por estar conectados en la investigación de actividades terroristas (Keller, H., & Stone Sweet, A., 2008, pág. 409).

Los demandantes se quejaron que durante la custodia policial fueron tratados de manera denigrante por parte de las fuerzas de la seguridad del Estado. Demandaron en particular

que fueron sujetos de tortura física y mental, y tratamientos inhumanos y degradantes mientras permanecían en custodia en el cuartel general de la Guardia Civil en Madrid.

La decisión conjunta del Tribunal se dirigió a que no hubo violación del art. 3 del Convenio (prohibición de tratos degradantes e inhumanos), pero que si hubo una falencia de mantener la efectiva investigación oficial de los cargos que sustentaron la detención inicial (Keller, H., & Stone Sweet, A., 2008, pág. 409).

La diferencia que tiene este tipo de casos con los analizados en el contexto británico, tiene relación con las delimitaciones de los estados de excepción y los regímenes de derogación que se implementaron. Mientras que en los casos británicos, el conjunto del Tribunal Europeo dirimía sus opiniones en el conflicto de delimitar adecuadamente las facultades de excepción del Estado de acuerdo con los principios normativos del Convenio; para el contexto español, al menos desde el punto de vista de los casos que se tienen en cuenta, las delimitaciones del estado de excepción no solamente son difusas en la interpretación de las instancias judiciales nacionales, sino en las propias medidas por parte de las autoridades públicas. Esta situación de peculiaridad se fundamentó por la naturaleza propia del fenómeno generador de la crisis; que en el caso español, se prolongó y se desarrolló de una manera diferente que el contexto británico.

vii. *Suspensión de la participación electoral de organizaciones declaradas como ilegales bajo la influencia del nacionalismo de ETA.*

Varios casos que se han suscitado en España –pertenecientes a la jurisprudencia del Tribunal Europeo – se relacionan a la suspensión de derechos a la participación electoral por parte de movimientos políticos que supuestamente realizaban actividades constituidas como ilegales por el ordenamiento jurídico. Casos como *Herritarren Zerrenda v. Spain*, 2009; *Etxeberría and Others v. Spain*, 2009; *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, 2009, forman parte de esta tipología.

El elemento que particularmente se puede comparar en estos casos, es que se trata de organizaciones políticas que fueron impedidas su derecho a la participación electoral por las actividades que supuestamente se consideraban como ilícitas. Los supuestos fácticos recogen la información de que estas organizaciones políticas simpatizaban por la

independencia del País Vasco, incluyendo la influencia del grupo terrorista ETA que luchaba por este objetivo.

La suspensión de las actividades de los partidos en cuestión fueron declarados bajo la Ley no. 6/2002 aprobado por el pleno del Parlamento español, cuyas facultades permitía la declaración de ilegalidad y posterior disolución de este tipo de movimientos.

Por su parte, el conjunto del Tribunal Europeo decidió que no hubo violación de los artículos 10 y 11 (libertad de asamblea y asociación; y derecho a una libre elección). La decisión de la instancia comunitaria se fundamenta en mantener una posición de alejamiento a la legislación que legítimamente se ha implementado por el Estado español. Si para los casos en el contexto británico, esta actitud de deferencia se motivaba por la percepción de la amenaza efectiva con respecto a las actividades del grupo terrorista IRA; para este tipo de casos en el contexto español, la actitud de la instancia europea parece fundamentarse en la falta de cuestionamientos a las actuaciones interpuestas por el Estado; una medida que fortalece su legitimación con respecto a las medidas que le permitan afrontar las causas que originan las situaciones de excepción.

En suma, se ha podido identificar dos tipologías de herramientas que forman parte del comportamiento judicial, y que se utilizan usualmente en tiempos en los cuales se suscitan una emergencia. La ‘revisión judicial’ sirve como un contrapeso para la discrecionalidad gubernamental, y el ‘margen de apreciación’ como una medida legal que permite la consideración de ciertos grados de discreción en función y proporción de la crisis ocurrida. En adición, se ha observado las justificaciones normativas por las cuales estas herramientas tienden a ser implementadas; englobadas todas en el conflicto entre los principios de la protección de derechos y el mantenimiento de la seguridad nacional.

El análisis también ha podido definir las posibles deficiencias que se presentan en los ámbitos nacionales e internacionales de los marcos normativos que engloban la protección de derechos en tiempos de crisis. **Mientras que la instancia del ámbito internacional posee una menor proximidad con las causas y consecuencias de la crisis, las instancias nacionales experimentan de manera directa con las mismas.** Esta divergente situación ocasionaría la tendencia en la que en el ámbito nacional, los órganos judiciales sean más propensos a restringir derechos cuando son afectados por una crisis

que suponga una amenaza severa para la integridad de la nación; mientras que, para las instancias internacionales, la falta de la relación de proximidad con el conflicto, permitiría enfocarse en otras cuestiones como la delimitación de la fundamentación jurídica de las medidas y facultades invocadas en materia de los estados y regímenes de derogación.

Sin embargo, las instancias internacionales también tienden a mantener una actitud de deferencia con respecto a la potestad de los Estados a invocar poderes y facultades para derogar derechos en una situación de excepción. Esta actitud, como se ha observado, se dirige a mantener la legitimidad de las acciones gubernamentales, con el objetivo de recobrar la situación de normalidad y orden inicial.

Finalmente, se ha podido observar la ineficacia de las instituciones judiciales en el ámbito nacional para solventar las disputas legales que abiertamente contengan el conflicto entre los principios de protección de derechos y libertades, y la incesante voluntad y deber estatal de mantener la seguridad de la nación.

Teniendo en cuenta la teoría de las tesis Milligan y de la Crisis, y el análisis que se ha podido realizar en los casos relativos a la jurisprudencia europea, para la última sección se realizan una serie de conjeturas en relación con el posible modelo de comportamiento judicial que se ha podido identificar. Del mismo modo se intuyen los posibles mecanismos que pueden incentivar las actuaciones de los jueces a dirigir sus decisiones hacia cualquiera de las dos direcciones – sean restringir derechos o protegerlos; y los incentivos (desde el punto de vista de la teoría del '*rational choice*') que potencialmente las motivarían.

VI

CONJETURAS SOBRE EL MODELO DE COMPORTAMIENTO JUDICIAL EN SITUACIONES DE CRISIS

The underlying calculus is that the costs of temporary dictatorship (including the risk that it will become permanent) and suppression of civil liberties are less than the cost of national destruction.

*Eric Posner & Adrian Vermeule,
'Accommodating Emergencies', pág. 3, 2004.*

Las observaciones que se han podido identificar a partir del análisis de la jurisprudencia europea y norteamericana, permiten describir las nociones sobre el choque de concepciones que se suscita en el comportamiento de los actores que forman parte de los sistemas judiciales en situaciones que son afectadas por un fenómeno generador de crisis. En este sentido, **las labores de los jueces se dirigen a balancear los principios normativos sobre la protección de los derechos y libertades como una funcionalidad imperante para un sistema democrático liberal por un lado; y por otro, la latente voluntad de garantizar la seguridad y defensa de la integridad nacionales que constituye un elemento fundamental para la existencia de un Estado-nación.**

Dada la multiplicidad de posibles factores que inciden en las tendencias descritas, y que a su vez se enmarcan dentro de la literatura en los fundamentos de la Tesis Milligan y de la Crisis; el estudio ha podido identificar los conflictos en la dimensión teórica y las herramientas judiciales que definen la interpretación judicial en el ámbito empírico.

Por consiguiente, el modelo de comportamiento judicial en tiempos de crisis que se ha tratado de describir, tiene en consideración la actitud de los jueces en tres dimensiones importantes: el estado de la naturaleza de las cosas; la dimensión que engloba las facultades y dotaciones normativas que influyen en la interpretación judicial; y la dimensión individual que se relaciona con los determinantes legales y no legales, y mecanismos de comportamiento. En otras palabras, este modelo teórico pretende identificar un **vínculo entre el estado de naturaleza de las cosas** (sea este, fruto de la experiencia o percepción de excepción o normalidad), **la interpretación de la**

funcionalidad de la ley por parte del sistema judicial en periodos adversos (enfoque acomodacionista o estricta del funcionamiento de la Ley) y **el mecanismo de comportamiento clave** que se genera de la suma de otros factores que motivan la dirección final de la decisión judicial.

A. Mecanismo general de comportamiento judicial

Esta breve contribución surgió desde el análisis de los supuestos fácticos, las necesidades apeladas por parte del Estado para activar los regímenes de derogación, y las divergentes opiniones de los jueces que se ha identificado como una posible conflictividad de concepciones en la interpretación de balancear el ámbito normativo del Derecho, con los principios de libertad y seguridad. (Cabe aclarar, que en la denotación del concepto ‘comportamiento judicial’ se toma en cuenta los factores que inciden en el producto final del mismo, es decir la ‘dirección de la decisión judicial’).

El modelo que se ha desarrollado en el **Anexo 5** recoge el mecanismo general de comportamiento judicial que se generó a partir de los elementos y factores que se suscitan en las dimensiones anteriormente descritas. El modelo sugiere que el mecanismo de comportamiento judicial en tiempos en los cuales haya la ocurrencia de una crisis puede considerarse como un proceso que involucra tres pasos – los cuales no producen ‘outcomes’ por si solos, sino que forman parte de las valoraciones tomadas en cuenta para la dirección final de su decisión. De la misma manera, el modelo mantiene que cada paso que forma el proceso se enmarca en el contorno de tres estadios sustancialmente diferenciados.

Durante el primer estadio ocurren las primeras observaciones y valoraciones de los jueces con respecto a la ‘naturaleza del estado de las cosas’. Dado que uno de los objetivos del estudio es identificar los factores que inciden en el comportamiento judicial en tiempos de crisis, los jueces tendrán dos fuentes de adquisición de información con respecto a la naturaleza de tal estado: la experiencia directa sobre la situación de crisis, y la percepción de que esta suponga una amenaza suficiente o no. Como producto del primer paso, los jueces generan evaluaciones sobre la realidad fáctica del estado de las cosas. Como consecuencia, durante y acabado este paso de comportamiento judicial, los jueces serán

más propensos a ser influenciados por las circunstancias que se presentan en el contexto político y social.

Para el segundo estadio, los jueces realizan las correspondientes valoraciones y subsecuente interpretación en base a las concepciones normativas y fácticas del contexto. En este paso, los jueces valoran los principios emanados por la ley que sustenten su actitud jurisprudencial y los fundamentos normativos que deben tener en cuenta para dirimir, de acuerdo a sus capacidades, sobre un caso. Los jueces valoran en este aspecto los fundamentos normativos y fácticos que se han suscitado durante un caso, tomando en cuenta las evaluaciones descritas en el paso anterior, y la influencia de las dotaciones normativas surgidas de la ley.

Durante el tercer y último estadio, los jueces tendrán en cuenta las evaluaciones surgidas por la información obtenida del estado de las cosas y las bases normativas y fácticas que deben sustentar su actitud, para motivar la dirección que adoptará su decisión. En este paso, los jueces tendrán que balancear los pesos de los principios que forman parte del ‘*trade-off*’ libertad-seguridad. Si la balanza se inclina hacia el primero, la dirección será a favor de proteger los derechos y libertades; mientras que, si la balanza se inclina hacia el segundo, la dirección de la decisión se mantendrá en restringir derechos con la finalidad garantizar la seguridad nacional.

Este modelo permite identificar tres estadios que se adecuan a las dimensiones que influyen de alguna manera en el comportamiento de los jueces. Si bien esta fundamentación carece de un fundamento de causalidad entre la relación de dos variables, tiene en contrapartida, un carácter descriptivo de utilidad para observar, al menos de una manera escueta, los elementos y factores que potencialmente motivan e inciden en el comportamiento judicial en tiempos de crisis. Los pasos que forman parte de este proceso, tienen en cuenta los conflictos que se han descrito a lo largo del documento; ocasionando que si uno de ellos tiene más peso que el otro, se generara determinados productos enmarcados en las Tesis Milligan o de la Crisis. (Para un diagrama sobre los mecanismos y herramientas que comportan estos productos ver **Anexo 6**).

Sin embargo, las explicaciones que tratan de identificar este tipo de modelos se limitan expresamente en base a los fundamentos que tratan el comportamiento humano; teniendo

en cuenta ciertos criterios de racionalidad como principal fuente y motivación de las decisiones. Con respecto a esto, se ha diseñado un breve modelo de incentivos tomando en cuenta una parte de las valoraciones de Posner, E., & Vermeule, A. (2004), sobre el ‘cálculo subyacente’ que los jueces deben sobrellevar entre la voluntad de mantener la seguridad y la obligación de proteger los derechos y libertades.

B. Modelo de incentivos desde la perspectiva de la teoría del ‘rational choice’

Para entender los fundamentos que subyacen en el modelo de incentivos que se ha desarrollado para el **Anexo 7**, se tiene que tener en cuenta ciertos criterios sobre racionalidad que forman parte del comportamiento objeto de estudio. Estos criterios se enmarcan en las teorías sobre el ‘*rational choice*’ que se pueden ubicar en obras como ‘*An Economic Theory of Political Action in a Democracy*’ de Anthony Downs de 1957.

Siendo breve en la explicación de su modelo económico sobre las decisiones individuales, Downs mantiene que los seres humanos las motivan mediante un cálculo matemático de coste y beneficio, es decir, optarán por las preferencias que les supongan una utilidad máxima en relación a las demás. Esta concepción mantiene que los individuos son ‘seres maximizadores de utilidad’ o realizan sus decisiones como un ‘*homo economicus*’. Esto implica que, cada agente en un modelo se comporta racionalmente en todo momento. Esto es que, proyectan sus objetivos con el mínimo uso de recursos, y conllevan solamente esas acciones en las que el beneficio marginal exceda al costo marginal (Downs, A., 1957, pág. 137).

Sin embargo, las ideas de este modelo de ‘racionalidad omnisciente’ son fácilmente cuestionadas teniendo en cuenta las limitaciones, y sesgos cognitivos y emocionales que presenta la práctica diaria de las actividades humanas. En este sentido, Downs, A. (1957) concibe dos modelos que influyen en gran medida la capacidad de los individuos a tomar decisiones: uno en el cual haya existencia de un conocimiento perfecto e información accesible e ilimitada (racionalidad omnisciente); y, otro en el cual el conocimiento sea imperfecto y la información sea un tanto inaccesible y limitada (racionalidad limitada).

Como consecuencia, el criterio en el cual se enmarca el modelo de incentivos que se desarrolla, se basa en elementos de ambos modelos. Como se puede identificar en el marco conceptual de incentivos presentado en el anexo ya referido; para efectos del modelo, los jueces que forman parte del sistema judicial de una nación serán considerados como ‘agentes económicos maximizadores de incentivos dirigidos hacia el mejoramiento de la administración de la justicia’ (se optó por este producto deseable por parte de los jueces en base al objetivo normativo que debe caracterizar la actividad judicial). Esto es que, los jueces como agentes económicos tenderán a que sus decisiones minimicen el costo de generar un impacto negativo en la integridad del sistema político y judicial, en la función de garantizar la administración adecuada de justicia.

Por su parte, el móvil que potencialmente podría ser imperativo en la toma de decisiones de los jueces es, a efectos prácticos, ‘la reputación y el mantenimiento de la legitimidad e integridad de la función judicial’. Por lo tanto, el modelo de racionalidad limitada mantendría que factores pertenecientes al contexto y sesgos individuales puedan incidir en la capacidad racional de los agentes para tomar la decisión que suponga una utilidad mayor.

Lo interesante de este modelo es la implementación de incentivos que se generan a partir de la inclusión de un ‘predicamento’, ocasionado por la suscitación de un fenómeno que supone una amenaza a la integridad y seguridad de la nación. En este sentido, los agentes (jueces) tendrán que afrontar un cálculo entre dos opciones que acarrearán supuestos y asunciones de gran calado. La opción definida como **A**, es el costo de una ‘dictadura temporal’, incluyendo el riesgo de que tal situación se vuelva permanente (Posner, E., & Vermeule, A., 2004). El supuesto fáctico de esta opción es la **A.1** que refiere al costo de la suspensión de derechos y libertades. Por su parte, la opción definida como **B**, es el costo de la eminente destrucción nacional (Posner, E., & Vermeule, A., 2004), incluyendo la asunción **B.1** que será el costo de mermar la seguridad y defensa de la nación.

El modelo mantiene que si los agentes (jueces) optan por la **opción A**, tendrán una mayor aversión al riesgo de afrontar el costo de mermar la seguridad, y por consiguiente, la integridad de la nación. Por consiguiente, los agentes tenderán a utilizar su decisión como una medida que colabore con la lucha generada por el contexto político-social y que es dispuesta para afrontar la causa que originó la crisis. En otras palabras, si el fenómeno

generador de la crisis ha sido el terrorismo, por ejemplo, los jueces tomarían en consideración el impacto de sus decisiones en la lucha en contra de tal actividad (Epstein, et al., 2005).

En contraste, si los agentes (jueces) optan por la **opción B**, tendrán una mayor aversión al riesgo de afrontar el costo de una limitada suspensión de derechos y libertades, considerando también que tal situación se prolongue en el tiempo. Como consecuencia, los agentes tenderán a utilizar su decisión como una medida que refuerce la integridad normativa de la protección de derechos y libertades.

Si bien las opciones que se presentan en el modelo pueden ser consideradas como una manera drástica y extrema de observar las implicaciones del modelo. Los incentivos presentados y los productos que se identifican en la dirección de las decisiones judiciales tienen la adecuada capacidad para describir la relación inversamente proporcional que tienen los principios sobre los deberes de mantenimiento de derechos y la incesante voluntad de garantizar la seguridad de la nación en situaciones de emergencia pública. Si bien, tanto el modelo de mecanismos, como el de incentivos tienen sus correspondientes limitaciones; estas tienen características didácticas para englobar los conflictos y choque de concepciones que se presentan en el complejo estudio del comportamiento judicial en tiempos de crisis.

VII

CONCLUSIONES Y DISCUSIÓN

Este texto ha intentado contribuir al mejor entendimiento sobre el comportamiento judicial en tiempos en los cuales se suscita un fenómeno que supone una amenaza a la seguridad e integridad del Estado-nación. Durante las secciones del documento, se ha presentado un estudio que parte de fundamentos teóricos y fenomenológicos, para identificar posibles tendencias en el ámbito empírico surgido del análisis de una significativa variedad de casos. Las inferencias descriptivas que se han llevado a cabo, tienen en consideración el dilema de defender la capacidad del Estado para afrontar una situación de crisis y los preceptos normativos que surgen para garantizar la protección de derechos y libertades de la ciudadanía en sistemas democráticos liberales.

Para este objetivo, se ha indagado en la arriesgada dialéctica que representa el conflicto Kelsen-Schmitt para los estudiosos de la ciencia política. Ya que los estudios de ambos han tratado la dimensión puramente jurídica del funcionamiento del Derecho, la finalidad de analizar sus fundamentos teóricos constituyó un esfuerzo de utilidad para identificar dos posibles enfoques que pueden definir el comportamiento del Estado y de sus principales órganos de poder. La visión normativista kelseniana sirve como enlace para las aspiraciones dirigidas a defender un sistema político y judicial, cuyas dinámicas se enmarcan en el inexpugnable régimen de las leyes y las normas. Mientras que, en las teorías schmittianas, la decisión, es decir el accionar humano, condiciona el funcionamiento normativo de la ley y el ordenamiento jurídico.

Ambos conceptos constituyeron implicaciones importantes de los fundamentos que formaron parte de la Tesis Milligan y Tesis de la Crisis. Dada la tendencia de vulnerar derechos y libertades por parte de los actores del poder político y la sociedad (que surgen a partir de la exigencia de mantener la integridad y la seguridad del conjunto del Estado), una pregunta esencial a responder para el estudio fue que si los actores pertenecientes al sistema judicial, cuya voluntad imperativa es la de interpretar adecuadamente la ley para administrar justicia, presentaban indicios de motivar la dirección de sus decisiones hacia la vulneración de derechos y libertades como en los demás sectores en tiempos de crisis.

Ambas tesis defendieron visiones totalmente contrarias con respecto a esta pregunta. La Tesis Milligan mantenía el deber inflexible de proteger los derechos y libertades a pesar de la situación de emergencia que se encontrase en la totalidad de la nación; mientras que, la Tesis de la Crisis invocaba la posibilidad de que los jueces vulneren derechos y libertades bajo estas mismas circunstancias. El análisis de los casos y los fundamentos teóricos que generaron estas tesis supuso la respuesta a la pregunta propuesta en el artículo: efectivamente existe la posibilidad o inclusive la tendencia de que los jueces restrinjan derechos y libertades en situaciones en las que la seguridad de la nación está bajo amenaza.

Por su parte, la variedad de jurisprudencia – tanto americana como europea – que se ha analizado, resultó especialmente útil para identificar las diferencias entre las dotaciones y facultades de las diferentes tradiciones del derecho (americano, *common law* y continental); la influencia y las capacidades de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos al momento de incidir en el balance del deber de tal protección y la voluntad de garantizar la seguridad nacional; y, las herramientas que pueden presentarse en el ejercicio de la función judicial, cuyos productos se enmarcan en las tendencias descritas por las tesis que tratan su funcionamiento.

Finalmente, el modelo de comportamiento judicial combina todas las dimensiones que se identificaron a lo largo del documento. Dado que la función judicial representa la interacción entre la interpretación normativa de la ley, las circunstancias de los hechos, y las capacidades de los jueces para dirimirlos, el modelo de comportamiento se basa en los fundamentos de que los mismos se constituyen como agentes racionales. Sin embargo, la complejidad y conflictividad que representan las situaciones de crisis, influyen en las decisiones de los jueces en una medida que usualmente se pretende obviar. Dada la voluntad de la función judicial de mantener los preceptos de independencia, objetividad y legitimidad como el poder estatal encargado de ejercer el ardua labor que representa la administración de la justicia, es intuitivo pensar que se pretenda mantener estos principios apelando al respeto por las interpretaciones y decisiones que se llevan a cabo en su seno.

Sin embargo, cabe también tener en cuenta ciertas preposiciones sobre el comportamiento judicial que se relacionan con las críticas hacia el relato comúnmente utilizado que describe la inexpugnabilidad de sus productos. Estas valoraciones, que surgen de la

interpretación personal del autor, se resumen en los siguientes puntos que representan las conclusiones que se han podido identificar a partir del análisis realizado:

1. Las fluctuaciones que se suscitan en el contexto político y social en relación a las respuestas que estos generan para paliar las consecuencias y causas de una crisis, influyen de una manera significativa en la capacidad de los jueces para delimitar la voluntad legítima de un Estado para proteger su integridad, y su obligación para garantizar la protección de derechos y libertades. Una situación que solamente se radica a sistemas democráticos liberales en los cuales exista la distribución adecuada de poder entre el ejecutivo y el judicial.
2. La adquisición de la información concerniente a la naturaleza del estado de las cosas (sea excepción o normalidad) depende de dos factores, la experiencia directa hacia la crisis, y el nivel de percepción de que ésta constituya una amenaza a la integridad del Estado-nación. En este sentido, los jueces que tengan una mayor proximidad con el conflicto, y/o interpreten que el mismo supone una amenaza sustancial, tenderán a restringir los derechos y libertades en lugar de protegerlos.
3. Las circunstancias de crisis producen una situación de conflictividad que se evidencia con el choque de concepciones que se presentaron en las opiniones particulares de los casos analizados. Esta situación se genera a partir de factores propios de cada juez y las valoraciones con respecto a la necesidad, proporcionalidad y adecuación de las medidas de excepción interpuestas por el Estado por un lado, y la ineludible obligación que el mismo debe mantener en la protección de los derechos y libertades por el otro.
4. Muchas veces las crisis han mantenido dinámicas prolongadas que difícilmente han podido ser catalogadas bajo un determinado espacio físico y temporal (definidas por la falta del criterio de provisionalidad y temporalidad que caracterizan a la excepcionalidad). Esta situación ha generado que las crisis se prolonguen y que la interpretación por parte de los jueces tenga problemas al momento de identificar la difusa barrera de la excepción.
5. Este problema intensifica el choque de concepciones normativas y fácticas de los jueces, produciendo situaciones en las cuales se permita la utilización de regímenes de derogación de derechos a circunstancias que no se enmarcan en el fenómeno generador de la crisis original. Es decir que, en situaciones en las cuales se presenta el problema de la difusa barrera de la excepción, potencialmente se

produce la tendencia de convertir una medida excepcional en regla y/o norma general.

6. Mientras que a los organismos de protección de derechos en el ámbito internacional les resulta especialmente conflictivo mantener la adecuada protección de derechos fundamentales en situaciones de emergencia en el ámbito nacional; a los Estados, les resulta conflictivo la cesión parcial de soberanía en las atribuciones para invocar las facultades de derogación suficientes, que les permita afrontar las causas que generan tales situaciones.
7. Los fenómenos generadores de crisis tienden a activar el mecanismo descrito como ‘trade-off’ seguridad-libertad. En este sentido, la dirección de la decisión por parte de los jueces – sea esta restringir o proteger derechos – dependerá de la valoración entre los principios que componen la protección de derechos y el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos. Este dualismo presenta una relación inversamente proporcional, en la que la imposición de una fuerza que incline la balanza a uno de estos ocasionará el detrimento de la situación del otro.
8. Dada la asunción por parte del documento a considerar a los jueces como agentes racionales maximizadores de incentivos dirigidos al mejoramiento de la administración de la justicia. El modelo de comportamiento define los mecanismos que inciden en la dirección de las decisiones judiciales en tiempos de crisis (restringir o proteger derechos). El cálculo subyacente representa el conflicto entre permitir la suspensión provisional de derechos (incluyendo el costo a que este estado se vuelva permanente), y el cercenamiento de la seguridad de la nación. La implicación de este modelo es que existirá una menor aversión al riesgo a restringir derechos y libertades que permitir que la seguridad y el orden de la nación se pongan en peligro.

Finalmente, es importante reconocer las limitaciones que se pueden encontrar en el documento. Las valoraciones y conclusiones deben tomarse con cautela, ya que las consideraciones que se abstrajeron a partir de la teoría, los fenómenos y los casos analizados son limitadas en cuestión de metodología científica y en función de las capacidades de interpretación del propio autor. Las conclusiones que se generaron a partir de la inferencia descriptiva llevada a cabo deben ser evaluadas mediante las correspondientes investigaciones. Solamente a partir de estas indagaciones, se podrán

desarrollar argumentos más robustos a favor o en contra de las Tesis y los mecanismos que explican el comportamiento judicial en tiempos de crisis.

Sin embargo, parte del análisis presentado ha sido de utilidad para identificar las posibles tendencias que llevan a los jueces a separarse del deber normativo de apegar sus valoraciones e interpretaciones al ordenamiento jurídico. Quizá la aportación más significativa que se ha podido identificar a lo largo de estas páginas, es que las decisiones judiciales que se llevan a cabo en momentos en los cuales se suscita un fenómeno que amenace la seguridad nacional, se producen en el marco de una **relación paradójica en la que la voluntad dirigida a salvaguardar el principio de supervivencia del Estado ocasiona la vulneración y restricción de varios de sus deberes como el principal agente garante de derechos y libertades de la ciudadanía.**

Por su parte, se espera que la aportación realizada pueda reproducirse para generar modelos teóricos y metodológicos que abarquen eventos generadores de crisis menos estudiados en esta relación, como las crisis económicas, crisis sociales, crisis políticas e incluso situaciones desestabilizadoras del régimen, de las instituciones históricamente predominantes, y del establecido funcionamiento de un Estado-nación. La implicación más importante sin embargo, tiene que ver con la incidencia que un precedente jurídico surgido a partir de la jurisprudencia generada desde una crisis (*case-law*), pueda suponer en la integridad de la situación de normalidad posterior; ocasionando que la excepción no sólo condicione el funcionamiento de la normalidad, sino que engulla las características propias que la comportan.

Nothing so permanent as temporary measures...

Milton Friedman.

VIII**LITERATURA CITADA**

- Agamben, G. (2012). State of exception. *Phainomena*, 21(82–83), 163–172.
<https://doi.org/10.1177/1206331205277395>
- Alexander, George J., (1984). The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During Periods of Emergency, 5 *Human Rights Law Journal* 1-65
- Araujo, Joan O. (1988). La Protección de los Derechos Fundamentales por la Corte Suprema Norteamericana a través de la 'Judicial Review': Algunas ideas. Cuadernos de la Facultad de Derecho, 16 (Palma de Mallorca).
- Barak, Aharon. (2002). Foreword: A judge on judging - The role of a supreme court in a democracy. *Harvard Law Review*, 116(1), 19–162.
- Barak, Aharon. (2003). "The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism" (2003). Faculty Scholarship Series. Paper 3693.
http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3693
- Bannai, Kathryn A. (2012) "Gordon Hirabayashi v. United States: "This is an American case"," *Seattle Journal for Social Justice*: Vol. 11: Iss. 1, Article 4. Available at:
<http://digitalcommons.law.seattleu.edu/sjsj/vol11/iss1/4>
- Bennett, Geoffrey, (2005). "Legislative Responses to Terrorism: A View from Britain" (2005). Scholarly Works. Paper 254.
http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/254
- Blossfeld, Hans-Peter. (1996). "Macro-sociology, Rational Choice Theory, and Time. A Theoretical Perspective on the Empirical Analysis of Social Processes". *European Sociological Review* 12: 181-206.
- Boyd, C. L., Epstein, L., & Martin, A. D. (2010). Untangling the causal effects of sex on judging. *American Journal of Political Science*, 54(2), 389–411.
<https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2010.00437.x>
- Bradley, Curtis. (2007). The Story of Ex Parte Milligan: Military Trials, Enemy Combatants, and Congressional Authorization (December 1, 2007). Available at SSRN:
<https://ssrn.com/abstract=1015618> or
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1015618>
- Bunge, Mario. (1997). "Mechanism and Explanation". *Philosophy of the Social Sciences* 27: 410-465.

- Carr, C. (1940). Crisis Legislation in Britain. *Columbia Law Review*, 40(8), 1309-1325.
doi:10.2307/1117363
- Cordova-Vianello, Lorenzo. (2009). Derecho y Poder: Kelsen y Schmitt frente a frente. Fondo de Cultura Económica, México. Págs, 320.
- Cushman, Robert E., (1942). Ex Parte Quirin et al The Nazi Saboteur Case, 28 Cornell L. Rev. 54. Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol28/iss1/6>
- Davis, Howard. (2014). La Ley de Derechos Humanos bajo amenaza. El desafío a la Ley de Derechos Humanos en el Reino Unido. Universidad de Bournemouth (UK).
- Donohue, Laura, K., (1999). Temporary Permanence: the Constitutional Entrenchment of Emergency Legislation. *Stanford Journal of Legal Studies*.
- Donohue, Laura, K., (2000). Civil Liberties, and Liberal Democracy: Lessons from the United Kingdom. BCSIA Discussion Paper 2000-05, ESDP Discussion Paper ESDP2000-01, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, August 2000.
- Downs, A. (1957). An Economic Theory of Political Action in a Democracy. *The Journal of Political Economy*, 65(2), 135–150.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Drezner, D. W. (2000). Bargaining, Enforcement, and Multilateral Sanctions: When Is Cooperation Counterproductive? *International Organization*, 54(1), 73–102.
<https://doi.org/10.1162/002081800551127>
- Emerson, Thomas I., (1968). Freedom of Expression in Wartime, 116 U. Pa. Legal Review 975
- Epstein, L., Ho, D. E., King, G., & Segal, J. A. (2005). The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases. *New York University Law Review*, 80(1), 1–116. <https://doi.org/1902.1/RESUDVYWPE>
- Epstein, L., & Knight, J. (2013). Reconsidering Judicial Preferences. *Annu. Rev. Polit. Sci.* 16:11-31. Doi: 10.1146/annurev-polisci-032211-214229
- Ewing, K. D. & Gearty, C. A., (1990). *Freedom under Thatcher: civil liberties in modern Britain*. Oxford, [England]: New York: Clarendon Press ; Oxford University Press.
- Fortas, Abe. (1969). *Concerning dissent and civil disobedience*. New York: World Pub. Co.
- Ferejohn, John, & Pasquino, Pasquale. (2004). The law of the exception: A typology of emergency powers, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 2, Issue 2, 1 April 2004, Pages 210–239, <https://doi-org.sire.ub.edu/10.1093/icon/2.2.210>

- Fioravanti, Maurizio, (2009). *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones*. Sexta Edición.
- Frosini, Vittorio. (1991). Kelsen y las interpretaciones de la soberanía. Ponencia celebrada en la Universidad de Nápoles el 30 de noviembre de 1989. Traducción: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11. Núm. 31. Enero-Abril 1991.
- Garro Carrera, E., (2008). La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo. Centro de Investigación Juan de la Cierva, Universidad del País Vasco, <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2067438/13+-+Libertad+expresion.pdf>
- Garvin, Margaret A., (1999). "Civil Liberties During War: History's Institutional Lessons. Book Review Of: *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime*. by William H. Rehnquist" (1999). *Constitutional Commentary*. 661. <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/661>
- Gerring, John. (2007). "The Case Study: What it is and What it Does". En Carles Boix and Susan Stokes (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Politics*. Oxford: Oxford University Press, pp. 90-122
- Gerring, John. (2008). "The mechanistic worldview: thinking inside the box". *British Journal of Political Science* 38: 161-179.
- Gómez-Orfanel, Germán, (1986). *Excepción y Normalidad en el Pensamiento de Carl Schmitt*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 307 págs.
- Graham, David E., (2008). *The U.S. Judicial Response to Post-9/11 Executive Temerity and Congressional Acquiescence*. The Foundation for Law, Justice and Society.
- Gross, Oren. (1998). "Once More unto the Breach": The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies, 23 *Yale J. Int'l L.* Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol23/iss2/4>
- Gross, Oren. (2003). Chaos and rules: Should responses to violent crises always be constitutional? *Yale Law Journal*. <https://doi.org/10.2307/3657515>
- Gross, Oren, & Ní Aoláin, F. (2006). *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press. Doi: 10.1017/CBO9780511493997
- Grossman, J. (1997). The Japanese American Cases and the Vagaries of Constitutional Adjudication in Wartime: An Institutional Perspective. *University of Hawaii Law Review*, 19(c), 1-47.

- Guillen Lopez, Enrique. (2008) Judicial Review in Spain: The Constitutional Court, 41 Loy. L.A. L. Rev. 529. Available at: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol41/iss2/3>
- Hardin, Russell. (2004). Civil Liberties in the Era of Mass Terrorism. *The Journal of Ethics* 8: 77-95, 2004.
- Herrera, Carlos M. (1994) La polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994.
- Hetherington, M., & Nelson, M. (2003). Anatomy of a Rally Effect: George W. Bush and the War on Terrorism. *PS: Political Science & Politics*, 36(1), 37-42. doi:10.1017/S1049096503001665.
- Holland, Paul W. (1986). Statistics and causal inference. *Journal of the American Statistical Association*, 81(396), 945–960. <https://doi.org/10.1080/01621459.1986.10478354>
- Keller, H., & Stone Sweet, A. (Eds.) (2008). *A Europe of Rights: The Impact of the European Convention of Human Rights on National Legal Systems.* : Oxford University Press.
- King, Gary, Robert O. Keohane & Sidney Verba. (2000). El diseño de la investigación social: la inferencia científica en los estudios cualitativos. *Volumen 14 de El Libro Universitario (Alianza): Manuales: El libro universitario*. ISBN, 8420686972, 9788420686974, 272 páginas.
- Linfield, Michael, (1990). *Freedom Under Fire: U.S. Civil Liberties in Times of War*. South End Press, 256 pp.
- Lougee, Robert., & Schwab, George. (1989). The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936. Berlin: Duncker & Humblot. 1970. Pp. 174, *The American Historical Review*, Volume 76, Issue 2, 1 April 1971, Pages 521, <https://doi-org.sire.ub.edu/10.1086/ahr/76.2.521>
- Machuca, Ramón A. (2006). El análisis de la polémica entre Kelsen y Schmitt. Universidad Nacional del Nordeste, Comunicaciones Científicas y Tecnológicas. <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt2006/01-Sociales/2006-S-005.pdf>
- Marks, Susan, (1995). Civil Liberties at the Margin: the UK Derogation and the European Court of Human Rights, 15 *Oxford Journal of Legal Studies*. 69.
- Martínez Cuevas, M. D., (1997). La suspensión individual de derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978. Universidad de Granada,

<https://hera.ugr.es/tesisugr/15914550.pdf>

- Meléndez, Florentín. (1997). *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense. Madrid, España.
- McCormick, Conor. (2018). *Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom: The Status of Standards Between 1890 and 1910*. *Italian Journal of Public Law*, 10(1), 49-96.
- McGovney, Duddley O., (1944). *The British Origin of Judicial Review of Legislation*. *University of Pennsylvania Law Review, and American Law Register*. Vol. 93.No. I
- Norman, Jocelyn E., (2013). "The Rally Around the Flag Effect: A Look at Former President George W. Bush and Current President Barack Obama" (2013). *Honors Theses, 1963-2015*. 15. https://digitalcommons.csbsju.edu/honors_theses/15
- Posner, Eric, & Vermeule, Adrian. (2003). "Accommodating Emergencies", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, No. 48.
- Roche, Patricia M. (1989). *The United Kingdom's Obligation to Balance Human Rights and Its Anti-Terrorism Legislation: The Case of Brogan and Others*. *Fordham International Law Journal*. Volume 13, Issue 3. Article 4.
- Scheuerman, William E. (1997). *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*. MIT Press.
- Schwab, George. (1989). *The Challenge of the Exception: and Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*.
- Sim, J., & Thomas, P. (1983). *The Prevention of Terrorism Act: Normalizing the Politics of Repression*. *Journal of Law and Society*, 10(1), 71-84. doi:10.2307/1410001
- Sunstein, C. R. (1995). *Problems with Rules*. *California Law Review*, 83(4), 953. <https://doi.org/10.2307/3480896>
- Tushnet, Mark V., (2003). "Defending Korematsu? Reflections on Civil Liberties in Wartime" (2003). *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*. 246. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/246>
- Yoo, J. C., (1996). *The Continuation of Politics by Other Means: The Original Understanding of War Powers*. *California Law Review*. <https://doi.org/10.15779/Z38DH85>

CASOS JUDICIALES

- Association Ekin v. France***, 39288/98, 2001. Judgment (Merits and Just Satisfaction). Court (Third Section). European Court of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59603>
- Brannigan and McBride v. the United Kingdom***, 14553-54/89, 1993. Judgment (Merits and Just Satisfaction). Court (Plenary). European Court of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57819>
- Brogan and others v. the United Kingdom***, 145-B, 11 EHRR 117, 1988. Judgment (Merits). Court (Plenary). European Court of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57450>
- Castells v. Spain***, 11798/85, 1992. Judgment (Merits and Just Satisfaction). Court (Chamber). European Court of Human Rights <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57772>
- Duncan v. Kahanamoku***, 327 U.S. 304, 306, 1946. Supreme Court of Justice, United States of America. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/327/304.html>
- Etxeberría and Others v. Spain***, 35579/03, 2009. Judgment (Merits). Court (Fifth Section). European Court of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93474>
- Ex parte Endo***, 323 U.S. 283, 1944. Supreme Court of Justice, United States of America. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/323/283.html>
- Ex parte Milligan***, 4 Wall. (71 U.S.) 2; 18 L. Ed. 281, 1866. Supreme Court of Justice, United States of America. https://www.cengage.com/resource_uploads/static_resources/0495095486/15243/Milligan.pdf
- Ex parte Quirin***, 317 U.S. 1, 1942. Supreme Court of Justice, United States of America. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/317/1.html>
- Gutiérrez Suárez v. Spain***, 16023/07, 2010. Judgment (Merits and Just Satisfaction). Court (Third Section). European Court of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98999>
- Hamdi v. Rumsfeld***, 542 U.S. 507, 2004 Supreme Court of Justice, United States of America. <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-6696.pdf>
- Herri Batasuna and Batasuna v. Spain***, 25803/04 25817/04, 2009. Judgment (Merits). Court (Fifth Section). European Court of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93475>

- Herritarren Zerrenda v. Spain***, 43518/04, 2009. Judgment (Merits). Court (Fifth Section). European Court of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93352>
- Hirst v. United Kingdom (No. 2)***, 74025/01, 2005. Judgment (Merits and Just Satisfaction). Court (Grand Chamber). European Court of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442>
- Hirabayashi v. United States***, 320 U.S. 81, 1943. Supreme Court of Justice, United States of America. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/320/81>
- Ireland v. the United Kingdom***, 5310/71, TEDH-19, 1978. Judgment (Merits and Just Satisfaction). Court (Plenary). European Court of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165150>
- Lawless v. Ireland (No.3)***, 332/57, TEDH-1, 1961. Judgment (Merits). Court (Chamber) European Court of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165129>
- Marbury v. Madison***, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803. Supreme Court of Justice, United States of America. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>
- Martínez Sala and others v. Spain***, 58438/00, 2004. Judgment (Merits and Just Satisfaction). Court (Fourth Section). European Court of Human Right. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67288>
- Otegi Mondragon v. Spain***, 2034/07, 2011. Judgment (Merits and Just Satisfaction). Court (Third Section). European Court of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103951>
- Korematsu v. United States***, 323 U.S. 214, 1944. Supreme Court of Justice, United States of America. <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-korematsu-v-us>
- Yasui v. United States***, 320 U.S. 115, 1943. Supreme Court of Justice, United States of America. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/320/115.html>

Fuentes documentales y jurídicas

David W. Moore, *Bush Job Reflects Record “Rally” Effect* (Sept. 18, 2001), en <https://news.gallup.com/poll/4912/bush-job-approval-reflects-record-rally-effect.aspx> (última revisión, 20 de julio de 2018)

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales.

Roma, 4. XI. 1950. Disponible en:

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311,
pp. 29313 a 29424

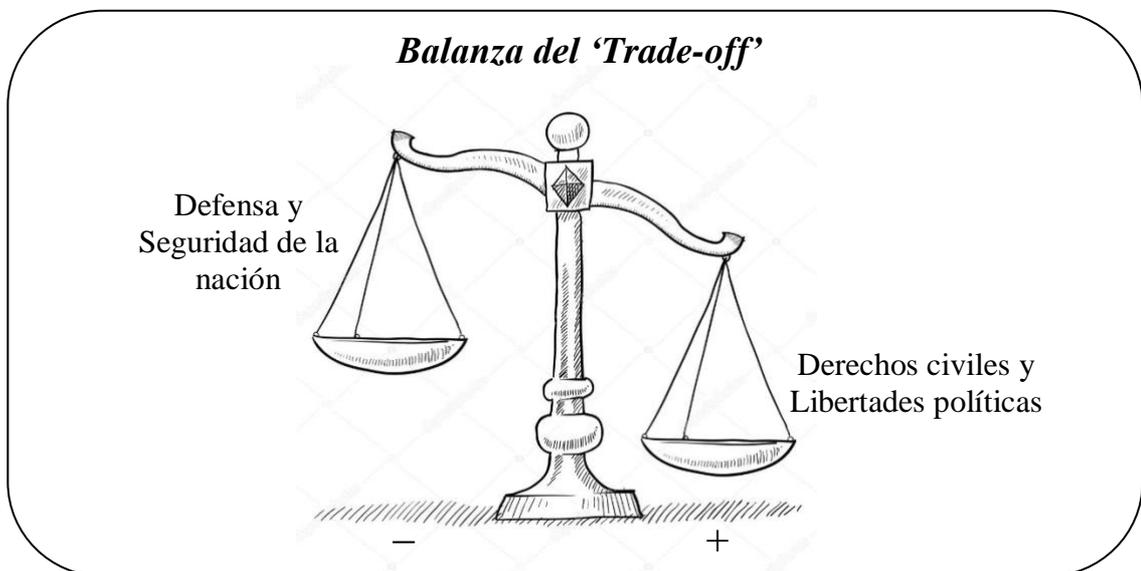
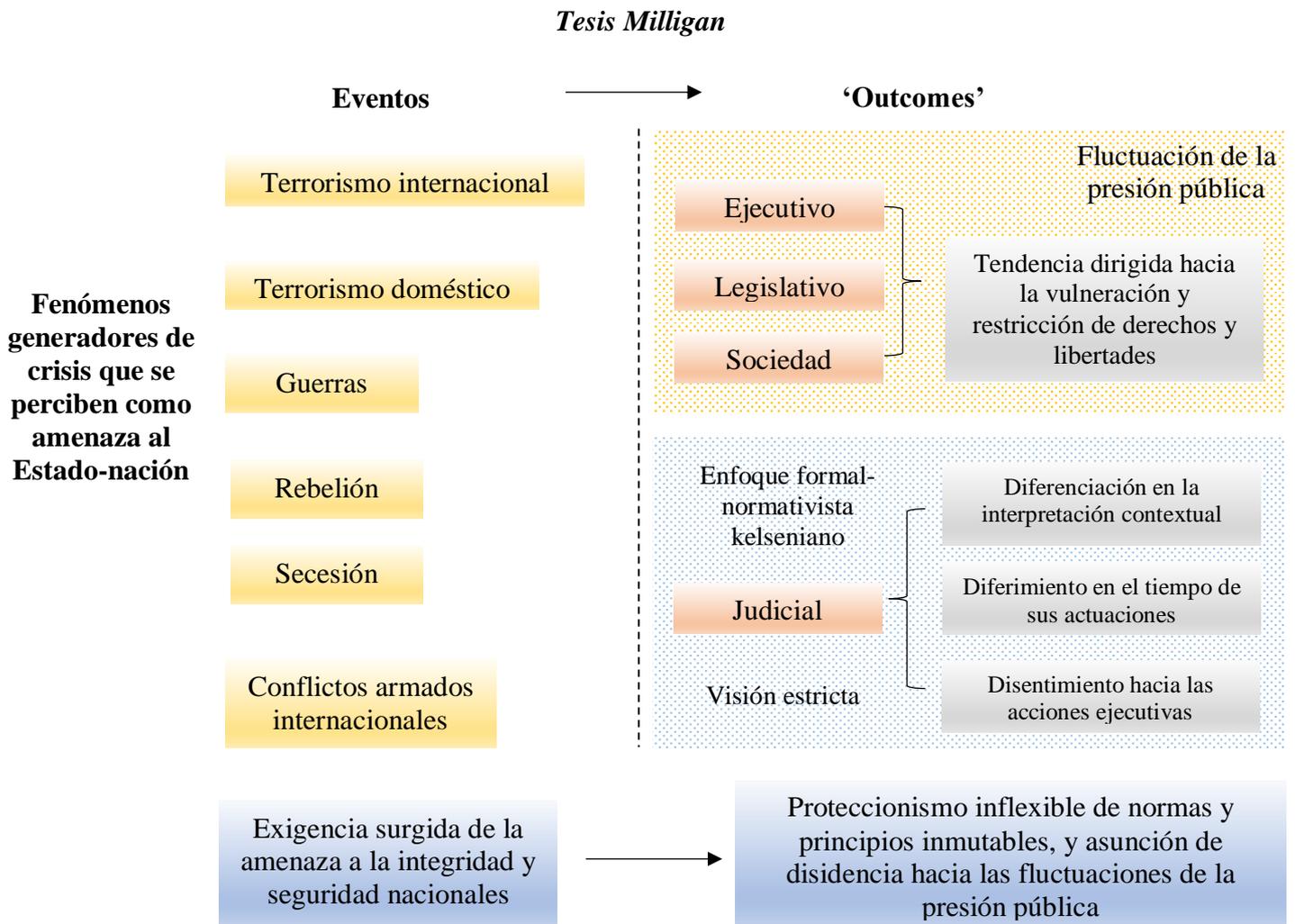
ANEXOS

Anexo 1. Rally Effects entre 1941 a 2001.

Rally Effects" mayores a 10 puntos porcentuales entre 1941 - 2001*					
Presidente	Evento	Ratio de Aprobación antes del Evento	Ratio de Aprobación después del Evento	Rally Effect	Duración
Roosevelt	Pearl Harbor (Diciembre 1941)	72	84	más 12 puntos	30 semanas
Truman	Propuesta de la Doctrina Truman (Marzo 1947)	48	60	más 12 puntos	más de 36 semanas
Eisenhower	Discurso "Atoms for Peace" (Diciembre 1953)	59	69	más 10 puntos	20 semanas
	Firma de la Tregua en Indochina (Julio 1954)	65	75	más 10 puntos	6 semanas
	Cumbre de Ginebra (Diciembre 1959)	67	77	más 10 puntos	5 semanas
Kennedy	Crisis de los misiles en Cuba (Noviembre 1962)	61	74	más 13 puntos	31 semanas
Johnson	Bombardeo de Halts en Vietnam del Norte (Marzo 1968)	36	50	más 14 puntos	19 semanas
Nixon	Discurso sobre la "Vietnamización" (Noviembre 1969)	56	67	más 11 puntos	15 semanas
	Acuerdo de Paz con Vietnam (Enero 1973)	51	67	más 16 puntos	15 semanas
Ford	Incidente Mayaguez (Mayo 1975)	40	51	más 11 puntos	25 semanas
Carter	Toma de Rehenes en Irán (Noviembre 1979)	38	51	más 13 puntos	16 semanas
George H.W. Bush	Invasión Iraquí de Kuwait (Agosto 1990)	60	74	más 14 puntos	8 semanas
	Empieza la Operación Tormenta del Desierto (Enero 1991)	64	82	más 18 puntos	41 semanas
Clinton	Escándalo de Clinton (Enero 1998)	59	69	más 10 puntos	13 semanas
	Impeachment a Clinton (Diciembre 1998)	63	73	más 10 puntos	de 7 a 12 semanas
George W. Bush	Ataques Terroristas (Septiembre 2001)	51	86	más 35 puntos	...

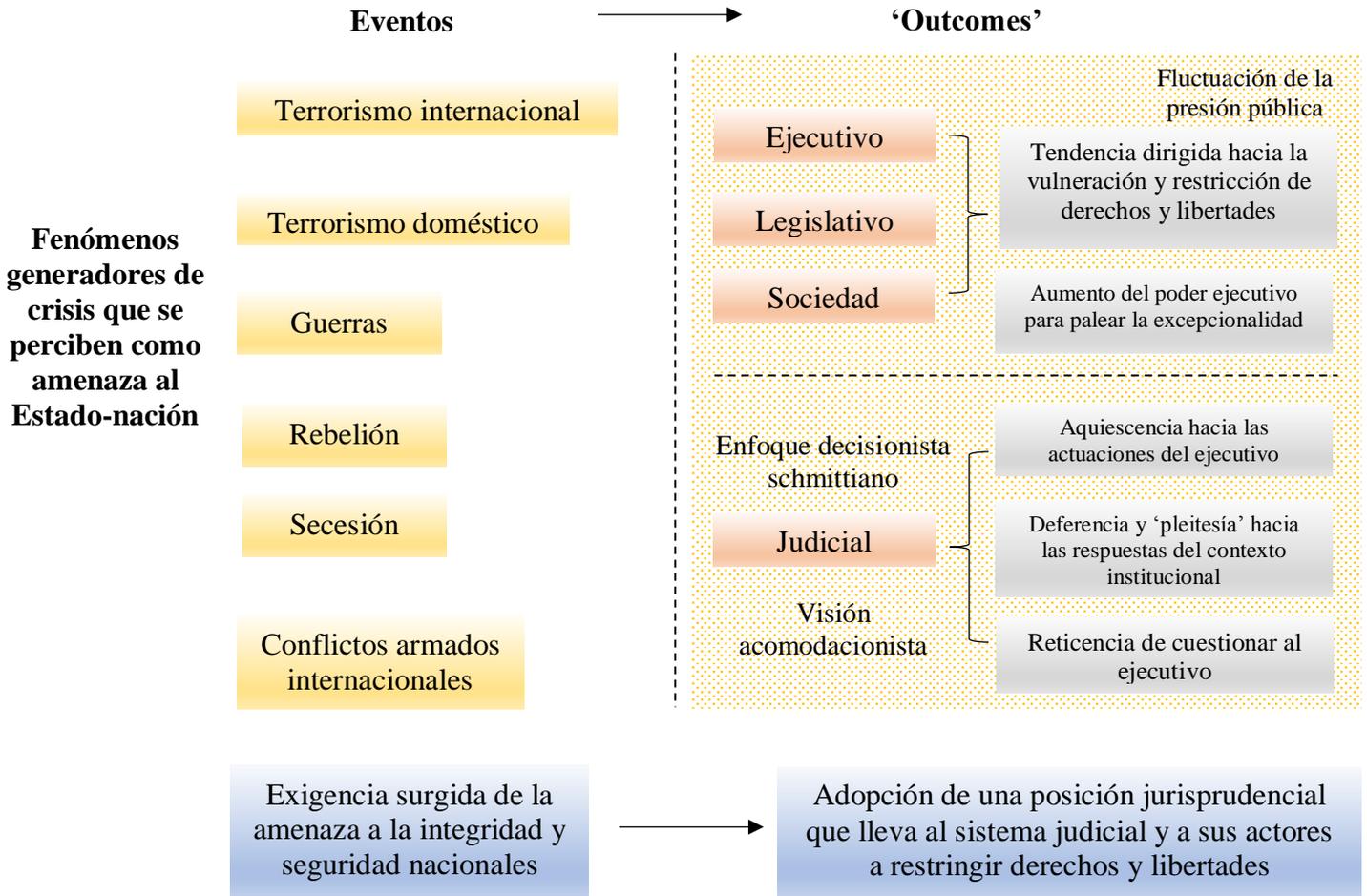
* Información recogida y traducida a partir de David W. Moore, *Bush Job Reflects Record "Rally" Effect*, Sept. 18, 2001; <https://news.gallup.com/poll/4912/bush-job-approval-reflects-record-rally-effect.aspx> (última revisión, 21 de julio de 2018)

Anexo 2. Mecánica explicativa del funcionamiento del sistema judicial desde los fundamentos de la Tesis Milligan. Elaboración propia.



Anexo 3. Mecánica explicativa del funcionamiento del sistema judicial desde los fundamentos de la Tesis de la Crisis. Elaboración propia.

Tesis de la Crisis



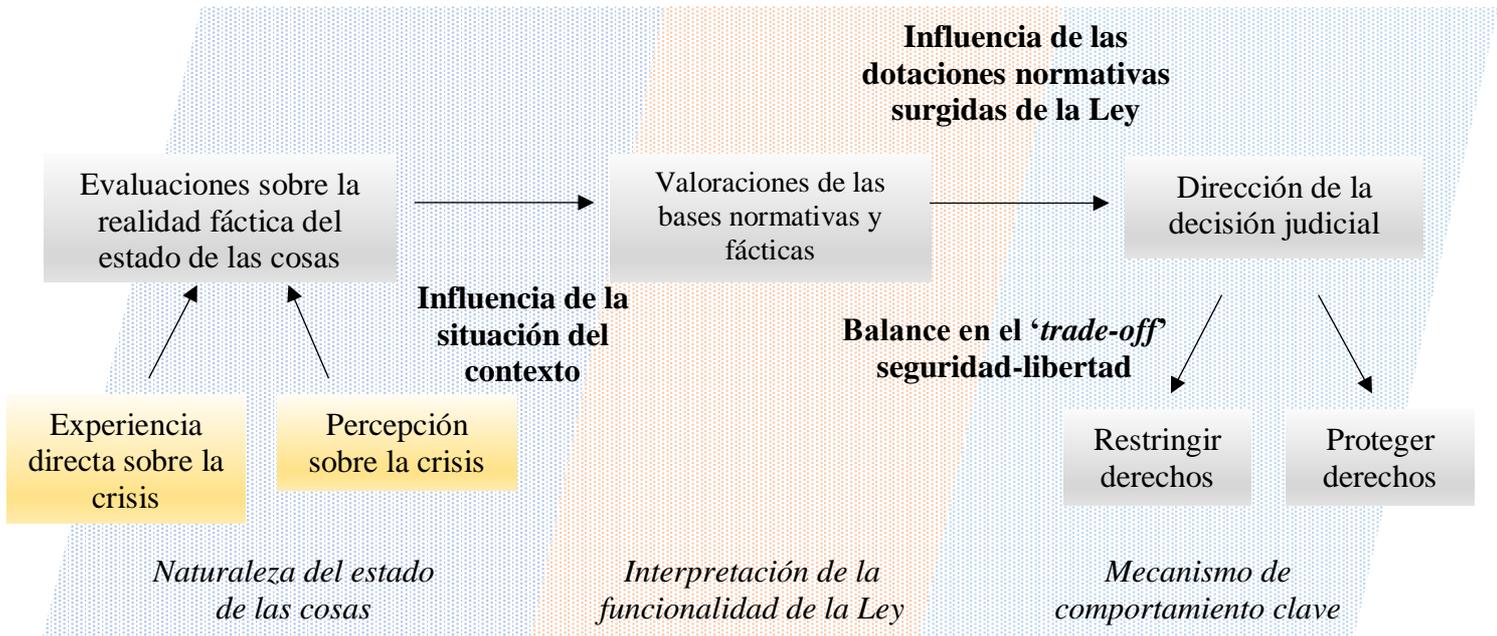
Anexo 4. Resumen de las Características Conceptuales de las Tesis sobre el funcionamiento del Sistema Judicial en Tiempos de Crisis.

Tesis sobre el funcionamiento del Sistema Judicial*		
	Tesis Milligan	Tesis de la Crisis
Definición de su Función	Guardián de derechos inmutables	Tendencia o propensión a restringir derechos y libertades
Origen Jurisprudencial	<i>Ex parte Milligan</i> , 4 Wall. (71 U.S.) 2; 18 L. Ed. 281, 1866	<i>Korematsu v. United States</i> , 323 U.S. 214, 1944
Visión sobre el papel de la Constitución	Estricta	Acomodacionista
Enfoque sobre el funcionamiento del Derecho	Normativismo-formalista Kelseniano	Interpretación Decisionista del orden fáctico Schmittiano
Delimitación del "soberano"	"Poder Jurídico Autorizado", <i>Grundnorm</i> kelseniano	"Aquel que tiene la potestad de decidir sobre la situación de excepcionalidad"
Mecánica y Tendencia	Proteccionismo inflexible y Asunción de Disidencia	Interpretación flexible y Aquiescente con el contexto
Mecanismo de respuesta o posición jurisprudencial	Diferimiento en el tiempo, Diferenciación de interpretación y Dicotimamiento con el ejecutivo	Tendencia de Deferencia y pleistesía a la "legitimación" del sistema
Tradicción	Liberal, académico, normativa	Conservadora, realista, positivista
Principio/precepto preponderante	Libertades políticas y Derechos civiles	Defensa y Seguridad Nacional

**Características y delimitaciones conceptuales de las Tesis sobre el funcionamiento del Sistema Judicial generadas a partir de la literatura y la jurisprudencia norteamericana. Elaboración propia.*

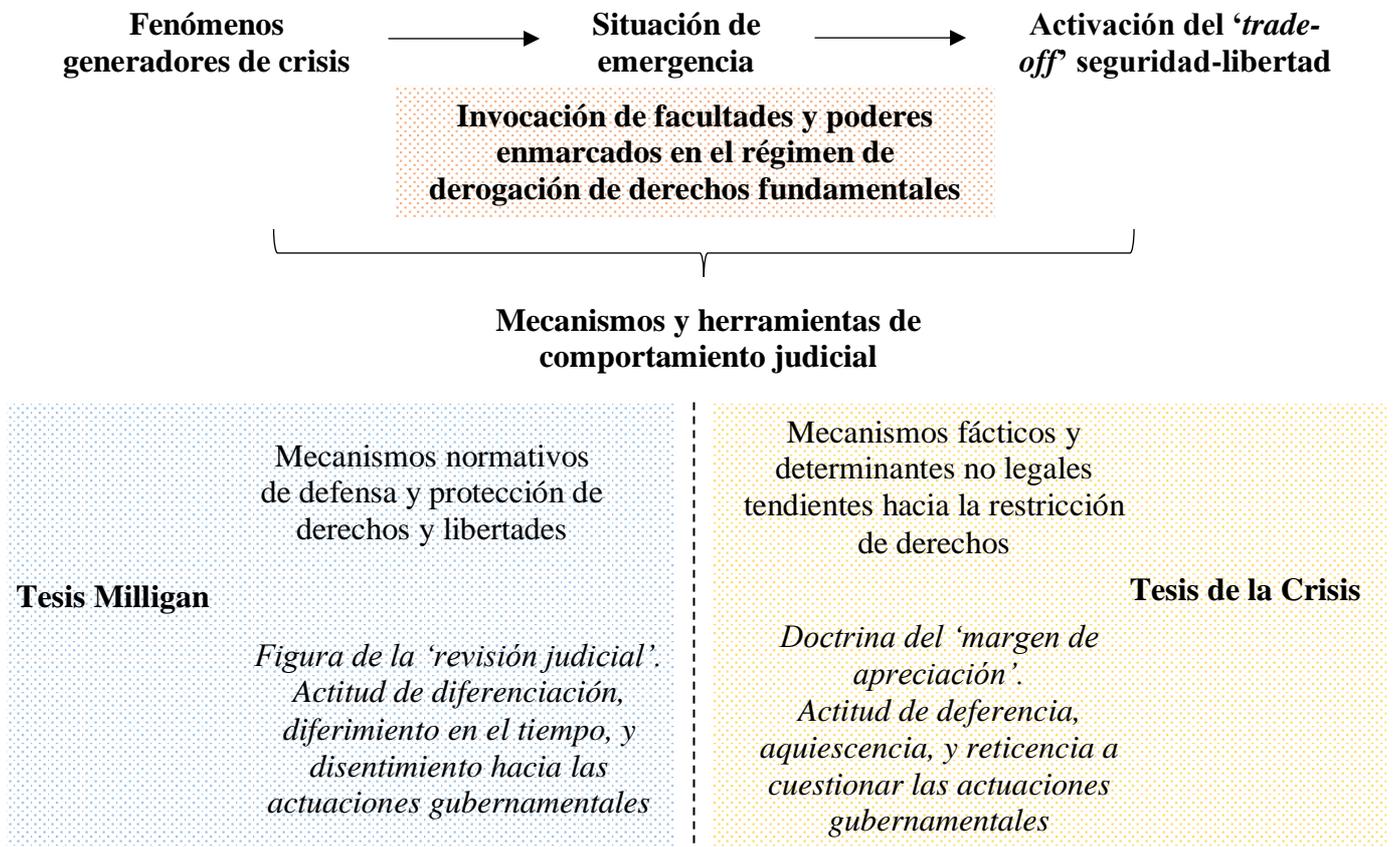
Anexo 5. Modelo general del comportamiento judicial en situaciones de crisis.

Elaboración propia.



Anexo 6. Diagrama de mecanismos del comportamiento judicial en situaciones de crisis.

Elaboración propia.



Anexo 7. Conjeturas sobre el modelo de incentivos de comportamiento judicial en situaciones de crisis. Elaboración propia.

Marco Conceptual de Incentivos desde la perspectiva de la Teoría del ‘Rational Choice’

