

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y SUS MÁRGENES DE ACCIÓN DURANTE LA VIGENCIA DE UN ESTADO DE EXCEPCIÓN

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (*)

Sumario: I. Algunas consideraciones generales. II. ¿Quién y bajo qué razones se ameritan jurídicamente la declaración de un estado de excepción? el tratamiento de estos temas en el derecho comparado y el limitado margen aparentemente otorgado al juez peruano. 2.1. *Las razones por las cuales jurídicamente se justifica la declaración de un Estado de Excepción y las personas responsables de tomar este tipo de decisión en el Derecho Comparado.* 2.2. *El desarrollo de estas materias en el Perú y el riesgo de encontrarnos ante una actuación presidencial suficientemente controlada.* III. ¿Qué es lo que se afecta durante la vigencia de un estado de excepción? ¿cuáles son los alcances de dicha afectación? ¿es éste un tema adecuadamente abordado en el Perú? ¿qué podría hacer el juez constitucional al respecto? 3.1. *La restricción de algunos derechos como la única alternativa jurídicamente admisible.* 3.2. *El deficiente tratamiento dado a este tema en el Perú y sus eventualmente preocupantes repercusiones.* IV. ¿Cuáles serían entonces los alcances de una eventual revisión judicial de los estados de excepción? una breve panorámica de las posiciones existentes al respecto. 4.1. *Anotaciones Preliminares.* 4.2. *La Tesis Negativa frente a una eventual revisión jurisdiccional de las medidas de Excepción.* 4.3. *La progresiva aparición de la Teoría del Contralor Judicial Parcial.* 4.4. *Los Límites de la Teoría del Contralor Judicial Parcial y la aplicación de posturas que promueven un Contralor Judicial Amplio.* V. ¿Bajo qué criterios debe llevarse un eventual control jurisdiccional de la declaratoria de un estado de excepción o de las medidas dictadas a su amparo? lo previsto en el derecho comparado sobre el particular. VI. Algunos apuntes adicionales sobre el estado de la cuestión.

(*) Profesor de las Universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, Lima y Garcilaso de la Vega. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura.

I. Algunas consideraciones generales

Diariamente y en diversas partes del mundo se presentan acontecimientos de tipo social o político, situaciones que a veces adquieren tal gravedad que incluso parecen poner en riesgo la vigencia y permanencia de los elementos considerados centrales dentro de todo Estado Constitucional que se precie de serlo, las cuales son a saber la limitación del poder, el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución ⁽¹⁾. La preocupación por preservar tan relevantes aspectos ha llevado a que desde el constitucionalismo liberal se haya planteado recurrir como última y extrema alternativa lo que hoy se conoce con el nombre genérico de Estados de Excepción, a través de los cuales se procede, y como consecuencia de una decisión en la cual suelen participar los gobiernos y congresos de los diferentes estados, temporal y coyunturalmente a limitar el normal ejercicio de algunas libertades ciudadanas.

La posibilidad de instaurarlos en ciertos muy especiales supuestos es actualmente un tema consensualmente aceptado incluso en importantes tratados destinados a la protección internacional de Derechos Humanos. Prueba de ello es lo previsto en el primer inciso del artículo cuarto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el primer apartado del artículo veintisiete de la Convención Americana de Derechos Humanos o el primer inciso del artículo quince de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales. Es también una materia incluida en las constituciones de diversos estados del mundo, recibiendo en ellos diversos nombres (Estado de Emergencia, Estado de Sitio, Estado de Alarma, Estado de Guerra Alarma, etc.) Las últimas constituciones peruanas también tienen previsiones al respecto, tal como lo establece, por ejemplo, el artículo ciento treinta y siete del Texto de 1993.

Resultando innegable la necesidad de que existan estos instrumentos dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos de cada país, no podemos dejar de expresar nuestra preocupación por el distorsionado uso de estas instituciones, sobre todo en América Latina. De hecho, la historia latinoamericana lamentablemente demuestra cómo muchas veces no se ha utilizado los Estados de Excepción para salvar al Estado Constitucional sino más bien han

(1) LUCAS VERDÚ, Pablo. "Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes". En: Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político. Universidad de Salamanca, Mayo, Octubre, 1957, p. 99.

sido empleados para cometer abusos que dejan de lado su finalidad y sentido. Sin duda en algunos casos la continua inestabilidad de las instituciones políticas más importantes de nuestros países ha obligado a diversos gobiernos de la región a emplear reiteradamente estos mecanismos para hacer frente a disturbios internos, alteraciones del orden público o actividades de movimientos subversivos, guerrilleros o terroristas. Sin embargo, lamentablemente muchos son los gobiernos que han buscado justificar abusivos recortes del ejercicio de algunos derechos fundamentales a través de la declaración de Estados de Excepción y el desarrollo de una serie de acciones a su amparo.

Lo ocurrido en el Perú en esta materia es por demás aleccionador. Coincidimos con quienes señalan que buena parte de nuestra historia —o por lo menos, de aquella que podríamos calificar como la más reciente— se ha desarrollado en Estados de Excepción y de extraconstitucionalidad ⁽²⁾. Gobiernos democráticamente elegidos y de los otros usaron con frecuencia recursos como el de la “suspensión de garantías” —previsto por el artículo 70° de la Constitución de 1933— o leyes “de emergencia” ⁽³⁾, instrumentos cuya finalidad primordial no era la de fortalecer las instituciones democráticas nacionales sino la de proporcionar un marco legal para la persecución de los opositores políticos o de la represión de las movilizaciones populares, sobre todo las de carácter sindical. Es recién durante los once años del autodenominado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas en que, conjuntamente a la dación de decreto de “suspensión de garantías”, se introduce la figura de los Estados de Emergencia, aunque la motivación de esta nueva institución legal no fue en los hechos muy distinta a la de sus antecesoras en lo que podríamos llamar la evolución de los Estados de Excepción en el Perú.

En la década de los ochenta, la aparición de movimientos subversivos como Sendero Luminoso o el Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA) va a originar, en principio, cambios en la motivación para la declaratoria de los Estados de Excepción en el Perú, pero lamentablemente sin que ello haya producido significativos avances en cuanto al respeto a los derechos fundamentales de todos nuestros ciudadanos durante la vigencia de dichos regímenes excepcionales. Todo lo contrario: ante la incapacidad de las autoridades civiles para diseñar y encabe-

⁽²⁾ GARCÍA SAYÁN, Diego (Ed.) *Estados de Emergencia en la Región Andina*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987, p. 95.

⁽³⁾ Nos referimos en este punto a normas como la Ley de Emergencia, que rigió entre 1932 y 1945; o al Decreto Ley 110499, o Ley de Seguridad Interior, vigente entre 1949 y 1956.

zar una estrategia antisubversiva integral que derrote el accionar subversivo, progresivamente se va entregando esta tarea a las Fuerzas Armadas.

En su combate contra la delincuencia terrorista, las Fuerzas Armadas desarrollaron una labor casi siempre apoyada en acciones meramente represivas, acciones que muy pronto los llevaron a incurrir en graves e injustificables violaciones a los Derechos Humanos. En este contexto, las llamadas "Zonas de Emergencia" cumplieron muchas veces el penoso papel de servir como manto para la impunidad de hechos tan execrables como los cometidos por los grupos subversivos. La libertad personal fue indudablemente uno de los derechos menos respetados en estas coyunturas, máxime en un país en el cual sus autoridades siempre han sido proclives a restringir un completo ejercicio de tan importante derecho. Y ya dentro de la vigencia del Estado de Emergencia, dichas medidas de carácter excepcional han servido para justificar detenciones abiertamente arbitrarias, casi siempre acompañadas por torturas y otros vejámenes a la integridad y dignidad del arrestado.

Es en un contexto tan peligroso como complejo como éste que cabe preguntarse si cabe o no algún nivel de control ejercido por el juez constitucional a estas situaciones y qué alcances podría tener la labor contralora de dicho juzgador. La coyuntura recientemente esbozada nos lleva entonces a formularnos una serie de interrogantes, las cuales aquí siquiera brevemente intentaremos responder. Pasemos pues a acometer esa tarea de inmediato.

II. ¿Quién y bajo qué razones se ameritan jurídicamente la declaración de un estado de excepción? el tratamiento de estos temas en el derecho comparado y el limitado margen aparentemente otorgado al juez peruano

2.1. Las razones por las cuales jurídicamente se justifica la declaración de un Estado de Excepción y las personas responsables de tomar este tipo de decisión en el Derecho Comparado

Desde incluso antes de la elaboración de importantes estudios como el Martins ⁽⁴⁾ o el Questiaux ⁽⁵⁾, universalmente se ha vinculado la declaratoria

⁽⁴⁾ Estudio efectuado por el entonces relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la década de los setenta.

de Estados de Excepción a acontecimientos muy particulares que pongan en riesgo la vida misma de la nación. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 4.1 hace referencia a «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida misma de la nación». La Convención Americana por su parte, hablará de casos de «guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado» (artículo 27.1). En cualquiera de estos casos se coincide en que nos encontramos ante una decisión estatal del mas alto nivel, con la participación de sus gobiernos y congresos, participación que se manifiesta de diversas maneras en cada país.

La doctrina señala por lo menos tres tipos de situaciones consensualmente aceptadas como generadoras de amenazas a la vida de una nación, y por ende, reconocidas como justificaciones válidas para la imposición de un Estado de Excepción: la guerra (aún cuando su existencia no es expresamente admitida por la carta de las Naciones Unidas ⁽⁶⁾), las perturbaciones del orden público y las calamidades naturales. Algunos estudios buscan además considerar a las dificultades económicas como otro elemento que pueda justificar la declaración de un Estado de Excepción, pero coincidimos con la mayoría de especialistas en la materia cuando anotan que este tipo de medidas únicamente pueden constituir causas indirectas para la implantación de dichos regímenes ⁽⁷⁾. Finalmente, los alcances del concepto «amenaza a la vida de la nación» fueron explicitados por la Comisión Europea de Derechos Humanos ⁽⁸⁾, como “la

⁽⁵⁾ Estudio presentado en 1982 por la primera Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Estados de Excepción.

⁽⁶⁾ En la carta de la ONU, aprobada luego de las dos conflagraciones mundiales (de 1914-1918 y 1939-1945 respectivamente), la guerra es un fenómeno expresamente prohibido, pero coincidimos con O'DONNELL cuando señala que tipo de conflicto armado puede constituir motivo suficiente para la declaración del - Estado de Excepción en las naciones integrantes del Pacto Internacional de Derechos Humanos, siempre y cuando represente una grave e inminente amenaza a la vida de dichos países. Ver al respecto O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de Derechos Humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas. 1989. pp. 398-399.

⁽⁷⁾ *Ibíd.* pp. 398-399.

⁽⁸⁾ Cabe anotar que actualmente, luego de la modificatoria introducida a la regulación existente sobre el particular, ya no existe la Comisión Europea de Derechos Humanos, pudiendo en principio cualquier ciudadano, luego de agotar la vía interna en alguno de los Estados parte,

existencia de un peligro excepcional (situación por la cual las medidas o restricciones normalmente permitidas para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud y el orden sean claramente inadecuadas), e inminente que afecta a la población en su totalidad, causando así importantes consecuencias para la vida organizada de la comunidad”⁽⁹⁾.

Frente a estas consideraciones, el informe Questiaux, luego de asumir lo planteado por la Comisión Europea, añadirá que un peligro sólo podrá considerarse como excepcional si «las medidas y restricciones normalmente autorizadas por los instrumentos (internacionales de derechos Humanos) en tiempos ordinarios son claramente insuficientes para mantener el orden público»⁽¹⁰⁾. Señalará finalmente que la referencia a una «amenaza que afecta a la población entera» supone la existencia de una circunstancia que afecta la seguridad física de dicho grupo humano, la integridad territorial de la nación o el funcionamiento de sus instituciones públicas⁽¹¹⁾.

Buena parte de las consideraciones que aquí hemos expresado han sido recogidas por los textos constitucionales de los diferentes países del orbe, entre los cuales se encuentra el Perú, por lo menos a nivel formal, no aparece como una excepción.

2.2. El desarrollo de estas materias en el Perú y el riesgo de encontrarnos ante una actuación presidencial suficientemente controlada

Y es que si revisamos lo desarrollado en el artículo ciento treinta y siete de la Constitución peruana de 1993, rápidamente apreciaremos cómo las dos

reclamar la protección de sus derechos directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello por cierto no ha descalificado la pertinencia de su argumentación y aportes en la mejor tutela de los derechos humanos recogidos en el mecanismo de protección regional europeo.

⁽⁹⁾ Así podríamos sintetizar los términos en que se pronuncia la Comisión Europea en los célebres casos «Lawless» y «Grecia». Ver al respecto los documentos de la Comisión Europea de Derechos Humanos, Serie B, 1960-1961 p. 82 y O'DONNELL, Daniel. Op. Cit. p. 400.

⁽¹⁰⁾ Informe Questiaux, párrafos 55 y ss. también figura en O'DONNELL, Daniel. Op. Cit. p. 400.

⁽¹¹⁾ Coincidimos con O'DONNELL cuando señala que en este punto el informe Questiaux asume el mismo criterio que el ya sustentado en el párrafo 141 del Informe Martins. Ver al respecto O'DONNELL, Daniel. Op. Cit. p. 400.

formas o manifestaciones de los Estados de Excepción previstos en el ordenamiento jurídico peruano, denominados en nuestro país Estados de Emergencia y Estados de Sitio, en líneas generales receptionan parámetros como los recientemente reseñados.

Una rápida mirada de lo prescrito en el actual Texto Constitucional peruano parece absolver las preguntas sobre quién y cuándo puede declarar un Estado de Excepción ciñéndose a las pautas previstas al respecto en el Derecho Comparado. En esta misma línea de pensamiento, una revisión de los motivos que justificarían la declaración de un Estado de Excepción en el Perú, nos permite apreciar como para el caso de los Estados de Emergencia aquí se habla de perturbación de la paz, el orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación (artículo ciento treinta y siete inciso primero). Por otro lado, y como supuestos que habilitarían declarar un Estado de Sitio en el Perú —alternativa hasta hoy afortunadamente no puesta en práctica en nuestro país- se mencionan a las situaciones de invasión, guerra exterior, guerra civil, o al peligro inminente que dichas situaciones finalmente se produzcan (artículo ciento treinta y siete inciso segundo).

Salvo algún riesgo de indefinición en aquello de “graves circunstancias que afecten la vida de la Nación o peligro inminente de invasión o guerra”, bien podríamos afirmar que estamos ante consideraciones difícilmente cuestionables. Sin embargo, esa posible falta de claridad puede tomar connotaciones bastante complejas si la concordamos con el tratamiento dado al tema de quien puede declarar un Estado de Excepción en el Perú.

Tal como está planteado en la actual Constitución peruana, la posibilidad de declarar un Estado de Excepción en nuestro país es una potestad discrecional del Presidente de la República que solamente admite un control previo (el acuerdo del Consejo de Ministros) y uno posterior de tipo político a través del Congreso, ya que, como veremos luego con mayor detalle, el mismo Texto Constitucional en comento ha buscado hacer de la declaratoria de un Estado de Excepción una cuestión Política no justiciable ⁽¹²⁾. Si tomamos en cuen-

⁽¹²⁾ El artículo 200 *in fine* de la Constitución de 1993 señala lo siguiente: “(...) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. **No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio**” (el énfasis es nuestro).

ta la proverbial ineficacia del control intraórgano sobre el quehacer presidencial que ha significado el Consejo de Ministros ⁽¹³⁾, y añadimos a ello la lamentablemente frecuente confusión existente aquí entre las facultades discrecionales de quién cuenta con autoridad y una supuesta puerta abierta a que dicha autoridad asuma conductas arbitrarias utilizando como pretexto el contar con esas atribuciones discrecionales ⁽¹⁴⁾, pronto apreciaremos que a nuestro Presidente de la República le es relativamente fácil declarar un Estado de Excepción sin que realmente exista una justificación y un control previo suficiente.

Aparentemente cerrado desde la misma Constitución de 1993 el escenario jurisdiccional ⁽¹⁵⁾, nos queda entonces solamente la posibilidad de control

⁽¹³⁾ Sobre la ineficacia del control intraórgano de nuestro Consejo de Ministros, es de mucho interés: VILLARÁN, Manuel Vicente. “Responsabilidad constitucional de los Ministros”. En: *Posición constitucional de los Ministros en el Perú*. Lima, Colegio de Abogados de Lima, 1994. Por otro lado, también aconsejamos revisar nuestros trabajos: “Algunas notas sobre la evolución del presidencialismo latinoamericano a la luz de lo previsto por la Constitución Peruana de 1993”. En: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol. No. 20/21. Valencia, 1997; “Notas acerca de la evolución del presidencialismo latinoamericano a la luz de lo ocurrido en el caso peruano sobre el particular”. En: Europa del Este-América Latina. Estatuto del individuo y sistema de gobierno. Primer encuentro de constitucionalistas de América Latina y Europa del Este. Wrocław, Universidad de Wrocław, 2002; “Presidencialismo latinoamericano: sus alcances, los riesgos que genera a la plena vigencia del Estado de Derecho y algunas notas sobre la viabilidad de las propuestas planteadas al respecto”. En: *Constitucionalismo y Derechos Humanos*. Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Grijley, 2002; “Las relaciones Congreso-Gobierno y la eficacia del Sistema Judicial en el Perú”. En: Quo Vadis, Lateinamerika? Berlín, Fundación Konrad Adenauer, 2003.

⁽¹⁴⁾ La distinción entre lo discrecional y lo arbitrario así como las confusiones en que ha incurrido el Tribunal Constitucional al respecto, pueden observarse en nuestro trabajo “Órganos constitucionalmente autónomos y la pertinencia de una revisión de sus fallos en sede jurisdiccional peruana”, trabajo que aparece en este mismo libro.

⁽¹⁵⁾ Sin embargo, cabe anotar como ya el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado en algún caso interpretaciones que en aras de apuntalar su carácter de supremo intérprete de la Constitución actualmente vigente, ha rescatado para sí la posibilidad de revisar decisiones que no podrían ser cuestionadas en sede jurisdiccional de efectuarse una lectura literal de la Carta Magna hoy en funciones.

Ello es lo que ocurrió en casos como el «Aurelio Pun Ama» (Expediente N° 1100-2000-AA/TC) o el «Diodoro Antonio Gonzáles Ríos», resuelto por el Alto Tribunal el 7 de Noviembre del año 2002. Ambos casos han sido analizados en detalle en nuestro libro «Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso», al cual rogamos remitirse si se buscan mayores precisiones al respecto.

político a cargo del Congreso ⁽¹⁶⁾, a través del hasta hoy discutido y discutible mecanismo del “dar cuenta”. Como todos sabemos en el Perú, los alcances del “dar cuenta” aquí rara vez han pasado de ser una mera comunicación de lo ya hecho por el Presidente a los congresistas para que éstos luego convaliden lo previamente efectuado o decidido. Ciertamente es que el actual reglamento del Congreso busca realizar algunas precisiones al respecto. Sin embargo, nada de lo allí previsto aborda directamente el tema del control de la actuación presidencial vinculada a los Estados de Excepción.

Es por ello que resulta realmente preocupante la opinión asumida por el actual Congreso peruano frente a la vigencia de la Ley de control parlamentario de los actos normativos del Presidente de la República, Ley 25397. Como es de conocimiento general, esta norma fue aprobada por el Congreso en Febrero de 1,992. El entonces Presidente Alberto Fujimori consideró que dicha norma constituía un inconstitucional recorte al desarrollo de las actividades que le correspondía desempeñar y observó la ley en comento, la cual finalmente fue promulgada por el Congreso. Fujimori utilizó ese hecho junto a algunos otros para intentar justificar su “autogolpe” de Abril de 1,992 pero curiosamente jamás la derogó.

Lo expuesto implicaba pues que debía entenderse que la Ley 25397 continúa hasta hoy vigente, y por lo mismo, se tiene plenamente expedita una pauta sobre cómo puede ejercerse el control parlamentario sobre la actuación presidencial cuando declara o prorroga un Estado de Excepción, o como cuando dicta alguna medida a su amparo. Hay sin duda varios preceptos de la Ley 25397 que habrían perdido vigencia en tanto ya existen disposiciones posteriores que versan sobre esos mismos temas en un sentido distinto al de la norma que venimos comentando, en rigurosa aplicación del principio de que, si aborda una misma materia, la norma posterior desplaza a la anterior.

Sin embargo, ello no ha ocurrido en este caso en concreto.

Sorprende entonces muchísimo la postura asumida por el actual Congreso peruano al considerar que en un contexto como el aquí descrito toda la Ley 25397 se encuentra derogada, decisión a la cual incluso podía entendersele

⁽¹⁶⁾ Sobre la diferencia entre control político y control jurisdiccional, ver ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y control del poder*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995.

como una abdicación de su propia capacidad de control en un tema tan relevante como éste. Si la limitación del poder, traducida entre cosas en el establecimiento de eficaces mecanismos de control a las competencias que nos hayan sido asignadas, es un elemento central en la configuración de todo verdadero Estado Constitucional, nos encontramos pues ante preocupaciones que bajo ningún concepto pueden ser soslayadas, salvo mejor parecer.

III. ¿Qué es lo que se afecta durante la vigencia de un estado de excepción? ¿cuáles son los alcances de dicha afectación? ¿es éste un tema adecuadamente abordado en el Perú? ¿qué podría hacer el juez constitucional al respecto?

3.1. La restricción de algunos derechos como la única alternativa jurídicamente admisible

Ahora bien, ya habíamos adelantado que eran varias las preguntas que buscaríamos absolver en torno al tema aquí planteado. Algunas de esas interrogantes indudablemente se encontrarán vinculadas a qué es lo afectado durante la vigencia de un Estado de Excepción y cuáles son los alcances de esa afectación.

Conocida es la vieja polémica existente dentro del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre que si lo que se afecta durante la vigencia de un Estado de Excepción son los derechos o sus garantías, entendidas estas últimas en esta controversia como los procesos constitucionales de la libertad explícitamente previstos para la tutela de aquellos derechos.

Esta polémica, que para algunos puede resultar poco relevante, tiene para nosotros gran importancia, pues permite dilucidar con que instrumentos contamos para enfrentar los abusos que pudieran efectuarse contra algunos ciudadanos residentes en aquellas comunidades en donde se ha implantado uno de estos regímenes excepcionales. Creemos que pocos textos como éste de Francisco Eguiguren, explicitan las consecuencias prácticas que puede originar el optar por una u otra posición en temas tan delicados (aún cuando él aquí en rigor se está refiriendo a la libertad e integridad personal y no efectúa la que para nosotros es una indispensable distinción entre restricción y suspensión de derechos, tema que luego abordaremos con mayor detalle):

«si lo que se suspende son los derechos, ello implica que durante el período de emergencia las autoridades políticas o policiales pueden impedir o restringir el ejercicio de los derechos incursos en la suspensión, pero ello no imposibilita que se interponga un Hábeas Corpus y que mediante éste el Juez pueda corregir o reparar los excesos o arbitrariedades que en un caso concreto hubieran cometido las autoridades (tesis del Contralor Judicial Parcial o Contralor Judicial Completo). En cambio, si lo que se suspende son las garantías, cualquier Hábeas Corpus que durante el período de emergencia se interponga en defensa de los derechos incursos en la restricción, resultará necesariamente ineficaz y será declarada improcedente (tesis negativa)»⁽¹⁷⁾.

Lo que resulta aún más lamentable es que la declaración de improcedencia a la cual Eguiguren hace referencia se efectuaría sin ninguna posibilidad real de que los afectados, en estos casos en situación de total indefensión, puedan cuestionar las posibles arbitrariedades cometidas por la autoridad, la cual así aprovecha el amplio y casi incontrolable marco de acción que le concede el régimen excepcional así diseñado. Coincidimos entonces con quienes señalan que debe rescatarse para las equivocadamente denominadas “acciones de garantía” su papel como «instrumentos procesales que el ciudadano puede utilizar para que se examine judicialmente la razonabilidad y, en general, la legitimidad de determinadas medidas adoptadas dentro del marco de un Estado excepcional. En otras palabras, son las “acciones de garantía” el mecanismo para que la rama jurisdiccional del Estado pueda conocer si una medida concreta está bien o mal aplicada pudiendo determinar, eventualmente, los abusos de poder en los que se haya incurrido»⁽¹⁸⁾.

La polémica existente al respecto surgió en nuestra opinión como consecuencia de un equívoco: durante el proceso de la revolución Francesa, por propiciarse un mayor énfasis a la inserción de los derechos en los textos constitucionales de la época, se asumió que todos aquellos derechos ya recogidos en una constitución, ya estaban por ello suficientemente garantizados. Se iden-

⁽¹⁷⁾ EGUIGUREN, Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1990. pp. 119-120.

⁽¹⁸⁾ GARCÍA SAYÁN, Diego. *Hábeas Corpus y Estados de Emergencia*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988. p. 28.

tificaba entonces como si fuese uno solo dos conceptos que claramente son diferentes ⁽¹⁹⁾.

Hoy la moderna doctrina constitucional ya ha remarcado la diferencia entre las atribuciones y libertades que el Estado reconoce u otorga a los ciudadanos y los instrumentos procesales necesarios para la protección judicial de dichas libertades y atribuciones, pero lamentablemente esta arraigada confusión conceptual ha causado y sigue causando grandes dificultades para preservar los valores propios del Estado Democrático de Derecho durante la vigencia de regímenes de excepción en países como el Perú.

Es más, actualmente, y luego de la emisión de la Opinión Consultiva 8-87 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, progresivamente se ha ido generando un mayor consenso al respecto, concluyéndose que en un Estado de Excepción lo que en estricto podría ser restringido no son ni las garantías ni los derechos (considerados consustanciales a la persona), sino el cumplimiento de aquellas obligaciones asumidas por los Estados partes del Pacto Internacional o la Convención Americana que se encuentran dirigidas a asegurar a quienes vivan dentro de sus respectivos territorios un pleno y efectivo ejercicio de algunos de sus derechos ciudadanos ⁽²⁰⁾.

El sentido de estas disposiciones, según la misma Corte Interamericana, es el de facultar a los gobiernos para que, durante la vigencia de estos regímenes excepcionales, puedan aplicar medidas restrictivas de algunos derechos y libertades que en condiciones normales no hubieran podido ser llevadas a la práctica, o cuya ejecución hubiera estado sometida a requisitos mucho más rigurosos ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Una breve y excelente explicación de estos fenómenos se encuentra en LAZZARINI, José Luis. «Estados de Sitio: Facultades del Poder Ejecutivo». En: *Debates Parlamentarios*. Buenos Aires: Depalma, 1985. p. 55.

⁽²⁰⁾ Ver OC 8-87, párrafo 18.

⁽²¹⁾ Ver OC 8-87, párrafo 24. En un sentido similar ya se pronunciaba José Luis Lazzarini unos once años antes cuando en un debate parlamentario sobre las atribuciones del Ejecutivo durante el Estado de Excepción señalaba que «(...) la suspensión es siempre una opción a favor del Estado para que, en el caso concreto y preciso, y desenvolviéndose en el ejercicio y en cumplimiento del estado de sitio, actúe sin el impedimento constitucional de los derechos». Ver al respecto LAZZARINI, José Luis. Op. cit., p. 55.

A ello debía añadirse que, de acuerdo con lo prescrito por tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana de Derechos Humanos, existe un conjunto de derechos cuyo ejercicio no puede sufrir ningún recorte, sin importar para ello el que hay sido declarado un Estado de Excepción en dicho lugar. Y es que de acuerdo con el artículo 4.2 del Pacto Internacional y 27.2 de la Convención Americana, no están sujetos a modificación, restricción, suspensión o derogación durante la vigencia de regímenes de excepción los derechos a la vida, a la integridad física, a no ser condenado por actos que no eran delito al momento de haber sido efectuados, a no ser condenado con una pena más severa que la establecida al momento de realizada la acción delictuosa, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y al reconocimiento de la personalidad jurídica. Tampoco están sujetos a modificación la vigencia de aquellos derechos que resulten conexos a los ya mencionados.

Frente a esta extensa lista de derechos señalados como no susceptibles de restricción alguna tanto por el Pacto Internacional como la Convención Americana, también debemos mencionar que el Pacto reconoce como derecho no sujeto a modificación o restricción durante la vigencia del Estado de Excepción el de no ser detenido por deudas. Por otro lado, la Convención Americana concede esa misma condición a los derechos que aseguran una protección especial al niño y a la familia, al derecho a mantener la nacionalidad y los derechos políticos ⁽²²⁾ y, lo que nos resultará de vital importancia para efectos de lo que luego desarrollaremos en este mismo trabajo, en el artículo 27.2 de la Convención Americana se explicita una prohibición a cualquier intento por suspender el uso de las garantías judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

Lo expuesto se traduce en el ámbito constitucional de cada país en la determinación de lo que en rigor ocurre durante un Estado de Excepción como es la restricción del ejercicio de ciertos aspectos de algunos derechos, pero de ninguna manera implicaría una suspensión de los mismos, y menos, cualquier afectación (restricción o suspensión) de todos ellos, pues habría varios que no admiten mayor alteración o recorte por más que se encuentre plenamente vigente un Estado de Excepción. Pronto veremos cuán

⁽²²⁾ Recogido por el artículo 23 de la misma Convención Americana.

peligrosamente lejos está el mismo diseño constitucional dado a este tema en el texto constitucional peruano de 1,993 a las precisiones que acabamos de efectuar.

3.2. El deficiente tratamiento dado a este tema en el Perú y sus eventualmente preocupantes repercusiones

No hace falta ser un experto en materia constitucional para percatarse de dos grandes deficiencias en las cuales incurre la Constitución de 1993 al abordar este tema. Y es que si bien su artículo 137°, el cual desarrolla los diferentes tipos de estados de excepción que pueden declararse en nuestro país, elimina la antitécnica referencia a la “suspensión de garantías”, a renglón seguido pasará a señalar que en realidad lo que se a efectuar durante la vigencia de uno de estos regímenes especiales es una restricción o suspensión en el ejercicio de determinados derechos constitucionales. Los derechos cuyo ejercicio puede entonces suspenderse o restringirse durante la vigencia de un estado de emergencia siguen siendo aquellos que ya había previsto la Constitución de 1979: libertad y seguridad personales, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y libertad de tránsito.

A lo expuesto habría que añadirle además la subsistencia de una confusa formulación de la disposición constitucional sobre el estado de sitio (situación a la cual afortunadamente nunca se ha llegado en el Perú), la cual podría incluso permitir la suspensión de derechos considerados como inmodificables por el Pacto Internacional de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Explicitemos a qué nos referimos con esta última afirmación. El segundo inciso del artículo 137° del texto de 1993 mantiene en este punto la misma redacción del inciso b) del artículo 231° de la Constitución de 1979, señalando que será el gobierno de turno quien al decretar el estado de sitio, deberá mencionar cuáles son los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o se suspende. Una interpretación literal y no sistemática de lo dispuesto en este artículo constitucional –interpretaciones a las cuales lamentablemente son muy proclives algunos gobiernos y órganos jurisdiccionales peruanos– podrá entonces justificar una abierta e incontrolable discrecionalidad del Presidente de la República de turno para definir cuáles son los derechos cuyo ejercicio se mantiene inalterable durante la vigencia de un estado de sitio, dejándose así de lado lo previsto por los tratados

sobre protección de derechos humanos a los cuales hemos hecho referencia anteriormente.

Recordemos que, a diferencia de lo previsto por la Constitución de 1979 (cuyo artículo 105° explicitaba el rango constitucional de estos tratados con disposiciones referidas a derechos humanos), la cuarta disposición final y transitoria del texto de 1993 solamente señala en términos muy generales que “las normas relativas a los derechos y las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, habiéndose generado así, por decir lo menos, una polémica sobre cual es la situación de los tratados sobre Derechos Humanos en el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico peruano, tema que por su relevancia innegable aquí solamente procedemos a reseñar ⁽²³⁾. Si ese es el contexto en el cual nos toca desenvolvemos, alguna experiencia judicial reciente en nuestro país aconseja no perder de vista el riesgo de que se efectúen este tipo de interpretaciones, aún cuando sinceramente esperamos que lo que acabamos de señalar jamás salga del campo de lo estrictamente especulativo.

Confundir restricción en el ejercicio de derechos con la suspensión es grave, pues implica no establecer indispensables diferencias entre algunas puntuales limitaciones al ejercicio de determinados derechos y la pérdida temporal de los mismos. Pero tan o más grave que lo descrito significaría admitir

⁽²³⁾ La Constitución de 1979 señalaba en su artículo 105 que los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos tenían rango constitucional. Sin embargo, no hay una norma similar en la actual Constitución de 1993. Es más, el hecho de que pueda plantearse un proceso de inconstitucionalidad contra un tratado (como lo prevé esta Carta en el cuarto inciso de su artículo 200) nos llevaría a pensar que los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos tienen actualmente rango legal. No obstante ello, hay autores que invocan, por separado o en interpretación sistemática una serie de preceptos en el texto de 1993 (la existencia del artículo 3, del segundo párrafo del artículo 57 o de la Cuarta Disposición Final y Transitoria) que justificarían el mantenimiento del rango constitucional de dichos tratados.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia en el caso “Anel Townsend” (Exp. N.º 1277-99-AC/TC) habría *obiter dicta* (en los considerandos, no en el fallo) dado a entender que los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos tendrían rango legal, aún cuando luego el Alto Tribunal parece haber matizado este criterio en pronunciamientos posteriores.

una situación en la cual cualquier derecho sería pasible de ser restringido e incluso poder resultar suspendido. Las consecuencias de este tratamiento son realmente tan notorias como perniciosas, pues puede llevarnos a pensar que en supuesta tutela de los derechos fundamentales (fin último del constitucionalismo) podamos llegar a una situación en la cual una decisión estatal sea capaz de privarnos de ejercer algunos derechos e incluso de establecer un Estado sin reconocimiento ni respeto de los derechos ciudadanos, precisamente el escenario más abiertamente enfrentado a aquellos parámetros que decimos querer defender. Experiencias como las vividas en el Perú sobre el particular demuestran como desafortunadamente algunas de esas preocupaciones no se agotan en el plano de la mera especulación académica.

IV. ¿Cuáles serían entonces los alcances de una eventual revisión judicial de los estados de excepción? una breve panorámica de las posiciones existentes al respecto

4.1. Anotaciones Preliminares

Como ya antes habíamos señalado, siguiendo en ello lo expuesto al respecto por Pablo Lucas Verdú, tres ideas son las que en líneas generales han determinado ideológicamente el desarrollo del Derecho Constitucional: la limitación del poder, las garantías de los derechos y libertades fundamentales y la supremacía y permanencia del instrumento jurídico fundamental. Con el cumplimiento de estas tres máximas –notables aportes provenientes del liberalismo clásico– se busca mantener un equilibrio de fuerzas entre los distintos detentadores del poder, equilibrio fundamentalmente destinado a preservar la plena vigencia de los derechos ciudadanos.

Y es que desde Locke –pero sobre todo, a partir de Montesquieu– se han hecho explícitos los riesgos de un ejercicio abusivo del poder. Siguiendo esta línea de pensamiento, el equilibrio político y el respeto a los derechos fundamentales de todas las personas, fines últimos del constitucionalismo moderno, solamente podrán conseguirse si se dan una serie de presupuestos, siendo sin duda alguna uno de los más relevantes el del mutuo control entre los diversos detentadores del poder. Los actos efectuados por los miembros del Congreso o de la Administración en general deberán pues alcanzar los fines que se propongan, siempre y cuando estos fines sean respetuosos del ordenamiento jurídico, y en la consecución de los mismos se empleen medios “ade-

cuados” (entendiéndose por medios “adecuados” aquellos que no lesionen gravemente la vigencia de los elementos que el mismo sistema busca preservar, elementos entre los que nítidamente destaca la defensa de los Derechos ciudadanos). No ceñirse a estos medios podrá significar una infracción cuya sanción puede ser sumamente grave, tanto que incluso involucre la separación del cargo y la cárcel para el infractor, por más bien intencionadas que hayan sido las motivaciones que inspiran su accionar.

Por otro lado, progresivamente se ha ido generalizando la opinión de que es el “Poder Judicial” (o judicatura ordinaria), quien puede rechazar la legitimidad y validez de aquellos actos que por sus fines no sean conformes a Derecho o resulten considerados como medios claramente inadecuados para la consecución de los fines que los miembros del Congreso o el Gobierno se proponen alcanzar. Por diversas consideraciones que incluso ya hemos abordado en otras investigaciones, los órganos jurisdiccionales a nivel mundial están hoy muy lejos de cumplir un papel de meros aplicadores de las leyes, habiendo asumido un rol de controladores (en el peor de los casos, controladores primarios) de la constitucionalidad de la actividad estatal.

Como bien apunta Germán Bidart Campos ⁽²⁴⁾, nunca debe perderse de vista que la declaración de un Estado de Excepción no anula los sustentos del moderno Estado de Derecho, manteniendo por ejemplo plena vigencia la partición del poder y las competencias propias de cada órgano entre lo que se distribuye el ejercicio de dichas atribuciones. Es por ello que actualmente la opinión mayoritaria entre los más reputados constitucionalistas del orbe es coincidente en señalar que compete al Poder Judicial el analizar si los actos efectuados por el Gobierno durante la vigencia de un Estado de Excepción permiten alcanzar los fines deseados - la recuperación de la tranquilidad pública, por ejemplo- sin que ello atente los derechos ciudadanos o debilite la consolidación de la estructura orgánica del aparato estatal dentro de los parámetros razonables. Es más, y como veremos más adelante, hay para quienes incluso la misma declaración de un Estado de Excepción será parte de lo

⁽²⁴⁾ BIDART CAMPOS, Germán J. *La Corte Suprema, Tribunal de Garantías Constitucionales*. Buenos Aires, 1984, pp. 157-169, citado por el Juez San Martín en la resolución de 1ª Instancia al caso «Jean Marie Mondet Isnard» contra la subdirección de la Policía de Investigaciones del Perú» (resolución emitida el 15 de noviembre de 1988).

analizable ⁽²⁵⁾. Sin embargo, no debemos ni podemos olvidar que estamos ante un tema polémico frente al cual existen diversas posiciones.

4.2. La Tesis Negativa frente a una eventual revisión jurisdiccional de las medidas de Excepción

Y es que la opción por judiciabilizar las medidas de Excepción ha sido también resultado de un proceso y ha generado hasta hoy la existencia de posiciones diversas. La primera posición que manejó al respecto fue evidentemente la de una abierta negativa a controlar judicialmente las medidas tomadas durante la vigencia de Estados de Excepción, y fundamentalmente aquellas acciones vinculadas con la restricción de la libertad personal. Se decía entonces que los arrestos efectuados dentro de uno de estos regímenes especiales, así como la misma declaratoria de dichos Estados de Excepción constituían «cuestiones políticas no justiciables», reservadas a la discrecionalidad de los Gobiernos y Congresos dentro de una estricta aplicación de la teoría de la separación de poderes.

Nosotros disentimos con criterios como el recientemente expuesto, pues ese tipo de razonamientos podía llevarnos a pensar, como bien apuntaba Dicey en su «Introduction to the study of the law of Constitution» ⁽²⁶⁾, que gracias a la suspensión de la revisión judicial durante la vigencia de Estados de Excepción, los derechos individuales quedarían pospuestos por la razón de Estado,

⁽²⁵⁾ Así, Héctor Fix-Zamudio en *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*. México, UDUAL y Porrúa, 1988, pp. 181-182, adhiriéndose a la postura adoptada por el guatemalteco Mario Aguirre Godoy, sostendrá que desde el punto de vista jurídico no existe obstáculo para que los Tribunales ordinarios —o a la Corte de Constitucionalidad en donde funcione esta institución— pueda conocer y declarar, en su caso, la inconstitucionalidad del decreto legislativo que confiera al Ejecutivo facultades de emergencia, si este decreto comprende un derecho o garantía constitucional no susceptible de ser restringida de acuerdo con los lineamientos de la carta fundamental. (Esta misma opinión será reproducida por CARPIZO, Jorge. “México, la Constitución y las situaciones de emergencia”. En *Derecho* N° 46. Lima, PUC, Diciembre de 1992, p. 294). Estamos aquí frente a la doctrina del contralor judicial absoluto, de la que luego hablaremos durante el desarrollo de este trabajo.

⁽²⁶⁾ Citado por SAGÜÉS, Néstor. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo 4: Hábeas Corpus. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 238. Queremos resaltar que el desarrollo de esta parte de nuestro trabajo se sustenta fundamentalmente en el análisis efectuado por este destacado jurista argentino dentro del libro que acabamos de mencionar.

lo cual en nuestra opinión deja la puerta excesivamente abierta para una total y casi siempre arbitrario accionar gubernamental.

4.3. *La progresiva aparición de la Teoría del Contralor Judicial Parcial.*

Pronto van surgiendo a nivel doctrinario posiciones que buscan flexibilizar los alcances de esta llamada tesis negativa de la revisión jurisdiccional de la actuación gubernamental durante la vigencia del Estado de Excepción. Así por ejemplo, en Argentina, Amancio Alcorta defenderá la posibilidad de plantear acciones judiciales contra las decisiones tomadas por el Gobierno de su país como consecuencia de un Estado de Excepción (Estado de Sitio en la terminología constitucional argentina). Alcorta indicará que en caso de obtener el ciudadano afectado una sentencia favorable de la judicatura ordinaria, ese pronunciamiento funcionaría como una suerte de recomendación al Gobierno, la cual el ciudadano afectado solamente podría hacer efectiva una vez concluido el Estado de Excepción ⁽²⁷⁾.

Estamos pues ya ante evidentes avances en el camino de la judiciabilidad de estas medidas especiales, pero que para algunos aún resultaban insuficientes para la resolución de los problemas que buscaban enfrentarse.

Aparecerá entonces la llamada «teoría del contralor judicial parcial». Se reconocerá a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de analizar, aquello que en términos de Sagüés, implicaría una relación entre el derecho afectado y la situación que originó la implantación del Estado de Excepción, así como la correlación del acto cuestionado con los fines perseguidos con la declaración de dicho Estado de Excepción. Se analizará entonces la vinculación entre los actos de Gobierno y las motivaciones de Estado de Excepción, pero no entrará a dilucidarse la legitimidad de la declaración misma del Estado de Excepción, asunto que sigue siendo considerado una «cuestión política no justiciable» ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ ALCORTA, Amancio. *Las garantías constitucionales*. Buenos Aires: Lajoaune, 1881. pp. 278-282, citado por SAGÜÉS, Néstor. Op. cit., p. 240.

⁽²⁸⁾ Lo más que podría hacer el Poder Judicial dentro de esta posición sería analizar si se observaron las formas constitucionalmente señaladas para declarar un Estado de Excepción. Ver al respecto, HARO, Ricardo. *Lineamientos de un reglamentación legal del Estado de Sitio*.

Insistiendo más en el desarrollo de este tema, y tal como bien señala un destacado jurista nacional al efectuar un valioso estudio sobre la efectividad del Hábeas Corpus frente a detenciones arbitrarias, el sistema de contralor judicial parcial supone que el Juez, al encontrarse frente a la impugnación de una medida tomada por el Gobierno durante la vigencia de un Estado de Excepción, podrá hacer un análisis de la razonabilidad de dicha medida, análisis que, siguiendo el planteamiento desarrollado por la jurisprudencia argentina, supone que el vínculo de causalidad existente entre los motivos y fines que llevaron a adoptar aquel Estado de Excepción y los fundamentos que sirven de sustento a la medida impuesta al ciudadano (en el caso desarrollado por Eguiguren, un arresto); pero que también implica dilucidar la proporcionalidad entre la medida asumida por el poder público (a la luz de los motivos que sustentaron este régimen especial) y las conductas específicas que le llevaron a efectuar esa medida concreta ⁽²⁹⁾.

Tomándonos la libertad de reconducir las valiosas constataciones a las que hemos hecho referencia dentro de nuestros parámetros, podemos decir entonces que desde la aceptación y aplicación de la teoría de un contralor judicial parcial la judicatura tiene plena libertad para emplear los criterios de proporcionalidad, temporalidad y necesidad (explícita o implícitamente recogidos por el Pacto Internacional y la Convención Americana de los Derechos Humanos), pero también el de razonabilidad (tal como dicho concepto ha sido trabajado en esta materia por la doctrina y jurisprudencia argentina y se infiere ha sido recogido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ⁽³⁰⁾).

Esta es la posición explícitamente recogida en la Constitución peruana de 1993, tal como lo prescribe la parte final de su artículo 200 ⁽³¹⁾. La declara-

Comunicación enviada al «...Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional». Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1972, pp. 2-3 y SAGUÉS, Néstor. *Derecho Procesal Constitucional...*, op. cit., pp. 240-243.

⁽²⁹⁾ EGUIGUREN, Francisco. Op. cit., p. 114.

⁽³⁰⁾ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dentro del conjunto de consideraciones con las cuales se dirige a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando le solicita una opinión consultiva (la OC 8-87) pareciera emplear el término «razonabilidad» dentro de los mismos parámetros que hemos venido usando a lo largo de este trabajo.

⁽³¹⁾ Recomendamos entonces revisar la nota doce de este mismo trabajo.

toria de un Estado de Excepción aquí solamente podrá someterme al control político del Congreso, con las limitaciones que hemos visto hoy parecen existir al respecto.

4.4. Los Límites de la Teoría del Contralor Judicial Parcial y la aplicación de posturas que promueven un Contralor Judicial Amplio

Continuando el desarrollo de los términos de este trabajo, y luego de efectuar un somero análisis sobre los alcances de la teoría del contralor parcial, concordamos con quienes constatan que la consideración del acto de declaratoria de un Estado de Excepción como “cuestión política no justiciable” producto de la discrecionalidad del Gobierno –y eventualmente de la conjunción de voluntades entre el Congreso y los gobernantes⁽³²⁾– es hoy una postura bastante difícil de sostener.

Coincidimos pues con Sagüés⁽³³⁾ cuando señala que en países como los nuestros, donde la judicatura ordinaria puede declarar la inconstitucionalidad de las normas –y por ende, revisar la actividad de las otras instancias estatales– se rompe con la supuesta distinción de dos poderes «políticos» (“Ejecutivo” y “Legislativo”) y un poder «no político» (“el Judicial”), diferencia en la cual se sustenta buena parte del concepto «cuestión política no justiciable»⁽³⁴⁾. Hoy es indudable que los juzgadores, sean éstos ordinarios o constitucionales, no se limitan a una labor estrictamente técnica, sino que son fundamentalmente entes de gobierno, los cuales, de acuerdo con su habilidad para desenvolverse dentro del margen de sus competencias específicas, van a regular importantes aspectos de la vida social de un país.

⁽³²⁾ Como bien sabemos, se reconoce la existencia en las diferentes legislaciones de diversas alternativas para regular la declaratoria de un Estado de Excepción.

En líneas generales, en todas ellas prima la discrecionalidad del Ejecutivo con una coordinación por lo menos posterior fiscalización parlamentaria.

⁽³³⁾ SAGÜÉS, Néstor. *Derecho Procesal Constitucional...*, op. cit., p. 246.

⁽³⁴⁾ Decisiones que responden a consideraciones de discrecionalidad política que no podrían someterse en principio a control jurisdiccional, sino a lo más a otros tipos de controles, como el ejercido desde el Congreso. Sobre el particular puede revisarse nuestro “Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de aquellos actos calificados como políticos o de direccionalidad política” en “Revista Jurídica del Perú” Año XLVIII, N° 14, Enero-Marzo 1998, pp. 63 y ss.

Aparece entonces la denominada **teoría del contralor judicial amplio y completo**, en la cual incluso la misma declaratoria de un Estado de Excepción está sujeta a la revisión de un órgano Jurisdiccional. Sin embargo, recurriendo al estudio de las pautas previstas en el derecho comparado al respecto no hemos podido encontrar ningún ordenamiento jurídico que explícitamente asuma esta posición, aunque resulta pertinente señalar cómo el primer inciso del artículo cuatro de la ley Argentina de Hábeas Corpus parecería haber admitido la posibilidad de un contralor judicial amplio. Ahora bien, lo resuelto por la Corte Suprema de ese país en el caso «Granada» (1986) pareciera haber impedido esa interpretación, pues señalaba que el artículo en comento solamente permitía revisar la declaración del Estado de Excepción en aspectos de carácter más bien formal (si fue dictado por un órgano competente, si se cumplieron las demás formalidades constitucionalmente previstas) o en base a circunstancias más bien vinculadas a su ámbito de aplicación (plazo por el cual se dispuso, tiempo por el cual se estableció, etc.)⁽³⁵⁾, dejándose de lado el llamado control sustancial (ver si existen los elementos de fondo que justifiquen la declaración de un Estado de Excepción). Se plantea entonces aquí la distinción, muy conocida en los Estados Unidos para analizar en sede jurisdiccional temas considerados como “cuestiones políticas” (en principio) no justiciables, entre materias de procedimiento y materias de contenido o substancia.

Nosotros creemos que, consecuentemente con los elementos que caracterizan al Estado Constitucional (limitación del ejercicio incontrolado del poder, racionalización y juridización del conflicto social y político, etc.) pareciera ser conveniente ir progresivamente hacia una abierta revisión judicial de la actuación gubernamental durante la vigencia de un Régimen de Excepción. Concordamos entonces con lo señalado durante el coloquio de Montevideo, en donde se dijo que deben ser justiciables las fundamentaciones de las medidas de excepción, los efectos de su aplicación en cada caso concreto y la responsabilidad política y personal de los funcionarios por las medidas indebida-

⁽³⁵⁾ *Ibíd.* pp. 254-255. Curiosamente y de acuerdo con lo señalado por CARPIZO, Jorge. *Op. Cit.* pp. 296 y ss., en México sí habrían hasta dos casos en los cuales el Pleno de la Corte Suprema de dicho país habría hecho una revisión del decreto de Declaratoria de Estado de Excepción (dictados en ambos casos por el Ejecutivo del Estado de Veracruz), sin que aparentemente se hayan presentado las mismas restricciones que en el caso argentino.

mente tomadas ⁽³⁶⁾. Sin embargo, no podemos negar que ésta no es una opción fácil de materializar, y ello no solamente por la comprensible resistencia de la clase política de los diferentes países para asumirla, tema en el cual seguramente incidiremos en próximos trabajos.

V. ¿Bajo qué criterios debe llevarse un eventual control jurisdiccional de la declaratoria de un estado de excepción o de las medidas dictadas a su amparo? lo previsto en el derecho comparado sobre el particular

Tanto la mas calificada doctrina sobre la materia como la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de proteccion de Derechos Humanos (e incluso los pronunciamientos de muchos jueces ordinarios o constitucionales de algunos estados) ya no solamente van siendo cada vez más contundentes en buscar que los Estados de Excepción o las medidas concretas tomadas a su amparo no sean un pretexto para la sistemática vulneración de derechos. De allí la preocupación de que el comportamiento de las autoridades siempre esté ceñido a un escrupoloso respeto de parámetros jurídicos (dependiendo del escenario de control, pautas sustentadas en pautas normativas provenientes de tratados sobre Derechos Humanos, prescripciones constitucionales o preceptos legales).

Es quizás por ello que desde hace muchos años a nivel doctrinario y jurisprudencial comienzan a diseñarse una serie de criterios a través de los cuales se busca dotar de legitimidad democrática a un Estado de Excepción, no sólo en el momento en que éste es generado, sino fundamentalmente durante su proceso de aplicación.

El primero de estos criterios esta explícitamente recogido en el primer inciso del artículo 27° de la Convención Americana, pero también puede deducirse de los expresados por los artículos 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 15.1 de la Convención Europea. Es lo que en

⁽³⁶⁾ Afirmaciones reproducidas en GROS, Héctor, PIZA, Rodolfo; ZOVATTO, Daniel. "Los Estados de Excepción en América Latina y su incidencia en la cuestión de los Derechos Humanos en caso de disturbios internos". En: GARCÍA SAYÁN, Diego (Ed.). *Estados de Emergencia...*, op. cit., pp. 29-30.

doctrina se conoce como el criterio de **temporalidad** : tanto la declaratoria de un Estado de Excepción como las medidas tomadas a su amparo deben darse con una vigencia mas bien limitada, aquella que permita resolver los problemas que motivaron la declaración de este régimen excepcional. Al lado de esta temporalidad, encontramos al llamado el llamado criterio de **proporcionalidad**, el cual señala que las medidas de excepción a plantearse deben estar de acuerdo con la magnitud y características del fenómeno al que se quiere hacer frente.

Algunos autores (O'Donnell por ejemplo), siguiendo la rica experiencia europea existente sobre el particular, apuntan también la existencia del llamado criterio de **necesidad**, que justifica la vigencia y legitimidad de estas actuaciones de carácter excepcional luego de haberse constatado que no hay otro camino para salvar la emergencia ya existente ⁽³⁷⁾. Y es que, desde su aplicación por la actualmente suprimida Comisión Europea de Derechos Humanos ⁽³⁸⁾ en casos como el Lawless o el de Irlanda del Norte, el empleo del criterio o principio de necesidad implica la resolución de tres interrogantes muy concretas : 1.determinar si las medidas de excepción que se están evaluando resultaban aptas para contribuir a la solución de un problema concreto, el cual origino o fue generado por la situación de emergencia existente; 2. dilucidar si el problema en cuestión es de tal magnitud que haría imposible

Cabe señalar que la discrecionalidad del juzgador dentro de la teoría del contralor amplio se limita a evaluar si se cumplieron los requisitos formales y sustanciales necesarios para tomar una de estas medidas excepcionales, careciendo de toda relevancia jurídica la opinión subjetiva del juzgador sobre la conveniencia o inconveniencia de estas decisiones. Si las medidas no lesionasen derechos fundamentales de los ciudadanos o pusieran en riesgo la estabilidad de la organización estatal, las disposiciones de Excepción conservan pleno valor.

⁽³⁷⁾ Ver OC 8-87 párrafo 24. El subrayado es nuestro. También se aplica el principio de necesidad cuando los otros caminos existentes para enfrentar a la emergencia existentes pueden ser mas perjudiciales para la vigencia del Estado de Derecho que aquel por el cual finalmente se opto. Una ilustrativa explicación sobre los alcances de este importante principio doctrinario y jurisdiccional la encontramos en O'Donnel, Daniel. Op. Cit. pp. 407 y ss.

⁽³⁸⁾ Actualmente el sistema europeo de protección de Derechos Humanos ha suprimido la existencia de la Comisión Europea, permitiendo a cualquier ciudadano presentar directamente sus alegaciones sobre la eventual vulneración de sus derechos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello sin embargo no le ha quitado valor a aquellas pautas de interpretación que durante muchos años sentó en defensa de dichos derechos.

su solución a través de los procedimientos legales empleados para aquellas situaciones que podríamos calificar como normales; y 3. señalar si otras medidas de excepción hubieran podido permitir un enfrentamiento a este problema, causando un menor impacto sobre la vigencia y goce de derechos fundamentales protegidos por los diferentes instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como por los diversos ordenamientos legales nacionales ⁽³⁹⁾.

Ahora bien, quisiéramos finalizar este punto centrando nuestra atención en un elemento que va a tener una indudable importancia para el análisis que posteriormente efectuaremos : nos estamos refiriendo al llamado criterio de **razonabilidad**.

Este criterio —cuyo desarrollo mas importante en América Latina indudablemente ha estado a cargo de la Jurisprudencia argentina— consiste, según lo señalado por Néstor Pedro Sagüés, en la “relación entre la garantía afectada y la situación causante del Estado de Sitio y (el) análisis de la correlación del acto cuestionado, con los fines perseguidos por la declaración del Estado de Sitio ⁽⁴⁰⁾. La aplicación de la razonabilidad a aquellas medidas tomadas durante la vigencia de un Estado de Excepción supone el comprobar si las acciones adoptadas para enfrentar una situación de emergencia guardan una conexión lógica y una relación de causalidad inmediata y directa con aquellos hechos que motivaron ese particular estado de cosas. De comprobarse que no existen estos niveles de vinculación, el órgano jurisdiccional amparará las pretensiones de quien o quienes se consideren perjudicados ⁽⁴¹⁾.

Las ventajas de la plasmación de este criterio adquieren especial significación en países como el Perú, donde en líneas generales el Poder Judicial se ha mostrado poco creativo para elaborar estrategias que le permitan frenar las posibles arbitrariedades efectuadas por quien cuenta con autoridad. Como

⁽³⁹⁾ Ver al respecto los documentos de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Serie B 1960-1961, p. 131 y O'Donnell, Daniel, op. cit., p. 408.

⁽⁴⁰⁾ SAGÜÉS, Néstor. «Nuevo régimen del Hábeas Corpus, Ley 23098», en La Ley. Tomo 1985-B. Buenos Aires, 1985, p. 901.

⁽⁴¹⁾ Asumimos aquí en líneas generales la ilustrativa exposición que al respecto efectúa GARCÍA SAYÁN, Diego. *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*. Lima, CAJ, 1988 págs. 23-25.

bien apunta García Sayán, esta comprensión del concepto de razonabilidad hace posible que no perdamos de vista el carácter meramente instrumental que tienen los regímenes de Excepción al interior del Estado de Derecho. Por ello, deben ser entendidos dentro de parámetros claramente delineados y utilizados con gran mesura ⁽⁴²⁾.

VI. Algunos apuntes adicionales sobre el estado de la cuestión

Tal como ya hemos adelantado en anteriores trabajos ⁽⁴³⁾ lo previsto en el texto constitucional de 1993 al respecto indudablemente involucra importantes cambios en el tratamiento de este tema. Y es que de una lectura concordada de los artículos 137 y 200 de la Constitución actualmente vigente bien se puede establecer el expreso reconocimiento del control jurisdiccional mediante Hábeas Corpus o Amparo (reconocimiento que nosotros entendemos también podría hacerse extensivo al Hábeas Data), aunque únicamente en clave de contralor parcial. Por otro lado, formalmente se señala que su labor de control el juzgador podrá utilizar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Lo expuesto obliga entonces a efectuar algunas precisiones, anotaciones a las cuales pasaremos a desarrollar.

En primer lugar, y como todos bien sabemos, el ejercicio del poder de quien tiene autoridad nunca debe ser arbitrario. Para preservarnos de ese riesgo, jurisprudencialmente fue apuntalado el test o examen de razonabilidad, mediante el cual se asume que puede considerarse como jurídicamente válidas incluso aquellas limitaciones introducidas al ejercicio de algunos derechos fundamentales que respondan a un fin lícito (con una justificación amparada en la Constitución o en el respeto al ordenamiento jurídico vigente, en tanto

⁽⁴²⁾ *Ibid.* p.25.

⁽⁴³⁾ Léase a este respecto nuestros estudios “Razonabilidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad en la resolución de hábeas corpus en los Estados de Excepción: el caso peruano. En: *Derecho y Sociedad*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 10. Año 6, 1995, p. 68 y ss; así como “Aplicación jurisprudencial de los criterios de razonabilidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad para la resolución de hábeas corpus durante la vigencia de Estados de Excepción: el caso peruano”. En: *Derecho y Sociedad*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 11. Año 7, 1996, p. 25 y ss.

y en cuanto éste se sustente en el respeto a valores como la verdad o la justicia), fin que deberá plasmarse a través de medios adecuados o proporcionales (lo cual a su vez implicará acreditar un análisis de la utilidad, idoneidad y equilibrio de dichos medios).

Si apelamos a este concepto de razonabilidad, su formulación podría confundirse con el contenido asignado en el Derecho comparado al criterio de proporcionalidad. La única forma de salvar esta duplicidad es asumir que cuando en rigor hablamos de proporcionalidad nos estamos refiriendo a un análisis de la adecuación de la decisión (declaratoria del Estado de Excepción o medida concreta tomada a su amparo) a la gravedad de la situación que la provocó. En cambio, reservaríamos el criterio de razonabilidad a la evaluación de la adecuación de las acciones concretas emprendidas con los motivos que llevaron a la declaratoria de un Estado de Excepción.

Esta preocupación se justifica en que, como veremos luego, la Constitución Peruana de 1993 incluye expresamente a la razonabilidad y la proporcionalidad como los criterios invocables por un juzgador en su labor de revisión, y en aplicación del criterio o estándar de interpretación constitucional denominado unidad y coherencia o concordancia práctica de la Constitución, ésta en rigor no puede tener contradicciones o redundancias en sí misma, y cuando distingue conceptos es porque asume que estamos ante temas o nociones diferentes entre sí.

En segundo término, el hecho de que no se haya explícitamente recogido en el texto constitucional criterios como los de temporalidad o necesidad (y que, como veremos después, allí mismo peligrosamente se hayan introducido limitaciones a una invocación a la temporalidad) no debiera entenderse como una imposibilidad de que el juzgador ordinario o constitucional recurra a ellos si lo reputase oportuno. No olvidemos que la misma Carta de 1993 prescribe en su cuarta Disposición Final y Transitoria que los derechos fundamentales deben interpretarse de acuerdo con los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Perú (y, se entiende, por los alcances que le dan a éstos sus calificados intérpretes vinculantes); y que además, tal como ya hemos podido apreciar, la utilización de criterios no plasmados explícitamente en un texto constitucional no es una práctica nueva en nuestro país.

Dejamos para el cierre de este apartado de nuestro trabajo algo que nos preocupa sobremedida, aún cuando de acuerdo con la postura de contralor

parcial asumida por la misma Constitución de 1993 nuestros jueces podrían estar imposibilitados de hacer algo al respecto: la posibilidad de prorrogar con relativa facilidad tanto un Estado de Emergencia como uno de Sitio ⁽⁴⁴⁾, ello en rigor se nos presenta como atentatorio del criterio de temporalidad que debiera orientar a la declaratoria de un Estado de Excepción y a las medidas concretas a su amparo. Estamos pues ante preceptos constitucionales que debieran ser modificados a la brevedad posible, salvo mejor parecer.

Si bien hoy queda claro que son los los intérpretes con fisonomía jurisdiccional aquellos considerados ahora como los más calificados para desempeñar las labores de control de constitucionalidad en un Estado Constitucional, y además, se explicita que el margen de acción de estos juzgadores no se limita a aquel propio de un legislador negativo, lo que indudablemente se encuentra todavía por determinar son cuales resultarían los eventuales alcances o límites de este quehacer jurisdiccional. Es más, hoy los juzgadores son tan mediadores y creadores de Derecho que su labor ha permitido la consolidación a nivel mundial de dos muy interesantes fenómenos: el de la denominada “constitucionalización del Derecho” y el de la llamada “constitucionalización de la política”, fenómenos que innegablemente apuntalan un esfuerzo por judicializar no solamente la actuación estatal sino incluso también algunos escenarios de relación entre particulares.

Y es que actualmente la comprensión de todo ordenamiento jurídico se hace, como siempre debió efectuarse, siguiendo pautas constitucionales; y además, esas pautas constitucionales, o esa comprensión de dichos parámetros, está a cargo de los órganos encargados de impartir justicia, de las magistraturas que son parte de nuestros diversos modelos de jurisdicción constitucional. A esto es lo que en el Derecho Comparado se le denomina “constitucionalización del Derecho”.

Ahora bien, son muchas las críticas y los críticos de esta postura, y en algunos casos en base a reparos bastante justificados. Si tuviéramos entonces

⁽⁴⁴⁾ El primer inciso del artículo 137 de la Constitución de 1993 señala que para la prórroga de un Estado de Emergencia solamente se requiere de un nuevo decreto. Por otro lado, para el caso de la prórroga de un Estado de Sitio (previsto en el segundo inciso del mencionado artículo 137), ésta sí requiere la aprobación del Congreso de la República. En rigor, ambas prescripciones constitucionales parecerían ir abiertamente contra los alcances del criterio de temporalidad.

que señalar cuáles son los dos principales problemas o preocupaciones que ella acarrea, éstos indudablemente serían, de un lado, el del riesgo de cambiar el positivismo del legislador por un positivismo de la judicatura; y por el otro, la necesidad de determinar hasta donde podría llegar aquel juzgador cuyo quehacer ya no se limita a aquel adjudicado a un legislador negativo.

Por otro lado, justo es reconocer como el quehacer político requiere de un margen discrecional bastante amplio, pero sin que ello signifique confundir lo discrecional con lo arbitrario. Es más, como bien ya lo explicaron muchos otros autores ⁽⁴⁵⁾, incluso el ámbito discrecional debe desarrollarse dentro de ciertos parámetros, como el del respeto de los derechos fundamentales o de las competencias que otras entidades pudiesen tener. Y por eso hoy en día se entiende como en algunos países las llamadas “political questions” o “cuestiones políticas no justiciables” ya han desaparecido o se batan en evidente retroceso. A este complejo fenómeno es al que se le conoce como “constitucionalización de la política”. Los políticos sin duda seguirán haciendo lo suyo, pero dentro de los marcos propios del Estado constitucional, siendo por ello sus actos posibles de revisión ante un juez, sin importar si dicho juzgador es uno ordinario o uno especializado.

Expuestas ambas situaciones, justo es interrogarse nuevamente sobre cuáles son los márgenes de acción con los que contaría el juez constitucional para asumir tan relevantes como delicadas y complejas atribuciones. El tema aquí esbozado, el de las posibilidades de actuación y control jurisdiccional de los Estados de Excepción, es una buena muestra de cuánto se ha avanzado al respecto, pero también nos permite comprobar como todavía queda mucho por definir sobre el particular.

Sin embargo, a lo ya anotado solamente quisiéramos añadir una consideración adicional: la de no perder de vista como la evaluación que efectúa una magistratura constitucional en ningún caso debiera estar sustentada en parámetros de calidad u oportunidad, pues, de responder a esas consideracio-

⁽⁴⁵⁾ Útil es apreciar, por ejemplo, lo señalado por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en el ámbito de las potestades discrecionales de la Administración Pública. Recomendamos ver al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Décima edición. Madrid: Civitas, 2000, p. 453 y ss.

nes, allí sí podríamos hablar de la invasión de un campo o margen de acción propio del legislador ⁽⁴⁶⁾. Son pues estas como otras algunas de las ideas que modestamente creemos pueden ser útiles para tomar posición al respecto, salvo mejor parecer.

⁽⁴⁶⁾ En esta línea está, por ejemplo, lo planteado ante tema como el de las recomendaciones al legislador por ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bolonia, Il Mulino, 1988, p. 325. Esta misma línea de pensamiento ha sido explicitada por diversos Tribunales Constitucionales europeos en múltiples pronunciamientos.