

## CAPÍTULO VII

### GOBIERNO DE EMERGENCIA Y RÉGIMEN POLÍTICO<sup>1</sup>

El presente capítulo profundiza en torno a la pregunta sobre la concepción del gobierno de emergencia y la crisis constitucional en la obra de Andrew Arato. La propuesta consiste en partir de la contribución teórica-histórica de Arato sobre el gobierno de emergencia para discutir sus implicaciones en los regímenes políticos latinoamericanos contemporáneos y, en particular, proponer un análisis de las medidas de emergencia establecidas en México y Argentina a raíz de la pandemia global declarada por la Organización Mundial de la Salud, el 11 de marzo del 2020.

No es exagerado afirmar que el tema de la emergencia constitucional aún permanece bastante oscuro en la ciencia política y la teoría constitucional latinoamericana. Los que más han trabajado el tema son los juristas, en el marco de lo que podríamos considerar una corriente jurídica formalista de estudios sobre los regímenes de emergencia en la región. Estos nos ofrecen análisis de casos y, ocasionalmente, algunos estudios comparativos sobre su codificación en diversas constituciones.<sup>2</sup> Sin embargo, desde una perspectiva política más amplia, que incorpore las formas de gobierno, el régimen político y las políticas públicas, los trabajos son escasos y la mayoría versa sobre el siglo XIX. La excepción la constituye el caso de Colombia, sobre el que contamos con el formidable trabajo de Mauricio García Villegas,<sup>3</sup> quien ha demostrado

<sup>1</sup> Una versión más extensa de este capítulo se publicó en María Victoria Crespo, “Gobierno de emergencia y régimen político en la sociología política de Andrew Arato”, en *Colección*, vol. 33, núm. 1, 2022.

<sup>2</sup> Diego Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina*, UNAM, México, 1974; Héctor Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, 2004.

<sup>3</sup> M. García Villegas, *Constitucionalismo perverso: Normalidad y anor-*

cómo la emergencia constitucional devino en un instrumento ordinario de la política gubernamental, y que Colombia, entre 1949 y 1991, estuvo más de treinta años sometida al estado de sitio.<sup>4</sup>

Una segunda corriente, que podríamos llamar histórico-institucionalista, incluye un puñado de interesantes trabajos sobre la codificación de regímenes de emergencia en Hispanoamérica. El pionero fue Brian Loveman,<sup>5</sup> quien desde una perspectiva liberal señalaba que uno de los *fundamentos legales* de los regímenes *tiránicos* decimonónicos era la temprana incorporación constitucional de estados de excepción. Polemizando con este autor, Aguilar Rivera y Negretto<sup>6</sup> argumentaron correctamente desde una perspectiva más republicana que, en realidad, a partir de la década de 1820, la mayoría de las constituciones hispanoamericanas fueron de corte liberal (dejando de lado a las de inspiración bolivariana) y por ende no incorporaron regímenes de emergencia para enfrentar las crisis. Esta situación se modificó con el fortalecimiento del poder presidencial, a partir de la codificación de la emergencia en la constitución chilena de 1833, la cual fue seguida por la argentina, de 1853, y la mexicana, de 1857, bajo la formulación del estado de sitio. Sin embargo, según los autores, el diseño defectuoso de estos artículos condujo a su vez a otros abusos y usurpaciones.<sup>7</sup> Este debate, debe ser

---

malidad constitucional en Colombia, 1957–1997, en B. Sousa Santos y M. García Villegas, (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Análisis socio-jurídico* (pp. 317–368), Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.

<sup>4</sup> García Villegas y R. Uprimny, “El control judicial de los estados de excepción en Colombia”, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Editorial Norma, Bogotá, 2006.

<sup>5</sup> Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny, Regimes of Exception in Spanish America*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1993, p- 4-7.

<sup>6</sup> José Antonio Aguilar Rivera y Gabriel Negretto, “Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship”, en *Cardozo Law Review*, núm. 21, 2000, pp. 1797-1823.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 1797-1798.

complementado con otros estudios que también abordan los poderes de emergencia en el siglo XIX desde una perspectiva institucionalista o jurídico-política.<sup>8</sup> En esta misma corriente, aunque con el gran mérito de haber abarcado el siglo XX, hay que destacar el más reciente trabajo de González Jacomé,<sup>9</sup> sobre los estados de excepción en América del Sur. Se trata de un estudio que abarca los casos de Argentina, Chile y Colombia, desde 1930 a 1990, y que también busca romper con los análisis jurídicos formalistas, incorporando una dimensión histórica, política y discursiva en el estudio de las doctrinas constitucionalistas de los regímenes de excepción. En el marco del siglo xx, existe un conjunto de trabajos que analizan la emergencia constitucional y su utilización por regímenes militares como mecanismo de justificación y legalización de la dictadura.<sup>10</sup>

Para cerrar este breve estado de la cuestión, cabe mencionar otra área de investigación más política y anclada al estudio de los movimientos sociales contemporáneos, liderada por Claire Wright.<sup>11</sup> Wright se ha enfocado en el análisis de la utiliza-

<sup>8</sup> Aguilar y Negretto, *op. cit.*, 2001; María Victoria Crespo, *Del rey al presidente. Poder Ejecutivo, formación de Estado y soberanía en la Hispanoamérica revolucionaria, 1810-1826*, El Colegio de México, México, 2013; María Victoria Crespo, *Dictadura en América Latina. Nueva Aproximaciones Teóricas y Conceptuales*, UAEM, México 2017; Jorge González Jácome, "Emergency Powers and the Feeling of Backwardness in Latin American State Formation", en *American University International Law Review*, vol. 26, núm. 4, 2011, pp. 1073-1106.

<sup>9</sup> Jorge González Jácome, *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2015.

<sup>10</sup> Robert Barros, *Constitutionalism and Dictatorship. Pinochet, the Junta and the 1980 Constitution*. Cambridge University Press, Nueva York, 2002; María Victoria Crespo, "Legalidad y dictadura" en Clara E. Lida, Horacio Crespo y Pablo Yankelevich, *Argentina 1976. Estudios en torno al golpe de Estado*, El Colegio de México, México, 2007; María Victoria Crespo, *op. cit.*, 2017.

<sup>11</sup> Claire Wright, "Going beyond the Roman dictator: a comprehensive approach to emergency rule, with evidence from Latin America", en *Democratization*, vol. 19, núm. 4, 2012, pp. 713-734; Wright, Claire, *Emergency Politics in the Third Wave of Democracy. A Study of Regimes of Exception in Bolivia, Ecuador and Peru*, Lexington Books, Lanham, 2015.

ción de la emergencia constitucional como un mecanismo de represión de la protesta social, principalmente de las formas de resistencia a la minería extractivista o movimientos indígenas en la región andina, en particular, en los casos de Bolivia, Chile, Ecuador y Perú. También hay trabajos que han utilizado el paradigma de la excepción para estudiar casos de populismo dictatorial, como el de Nicaragua.<sup>12</sup> Otra propuesta analítica, también desde la ciencia política, es la de Claudia Heiss,<sup>13</sup> quien ha investigado el tema de la emergencia y su compleja relación con el proceso constituyente en Chile, como contexto constitutivo (estallido social y pandemia) y como resultado del mismo (codificación). Finalmente, cabe puntualizar que, a raíz de las diversas emergencias sanitarias declaradas con de la pandemia actual, se han improvisado algunos ejercicios de corte formalista que analizan de manera descriptiva-comparativa los distintos regímenes de emergencia implementados en América Latina.<sup>14</sup> Desde una perspectiva normativa más crítica y que incorpora las implicaciones en el régimen político, encontramos a Roberto Gargarella<sup>15</sup> y su formulación de “estados de sitio no declarados” con limitación de derechos gestionadas por los presidentes de manera discrecional.

En el marco de este aún nebuloso campo teórico y empírico en torno a la emergencia constitucional en América Latina, propongo retomar una de las discusiones recientes

<sup>12</sup> Catherine Stanford, “Nicaragua and Agamben’s State of Exception: Misunderstood History and Current Crisis”, en *Latin American Policy*, vol. 10, núm. 1, 2019.

<sup>13</sup> Claudia Heiss, 2021. Emergencia y proceso constituyente. La frágil construcción de una salida democrática al choque de legitimidades, en Contreras, Pablo, (ed.), *La ley de la emergencia. Ensayos sobre el derecho, la excepción y la pandemia* (pp. 1-12), DER Ediciones, Santiago de Chile; Heiss, Claudia, “Desafíos de los estados de excepción en el proceso constituyente”, en *Revista Política*, vol. 58, núm. 1, 2020, pp. 57-71.

<sup>14</sup> Andrés Cervantes, Mario Matarrita y Sofía RECA, “Los estados de excepción en tiempos de pandemia: un estudio comparado en América Latina”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 20, 2020, pp. 179-206.

<sup>15</sup> Roberto Gargarella, “Democracy and Emergency in Latin America” en M. Maduro y P.W. Kahn, *Democracy in Times of Pandemic. Different Futures Imagined*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

y más rigurosas sobre el gobierno de crisis y la emergencia constitucional. Sostengo que ese debate puede contribuir a clarificar algunas cuestiones del tema en nuestra región. Se trata de la discusión teórica, política e intelectual referente a los regímenes de excepción que cobró fuerza en los círculos académicos estadounidenses en el contexto posterior al atentado a las Torres Gemelas, el 11 de septiembre de 2001, y la respuesta a la crisis por parte de la administración de George W. Bush (2000-2008). El énfasis está puesto en la contribución de Andrew Arato a aquel debate. Cabe mencionar que, aunado al contexto político, la preocupación académica e intelectual por el tema del estado de excepción, los poderes de emergencia y la dictadura (conceptos que se irán definiendo y diferenciando en este artículo) fue estimulada, también, por la traducción al de *The State of Exception* de Giorgio Agamben, en 2005, publicado originalmente en italiano en 2003, y cuyas tesis causaron un gran revuelo en los círculos de la teoría política y legal estadounidense.<sup>16</sup>

Otra tendencia intelectual fue la revitalización de la tradición del prácticamente extinto derecho público alemán y la relectura de autores como Hans Kelsen, Carl Schmitt y Carl Friedrich. En este rescate, es capital la obra de Jürgen Habermas, quien, paradójicamente, condujo a la lectura y capturó el interés de uno de sus interlocutores implícitos y no confesos, el constitucionalista y nazi alemán, Carl Schmitt, cuya obra fue ampliamente discutida en aquellos años. No es casual que, en ese entonces, se reimprimieron o se publicaron por primera vez en inglés algunas de sus obras más destacadas.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Giorgio Agamben, *Lo stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Turín, 2003; Giorgio Agamben, *State of Exception*, The University of Chicago Press, Chicago, 2005.

<sup>17</sup> Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy*, Duke University Press, Durham, 2004; Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, The University of Chicago Press, Chicago, 2005; Carl Schmitt, *The Concept of the Political. Expanded Edition*, The University of Chicago Press, Chicago, 2007; Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Duke University Press, Durham, 2008

En el contexto de Estados Unidos, también hay que destacar la reedición del brillante libro de Clinton Rossiter<sup>18</sup> sobre la emergencia constitucional en dicho país.

Este capítulo está organizado en tres secciones. La primera aborda la ya aludida reformulación de Arato de la teoría legal de la dictadura de Carl Schmitt, misma que es el paraguas teórico para entender el tema de la emergencia constitucional. En la segunda parte, refiero específicamente su contribución al debate sobre la emergencia y la excepción después del 11 de septiembre en Estados Unidos. Finalmente, en la última sección, utilizo elementos de este debate para hacer una reflexión contemporánea y de coyuntura sobre los gobiernos de emergencia establecidos en México y Argentina en el contexto de la actual pandemia.

Antes de iniciar el recorrido, es importante definir algunos términos. El vocabulario político y jurídico en torno a la emergencia está caracterizado por un uso impreciso de los términos legales y de ciertos conceptos. Como se discutirá más adelante, las opciones en el lenguaje utilizado conllevan una carga semántica (en ocasiones intencional) que hay que evidenciar. Por ejemplo, *emergencia* y *excepción* no son sinónimos, aunque frecuentemente son empleados como tales. Al respecto, sobre la base de la discusión teórica y la bibliografía mencionada en párrafos anteriores, y para transparentar cómo serán utilizados los conceptos en el presente artículo, parto de las siguientes definiciones:

*Emergencia*. Es una situación no anticipada, que ocurre de manera precipitada, que implica una amenaza existencial al orden social y/o político y requiere de acción inmediata. Es decir, se trata de una amenaza real a la existencia, seguridad e integridad pública, puede ser una guerra, una sublevación, una epidemia, un desastre natural, etcétera.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1963.

<sup>19</sup> Ian Zuckerman, "One Law for War and Peace? Judicial Review and

*Excepción:* Es una ruptura, suspensión o transformación del orden legal ordinario vigente. Hay que subrayar que la excepción alude a un vacío respecto al estado de derecho, y no está contemplada en orden legal vigente. Se supone, es una categoría temporal acotada. Una emergencia puede implicar una excepción, pero no necesariamente ya que la emergencia puede estar contemplada en la ley vigente.<sup>20</sup>

*Poderes de emergencia/ emergencia constitucional:* Se trata de la constelación de reglas, normas y facultades *previstas* en el orden jurídico vigente que regulan lo que es admisible para enfrentar la emergencia (puede ser un artículo constitucional, una ley, un decreto, etc.). No hay una suspensión del orden jurídico en su totalidad, sino que se contemplan situaciones específicas.<sup>21</sup>

*Crisis. Gobierno de crisis:* De manera muy sintética, cabe mencionar que en las lenguas occidentales el concepto de crisis deviene del antiguo verbo griego *krino*, que significa decidir, elegir en un momento álgido, era principalmente utilizado con una aplicación médica (escuela hipocrática) y, en menor medida, jurídica o política. Según Koselleck,<sup>22</sup> a finales del siglo XVIII y con la irrupción de las revoluciones modernas, el concepto adquiere una significación histórica precisa, asociada a una fecha. En el siglo XX y, en particular, en América Latina, a partir de la crisis de 1929-1930, el concepto de crisis adquirió una significación estructural (e. g. crisis del modelo económico neoclásico, del modelo agroexportador, crisis del régimen oligárquico, después, crisis del populismo, crisis de la hegemonía, etcétera.). Sin embargo, en nuestro tiempo, hemos presenciado un *uso inflacionario* del concepto, y América

---

Emergency Powers between the Norm and the Exception”, en *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, vol. 13, núm. 4, 2006, p.523.

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> R. Koselleck, *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*, Trotta, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007.

Latina no es la excepción.<sup>23</sup> Hablamos de *crisis* de la economía, del medio ambiente, de la representación política; crisis del neoliberalismo, del populismo; crisis educativa, de seguridad, de relaciones de género, de vínculos sociales, entre otros ejemplos. El uso histórico o estructural del concepto ha sido reemplazado por uno de carácter metafórico, para expresar experiencias de ruptura, decisión y acelerada transformación en prácticamente cada ámbito de la vida social, vaciando el concepto de su contenido más antiguo. Sin embargo, la pandemia mundial ocasionada por el COVID-19 resucitó el uso griego del concepto; aquella situación entre la vida y la muerte que llama urgentemente a una decisión resurgió con fuerza. Pero también nos colocó en la experiencia histórica de una profunda crisis global estructural.

### **Reflexiones postransiciones: de la dictadura a la democracia, de la democracia a la dictadura en la obra de Arato**

Al arrancar el milenio, mientras la sociología y la teoría política estaban dominadas por la teoría democrática y la bibliografía en torno a la transición, Arato centró su atención en su *aparente* opuesto: la dictadura. Arato<sup>24</sup> escribió dos artículos, uno, publicado en *Social Research*, en el año 2000, bajo el sugestivo título “Good-bye to Dictatorships?” y otro manuscrito que permaneció inédito varios años, “Conceptual history of dictatorship (and its rivals)” y que fue incluido en el libro ya citado, editado por Peruzzotti y Plot.<sup>25</sup>

En el primero de estos artículos, como ya he señalado, Arato nos propone el enfoque de la *teoría legal de la dictadura*. También

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>24</sup> Andrew Arato, “Good-bye to Dictatorships?”, en *Social Research*, vol. 67, núm. 4, 2000, pp. 925-955.

<sup>25</sup> Enrique Peruzzotti y Martin Plot, *Critical Theory and Democracy*. Civil Society, dictatorship and constitutionalism in Andrew Arato’s democratic theory, Routledge, Londres, 2013.



hemos visto en capítulos anteriores que, para Arato, Estados Unidos no es ajeno a esta teoría. Contra el mito de la continuidad constitucional, y siguiendo a Bruce Ackerman en *We the People*, Arato sostiene que este país también ha tenido episodios en los que ha estado al límite de la legalidad y *cerca* de al menos tres de los cuatro tipos de dictadura: la legal (suspensión de *habeas corpus* en situaciones de crisis), la revolucionaria (sin cruzar del todo el límite y con un claro sentido de autolimitación durante la convención constituyente), y la tesis, más atrevida, de que el episodio de Lincoln durante la Guerra Civil y su *executive proclamation*, fueron un cuasi autogolpe, al limitar por unos meses la actividad del Congreso con motivo de la crisis. Si bien no es posible hablar de dictadura en su significación moderna en Estados Unidos, en el sentido de establecimiento de un régimen inconstitucional duradero, ha habido momentos en que se incurrió en ilegalidades y en la supresión de la separación de poderes, con una primacía muy marcada del poder ejecutivo sobre el Congreso y la Suprema Corte.

### **Reflexiones tras el 9/11: el estado de excepción, la emergencia constitucional y el presidencialismo**

Casi premonitoriamente, Arato publica ese trabajo sobre la dictadura unos meses antes del ataque a las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001. El ataque terrorista y la subsecuente respuesta por parte de la administración republicana de George W. Bush, concretamente la orden militar del 13 de noviembre de 2002 (junto con el *Patriotic Act* aprobado por abrumadora mayoría del Congreso) fue percibida por la opinión pública crítica como la instauración de un régimen de excepción en detrimento de los derechos civiles.<sup>26</sup> Se trató, efectivamente, de un gobierno de emergencia que cruzó los

<sup>26</sup> Ver: Federal Register: November 16, 2001 (Volume 66, Number 222), Presidential Documents, p. 57831-57836, Military Order of November 13, 2001, <https://fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>

límites de la legalidad con la detención indefinida de no-ciudadanos (*noncitizens*) considerados sospechosos de actividades terroristas, así como la creación de tribunales militares de emergencia (ya utilizados durante la Guerra Civil y la Segunda Guerra Mundial). Estos hechos generaron un intenso debate tanto en la academia como en las esferas públicas estadounidenses. En este contexto, cabe hacer referencia al corpus de tres artículos que Arato publicó en *Constellations*, entre el 2002 y 2007, que sintetizan su lectura sobre el paradigma del gobierno de emergencia en Estados Unidos.<sup>27</sup> El primero de estos artículos, “Minima Politica after September 11”, consiste en una serie de fragmentos en los que Arato reflexiona sobre la política estadounidense inmediatamente después del ataque terrorista, esto, siguiendo la obra de Adorno, en *Minima Moralia*, y con base en el metaforismo de que hay contextos en los que no se puede ofrecer una síntesis de la realidad o dar cuenta de la totalidad, sino que solamente es posible acercarse a ella mediante fragmentos que ni siquiera puedan leerse juntos de manera coherente. En estos segmentos, un conmovido Arato introduce algunos de los temas que van a articular su visión de la política estadounidense en ese contexto: el paradigma de la emergencia, la política presidencial y el riesgo de la dictadura.

El lector habrá notado que Arato emplea el concepto de *emergencia* en lugar de el de *excepción*. Como señalé al inicio es importante definir y diferenciar la excepción y la emergencia, en general, y en el pensamiento de Arato. El estado de excepción es una concepción que se asocia al pensamiento de Carl Schmitt, quien utiliza este concepto para definir la

<sup>27</sup> Andrew Arato, “Minima Politica after September 11”, en *Constellations, An International Journal of Critical and Democratic Theory*, vol. 9, núm. 1, 2002, pp. 46-52; Andrew Arato, “The Bush Tribunals and the Specter of Dictatorship”, en *Constellations, An International Journal of Critical and Democratic Theory*, vol. 9, núm. 4, 2002, pp. 457-476; Andrew Arato, “Their creative thinking and ours: Ackerman’s *Emergency Constitution* after Hamdan”, en *Constellations, An International Journal of Critical and Democratic Theory*, vol. 13, núm. 4, 2006, pp. 546-572.

soberanía, *el soberano es quien decide en el estado de excepción*. La excepción schmittiana, para Arato, sugiere una especie de vacío legal ya que denota el orden de la decisión pura que no responde a orden normativo alguno. Por ende, Arato es muy renuente a usar este concepto. En su lugar, utiliza la formulación de la emergencia, tanto en los poderes, como en el gobierno. La emergencia sugiere un peligro real, una amenaza a la existencia, integridad y seguridad. En términos políticos, la emergencia es una amenaza temporaria al orden jurídico-político que requiere una pronta respuesta. El estado de emergencia es la constelación de prácticas, reglas, instituciones formales y materiales con las que cuenta el gobierno para actuar durante la crisis; sus poderes son aquellas facultades usualmente conferidas al ejecutivo para enfrentar la crisis por un tiempo limitado.<sup>28</sup>

El artículo que opera como transición teórica entre las reflexiones de Arato sobre la dictadura y los procesos jurídico-políticos en Estados Unidos en el contexto posterior al ataque terrorista y, en mi opinión, su trabajo más importante en la materia es “The Bush Tribunals and the Specter of Dictatorship”, publicado en *Constellations* en el año 2002. Una de las afirmaciones más fuertes de Arato (que ya había formulado en múltiples conferencias y seminarios en la New School pero que en dicho artículo inscribió en papel) es que Estados Unidos ha estado cerca de la dictadura en varias ocasiones. Cabe mencionar que, junto con William Safire<sup>29</sup>, Arato es el único teórico que ha osado utilizar la *D word* para referirse al régimen político estadounidense. Arato observa que históricamente la constitución material de Estados Unidos, en sentido kelseniano, ha dejado el gobierno de emergencia en manos del poder ejecutivo y que, en momentos de crisis, tien-

<sup>28</sup> Zuckerman, *op. cit.*, 2006.

<sup>29</sup> W. Safire, “Seizing Dictatorial Power”, en *The New York Times*, noviembre 15, 2001, <https://www.nytimes.com/2001/11/15/opinion/essay-seizing-dictatorial-power.html>

de a escapar el control de los otros poderes (o en todo caso el control del poder judicial se produce *después* de la emergencia mediante la jurisprudencia). En este marco, el presidente resulta fortalecido a partir de la crisis, por lo que ha ido desarrollando “un interés material en el conflicto externo y en las crisis internas”.<sup>30</sup>

Estados Unidos carece de un régimen de emergencia constitucional *formal*. El único mecanismo mencionado en la constitución es la suspensión del *habeas corpus*. En este marco, la mejor fuente para entender el gobierno de emergencia en Estados Unidos sigue siendo el brillante libro de Clinton Rossiter. Según Rossiter, el gobierno de emergencia en Estados Unidos ha operado, históricamente, sobre tres fundamentos: 1) la adhesión al paradigma de la normalidad y una hostilidad liberal a la incorporación y codificación de poderes de emergencia a la constitución, por ende, 2) la ausencia de institucionalización de un régimen de emergencia, y 3) la selección histórica del presidente para enfrentar las crisis, dejando tanto la personalidad del presidente en cuestión como las instituciones y procedimientos existentes, como el punto focal de este tipo de gobierno.<sup>31</sup>

En su análisis sobre la dinámica histórica de los regímenes de emergencia en Estados Unidos, Arato, sobre la base de la lectura de Rossiter, observa la siguiente lógica: 1) la ruptura de la legalidad por parte del poder ejecutivo (el ejemplo paradigmático es Lincoln durante la Guerra Civil, en la Reconstrucción fue el Congreso); 2) la aceptación por parte de las otras ramas de gobierno *durante* la crisis; 3) el repudio parcial por parte de las otras ramas de gobierno al poder ejecutivo, pero *después* de la crisis, lo cual contribuye al establecimiento o restablecimiento de límites al gobierno de emergencia mediante la jurisprudencia, y 4) una tendencia histórica a largo plazo hacia formas cada vez más autoritarias de regímenes de emergencia. Lo anterior

<sup>30</sup> Andrew Arato, “The Bush Tribunals...”, 2002, p. 458.

<sup>31</sup> Rossiter, *op. cit.*, 1963, p. 211.

está en tensión con el hecho de que la *amenaza* real en el territorio de Estados Unidos ha ido disminuyendo desde la Guerra Civil, pasando por los japoneses en territorio estadounidense durante la Segunda Guerra Mundial, y los presuntos terroristas en el contexto posterior al 11 de septiembre.

En el punto tres, el poder judicial es fundamental. Los fallos históricos de la Suprema Corte han sido los siguientes: *Ex parte Milligan* (1866), después de la Guerra Civil, el fallo que distinguió entre “zonas de guerra” y “zonas donde las cortes normales pueden operar” y por ende prohibió los juicios de civiles (y la ley marcial) por comisiones militares dónde y cuándo la ley ordinaria puede operar. Sin embargo, como contraparte y como precedente, *se autorizaron las comisiones militares*, y no se estableció claramente qué constituía una zona de guerra.<sup>32</sup> Durante la siguiente gran crisis, la Segunda Guerra Mundial, esta distinción fue borrada parcialmente por *Ex parte Quirin*, que estableció una excepción a *Ex parte Milligan* para los espías y sabotadores extranjeros (*unlawful combatants*). La orden presidencial de 1942 que estableció comisiones después del arresto, y en territorio continental de Estados Unidos (fuera de zonas de guerra), tenía una legalidad dudosa frente a *Ex parte Milligan*. Más aún la detención de más de cien mil japoneses-americanos (un tercio de ellos con nacionalidad estadounidense) a quienes se les violó el derecho de *habeas corpus* y fueron detenidos en campos de concentración durante la guerra, constituyó una violación más seria de la ley, a pesar de haber sido sostenida por dos (lamentables) fallos de la Suprema Corte: *Hirabayashi v. United States* (1943) y *Korematsu v. United States* (1944).<sup>33</sup> Corrigiendo el camino, en *Duncan v. Kahanamoku*<sup>34</sup> (1946, después de la Guerra) la Suprema Corte declaró que había sido inconstitucional haber

<sup>32</sup> Ver: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/71/2>

<sup>33</sup> *Korematsu v. United States*, 1944. <https://www.landmarkcases.org/cases/korematsu-v-united-states>

<sup>34</sup> *Duncan v. Kahanamoku*, 327 U.S. 304, 1946. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/304/>

mantenido la ley marcial en Hawái cuando ya no era una zona de guerra y liberó a dos personas. *Duncan*, la *Milligan* de la Segunda Guerra Mundial, rectificó el rumbo y la vigencia del fallo de 1866.<sup>35</sup> En 1952, *Youngstown Co. v. Sawyer*<sup>36</sup>, continuó en esa dirección estableciendo que el poder ejecutivo, como comandante en jefe, no podía tener las mismas facultades en el ámbito doméstico que en el exterior.

La discusión anterior, apunta a otra pregunta, también formulada por Arato, sobre qué tipo de régimen de emergencia es el más adecuado para Estados Unidos. Sobre esta pregunta, se estructura el último artículo de este momento del pensamiento de Arato, publicado en 2006, después de la histórica decisión de la Suprema Corte, *Hamdan v. Rumsfeld*,<sup>37</sup> que viene a insertarse en la tradición jurídica de *ex parte Milligan*, *Duncan* y *Youngstown*. En este fallo la Suprema Corte declaró que las comisiones militares establecidas por la administración Bush para juzgar a los detenidos de la Bahía de Guantánamo carecían del poder para proceder porque sus estructuras y procedimientos violaban tanto la justicia militar (*Uniform Code of Military Justice*) como el artículo 3º. de la Convención de Ginebra firmada en 1949. Según Arato, la “gran decisión” de la Suprema Corte incomodó en su momento a todas las posiciones sobre el gobierno de emergencia en Estados Unidos (Arato 2006). Para Arato, en un espectro ideológico de derecha a la izquierda, es posible identificar las siguientes posturas:<sup>38</sup>

- a) *Los autoritarios* promotores de los poderes inherentes al poder ejecutivo incluyendo aquellas facultades bélicas y de emergencia que no le han sido conferidas explícitamente

<sup>35</sup> Arato, *op. cit.*, “The Bush Tribunals...”, 2002, p. 464.

<sup>36</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. et al. v. Sawyer*. *Sawyer v. Youngstown Sheet & Tube Co. et al.* 343 U.S. 579, 1952. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/579>

<sup>37</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, Secretary of Defense, et al., 548 U.S. 557, 2006. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/548/557>

<sup>38</sup> Arato, *op. cit.*, 2006, pp. 546-547.

al Congreso, en cuyo extremo más duro están los defensores del *unitary executive* o el *sole organ*, cuyo exponente académico más representativo fue en aquel momento John Yoo, y en el terreno de la política Dick Cheney.<sup>39</sup>

b) *Los realistas lockeanos* quienes defienden una versión moderna de la prerrogativa “extra-legal” del poder ejecutivo, el derecho de excepcionalmente violar o romper la ley en casos de crisis. Acciones que deben ser sostenidas o corregidas *después de la crisis* por el poder legislativo o el poder judicial, sentando jurisprudencia para actuar en tiempos de emergencia. Mark Tushnet es uno de los mejores exponentes de esta postura.<sup>40</sup>

c) *Los ortodoxos legalistas* que defienden una continuidad constitucional y la capacidad de la Suprema Corte de actuar *durante* la crisis. En este grupo pueden ubicarse por un lado a los defensores más radicales de los derechos civiles o libertarios civiles, como David Cole y Laurence Tribe, y en otro grupo a los dualistas institucionalistas que proponen una versión de la teoría de las tres zonas del juez Robert Jackson.<sup>41</sup>

d) *Los reformistas radicales*, quienes proponen que la constitución de Estados Unidos, tanto la material como la formal, debe ser modificada para lidiar con las emergencias graves y reemplazar la práctica de aumentar continuamente el poder presidencial para gestionar las crisis. Según Arato, Bruce Ackerman es el representante más importante de esta vertiente.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> J. Yoo, *The Powers of War and Peace*, Chicago University Press, Chicago, 2005.

<sup>40</sup> M. Tushnet, *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, Durham, 2005.

<sup>41</sup> L. H. Tribe, y P. O. Gudridge, “The Anti-Emergency Constitution” en *Yale Law Journal*, núm. 113, 2004, pp. 1801-1870; COLE, David, “In Case of Emergency”, en *New York Review of Books*, 2006.

<sup>42</sup> Bruce Ackerman, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, New Heaven, 2006.

En este contexto, la tesis más provocativa de Arato en este momento —y que sostiene después con la aventura en Irak— es que el gobierno de emergencia en Estados Unidos tiene que ser entendido en el marco más amplio de la *dinámica del poder presidencial* en dicho país. En otras palabras, no es solamente un problema jurídico (en este punto, en su opinión sí sería deseable una codificación como propone Ackerman, aunque con diferencias formales con este último) sino también marcadamente político.

Hemos visto en capítulos anteriores que basándose en varios trabajos sobre la historia del presidencialismo en Estados Unidos, el análisis de Arato en torno a la presidencia parte de la idea de que el ascenso del poder de la presidencia, ha acentuado la paradoja de su simultánea fortaleza y debilidad política y estructural. Esto se suma al ya mencionado papel de liderazgo (imperial) de Estados Unidos en la política internacional que genera, según Arato, una dinámica muy peculiar en el presidencialismo de este país generando una interpenetración entre asuntos domésticos y externos.<sup>43</sup> La presidencia imperial estadounidense —que nació en la Segunda Guerra Mundial, creció y se nutrió durante la Guerra Fría— estaba en crisis y debilitada (en el caso de Bush Jr. ni siquiera con mayoría electoral directa), cuando “Bin Laden y sus secuaces llegaron al rescate”.<sup>44</sup> La campaña en Afganistán y el deseo de la mayoría de los estadounidenses de apoyar a su líder en tiempos de crisis, restauraron una presidencia que iba directo al fracaso. El punto fundamental para Arato es cómo la emergencia termina fortaleciendo a la presidencia. Más aún, señala que “el ejecutivo ha desarrollado objetiva y quizás también subjetivamente un interés en el gobierno de crisis”.<sup>45</sup> Sin em-

<sup>43</sup> En esta observación se centra su crítica a la propuesta de codificación de Bruce Ackerman, quien casi ingenuamente busca identificar un espacio de emergencia doméstica, al margen de la política exterior y las facultades presidenciales, como si esto fuera realmente posible.

<sup>44</sup> Arato, *op. cit.*, *Minima Politica...*, 2002, p. 465.

<sup>45</sup> Arato, *op. cit.*, *Civil Society...*, 2002, pp. 465-466.



bargo, para Arato, el punto fundamental es que, durante 2001 y el subsecuente gobierno de emergencia de 2002, no había ya crisis, y eso implicaba un peligro constitucional mayor, lo que explica también la posterior *invención* de las armas de destrucción masiva en Irak. Como he señalado en capítulos anteriores, Arato sostiene que el ejecutivo de Estados Unidos objetivamente (y quizás en ocasiones también intencionalmente) ha utilizado las crisis y su posición privilegiada en la conducción de las relaciones internacionales como una *válvula de escape* de los conflictos políticos internos y sus déficits de legitimidad.

### **Reflexiones (¿pos?)pandemia: la normalización de la emergencia en México y la normalización de la excepción en Argentina**

En este artículo propuse considerar las contribuciones en torno al tema de la emergencia y el régimen político de la teoría política de Andrew Arato, como un punto de partida para pensar los gobiernos de emergencia establecidos en América Latina a raíz de la pandemia ocasionada por el COVID-19, en particular, los casos de Argentina y México. Se propone una reflexión comparativa entre estos dos casos porque se ubican en los dos extremos del espectro de gestión de la pandemia en cuanto a la intensidad de las medidas de confinamiento y control gubernamental, pero además porque a través de la comparación es posible identificar cuestiones que de otra forma pueden pasar desapercibidas. La tesis más sustancial de Arato es que el tema del gobierno de emergencia en Estados Unidos tiene que ser entendido en el marco más amplio de la dinámica del poder presidencial. En otras palabras, no es solamente un problema jurídico sino también político. No obstante, para hacer el salto analítico hacia América Latina, hay que fijar un terreno común, más allá del sistema presidencial compartido con Estados Unidos.

El primer contraste (y posible objeción) que salta a la vista es que, a diferencia de Estados Unidos, los países latinoameri-

canos históricamente han incluido diversos artículos de emergencia en sus constituciones. Sin embargo, hay que subrayar que tanto México como Argentina poseen un paradigma de la emergencia constitucional decimonónico, bajo la formulación del estado de sitio. En el caso argentino, se trata del artículo 23<sup>46</sup> de la Constitución de la Nación Argentina, y en el de México, el artículo 29.<sup>47</sup> Ambas formulaciones prevén el estado de sitio o la suspensión de las garantías constitucionales en caso de guerra externa o conmoción o perturbación interior. A diferencia de otros países (como el caso de Chile o Colombia), estos artículos no han sido actualizados para incorporar formulaciones más recientes como el estado de catástrofe o el estado de emergencia, que permite matizar el tipo de emergencia y encauzar, regular y limitar las acciones para gestionar la crisis.

Por otro lado, tanto en Argentina como en México, el uso del estado de sitio o la suspensión de las garantías constitucionales son evitados por la connotación autoritaria que conllevan. En el caso de Argentina, el uso y abuso de esta

<sup>46</sup> “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.”

<sup>47</sup> “En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.”

medida—por ejemplo, fue la norma sobre la que se *justificó* el último golpe y régimen militar—<sup>48</sup> ha convertido el estado de sitio en una provisión con tintes de dictadura y conlleva un alto costo político. Por su parte, en México, el artículo incluido en la constitución revolucionaria de 1917 nunca ha sido empleado, evidenciando una cultura jurídica liberal, al estilo de los legalistas ortodoxos de Estados Unidos, que deshecha de entrada la opción de utilizar dicha medida. La renuencia a utilizar el artículo constitucional existente pone a estos países en un escenario en el que se simula la ausencia de un régimen constitucional de emergencia y, por ende, de manera simultánea se produce una situación similar a la de Estados Unidos. En ese contexto, como en Estados Unidos, se activa otro mecanismo: la delegación por parte del Congreso en el poder ejecutivo para gestionar la emergencia.

La segunda posible objeción es que el debate referido en Estados Unidos se produjo a partir de un ataque terrorista, y en el caso más reciente se enfrentó una pandemia. Como vimos, una emergencia es una situación no anticipada, una amenaza real a la existencia, seguridad e integridad pública. Si bien los datos estadísticos no son comparables, entre otras cosas, por la falta de transparencia o la ineficiencia en el registro —en México el subregistro en los contagios confirmados ha sido oficialmente reconocido por el gobierno—, las cifras del 2020 demuestran la magnitud de la epidemia por COVID-19 en ambos países (Tabla 4). No cabe duda de que tanto Argentina como México enfrentaron una crisis sanitaria, pero habría que preguntarse si en estos casos se implementaron los mecanismos o *poderes de emergencia* más eficaces para controlar la crisis o si, siguiendo a Arato, se activaron también intereses políticos objetivos y subjetivos en la gestión de la pandemia.

<sup>48</sup> Crespo, *op. cit.*, 2007.

**TABLA 4**  
**CIFRAS DE LA PANDEMIA EN ARGENTINA Y MÉXICO**  
 (HASTA EL CORTE DEL 1 DE OCTUBRE DE 2021)

	CASOS ACUMULADOS	FALLECIMIENTOS	POBLACIÓN TOTAL EN MILLONES
Argentina	5,256,902	115,179	45.38
México	3,880,549*	290,870*	128.9

Fuente: Emergencia sanitaria. Decreto 260/2020, Argentina, 2020; Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), Diario Oficial de la Federación, México, 2020.

En el caso de Argentina, la emergencia ocasionada por la pandemia fue gestionada a través del conglomerado de Decretos de Necesidad y Urgencia emitidos por el poder ejecutivo entre marzo 2020 y diciembre de 2021. El *régimen de excepción* fue establecido por el Decreto N. 260/220,<sup>49</sup> en marzo del 2020, por un año, acompañado por el cierre de fronteras (DNU 277/2020), y su vigencia fue extendida por la prórroga emitida en el DNU 167/2021. El decreto y prórroga declara la *emergencia sanitaria*, restringe las libertades individuales, así como las actividades económicas y públicas, e incluye una confusa espiral de excepciones. Es importante enfatizar la terminología jurídica empleada para referirse al decreto en las normas como *régimen de excepción*, y remito a las ya mencionadas connotaciones autoritarias y de vacío legal de esta noción.

Durante la pandemia, hubo una muy escasa actividad legislativa en Argentina, el Congreso no se reunió regularmente, generando de facto una delegación de poderes y de gestión de la crisis en el poder ejecutivo y el Ministerio de Salud. Por otra parte, la prolongada extensión temporal del DNU 260/20 significó una *normalización del régimen de excepción*. Es decir, la sus-

<sup>49</sup> Emergencia sanitaria. Decreto 260/2020, Argentina, 2020. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-260-2020-335423/texto>

pensión del orden legal vigente mediante decreto del poder ejecutivo en materia de derechos constitucionales fundamentales como el libre tránsito se extendió durante casi dos años, y en todo caso cuando se flexibilizó (en las mesetas de la curva de la pandemia o en el momento preelectoral) fue por alguna excepción local, regional o provincial al régimen de emergencia. El discurso oficial en torno a la excepción evidenció una cultura jurídica más autoritaria, en contraste con la mexicana, que remite a su vez a la historia política del peronismo, caracterizado por un liderazgo personalista y paternalista, que se hizo presente en varias declaraciones y exabruptos del presidente Fernández, incluyendo regaños, así como amenazas de castigo y de uso de la fuerza a quienes no acatasen su decreto.

En el caso de México, la emergencia sanitaria nacional fue declarada por el Consejo de Salubridad General, encabezado por el presidente Andrés Manuel López Obrador, a través de un comunicado publicado en el *Diario Oficial de la Federación*.<sup>50</sup> El gobierno mexicano optó por un manejo técnico de la pandemia en manos de especialistas y epidemiólogos, es decir, los tecnócratas del sector salud. La breve emergencia sanitaria implicó un confinamiento voluntario desde el 30 de marzo al 29 de mayo de 2020. Ésta involucró recomendaciones laxas de quedarse en casa en la medida de lo posible, mantener la *sana distancia* y las medidas de higiene, así como la suspensión de actividades no esenciales. Por su parte, la Secretaría de Educación Pública ordenó la suspensión de clases en todos los niveles educativos. Durante la emergencia, el gobierno continuamente enfatizó que no habría ejército ni fuerzas de seguridad en las calles, ni toques de queda o retenes. El énfasis del discurso gubernamental fue puesto en el respeto a las libertades y derechos individuales, y en que no habría suspensión alguna de los mismos, asimismo, fue sensible a las

<sup>50</sup> Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), Diario Oficial de la Federación, México, 2020.

necesidades económicas y laborales de la ciudadanía. A partir de junio del 2020, se declaró la llamada *nueva normalidad*, y se estableció un sistema descentralizado de semáforos de riesgo COVID-19<sup>51</sup> por estado, para regular la actividad económica y los aforos. La única medida de emergencia que sí se prolongó fue la suspensión de clases en todos los niveles educativos, desde marzo del 2020 hasta junio de 2021. Por lo tanto, la acotada emergencia sanitaria nacional fue seguida por lo que oficialmente se denominó *nueva normalidad*, un paradigma que significó retomar las actividades productivas, comerciales y de servicios, así como la normalidad administrativa e institucional en todos los niveles y ramas del gobierno. El caso mexicano puede ser interpretado, entonces, como un proceso de *normalización de la emergencia*, es decir, se optó por normalizar el riesgo y la amenaza del COVID-19 como parte de una nueva realidad cotidiana de la población mexicana.

Para cerrar cabe considerar, siguiendo a Arato, el manejo de la pandemia y la política presidencial. A diferencia de Argentina, donde el presidente Alberto Fernández mantuvo un gran protagonismo en la gestión de la emergencia, buscando erigirse como el protector de la salud de los argentinos —incluyendo, sin embargo, un protagonismo por escándalos por el vacunatorio VIP y fiestas privadas en la Residencia de Olivos en pleno confinamiento—, Andrés Manuel López Obrador delegó enteramente la gestión de la pandemia al Subsecretario de Salud, Hugo López Gatell Ramírez, vocero e imagen oficial de la política gubernamental en materia de la pandemia. En otras palabras, López Obrador, de manera estratégica, apartó su imagen pública y política de la pandemia (posiblemente a partir de un cálculo correcto de que poco podría beneficiarse de la crisis en términos de contagios y defunciones que se

<sup>51</sup> A partir del indicador de un conjunto de indicadores, principalmente la ocupación hospitalaria, el semáforo de riesgo COVID-19 califica los estados de la república en una escala de luz verde (el menor riesgo), amarillo, naranja, y rojo (mayor riesgo).

avercinaban). Incluso, AMLO optó, en ocasiones, por boicotear (¿burlarse?) irresponsablemente su propia política de estado, recomendando amor y abrazos, aferrándose a sus amuletos en pleno pico de la pandemia, en marzo del 2020, y minimizando el riesgo del COVID-19, que tanta muerte trajo a la población mexicana.

**TABLA 5**  
COMPARATIVO DE LA EMERGENCIA Y EL RÉGIMEN POLÍTICO  
EN ARGENTINA Y MÉXICO

	Argentina	México
Gobierno de emergencia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Emergencia sanitaria</i> reglamentada a través de un conglomerado de DNU que restringen las libertades individuales, actividades económicas y públicas, Decreto 260/2020</li> <li>• Congreso no se reúne regularmente, escasa actividad</li> <li>• Ley de poderes especiales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Breve emergencia sanitaria nacional a través de un comunicado de la Secretaría de Salud</li> <li>• <i>Nueva normalidad</i></li> <li>• Protocolos Sanitarios</li> <li>• Semáforos COVID-19</li> <li>• Suspensión de clases en todos los niveles</li> <li>• Normalidad administrativa e institucional en gobierno</li> </ul>
Poderes de emergencia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Delegación de poderes en el poder ejecutivo</li> <li>• Ministerio de Salud</li> <li>• <i>Régimen de excepción</i> Normalizado del DNU 260/20 con prórrogas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Delegación de poderes en el poder ejecutivo</li> <li>• Secretaría de Salud</li> <li>• Normalidad institucional</li> </ul>
Política presidencial	Protagonica, paternalista, autoritaria	Negacionista, laxa
Ciudadanía	Clientelar	Informal
Cultura y discurso jurídico en torno a la emergencia	Autoritario	Liberal

Fuente: elaboración propia.