

100
años



COLECCIÓN
CENTENARIO

LA IMPLACABLE EROSIÓN INSTITUCIONAL: EL ESTADO DE EMERGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA ANTE AMENAZAS DE NATURALEZA POLÍTICA A INICIOS DEL SIGLO XXI

Abraham Siles



100
AÑOS
Al servicio del Perú

FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

LA IMPLACABLE EROSIÓN INSTITUCIONAL:
EL ESTADO DE EMERGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA ANTE
AMENAZAS DE NATURALEZA POLÍTICA A INICIOS DEL SIGLO XXI

LA IMPLACABLE EROSIÓN INSTITUCIONAL:

EL ESTADO DE EMERGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA ANTE AMENAZAS DE NATURALEZA POLÍTICA A INICIOS DEL SIGLO XXI

Abraham Siles



**FACULTAD DE
DERECHO**



PUCP

La implacable erosión institucional: el estado de emergencia en la constitución peruana ante amenazas de naturaleza política a inicios del siglo XXI

© Abraham Siles, 2020

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020
Facultad de Derecho
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.
Teléfono: (51 1) 626-2000 / 5660
www.facultad.pucp.edu.pe/derecho

Diseño de cubierta: Ronald Andia

Diagramación de interiores: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Primera edición: diciembre de 2020
Tiraje: 300 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-00986.
ISBN: 978-612-4440-20-5

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú
Publicado en diciembre de 2020

Libro sometido a arbitraje académico (revisión de pares, realizada por dos especialistas externos a la PUCP, doctores en Derecho, bajo la modalidad doble ciego).

*A Pepelucho, con gratitud.
Y a Santiago, con esperanza.*

La tradición de los oprimidos nos enseña que el «estado de excepción» en que vivimos es sin duda la regla. Así debemos llegar a una concepción de la historia que le corresponda enteramente. Entonces ya tendremos a la vista como nuestra tarea la instauración del estado real de excepción; con ello mejorará nuestra posición en la lucha contra el fascismo.

Walter Benjamín, *Sobre el concepto de historia*, octava tesis

Llamando a los Loeuillet a su despacho de ventanas rotas, cuyas cortinas a medio quemar colgaban como festones de miseria, les dictó, para impresión inmediata, el texto de un bando en el que se proclamaba el estado de sitio y la formación, por leva forzosa, de una milicia de dos mil hombres de color en estado de llevar las armas.

Todo habitante que propalara falsos rumores, se mostrara enemigo de la Libertad o tratara de pasar a la Basse-Terre, sería sumariamente ejecutado, incitándose a los buenos patriotas a la delación de cualquier infidente.

Alejo Carpentier, *El siglo de las luces*, Cap. II, XIX

Tres años antes, el general José Antonio Páez se había tomado el poder por la fuerza en el departamento de Venezuela, en una primera tentativa de separarlo de Colombia. El general fue entonces a Caracas, se reconcilió con Páez en un abrazo público entre cantos de júbilo y repiques de campanas, y le fabricó sobre medidas un régimen de excepción que le permitía mandar a su antojo. «Ahí empezó el desastre», dijo Urdaneta.

Gabriel García Márquez,
El general en su laberinto

...hasta que Pastor Pastrana se plantó con su redoblante en el centro de la plaza y leyó el bando de la decisión. Se declaraba turbado el orden público, tarrataplán, y el presidente de la república, tarrataplán, disponía de las facultades extraordinarias, tarrataplán, que le permitían asistir a los funerales de la Mamá Grande, tarrataplán, rataplán, plan, plan.

Gabriel García Márquez,
Los funerales de la Mamá Grande

ÍNDICE

Abreviaturas	23
Introducción	25
Palabras liminares	25
Objeto de estudio, hipótesis, enfoque y metodología	27
Agradecimientos	30
Capítulo 1	
El concepto de estado de excepción constitucional	35
1. Interdependencia de la Constitución de la normalidad y la Constitución de emergencia	35
2. Paradojas y aporías del estado de excepción	37
2.1. Salvar la Constitución suspendiéndola: ¿es posible limitar el estado de excepción?	37
2.2. El enfoque del Derecho Constitucional: normativismo y praxis histórica	38
2.3. ¿Es justificable la «dictadura constitucional»? las tesis de Clinton Rossiter, Walter Benjamin y Giorgio Agamben	39
3. Relevancia de la Constitución de emergencia a nivel mundial: viejos y nuevos retos	42
3.1. El estado de excepción: de la invisibilidad al registro	42
3.2. Recurrencia de las causas invocadas a lo largo del tiempo	46
3.3. El desafío del «terrorismo global	47
3.4. El panorama actual: subsistencia de modalidades tradicionales de estado de excepción	50
4. La Constitución de emergencia en el Perú y la herencia de la guerra interna	52
4.1. Los principales problemas del estado de emergencia durante la guerra interna.	52
4.2. «Excepción naturalizada a la ley democrática» y «nuda vida»	54
5. Contenido del concepto de estado de excepción constitucional y variedad de denominaciones	56
5.1. Elementos constitutivos del concepto de estado de excepción	56
5.2. Multiplicidad de denominaciones	63
6. Tipologías de aplicación del estado de excepción constitucional	66
6.1. El «Informe Questiaux»: modelo de referencia y desviaciones	66

6.2.	La tipología de la Asociación de Derecho Internacional (ILA)	69
6.3.	Subtipos de emergencia <i>de facto</i> «clásica» y criterio para determinar la excepcionalidad	74
7.	El debate actual en el constitucionalismo liberal de las potencias occidentales: Gross y Ní Aolain vs. Dyzenhaus	76
7.1.	El «Modelo de las Medidas Extralegales» de Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin	77
7.2.	El modelo de Estado de Derecho de David Dyzenhaus	80
7.3.	Admisibilidad de la Constitución de emergencia frente al terrorismo global (modelo prescriptivo o ideal)	81

Capítulo 2

Las grandes formas clásicas o modelos históricos de estado de excepción	87
1. La dictadura en la República romana	87
1.1. Tradiciones opuestas de pensamiento político y jurídico sobre la dictadura en la Roma republicana	87
1.2. Magistratura extraordinaria, modalidades de dictadura, origen bélico	91
1.3. Finalidad conservativa, heteroinvestidura y limitación temporal	94
1.4. Virtudes republicanas, el caso de Lucio Quincio Cincinato	96
1.5. El dictador: poderes amplios y limitaciones específicas	97
1.6. Evolución y debacle de la dictadura. Relevancia actual	98
2. La ley marcial en Inglaterra	99
2.1. Orígenes, imprecisión y diversidad de significados	99
2.1.1. Un antecedente relevante: la «Riot Act», de 1714	103
2.2. La disputa sobre la fuente de la ley marcial: la prerrogativa regia y el <i>Common Law</i>	104
2.3. Tipos de ley marcial según Albert V. Dicey y sus críticos	106
2.4. Ausencia de marco legal predeterminado, no supresión del orden constitucional	110
2.5. Importancia de la ley marcial hoy	111
3. El estado de sitio en Francia	112
3.1. La Revolución Francesa como contexto histórico y cultural del surgimiento del estado de sitio	112
3.2. La «Ley sobre la Conservación y la Clasificación de las Plazas de Guerra y Puestos Militares», de julio de 1791	114
3.3. La «Loi Martiale», de octubre de 1789	117

3.4.	Aplicación de la ley marcial en el interior del país, «Masacre del Campo de Marte» y nueva regulación legal	118
3.5.	Del estado de sitio «efectivo» o «real» al estado de sitio «político» o «ficticio»	120
3.6.	La Carta napoleónica de 1799 y la suspensión del «imperio de la Constitución»	123
3.7.	El estado de sitio en el Acta Adicional a las Constituciones del Imperio (1815) y el «caso Geoffroy» bajo la Carta de 1830	126
3.8.	Los hitos definitivos para la configuración del estado de sitio moderno	127
3.8.1.	Los acontecimientos revolucionarios de 1848 y el artículo 106 de la nueva Constitución	127
3.8.2.	La «Ley sobre el Estado de Sitio», de agosto de 1849	129
3.8.3.	El alzamiento de la Comuna de París de 1871 y la «Ley relativa al Estado de Sitio», de abril de 1878	131
3.9.	El legado constitucional del estado de sitio francés	132
4.	Los poderes de emergencia en la República de Weimar y el desafío de Carl Schmitt	133
4.1.	La democracia constitucional en la República de Weimar y el uso extensivo de los estados de excepción	133
4.2.	Carl Schmitt durante la República de Weimar: ¿poderes de excepción irrestrictos?	141
4.2.1.	De las dos modalidades de dictadura a la noción del estado excepcional como atribución soberana ilimitada	142
4.2.2.	Schmitt en la Conferencia de Jena de 1924	151
4.2.3.	La admisión de lo negado: los escritos de inicios de la década de 1930	158
4.2.4.	Los poderes de excepción y la intervención federal sobre Prusia: crisis final de la República de Weimar	162
4.3.	Carl Schmitt y los poderes de excepción bajo el régimen nazi	172
4.4.	El legado de Weimar sobre el estado de excepción	177

Capítulo 3

Los poderes de excepción en la historia constitucional peruana: el siglo XIX (continuidades y cambios I)

1.	La «prehistoria» constitucional peruana: de los antecedentes españoles al Protectorado de San Martín	179

1.1.	El Estatuto de Bayona, de julio de 1808	179
1.2.	La Constitución de Cádiz, de marzo de 1812	181
1.2.1.	Diferencia entre restricción especial ordinaria y suspensión de derechos relativos a la libertad individual	183
1.3.	Los documentos protoconstitucionales del General San Martín: el Reglamento Provisional y el Estatuto Provisional, de 1821. El modelo protectoral	184
2.	Las primeras Constituciones del Perú: la Carta liberal de 1823, las dictaduras de Bolívar, la Constitución Vitalicia y la «madre de nuestras Constituciones»	188
2.1.	La primera Constitución: régimen asambleísta y exclusión de poderes excepcionales	188
2.2.	La paradójica suspensión del texto constitucional de 1823 antes de su entrada en vigor	191
2.3.	Las dos dictaduras de Bolívar en el Perú	193
2.4.	La polémica entre Benjamin Constant y el abate De Pradt sobre los poderes dictatoriales de Bolívar en las guerras de independencia hispanoamericanas	198
2.5.	La Carta Vitalicia de Bolívar: potestad de suspender la Constitución y modelo amplio de poderes excepcionales	202
2.6.	La «madre de nuestras Constituciones»: estado de excepción e introducción de causales bajo el influjo estadounidense	205
3.	Las restantes Constituciones del siglo XIX: de la Constitución liberal de 1834 a la efímera de 1867	208
3.1.	La Constitución de 1834: cierta laxitud y cierto mayor rigor en el diseño de los poderes de excepción, bajo la impronta de la Carta moderada de 1828.	209
3.1.1.	Las murallas de papel frente al autoritarismo militar y los poderes de excepción constitucional	215
3.2.	La Carta de 1839: la declaración de «la Patria en peligro» como variante de Constitución de emergencia	216
3.3.	Las Constituciones ultraliberales de 1856 y 1867 y la moderada de 1860: mantenimiento de la institución de «la Patria en peligro» y surgimiento de la «suspensión de garantías constitucionales». Acrecentamiento de los poderes de excepción	219
3.4.	Ciertas líneas de continuidad en la Constitución de emergencia peruana del siglo XIX	223

Capítulo 4

Los poderes de excepción en la historia constitucional peruana: el siglo XX (continuidades y cambios II)	227
1. La «Patria Nueva» del presidente Leguía y la Carta de 1920	227
1.1. La Constitución del leguismo y la cláusula prohibitiva de la suspensión de garantías. Limitaciones plebiscitarias	229
1.2. La propuesta de la Comisión presidida por Javier Prado: introducción subrepticia del estado de sitio	230
1.3. El modelo original de la Carta de 1920: prohibición de suspensión de garantías y protección extraordinaria del Estado mediante leyes y resoluciones del Congreso de la República. Peculiaridad de los juicios de excepción	233
1.3.1. Resistencia del Poder Judicial ante el régimen tiránico del presidente Leguía: persecución política, la ley contra los «extranjeros perniciosos», la defensa de los fueros judiciales y de la normalidad constitucional por el Dr. Carlos Erasquin	234
1.4. La reforma constitucional de 1926: consagración del estado de sitio	236
2. La dimensión práctica: uso y aplicación del estado de sitio (y la ley marcial) entre los años 1929 y 1939	238
2.1. Uso de la Constitución de emergencia para fines represivos contra los derechos de los trabajadores y la disidencia política	242
2.2. Estado de sitio y ley marcial frente a sublevaciones, nuevos abusos represivos: Cortes Marciales para juzgar a civiles. El factor electoral	244
2.3. Endurecimiento de la aplicación del régimen de excepción frente a los reclamos de los trabajadores: suspensión automática de garantías al declararse una huelga	248
2.4. Nuevo movimiento pendular en la aplicación del régimen de excepción: estado de sitio y ley marcial a nivel nacional contra los derechos de los trabajadores y la disidencia política	249
2.5. La Constitución de emergencia como instrumento de la reacción represiva (arbitraria y desmesurada) frente al atentado contra el presidente Sánchez Cerro	250
2.6. Validación por el Congreso de estados de excepción represivos ante rebeliones, con Cortes Marciales e imposición de pena capital: la sublevación de Tru-	252

jillo de julio de 1932 y el magnicidio del presidente Sánchez Cerro, entre otros eventos	
2.7. Lecciones de una praxis histórica (1929-1939): ¿consolidación de una Constitución de emergencia lesiva de principios y derechos fundamentales?	257
3. La Constitución de 1933: entre la suspensión de garantías y el estado de sitio	257
3.1. El artículo 70 de la Carta peruana de 1933: suspensión de garantías bajo el influjo de la Constitución española de 1931. Potestad de autoinvestidura del Ejecutivo	258
3.2. El Anteproyecto Villarán y el debate constituyente como antecedentes del artículo 70 de la Carta de 1933: una concepción restrictiva de los poderes de emergencia y un entendimiento adecuado de la naturaleza jurídica de la suspensión de garantías	260
3.3. La nunca promulgada ley de desarrollo del artículo 70 de la Constitución de 1933: ¿estado de sitio, Ley de Orden Público?	262
3.4. La temprana «Ley de Emergencia» del régimen de Sánchez Cerro (enero de 1932) y posteriores leyes de excepción.	264
3.5. Aplicación de la Constitución de emergencia durante los años sesenta y setenta del siglo XX, surgimiento del «estado de emergencia» en la praxis peruana	267
3.6. La jurisprudencia sobre habeas corpus bajo régimen de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1933: obsecuencia judicial ante el poder y denegación de derechos fundamentales	268

Capítulo 5

Configuración actual del estado de emergencia I: la Constitución de 1979 y el sistema de doble régimen excepcional, en el marco de la primera ola de recepción del DIDH	271
1. Una Carta innovadora y necesaria	271
2. La ubicación sistemática del estado de excepción en la Carta Fundamental	273
3. El contexto político y social de la Asamblea Constituyente: sesiones bajo estado de excepción	275
4. El modelo dual de régimen de excepción	281
4.1. Necesidad de configurar un estado de excepción especial para catástrofes	284
5. Características del estado de emergencia en la Carta de 1979	286

5.1.	La titularidad de la potestad de declarar los estados de excepción: el mecanismo de la autoinvestidura	289
5.1.1.	Control parlamentario de la asunción de poderes extraordinarios por el Ejecutivo a la luz del DIDH, bajo la Constitución de 1979	292
5.1.2.	La Ley 25397 y el control parlamentario sobre la declaración del estado de excepción bajo la Carta de 1979	296
5.2.	Las causales del estado de emergencia: problemas interpretativos y solución a la luz del DIDH	299
5.2.1.	El carácter abierto de las causales	299
5.2.2.	El requisito de afectar la vida de la nación y las fuentes del DIDH	301
5.2.2.1.	Los trabajos preparatorios de la CADH	304
5.2.2.2.	El proceso de elaboración del PIDCP	311
5.2.2.3.	El contenido del concepto de peligro para la vida de la nación: la jurisprudencia y la doctrina del DIDH	315
5.2.2.3.1.	El concepto en la jurisprudencia y la doctrina del sistema europeo de derechos humanos	315
5.2.2.3.2.	El concepto en la jurisprudencia y la doctrina del sistema universal de derechos humanos	331
5.2.2.3.3.	El concepto en la jurisprudencia y la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos	342
5.2.2.3.4.	Las causales de la Carta de 1979 interpretadas a la luz del DIDH	345
5.3.	El estatus de los derechos fundamentales: ¿suspensión, derogación? Naturaleza y alcances	347
5.3.1.	El concepto de suspensión de derechos o garantías constitucionales	348
5.3.1.1.	Sobre qué recae la suspensión: ¿derechos o garantías?	348
5.3.1.2.	En qué consiste la suspensión o derogación	352
5.3.2.	Los derechos fundamentales susceptibles de suspensión bajo estado de emergencia	358
5.3.2.1.	La opción constitucional: un listado estricto de derechos suspendibles	358
5.3.2.2.	Los derechos inderogables conforme al DIDH y su articulación con la Constitución peruana de 1979	363

5.3.2.3.	Precisiones sobre el alcance de los cuatro derechos suspendibles bajo la Carta de 1979	370
5.4.	La intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno	377
5.4.1.	Innovación constitucional y militarización del conflicto	377
5.4.2.	Los excesos inconstitucionales de la Ley 24150	379
5.4.3.	¿Una modalidad irregular de intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno?	382
5.5.	El plazo del estado de emergencia y las prórrogas sucesivas	386
5.5.1.	La regulación del plazo en la Carta de 1979	386
5.5.2.	¿Límite a las prórrogas sucesivas?	389
5.6.	Los controles jurisdiccionales de los poderes de emergencia: un Estado constitucional de baja intensidad	392
5.6.1.	Una constante histórica: la desestimación del habeas corpus bajo estado de excepción. Estado constitucional de baja intensidad	392
5.6.2.	Las teorías sobre el control jurisdiccional del estado de emergencia	394
5.6.3.	La jurisprudencia de los tribunales peruanos: abdicación de su cometido esencial y desprotección de los derechos fundamentales	398
5.6.3.1.	El caso Acuache Donayre: detención por motivos no vinculados a la causal invocada; y algunas sentencias a contracorriente	399
5.6.3.2.	El caso Yáñez de Mestanza y los límites al plazo de la detención administrativa bajo estado de emergencia	403
5.6.3.3.	El caso Durán Ugarte, la masacre de los penales y los derechos inderogables bajo estado de excepción	404

Capítulo 6

Configuración actual del estado de emergencia II: la Constitución de 1993 y las innovaciones al régimen de excepción, en el marco de la segunda ola de recepción del DIDH	411
1. Una Carta constitucional de dudosa legitimidad democrática	411
2. Las principales modificaciones constitucionales al estado de emergencia	415

3.	La opción del legislador democrático: regulación fragmentaria del régimen de excepción, principalmente en función de la normativa sobre uso de la fuerza por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional	421
3.1.	Necesidad de una ley integral sobre estados de excepción	421
3.2.	La Ley 28222: intervención de las Fuerzas Armadas sin estado de excepción durante la presidencia de la República de Alejandro Toledo	424
3.3.	La Ley 29166 y el cambio en el eje de la regulación durante el segundo mandato del presidente Alan García: el uso de la fuerza por las instituciones castrenses	427
3.4.	El Decreto Legislativo 1095: expresión última del modelo de regulación del estado de excepción en función de las necesidades normativas del uso de la fuerza por las Fuerzas Armadas	429
4.	La jurisprudencia constitucional sobre estados de excepción bajo la Carta peruana de 1993	432
4.1.	Los procesos de inconstitucionalidad contra las leyes que disciplinan la intervención de las Fuerzas Armadas bajo estado de emergencia	432
4.1.1.	La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley 24150 y el Decreto Legislativo 749	433
4.1.2.	La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley 29166, complementaria de la Ley 28222	438
4.1.3.	La sentencia sobre la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1095	446
4.2.	El Tribunal Constitucional, los procesos de tutela de derechos fundamentales y el estado de emergencia	448
5.	La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre estado de emergencia en los casos peruanos	456
5.1.	Primera etapa: enero de 1995-agosto de 2000	458
5.2.	Segunda etapa: agosto de 2000-julio de 2007	466
5.3.	Tercera etapa: julio de 2007-octubre de 2016	472
6.	El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Observación General No 29 y los Informes Periódicos de Perú	490

Capítulo 7

La dimensión empírica: los Decretos Supremos y Resoluciones Supremas sobre estado de emergencia

1.	La metodología	497

2.	Los años de la guerra interna (1980-1992)	498
2.1.	Los inicios de la guerra interna (1980-1982)	498
2.2.	Los años de la militarización del conflicto (1983-1986)	508
2.3.	Los años del despliegue nacional de la violencia (1987-1989)	528
2.4.	Los años de la crisis extrema (ofensiva subversiva y contraofensiva estatal, 1990-1992)	542
3.	Los años del postconflicto (2013-2017)	554
3.1.	Año 2013: remanentes terroristas y proliferación de desastres naturales	554
3.2.	Año 2014: irrupción de casos de emergencia por razones de orden público	565
3.3.	Año 2015: escalada de los casos de emergencia por razones de orden público	571
3.4.	Año 2016: mantenimiento esencial de la situación	582
3.5.	Año 2017: consolidación de la Constitución de emergencia, con disminución de los casos por orden público	592
	Conclusiones	601
	Bibliografía	617

ABREVIATURAS

AI	Amnistía Internacional, Amnesty International
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Carta ADH	Carta Árabe de Derechos Humanos
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CGTP	Confederación General de Trabajadores del Perú
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Comisión EDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CCD	Congreso Constituyente Democrático
Corte EDH	Corte Europea de Derechos Humanos
Comité DD. HH.	Comité de Derechos Humanos del PIDCP
CIJ	Consejo Interamericano de Jurisconsultos
Const.	Constitución
CVR	Comisión de la Verdad y Reconciliación
DDHC	Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DINCOTE	Dirección Nacional contra el Terrorismo
DL	Decreto Ley o Decreto Legislativo
DS	Decreto Supremo
EOKA	Organización Nacional de Combatientes de Chipre
Exp.	Expediente
FNTMMSP	Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú
FIM	Frente Independiente Moralizador
FOCEP	Frente Obrero Campesino Estudiantil y Popular
FRENATRACA	Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos
ICJ	International Commission of Jurists
ILA	International Law Association
IRA	Irish Republican Army
MDI	Movimiento Democrático de Izquierda
MRTA	Movimiento Revolucionario Túpac Amaru
NM-C90	Nueva Mayoría-Cambio 90
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas

PAP	Partido Aprista Peruano
PCP	Partido Comunista Peruano
PCP-SL	Partido Comunista «Sendero Luminoso»
PIP	Policía de Investigaciones del Perú
PMDP	Partido Movimiento Democrático Peruano
PPC	Partido Popular Cristiano
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PSR	Partido Socialista Revolucionario
RL	Resolución Legislativa
RS	Resolución Suprema
SA	«Tropas de asalto» nazis (abreviatura de la palabra alemana «Sturmabteilung»)
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SINAGERD	Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres
SNMP	Sociedad Nacional de Minería y Petróleo
SS	«Camisas negras», elementos paramilitares nazis que se caracterizaban por esta vestimenta (abreviatura de la palabra alemana «Schutzstaffel»)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
UDP	Unidad Democrático-Popular
VRAEM	Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro

INTRODUCCIÓN

PALABRAS LIMINARES

Estudiar el estado de emergencia en el Perú de hoy es quizá una rareza, un empeño inusual e inesperado. Ciertamente, el tema no está de moda y no parece ser el más acuciante del constitucionalismo peruano en la actualidad. En otras épocas, incluso relativamente recientes, fue uno de los más serios problemas de la vida constitucional del país, como ocurrió durante la guerra interna desatada por la subversión y el terrorismo en los años ochenta y noventa del siglo pasado. Sucedió también en épocas anteriores, en las que los gobernantes se valieron de la excepción constitucional para perseguir a sus opositores políticos y para reprimir brotes de protesta social o popular, tales como movilizaciones y manifestaciones de los trabajadores en defensa de sus derechos.

Durante las dos últimas décadas del siglo pasado, al enfrentar el desafío subversivo y terrorista de Sendero Luminoso y del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), el estado de emergencia fue aplicado por los Gobiernos de tal manera que permitió, y aun favoreció, la comisión de violaciones graves, masivas, sistemáticas de los derechos fundamentales de las personas. Así, quedaron por completo desdibujadas las características esenciales del modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho. La inmensa mortandad, la crueldad de los crímenes, el sufrimiento devastador de tantos peruanos, en especial entre los más humildes, fueron una enorme tragedia para el país. Nuestra comunidad nacional aún no se ha recuperado de esas dos décadas de violencia política.

La presente investigación pretende contribuir a esclarecer una institución jurídico-constitucional que ha sido clave en algunos de los más serios desencuentros nacionales, durante el ya largo devenir de nuestra República. Que ha sido empleada como cobertura legal y mecanismo institucional de justificación para excesos represivos que, en determinados casos, llegaron a la perpetración de atrocidades y delitos de lesa humanidad contra personas y poblaciones inermes, a menudo también inocentes. Y que, además, ha infiltrado y permeado todo el orden constitucional del país, mediante la «normalización de la emergencia», fenómeno que trae como consecuencia

la implacable erosión de las bases mismas del modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho.

Por lejana que parezca ahora la posibilidad de una reedición de las traumáticas experiencias que acompañaron el empleo de la Constitución de emergencia en el Perú del pasado, tal posibilidad no puede ser descartada. Debemos a Hannah Arendt la siguiente reflexión: «es propio de la historia de la naturaleza humana que todo acto ejecutado una vez e inscrito en los anales de la humanidad siga siendo una posibilidad mucho después de que su actualización haya pasado a formar parte de la historia»¹. Añade la filósofa alemana que, «sea cual fuere el castigo, tan pronto un delito ha hecho su primera aparición en la historia su repetición se convierte en una posibilidad mucho más probable que su primera aparición»².

Y no es sólo que crímenes que iniciaron los nazis se hayan visto repetidos en diversas naciones posteriormente, lo que preocupaba de modo particular a la pensadora refugiada en Estados Unidos de América. Es también que ningún cuidado resulta excesivo, ninguna diligencia parece sobrar cuando se trata de regular debidamente instituciones jurídicas que la Constitución prevé precisamente para mantener a los gobernantes dentro de los cauces del Derecho, al enfrentar el desafío extremo de la violencia de signo político. La finalidad es, desde luego, impedir el abuso en el ejercicio de los poderes extraordinarios que se confiere al presidente de la República para conjurar la emergencia (real o supuesta) que amenaza con destruir a la nación y, al mismo tiempo, impedir el quebrantamiento de los límites derivados de la dignidad de las personas como sujetos titulares de derechos fundamentales.

En el caso peruano, debe mencionarse además un cambio relevante en las circunstancias históricas. Y es que, en la actualidad, junto al mantenimiento del estado de emergencia para hacer frente a los «remanentes terroristas» en la zona del Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), se observa la proliferación del régimen excepcional para lidiar con catástrofes principalmente causadas por desastres naturales, así como —por cierto, de especial gravedad— con acciones de protesta social o popular contra industrias extractivas o políticas estatales. La normalización de la emergencia, la permanencia de lo temporal deviene así en mecanismo opresivo que distorsiona el diseño institucional contenido en la Carta Fundamental y vacía de contenido el orden constitucional.

La presente investigación aspira a identificar algunos de los problemas cruciales de la Constitución de emergencia del Perú, la cual por lo demás hunde sus raíces en la historia tanto nacional como extranjera, según se expone aquí. Aspira, igualmente, a ofrecer algunas alternativas de regulación constitucional y legal, así como —quizá, sobre todo— de interpre-

1 Véase Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén* (Barcelona: DeBolsillo, 2004), p. 397.

2 *Ibíd.*, p. 398.

tación jurídica y aplicación práctica. Todo ello, con el propósito ulterior de contribuir a mejorar la calidad de la praxis constitucional del país, lo que ha de redundar en el mejoramiento de la calidad de vida de una nación que, tras casi doscientos años de República, aún se esfuerza por ser libre y justa.

OBJETO DE ESTUDIO, HIPÓTESIS, ENFOQUE Y METODOLOGÍA

La presente investigación, según indica su propio título, tiene por objeto de estudio el estado de emergencia constitucional ante amenazas de naturaleza política, en el Perú de inicios del siglo XXI. La hipótesis que orienta la investigación es la siguiente: es necesario introducir cambios en el marco normativo (Constitución y leyes), así como en la interpretación y en la jurisprudencia constitucional relativos al estado de emergencia constitucional frente a amenazas de naturaleza política, a fin de sujetar éste a las exigencias del modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho.

De esta delimitación se derivan determinadas características:

- 1) La investigación recae sobre el «estado de emergencia» como modalidad del régimen de excepción previsto en la Constitución peruana de 1993, actualmente en vigor. No se ocupa del «estado de sitio», como segundo tipo regulado en el artículo 137 de la Carta vigente. Desde luego, será necesario hacer algunas referencias al estado de sitio, pero sólo en la medida en que convenga a una adecuada comprensión del estado de emergencia o del régimen excepcional como institución global.
- 2) El marco temporal específico de la investigación lo proporciona la Carta constitucional de 1993. No obstante, la Constitución de 1979, que fue la primera en regular el estado de emergencia en la historia constitucional peruana³, así como sus antecesoras durante los siglos XIX y XX, serán objeto de análisis como antecedentes de la normativa contenida en la Carta actualmente en vigor.
- 3) El objeto preciso del estudio es el estado de emergencia en el Perú. Sin embargo, serán abordados también los más importantes antecedentes históricos de otros países, lo mismo que el desarrollo experimentado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), con vistas a proveer una adecuada contextualización de la figura nacional

3 Véase Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», en *Estados de emergencia en la región andina*, ed. Diego García-Sayán (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1987), pp. 107-108; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción» (tesis de bachillerato en Derecho) (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988), pp. 66 y 72-73.

- 4) Las emergencias que están comprendidas dentro del ámbito de la investigación son sólo aquellas de naturaleza política. Quedan incluidos, por lo tanto, sucesos tales como: guerra, subversión, terrorismo y disturbios internos graves con motivación política⁴ (por ejemplo, manifestaciones y movilizaciones populares que procuran derribar al Gobierno o que expresan reclamos ante autoridades estatales relacionados con la política general del Gobierno o con determinadas políticas públicas, las cuales se ven acompañadas por actos de fuerza o violencia de especial magnitud).

A la vez, quedan excluidas las emergencias vinculadas con desastres provocados por la naturaleza (sismos, inundaciones, lluvias intensas, etcétera) o por la acción humana (daños accidentales a gran escala), así como epidemias de salud y crisis económicas o financieras (éstas últimas tienen cauce constitucional a través del artículo 118.19 de la Carta Fundamental, que regula la emisión de Decretos de Urgencia por el presidente de la República).

- 5) El enfoque del estudio —como, por lo demás, anticipa el propio título de la presente investigación— es de Derecho Constitucional, pero entendido en un sentido amplio o integrador. Quiere decir que no sólo interesa la dimensión normativa del estado de emergencia constitucional, sino también su praxis a nivel de cumplimiento y aplicación (lo que incluye la interpretación y argumentación jurídicas). Particular atención se concederá, por consiguiente, a la jurisprudencia de los tribunales de justicia. Asimismo, se procurará obtener apoyo y complemento, para ciertas partes del trabajo de especial relevancia, en la perspectiva histórica y jurídico-política.

Por otra parte, conviene explicitar que la concepción del Derecho que se acoge en la presente investigación se rehúsa a considerarlo como una entidad autárquica y aislada de factores sociales, políticos y morales. Por el contrario, se asume aquí que el Derecho, si bien cuenta con autonomía como ordenamiento normativo y como disciplina académica, se halla fuertemente condicionado por sus relaciones con el sistema político y con el orden social en los que se sitúa y que intenta regular.

Se sigue de ello que los principios y normas que integran el ordenamiento jurídico interactúan y adquieren sentido en relación con la praxis política y social del país (praxis que, ciertamente, incorpora una dimensión valorativa o axiológica).

Se asume, pues, una visión del Derecho que se distancia de todo «formalismo jurídico» o «legalismo» (propios de la escuela de la

⁴ Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1992), pp. 31 y 33.

exégesis o de la jurisprudencia de conceptos), así como del «positivismo normativista» (de Kelsen, Hart o Alchourrón y Bulygin)⁵. Se acerca, más bien, a los planteamientos de un «realismo jurídico» renovado, que concede importancia a los valores y a la argumentación racional⁶, y, con más propiedad todavía, a los de la corriente denominada «constitucionalismo o post-positivismo» (de Dworkin, Nino o Alexy).

En efecto, conforme a estos planteamientos, el Derecho no puede ser visto de manera exclusiva como «una realidad ya dada», «producto de una autoridad», sino sobre todo como «una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o justificación», y que por ende supone una más intensa necesidad de argumentación y justificación jurídicas, recusando así un razonamiento jurídico «insular» y admitiendo, por el contrario, que el Derecho tiene componentes de naturaleza moral y política⁷.

A propósito de la concepción del Derecho Constitucional en particular, debe decirse igualmente que éste es entendido aquí como una unidad a la que se integra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), como parte del «bloque de constitucionalidad», por mandato de la misma Constitución en vigor (interpretación unitaria y sistemática de la cuarta de las disposiciones generales y transitorias y de los artículos 55, 3, 57 y 205), según jurisprudencia asentada del tribunal Constitucional peruano⁸.

- 6) Por lo que se refiere a la metodología, la investigación procurará una combinación de métodos de investigación. De un lado, recurrir a los métodos tradicionales de los estudios jurídicos de dogmática constitucional, esto es, a la consulta de fuentes normativas (Constituciones, leyes, reglamentos), repertorios de jurisprudencia y libros y artículos académicos de doctrina legal.

5 Véase Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Editorial Trotta, 2013), pp. 22-25.

6 *Ibíd.*, pp. 25-26. Véase también Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho* (Bogotá: Editorial Temis, 1992), pp. 33-38; Marcial Rubio y Elmer Arce, *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017), pp. 177-179; Marcial Rubio Correa, *El sistema jurídico: Introducción al Derecho* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, novena edición), pp. 301-302; Luis Pásara, *Derecho y sociedad en el Perú* (Lima: Ediciones El Virrey, 1988), pp. 7-15.

7 Véase Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 28-30.

8 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 2730-2006-PA/TC (Caso Castillo Chirinos), del 21 de julio de 2006, fundamentos jurídicos 9-15. Véase también Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional* (Lima: Palestra Editores, 2009), pp. 180 y 234-238; César Landa, «Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento constitucional peruano», en César Landa, *Constitución y fuentes del Derecho* (Lima: Palestra Editores, 2006), pp. 119-121.

De otro lado, empero, procura también una aproximación al conocimiento empírico de la problemática a abordar. En tal sentido, se ha elaborado dos «Bases de Datos de Decretos Supremos y Resoluciones Supremas relativos a Estados de Emergencia Constitucional» que abarcan dos arcos temporales (años 1980-1992 y 2013-2017), cuyas principales características serán presentadas y comentadas.

Por último, ha de decirse que, en relación a su objeto de estudio, la investigación se propone realizar, con el enfoque y la metodología enunciados, una investigación no sólo descriptiva sino también analítica, y que recurre a la historia y a la comparación jurídica allí donde resulta necesario. Por lo demás, la investigación procura no descuidar la dimensión propositiva de determinados cambios jurídico-constitucionales, con los cuales aspira a hacer una contribución al mejoramiento de las regulaciones y del cumplimiento y aplicación de la Constitución de emergencia en el Perú.

AGRADECIMIENTOS

Este libro debe mucho a diversas personas e instituciones. Han sido largos años de estudio y reflexión los que he dedicado a la temática que aquí abordo. Al culminar la tarea, es claro que no hubiera podido llevarla a cabo sin el aliento y el imprescindible apoyo de tales personas e instituciones.

Quiero agradecer en primer lugar a Natalia Torres, con quien sostuve las conversaciones iniciales sobre el objeto de estudio y quien me animó a perfilar los primeros planteamientos.

También agradezco a mis amigos de Paz y Esperanza, institución comprometida con la defensa de los derechos humanos en varias regiones del Perú, quienes hace ya varios años colaboraron conmigo y me acompañaron en dos viajes cruciales, uno en la zona de Huánuco y la cuenca del río Huallaga, y otro en la zona del VRAEM. Esos dos viajes me permitieron un conocimiento directo, de primera mano, de la realidad del estado de emergencia, en dos ámbitos territoriales todavía convulsionados por la violencia de los remanentes subversivos y terroristas en el Perú. Lo que aprendí entonces ha estado muy presente en las indagaciones y reflexiones que alimentaron mi investigación. Espero haber podido contestar ahora algunos de los interrogantes que, recorriendo pequeñas comarcas de la sierra y selva del Perú, todavía bajo estado de emergencia entrado ya el siglo XXI, aparecieron con inusitada claridad ante mis ojos.

Hicimos en aquella ocasión sendas conferencias abiertas al público, talleres con actores locales, entrevistas a autoridades del Estado (incluyendo jueces y fiscales, así como altos oficiales de las Fuerzas Armadas y de

la Policía Nacional), además de recopilar material periodístico y documental. Lamentablemente, no pude plasmar esos avances en una publicación pronta, como deseaba y había imaginado al inicio, debido a que, como me resultó evidente poco después, para un trabajo de mayor aliento necesitaba profundizar en fuentes académicas de distinta naturaleza (principalmente fuentes jurídicas, pero también históricas, políticas y sociológicas). Espero que estas páginas compensen, siquiera en parte, la demora que la bondad de mis amigos de Paz y Esperanza ha sabido entender.

Por la invaluable colaboración de Paz y Esperanza debo mencionar de modo especial a Germán Vargas, director de la institución; Honorato Méndez, Henry Mercado y Felimón Salvatierra, de la oficina de Ayacucho; Richard Ponciano y Janeth Hinestroza, de la oficina de Huánuco. Felimón Salvatierra me acompañó en el viaje desde Huamanga hasta las localidades del VRAEM (Pichari, Kimbiri, San Francisco, Sivia, entre otras). Similar tarea le correspondió a Janeth Hinestroza en el viaje desde la ciudad de Huánuco hacia diversas provincias y pueblos aledaños (Tingo María, Leoncio Prado, Aucayacu, Crespo y Castillo, etcétera).

Muchas otras personas de Paz y Esperanza me prestaron su colaboración desinteresada, que ahora no puedo mencionar. A ellos también agradezco su generosidad.

En los primeros intentos por aproximarme a la temática del estado de excepción en el Perú me prestaron singular apoyo, como asistentes de investigación, Gonzalo Monge, Margarita Romero, Alonso Hidalgo y Joseline Pérez. Ellos colaboraron en el diseño de las primeras versiones de una Base de Datos sobre Decretos Supremos de estados de emergencia en el Perú y en la recopilación y sistematización de la información. Más adelante, para el período 2013-2017, me prestaron un apoyo similar Marco Rodríguez y nuevamente Margarita Romero.

Quiero agradecer especialmente a la profesora Elena Alvites por sus observaciones atinadas a distintos avances del trabajo, y por sus sugerencias de cambios y mejoras.

Agradezco asimismo a mis colegas y compañeros del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) por las varias reuniones de debate académico en las que pude exponer avances de mi investigación y recibir críticas y consejos: César Landa, quien además me sugirió y proporcionó material bibliográfico valioso, nuevamente Elena Alvites, Erika García Cobián, David Lovatón, Luis Huerta, Daniel Soria, Pedro Grández, y nuevamente Marco Rodríguez.

También debo gratitud a mis profesores y compañeros del doctorado de Derecho de la PUCP (años 2015-2017), por las diversas sesiones de exposición y debate, que nutrieron mi reflexión. Especial mención merecen los profesores Armando Guevara, Patricia Urteaga, Elena Alvites, Betza-

bé Marciani y Rocío Villanueva. Mis pacientes compañeros de doctorado, quienes siempre me animaron y formularon comentarios útiles, son: Alberto Ferrand, Carolina Garcés, Christian Guzmán, Erika García Cobián, Fausto Alvarado, Gilberto Mendoza, Gisela Andía, Héctor Rojas, Iván Ortiz, Kenny Pérez, Renzo Saavedra, Richard Villagómez y Vanessa Tassara.

De otro lado, debo agradecimiento especial al Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania), en particular en las personas de su codirector, Armin von Bogdandy, y Mariela Morales Antoniazzi, investigadora y directora del Seminario Iberoamericano, por las facilidades brindadas para realizar una fructífera estancia de investigación en los meses de septiembre y octubre de 2017. La estancia me permitió acceder a la notable biblioteca del Instituto, donde pude consultar bibliografía que no hubiera alcanzado de otro modo. Asimismo, mucho me beneficié de los diálogos y discusiones académicas con los investigadores que en ese momento se hallaban trabajando en el Instituto, entre quienes debo mencionar especialmente a Pedro Villarreal, Arnulfo Mateos, Fernando Pérez Godoy, Felipe Westermeyer y Florian Lehne.

En el mismo Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, de Heidelberg, pude utilizar los recursos de la Biblioteca-Repositorio de las Naciones Unidas allí alojada. En particular, debo gratitud por ello a Sara von Skerst, oficial a cargo, cuya amabilidad y orientaciones me permitieron identificar y consultar ciertas fuentes internacionales de difícil acceso.

Muchas otras personas del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law atendieron mis requerimientos de investigador, incluyendo el muy amable personal de la biblioteca. Les quedo infinitamente reconocido por su colaboración y gentileza.

Agradezco asimismo a las autoridades de la Pontificia Universidad Católica del Perú por el apoyo que en todo momento me dieron para avanzar y concluir la esta investigación. La PUCP viene esforzándose desde hace algunos años por mejorar en sus tareas de investigación académica y ofrece varias formas de ayuda a profesores investigadores, de las que he podido disfrutar. Mi agradecimiento especial a Guillermo Boza e Iván Meini, jefes del Departamento Académico de Derecho de la PUCP en mandatos sucesivos, y a Alfredo Villavicencio, decano de la Facultad de Derecho, por su apoyo resuelto a mi investigación. A Alfredo Villavicencio, amigo entrañable de tantos años, debo además agradecer por darme ánimo y acicatearme en múltiples oportunidades con la cariñosa energía que lo distingue, sobre todo en esos momentos que él llamaba, recordando una vieja y querida canción, «el tiempo de los intentos..., la hora que nunca brilla».

Finalmente, expreso mi enorme gratitud a mi esposa, Silvana, y a mi hijo, Santiago, por la paciencia y comprensión frente a la gran cantidad de tiempo que ha demandado la culminación de este trabajo académico.

Introducción

A ellos les reitero aquí el antiguo y venerable haiku de Kobayashi Issa (1763-1827), que en innumerables ocasiones me oyeron invocar:

«Al Fuji subes
despacio —pero subes,
caracolito».

CAPÍTULO 1

EL CONCEPTO DE ESTADO DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

1. INTERDEPENDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA NORMALIDAD Y LA CONSTITUCIÓN DE EMERGENCIA

El estado de excepción es, ha sido siempre, una institución fundamental del constitucionalismo. Es claro que la Constitución, en tanto funda el orden político y jurídico de la nación, procura alcanzar regularidad y permanencia. Su designio es, pues, ser cumplida y aplicada de manera estable por individuos y autoridades. El presupuesto de su realización y perdurabilidad es, sin embargo, la existencia de una situación de «normalidad»⁹. Sólo bajo condiciones mínimas de paz y orden, de cierta estabilidad social y política, puede la Constitución encauzar adecuadamente las conductas de las personas —el desarrollo de sus planes de vida mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales— y el desempeño de las funciones de los poderes públicos en la búsqueda del bien común.

De allí que los ordenamientos constitucionales, por lo general, contengan disposiciones especiales que han de regir en contextos de crisis severas¹⁰. Si algo amenaza la vida de la nación o pone en peligro la continuidad de las instituciones estatales —una guerra, una insurrección, un desastre natural de gran magnitud, por ejemplo—, entonces los Estados son autorizados por las mismas Constituciones a dejar de lado algunas de sus cláusulas esenciales para así poder hacer frente a la emergencia.

Esta «Constitución de reserva», como la denomina Antonella Benazzo¹¹, o «Constitución alternativa de emergencia», según la llama Pedro Cruz

9 Véase Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», en AA. VV., *Normas internacionales sobre derechos humanos y Derecho interno* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1984), pp. 77-78.

10 Véase European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Emergency Powers* (Estrasburgo, Council of Europe, 1995), p. 3.

11 Véase Antonella Benazzo, *L'Emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza* (Torino: G. Giappichelli Editore, 2004), p. 32 (traducción propia). Cruz Villalón habla también de «ordenamiento de reserva». Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980), p. 12.

Villalón¹², es entonces indispensable para asegurar el orden de la normalidad constitucional. Dicho de otra manera, no puede haber orden constitucional normal si es que la misma Constitución no está en capacidad de reaccionar ante desafíos extremos. Para que pueda haber Constitución de la normalidad se requiere una «Constitución de emergencia», la cual ha de entrar en funcionamiento en caso de necesidad. Como apunta Ernst-Wolfgang Böckenförde, «preservar el Derecho de la normalidad presupone reconocer la existencia del estado de emergencia»¹³.

Surge, así, una íntima dependencia entre estos dos órdenes constitucionales, en la medida en que el primero corre el riesgo de desaparecer si no dispone del segundo ante crisis de especial gravedad. En tal sentido, Carl Friedrich advierte que la «dictadura constitucional» constituye «la prueba final del constitucionalismo», ya que «aquel gobierno que resulte incapaz de enfrentarse a las emergencias está destinado a caer más tarde o más temprano»¹⁴.

Ahora bien, la Constitución de emergencia tiene por fin el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional. Está completamente subordinada y al servicio de este propósito superior. Es una medida extrema para salvar el orden constitucional mismo. Si se apartara de este objetivo, devendría en mero gobierno tiránico. La concentración de poderes, la suspensión de derechos fundamentales, la intervención de las fuerzas armadas, que suelen acompañar como características distintivas al régimen de excepción constitucional, serían únicamente medios despóticos, desprovistos de legitimidad constitucional. Lejos de cumplir su finalidad propia, la Constitución de reserva acarrearía como consecuencia, más bien, el quebrantamiento del orden constitucional.

No es sólo, entonces, que la Constitución para tiempo ordinario no puede sobrevivir sin el apoyo de la Constitución de emergencia, pues requiere de ésta para remontar peligros radicales. También ha de reconocerse que la Constitución para tiempos excepcionales está en relación de dependencia respecto de la Constitución para tiempos normales, ya que su finalidad y razón de ser residen, de modo exclusivo, en la restauración de las condiciones constitucionales ordinarias.

12 Véase Pedro Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías* (Madrid: Editorial Tecnos, 1984), p. 19.

13 Véase Ernst-Wolfgang Böckenförde, «The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances», en *Constitutional and Political Theory: Selected Writings (Volume I)*, eds. Mirjam Künkler y Tine Stein (Oxford: Oxford University Press, 2017), p. 109 (traducción propia).

14 Véase Carl Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, Tomo II), p. 631.

2. PARADOJAS Y APORÍAS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

2.1. Salvar la Constitución suspendiéndola: ¿es posible limitar el estado de excepción?

Un aspecto ciertamente asombroso del estado de excepción es su naturaleza paradójica. Y es que, reducidas las cosas a lo esencial, puede afirmarse que él consiste en suspender la Constitución para salvarla. Diversos autores han hecho notar este carácter contradictorio. Así, por ejemplo, Sanford Levinson y Jack Balkin, quienes también se refieren a la institución como «dictadura constitucional» (al igual que el antes citado Carl Friedrich), consideran que esta fórmula constituye una «contradicción en los propios términos», ya que se trata de un «oxímoron» que combina «absolutismo» con «constitucionalismo»¹⁵.

Pero, ¿es posible preservar el orden constitucional dejando de lado algunas de sus regulaciones principales, aunque sólo fuese de modo transitorio? ¿Es razonable pretender la salvación de las instituciones constitucionales mediante la suspensión de principios y normas de gran importancia, que el propio texto fundamental recoge? Aún más, declarada la emergencia y suspensas las cláusulas constitucionales correspondientes, ¿será posible someter a límites efectivos el ejercicio de los poderes extraordinarios concedidos al gobernante? Y, en un horizonte temporal que trascienda lo inmediato, ¿la proclamación de la excepcionalidad constitucional no erosiona el Estado de Derecho y el orden democrático que la misma Constitución intenta asegurar?

Estas diversas preguntas conducen a una sola gran interrogante, la cual es, por cierto, de interés multidisciplinario en la medida en que involucra elementos tanto jurídicos como filosóficos, políticos e históricos. Tal interrogante puede ser formulada en los siguientes términos: ¿es posible sujetar el estado de excepción a límites constitucionales (jurídicos) o, más bien, su proclamación instaura una situación de vacío legal, de suspensión del Derecho, en la que no cabe restricción alguna sobre los poderes públicos que se despliegan para conjurar la emergencia?

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, que es el que adopta la presente investigación, es del todo obvio que la interrogante debe ser contestada en sentido afirmativo. El estado de excepción constitucional no está exento de reglas y limitaciones de orden jurídico, previstas en la misma Carta Fundamental. Esta primera aproximación, empero, pese a su carácter incontestable, debe ser de inmediato matizada. Y es que su valor es el de una mera estipulación normativa.

15 Véase Sanford Levinson y Jack M. Balkin, «Constitutional Dictatorship: Its Dangers and its Design», *Minnesota Law Review*, 94 (2009), p. 1795 (traducción propia). Para un análisis en parte más detallado del punto que desarrolla este acápite, véase también Abraham Siles, «La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización», *Themis*, 67 (2015), pp. 74-79.

2.2. El enfoque del Derecho Constitucional: normativismo y praxis histórica

Sin duda, es significativo que el ordenamiento constitucional contenga disposiciones para afrontar desafíos extremos a la vida de la nación o del Estado, las cuales establecen diversos requisitos de forma y fondo que deben ser respetados escrupulosamente. La cuestión se adensa y complejiza de manera considerable, sin embargo, ni bien uno deja la esfera abstracta y general de las previsiones legales, para dirigir la mirada sobre la realidad objeto de regulación.

En efecto, es en el plano de los eventos históricos donde se aprecia que una visión puramente normativa del Derecho Constitucional resulta insuficiente. Casi podría decirse que, en todo tiempo y lugar, han sido (son) frecuentes las transgresiones del marco jurídico normativo cuando se proclama la emergencia constitucional. Así, ya en el año 1985, Joan F. Hartman observó que «como una cuestión práctica, los más graves y más extendidos abusos de derechos humanos ocurren durante regímenes de emergencia, en todas las regiones y sistemas políticos»¹⁶. Más de treinta años después, Evan J. Criddle constata que, en la actualidad, «las autoridades nacionales comúnmente explotan los estados de emergencia como una excusa para perseguir a los disidentes políticos, enriquecerse a sí mismos y a sus aliados, y establecer nuevas leyes y políticas opresivas»¹⁷.

Hace falta, en consecuencia, complementar la perspectiva normativa del Derecho Constitucional con un enfoque atento igualmente a la esfera fáctica. Es decir, resulta inadecuado confinar la reflexión a los enunciados legales, es necesario ir más allá. Se requiere el complemento de disciplinas que aborden el cumplimiento (o no) y la aplicación (o no) de los mandatos de la ley. Una aproximación a la política y a la historia es, pues, imprescindible si se desea aprehender el fenómeno del estado de excepción en toda su complejidad. Y, dentro del dominio del Derecho Constitucional, es indispensable observar la práctica constitucional, especialmente el desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales de justicia, a fin de poder integrar la siempre cambiante y difícil dimensión de los hechos con la (hasta cierto punto) más simple y superficial dimensión de los meros enunciados legales.

Pues, bien, planteada la cuestión en estos términos amplios y comprensivos —según los cuales la gran interrogante sobre la naturaleza del estado de excepción (su sometimiento o no a los límites que son inherentes

16 Véase Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», *Human Rights Quarterly*, 7.1 (1985), p. 91 (traducción propia).

17 Véase Evan J. Criddle, «Testing Human Rights Theory During Emergencies», en *Human Rights in Emergencies*, ed. Evan J. Criddle (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), p. 11 (traducción propia).

al Derecho Constitucional) debe contestarse considerando tanto los mandatos legales como la praxis jurídico-política e histórica—, resulta entonces que la respuesta dista de ser sencilla.

2.3. ¿Es justificable la «dictadura constitucional»? las tesis de Clinton Rossiter, Walter Benjamin y Giorgio Agamben

Uno de los autores que ha llevado las cosas más lejos en cuanto al carácter paradójico del estado de excepción constitucional es, quizá, Clinton Rossiter. Terminada la Segunda Guerra Mundial, el profesor de la Universidad de Cornell procuró hallar justificación a la «dictadura constitucional», para lo que enhebró su reflexión con la propuesta teórica formulada por Carl Schmitt durante la República de Weimar, en Alemania. Éste, como se sabe —y será objeto de análisis más adelante (véase el acápite 2.4.2, *infra*)—, consideró imposible que el ordenamiento constitucional pudiera limitar al soberano en la proclamación del estado de excepción y en la adopción de las medidas para lidiar con él¹⁸.

Rossiter, por su parte, estimó que «en tiempo de crisis un gobierno constitucional y democrático debe ser temporalmente alterado en cualquier grado que sea necesario para superar el peligro y restaurar las condiciones normales», por lo que, en su opinión, un tal «gobierno fuerte» puede llegar a ser una «dictadura absoluta», lo que le parece admisible a condición de no tener «otros propósitos que la preservación de la independencia del Estado, el mantenimiento del orden constitucional existente y la defensa de las libertades políticas y sociales del pueblo»¹⁹.

Rossiter fue plenamente consciente de los peligros que erizaban el camino del que denominó «gobierno de crisis», indicando que «el más obvio» era el de su conversión en «permanente e inconstitucional», pero sin perder de vista que igualmente podía servir a fuerzas reaccionarias para la conservación ilegítima del poder, o, peor aún, que la «dictadura constitucional» podía acarrear un impacto adverso durable sobre las estructuras del gobierno y la sociedad²⁰.

El profesor neoyorkino, anticipando que, en la «Era Atómica» entonces iniciándose —téngase en cuenta que su libro apareció publicado por primera vez en 1948—, «el uso de poderes de emergencia constitucional puede muy bien devenir la regla y no la excepción», llegó a sostener, con desconcertante paradoja, que «ningún sacrificio es demasiado grande para

18 Véase Carl Schmitt, *Teología política* (Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía., 1998), p. 17. Véase también David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 42.

19 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship* (New Jersey: Transaction Publishers, 2011, reimpresión), pp. 5, 7 y 298 (traducción propia).

20 *Ibíd.*, pp. 294-296 (traducción propia).

nuestra democracia, menos que nada el sacrificio temporal de la democracia misma»²¹.

En suma, Clinton Rossiter aprobó el otorgamiento al Ejecutivo de poderes dictatoriales «absolutos» (pero transitorios) para habilitarlo a hacer frente a las emergencias, lo que lo condujo a responder en sentido afirmativo a la que él mismo llamó la «versión moderna» de la pregunta del presidente Lincoln: «¿puede una democracia librar una guerra total exitosa y todavía ser una democracia cuando la guerra haya terminado?»²². Setenta años más tarde, sin embargo, una multitud de experiencias de estados de excepción, desarrolladas a escala mundial y en los contextos más diversos, ha erosionado por completo tal certeza, al punto de tornarla inaceptable. En definitiva, no parece posible un gobierno de crisis que se erija como una dictadura con poderes absolutos (aunque fuesen temporales), sin afectar el núcleo mismo del orden constitucional y por ende sin obstaculizar su viabilidad futura, en particular si tal gobierno normaliza sus medios de acción extraordinaria.

En realidad, aun antes de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, el pensamiento disidente de Walter Benjamin había ya advertido, en su octava tesis sobre el concepto de historia, que «la tradición de los oprimidos nos enseña que el “estado de excepción” en el que vivimos es sin duda la regla»²³. Añadió el filósofo germano que «debemos llegar a una concepción de la historia que le corresponda enteramente», pues «entonces ya tendremos a la vista como nuestra tarea la instauración del estado real de excepción», con lo que «mejorará nuestra posición en la lucha contra el fascismo»²⁴.

Así, Benjamin evidenció que se había producido ya entonces lo que los estudiosos conocen como la «normalización de la emergencia» o la «permanencia de lo temporal», esto es, la prolongación del estado de excepción más allá de sus límites cronológicos estrictos, los mismos que han de ser regidos por una necesaria brevedad²⁵. De ese modo, se revelaba la verdadera

21 *Ibíd.*, pp. 297 y 314 (traducción propia).

22 *Ibíd.*, pp. 3 y 4 (traducción propia).

23 Véase Walter Benjamin, «Sobre el concepto de historia», en Walter Benjamin, *Obras. Libro I. Vol. 2*, eds. Rolf Tiedemann y Hermann Schweppenhäuser (Madrid: Abada Editores, 2008), p. 309. Giorgio Agamben llama la atención sobre este pasaje de la obra de Benjamin. Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción* (Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2007), p. 111.

24 Véase Walter Benjamin, «Sobre el concepto de historia», *op. cit.*, p. 309.

25 Sobre el concepto de «normalización de la emergencia», véase Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo* (Barcelona: Ediciones Península, 2007), p. 70; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, Cambridge University Press, (2006), pp. 228 y ss.; Giuseppe de Vergottini, «La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de las democracias al terrorismo», *Revista de Derecho Político*, 61 (2004), p. 23; Antonella Benazzo,

faz de la emergencia constitucional en la práctica, resultando palmario que los mecanismos excepcionales habían devenido en la forma ordinaria de gobierno, con lo que quedaban disueltas las diferencias entre normalidad y anormalidad constitucionales.

Resulta claro, entonces, que la gran interrogante sobre la naturaleza del estado de excepción —¿*quaestio iuris* o *quaestio facti*?— debe ser abuelta desde una perspectiva de Derecho Constitucional que no se limite a los mandatos normativos, sino que incorpore lo que ocurre en la realidad. Dicho en otras palabras, el ordenamiento constitucional ha de ser concebido como multidimensional, lo que admite como elementos constitutivos tanto a las normas como a las prácticas constitucionales, en especial a las desarrolladas por la jurisprudencia de los tribunales de justicia. Ello exige conceder importancia no sólo a la conducta de los actores institucionales —por ejemplo, a efectos de determinar si existen o no costumbres constitucionales—, sino también a la interpretación y aplicación del Derecho, incluyendo por lo tanto en lugar destacado el rol de la argumentación jurídica.

Es desde esta perspectiva constitucional integradora que la respuesta a la interrogante planteada se complica, adquiere inusitada dificultad. Porque nada parece capaz de asegurar que los poderes extraordinarios conferidos al gobernante para afrontar la emergencia se mantengan dentro del cauce de la Constitución. Consciente de esta dificultad radical, y tras reconocer que «no hay salvaguardias definitivas institucionales, disponibles para asegurarse de que los poderes de emergencia serán utilizados con el propósito de mantener la Constitución», Carl Friedrich apela *in extremis* al recurso a la ciudadanía, al «pueblo alerta», al «Poder Constituyente auténtico», como el único en condiciones de comprobar y cautelar el uso legítimo de los poderes de emergencia²⁶. Esto parece, sin embargo, una implícita admisión de la impotencia final del constitucionalismo frente al desborde de los poderes extraordinarios en situaciones de emergencia.

De allí que Giorgio Agamben haya hecho notar, con su habitual agudeza, que la «aporía fundamental» que padece la teoría de la dictadura constitucional —de la que Carl Friedrich y Clinton Rossiter son dos de sus exponentes más destacados— es que «ella permanece prisionera en el círculo vicioso por el cual las medidas excepcionales que se intenta justificar para la defensa de la Constitución democrática son las mismas que conducen a

L'Emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza, op. cit., p. 4; David Dyzenhaus, «The Permanence of the Temporary: Can Emergency Powers be normalized?», en *The Security of Freedom: Essay on Canada's Anti-Terrorism Bill*, ed. Daniels, Ronald J.; Macklem, Patrick; Roach, Kent (Toronto: University of Toronto Press, 2002), pp. 28-29.

26 Véase Carl Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, op. cit., Tomo II, pp. 610 y 632.

su ruina»²⁷. Esto es, no obstante, como si la promesa constitucional de sujetar a límites jurídicos el ejercicio de los poderes extraordinarios se tornara inviable, imposible de cumplir en la práctica. Se llega así a una situación de oclusión, de entrapamiento último.

Agamben formula entonces el problema en términos extremos, pues considera que no se trata de una mera cuestión «topográfica», caracterizada por la oposición dentro/fuera del Derecho, sino de «una más compleja relación topológica, en donde está en cuestión el límite mismo del ordenamiento jurídico»²⁸. Y es que, si bien el estado de excepción se ha convertido en el «paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea», él se sitúa, en las propias palabras del pensador italiano, «en el límite entre la política y el derecho», por lo que aparece en la práctica como «un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo»²⁹.

Frente al aparente carácter paradójico y quizá aún aporético del estado de excepción, empero, la presente investigación se propone indagar si es posible, y qué se requiere para ello, que el modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, especialmente el consagrado en la Carta Fundamental peruana de 1993, sujete a límites constitucionales (jurídicos) el desafío presuntamente radical del estado de excepción ante amenazas de naturaleza política (en el caso peruano, bajo la modalidad de «estado de emergencia» recogido en el artículo 137.1, Const.).

Las preguntas de fondo, conviene reiterarlo, son las de siempre, las que parecen asediar al pensamiento constitucional en toda época y en todo lugar: ¿puede ser salvado el ordenamiento constitucional mediante su suspensión o quebrantamiento? ¿Pueden ser concedidos poderes extraordinarios al Ejecutivo para enfrentar crisis radicales sin que ello arrase los propios fundamentos de la Constitución y su viabilidad futura? ¿Es posible introducir limitaciones jurídicas a ser observadas efectivamente durante las emergencias? ¿Puede evitarse que el régimen de excepción devenga *de facto* en gobierno tiránico?

3. RELEVANCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE EMERGENCIA A NIVEL MUNDIAL: VIEJOS Y NUEVOS RETOS

3.1. El estado de excepción: de la invisibilidad al registro

El estado de excepción es en la actualidad un desafío de alcance mundial. No quiere decir que no lo haya sido antes; por el contrario, la histo-

27 Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., p. 34.

28 *Ibíd.*, pp. 59-60.

29 *Ibíd.*, pp. 23 y 25-26.

ría muestra su temprano nacimiento junto con el Estado constitucional y democrático de Derecho, y su rápida extensión y empleo en multitud de países³⁰. Pero, por diversas y complejas razones, que quizá pueden ser atribuidas en gran medida a condicionamientos de orden cultural e ideológico, en todas las épocas el fenómeno parece pasar desapercibido, o, al menos, parece ser considerado de importancia inferior³¹. Ello explica, siquiera en parte, la escasa atención otorgada tradicionalmente por el mundo académico, ubicándose en lugar prominente los investigadores del Derecho Constitucional, cuyo desinterés, como señala el profesor Guillaume Tusseau, «no es proporcional a lo que está en juego»³².

Pese a que esta inclinación a invisibilizar los poderes de emergencia surge como una constante en la historia del constitucionalismo moderno, debe reconocerse que, desde las últimas décadas del siglo pasado, se concede una atención creciente y se realiza un registro más cuidadoso de los episodios de gobierno de crisis constitucional. Es así que los estudios pioneros que fueron promovidos por la Comisión Internacional de Juristas (ICJ por sus siglas en inglés) hacia fines de los años setenta y comienzos de los años ochenta del siglo XX, observaron que en el año 1978 existían poco más o menos 30 Estados integrados a la comunidad internacional de naciones que se hallaban bajo estado de emergencia³³.

Ya para el año 1985 —esto es, siete años más tarde—, la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés) identificó un número aproximado de 70 países sujetos a alguna forma de régimen excepcional entendido «en sentido amplio»³⁴. Y el Décimo Informe Anual del Relator Especial para Estados de Emergencia de las Naciones Unidas sostuvo que, en el período que va de enero de 1985 a mayo de 1997, un número aproximado de 100 Estados o territorios estuvieron en algún momento sometidos a

30 Véase Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 162 y ss., 319 y ss., y 399 y ss.; Carlos Sánchez Viamonte, *Ley marcial y estado de sitio en el Derecho argentino* (Buenos Aires: Editorial Perrot, segunda edición, 1957), pp. X-XI, XXXIII-XLVII y 17-28.

31 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., pp. 1-2.

32 Véase Guillaume Tusseau, «The Concept of Constitutional Emergency Power: A Theoretical and Comparative Approach», *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 97.4 (2011), p. 499 (traducción propia).

33 Véase International Commission of Jurists (ICJ), *States of Emergency: Their Impact on Human Rights* (Génova: International Commission of Jurists, 1983), p. 413; Daniel O'Donnell, «Estados de Excepción», *La Revista*, 21 (1978), pp. 108 y 117 (nota 1).

34 Véase International Law Association (ILA), *Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Second Conference of ILA* (Seúl, 1986), párrafo 13 (pp. 112 y 162 [nota 7]). Véase también Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency* (Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 1994), pp. 3-4.

estados de emergencia *de iure* o *de facto*, número que superaba la mitad de los Estados miembros de las Naciones Unidas³⁵. En fin, en el momento de la emisión del Informe Final del Relator Especial, hacia mayo de 1997, en casi 40 países o territorios estaba vigente algún tipo de estado de excepción³⁶.

El panorama no es muy distinto en los primeros años del presente siglo. En efecto, si uno revisa las notificaciones formales de estados de excepción hechas al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de conformidad con el artículo 4.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), resulta que entre los años 2000 y 2017 la Secretaría General de la ONU ha recibido 330 notificaciones cursadas por 31 países de diversas regiones del mundo. Los detalles de estos resultados —que, por cierto, no incluyen a los estados de emergencia *de facto* ni a los no notificados—, pueden ser apreciados en el siguiente cuadro 1.

Cuadro 1
Número de notificaciones y países notificantes bajo el artículo
4.3 PIDCP, por año
(2000-2017)

Año	Número de notificaciones	Países
2000	6	Ecuador (2), Perú (3), Sri Lanka (1)
2001	5	Ecuador (2), Reino Unido (2), Sudán (1)
2002	13	Argentina (3), Colombia (2), Ecuador (1), Guatemala (1), Nepal (3), Perú (2), Sudán (1)
2003	7	Colombia (1), Perú (5), Serbia y Montenegro (1)
2004	11	Jamaica (2), Perú (9)
2005	17	Ecuador (2), Guatemala (1), Nepal (3), Nicaragua (2), Perú (8), Reino Unido (1)
2006	18	Ecuador (1), Francia (2), Georgia (2), Guatemala (2), Perú (11)
2007	15	Georgia (1), Jamaica (2), Perú (12)
2008	21	Armenia (2), Colombia (1), Guatemala (4), Perú (14)
2009	19	Guatemala (4), Perú (15)

35 Véase Relator Especial para Estados de Emergencia, *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción* (Décimo Informe Anual, documento E/CN.4/Sub.2/1997/19, de 23 de junio de 1997), párrafo 180, p. 49.

36 Véase Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción* (México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 1999), párrafo 186, p. 85 (nota 1).

Año	Número de notificaciones	Países
2010	31	Bolivia (2), Chile (1), Colombia (1), Guatemala (13), Jamaica (2), Paraguay (1), Perú (9), Sri Lanka (1), Tailandia (1)
2011	17	Argelia (1), Bahrein (3), Guatemala (10), Perú (1), Tailandia (1), Trinidad y Tobago (1)
2012	16	Guatemala (1), Perú (14), Trinidad y Tobago (1)
2013	21	Guatemala (4), Perú (17)
2014	20	Guatemala (3), Perú (14), Tailandia (3)
2015	24	Francia (1), Perú (20), Sri Lanka (1), Ucrania (2)
2016	40	Guatemala (4), Francia (2), Perú (31), Turquía (2), Ucrania (1)
2017	29	Ecuador (10), Francia (2), Guatemala (2), Perú (11), Turquía (4)
Total	330	31

Fuente: elaborado con base en United Nations Treaty Collection - Depositary Notifications (CNs) by the Secretary-General (https://treaties.un.org/Pages/CNs.aspx?cnTab=tab2&clang=_en)

Una reelaboración de las cifras para agruparlas por quinquenios (salvo el último tramo, que comprende sólo un trienio) muestra con más claridad un progresivo incremento del número de notificaciones, si bien el número de países se mantiene estable. Ello puede observarse en el siguiente cuadro 2.

Cuadro 2
Número de notificaciones y número de países notificantes bajo
el artículo 4.3 PIDCP, por quinquenios
(2000-2017)

Quinquenios	Número de notificaciones	Número de países
2000-2004	42	11
2005-2009	90	11
2010-2014	105	12
2015-2017	93	7
Total	330	31

Fuente: elaborado con base en United Nations Treaty Collection - Depositary Notifications (CNs) by the Secretary-General (https://treaties.un.org/Pages/CNs.aspx?cnTab=tab2&clang=_en)

En fin, el reciente estudio de Hafner-Burton, Helfer y Fariss, que abarca derogaciones hechas al PIDCP, a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), entre los años 1977 y 2008, encuentra que 31 Estados han producido 586 acciones de «derogación» en 232 «años-país», es decir, «años en los cuales un Estado Parte registró una derogación o una derogación previamente registrada permaneció en efecto»³⁷.

3.2. Recurrencia de las causas invocadas a lo largo del tiempo

Como quiera que fuere, parece claro que a lo largo de las últimas décadas —al menos, desde fines de los años setenta y comienzos de los años ochenta del siglo pasado— y hasta la actualidad, un considerable número de países ha recurrido a los estados de excepción constitucional, tanto *de iure* como *de facto*. Establecido esto, interesa ahora destacar que las causas aducidas por los Estados para justificar la instauración del régimen de emergencia no muestran grandes diferencias con el transcurso del tiempo. Algunos autores, de modo sintético, sostienen que las razones invocadas con más frecuencia por los Estados son la guerra civil y los casos de serias perturbaciones internas, a menudo acompañadas de violencia³⁸.

Por su parte, el Relator Especial para Estados de Emergencia de las Naciones Unidas asevera en su Informe Final que las comunicaciones recibidas de los gobiernos se refieren invariablemente a amenazas graves al Estado, a las instituciones o a la población, siendo de relevar, a título meramente ilustrativo, los siguientes motivos específicos: «amenaza a la seguridad del Estado, al orden público, a la vigencia de la Constitución y de las instituciones democráticas, existencia de actos de violencia, subversión o terrorismo, vandalismo, ataque o amenaza de ataque exterior, motines o rebeliones internas, intento de golpe de Estado, asesinato de miembros del gobierno, etcétera»³⁹. El Relator también menciona como causas repetidas las calamidades públicas y las catástrofes provocadas por la naturaleza o por la acción humana, así como, de manera creciente, las cuestiones étnicas y las perturbaciones internas derivadas de factores económicos⁴⁰.

37 Véase Hafner-Burton, Emilie M.; Helfer, Laurence R. y Fariss, Christopher J., «Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties», en *Human Rights in Emergencies*, ed. Evan J. Criddle, *op. cit.*, pp. 88-89 y 98-99 (traducción propia).

38 Véase Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *Michigan Journal of International Law*, 34.3 (2013), p. 510; Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (Kehl: N. P. Engel Verlag, 2005), p. 90.

39 Véase Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, *op. cit.*, párrafo 43, p. 19.

40 *Ibíd.*

Así pues, una mirada más acuciosa sobre la realidad permite constatar no sólo el uso frecuente de la Constitución de emergencia, sino también la invocación por los Estados de las mismas o similares causas para justificar su empleo. Tales causas incluyen sobre todo situaciones de guerra, rebelión, subversión o terrorismo y perturbaciones serias del orden público (disturbios internos), al igual que casos de desastres naturales e incluso crisis de orden económico o financiero⁴¹.

3.3. El desafío del «terrorismo global»

Ahora bien, a escala planetaria, los eventos más impactantes al inicio del nuevo siglo han sido, ciertamente, los atroces ataques terroristas perpetrados por Al Qaeda el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de América (seguidos, además, por otros ataques terroristas contra civiles en distintos lugares del mundo, a lo largo de los años). Ellos han dado entidad y consistencia al fenómeno conocido como «terrorismo global» y a las consiguientes reacciones represivas de los Estados amenazados, en particular de los que cuentan con mayor desarrollo industrial y comercial, y con regímenes liberales y democráticos formalmente más asentados.

El terrorismo global ha sido caracterizado por Giuseppe de Vergottini como un «terrorismo ubicuo proveniente de lugares indeterminados y desarrollado por sujetos no necesariamente coincidentes con organizaciones de Estados territoriales»⁴². Manuel Carrasco Durán coincide en gran medida con ello, al estimar que el fenómeno consiste en «un tipo de terrorismo causado por grupos con una estructura que podía hallarse dispersa, potencialmente, en una multitud de lugares»⁴³. Es Javier Pérez Royo, empero, quien ha planteado la cuestión en términos más netos y definidos (también, en cierto modo, más perentorios), al sostener lo siguiente:

A partir del 11 de septiembre el terrorismo tiene una nueva forma de manifestación. Siguen existiendo formas de terrorismo tradicionales, de carácter estatal, como ocurre en España con el terrorismo de ETA, pero ha nacido un nuevo tipo de terrorismo, que podemos calificar de

41 Para un recuento contemporáneo de causas a las que los Estados apelan para declarar emergencias constitucionales, véase Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt* (Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2016), p. 23; Fatovic, Clement y Kleinerman, Benjamin A., «Introduction: Extra-Legal Measures and the Problem of Legitimacy», en *Extra-Legal Power and Legitimacy: Perspectives on Prerogative*, eds. Fatovic, Clement y Kleinerman, Benjamin A. (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 1.

42 Véase Giuseppe de Vergottini, «La difícil convivencia entre libertad y seguridad, *op. cit.*, p. 24.

43 Véase Manuel Carrasco Durán, «Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001», en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, ed. Javier Pérez Royo, *op. cit.*, p. 19.

global, desvinculado de un Estado concreto, no protagonizado por grupos constituidos básicamente por ciudadanos del mismo país, carentes de cualquier programa dirigido a la sociedad a la que pretenden aterrorizar y cuyos actos de terror no tienen la finalidad de conseguir un objetivo concreto⁴⁴.

Estados Unidos de América ha liderado a nivel mundial el movimiento de reacción de las democracias constitucionales y de la comunidad internacional contra el terrorismo global, tras la pronta proclamación por la Administración del presidente George W. Bush de un impreciso «estado de emergencia» nacional e internacional, en el marco de una no menos gaseosa «guerra contra el terror»⁴⁵. Lamentablemente, esta «cruzada» ha dado lugar a innumerables abusos contra los derechos fundamentales de las personas, cometidos en nombre de dicha guerra contra el terror⁴⁶. De especial gravedad parecen las serias indeterminaciones en cuanto a la naturaleza de esta «guerra» y al estatus jurídico de sus «combatientes», sobre todo de aquellos tildados de «combatientes enemigos» por el Gobierno norteamericano, los cuales han permanecido por largos años bajo arresto militar o administrativo sin la debida protección judicial⁴⁷.

Una de las consecuencias más nocivas de la política contra-terrorista implementada por la Administración estadounidense ha sido la de indeterminar también en el plano temporal los límites de la guerra contra el terror. Ello produce el fenómeno ya advertido antes de la «normalización de la emergencia», diluyendo las fronteras entre normalidad y anormalidad constitucionales. Manifestación palmaria de esta concepción es un discurso pronunciado por el vicepresidente Richard Cheney pocas semanas después de los ataques del 11 de septiembre:

La seguridad interior no es una medida temporal para enfrentar precisamente una crisis. Muchos de los pasos que nosotros ahora hemos

44 Véase Javier Pérez Royo, «La democracia frente al terrorismo global», en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, ed. Javier Pérez Royo, *op. cit.*, p. 10.

45 Véase Kim Lane Scheppele, «Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11», *Journal of Constitutional Law*, 6.5 (2004), pp. 1001-1002 y 1023-1024; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, pp. 26-27; Owen Fiss, *Los Mandatos de La Justicia. Ensayos sobre Derecho y Derechos Humanos* (Madrid: Marcial Pons, 2013), p. 99.

46 Véase Esperanza Gómez Corona, «Estados Unidos: Política Antiterrorista, Derechos Fundamentales y División de Poderes», en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, ed. Javier Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 58-96; Tommaso Edoardo Frosini, «El Estado de Derecho Se Ha Detenido En Guantánamo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 76 (2006), 33-74.

47 Véase David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), pp. 1-2; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, p. 27.

sido forzados a tomar devendrán permanentes en la vida americana. Ellos representan una comprensión del mundo tal cual es, y de los peligros contra los cuales debemos protegernos quizá por décadas. Yo pienso en esto como la nueva normalidad⁴⁸.

Pese a estas distorsiones severas de la Constitución de emergencia, no cabe duda de que el terrorismo global o internacional es, desde entonces y aún hoy día, un desafío extremo al Estado constitucional y democrático de Derecho en todo el orbe. En los últimos años, lo confirman trágicamente, por citar un único ejemplo, los graves atentados sufridos por Francia el 13 de noviembre de 2015, en París, y el 14 de julio de 2016, en Niza, ambos reivindicados por el autoproclamado Estado Islámico⁴⁹. El primero de estos atentados terroristas justificó la inmediata declaración del «estado de urgencia» («État d'urgence») por el entonces presidente François Hollande, el cual fue sucesivamente renovado hasta su levantamiento final en noviembre de 2017, en coincidencia con la aprobación de una ley que parece institucionalizar rigurosas medidas de emergencia adoptadas mientras estuvo en vigor el régimen excepcional⁵⁰.

Tampoco es posible poner en duda, desde luego, que los Estados amenazados tienen el derecho (y el deber) de defenderse y de brindar protección a sus pueblos frente a los demenciales ataques terroristas, muchas veces dirigidos contra personas inocentes. La cuestión sin embargo no es esa, ya que sobre tal derecho/deber de defensa y protección no hay debate alguno. La cuestión ahora es, más bien, si el terrorismo global o internacional, tal como se ha configurado tras el 11 de septiembre de 2001, representa una amenaza nueva y del todo desconocida, que imponga la necesidad de lidiar con ella mediante el recurso a poderes de excepción virtualmente ilimitados y de carácter permanente.

48 Véase Richard B. Cheney, «Remarks by the Vice President to the Republican Governors Association», October 25, 2001, en The American Presidency Project (*online*) (<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=85601>) (traducción propia). Véase también Owen Fiss, *Una Guerra sin Igual: La Constitución en los Tiempos del Terrorismo*, *op. cit.*, pp. 133 y ss.; Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, *op. cit.*, p. 18.

49 Véase Maria Elisabetta Venditti, «Le clausole derogatorie dei diritti umani: l'art. 15 CEDU alla luce dell'invocazione dello stato di emergenza in Francia e in Turchia», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, XIX.2 (2017), pp. 484 y 492 (nota 24); Amnesty International, *Upturned Lives: The Disproportionate Impact of France's State of Emergency* (Londres, 2016), p. 5; Human Rights Watch, *World Report 2017 (Events of 2016)* (New York: Human Rights Watch, 2017), p. 265.

50 Véase Kartik Raj, «Welcome, France, to the "New Normal"», November 1, 2017 (*online*) (<https://www.hrw.org/news/2017/11/01/welcome-france-new-normal>). Véase también Amnistía Internacional, *Informe 2016/17: la situación de los derechos humanos en el mundo* (Londres: Amnesty International, 2017), pp. 203-204; Amnesty International, *Dangerously Disproportionate: The Ever-Expanding National Security State in Europe* (Londres: Amnesty International, 2017), pp. 14-16.

Y es que, aunque diversas respuestas iniciales ante los ataques terroristas del año 2001 en Nueva York, Washington y Pensilvania sostuvieron que ellos han transformado para siempre el mundo⁵¹, en verdad gran parte del debate sobre cómo lidiar con el terrorismo, así como sobre el alcance que deben tener los poderes extraordinarios a asumir por el Ejecutivo, sobre la eventual suspensión de derechos fundamentales y sobre el posible rol a desempeñar por las Fuerzas Armadas, entre otros puntos relevantes, han sido abordados desde antiguo por el constitucionalismo, si bien de manera marginal, como ya ha sido expuesto en esta investigación⁵².

No cabe decir, por lo tanto, que el terrorismo global es un peligro completamente nuevo, ni que ha acarreado una transformación completa del orden mundial. Tampoco, por ende, han de ser aceptadas acríticamente las propuestas políticas y académicas para las que el fenómeno del terrorismo global debe verse reflejado en los ordenamientos constitucionales y en el propio Derecho Internacional, de tal manera que éstos se encuentren obligados a un endurecimiento represivo (casi a un cambio de naturaleza) mediante los mecanismos de una excepción que tienda a volverse permanente.

3.4. El panorama actual: subsistencia de modalidades tradicionales de estado de excepción

En cualquier caso, es obvio que junto al desafío del terrorismo global subsisten las causas de la excepción de viejo cuño, que ya han sido mencionadas aquí (guerra, rebelión, subversión y terrorismo local, disturbios internos, desastres naturales, crisis económicas). Los mecanismos habituales no sólo pueden ser empleados para afrontar la «nueva» problemática, sino que deben seguir siendo puestos a prueba en la práctica (y, eventualmente, adaptados o modificados), ante los problemas subsistentes que plantea la Constitución de emergencia.

En tal sentido, si analizamos los estados de excepción formalmente notificados a la Secretaría General de las Naciones Unidas en cumplimiento del artículo 4.3 del PIDCP durante los dos últimos años estudiados (2016-2017), resulta que las causas invocadas por los Estados se hallan dentro de la gama tradicional (véase el cuadro 1, *supra*). Así, al lado de la emergencia francesa motivada por el terrorismo global o internacional, que se acaba de comentar, está el caso de Turquía, cuyo estado de emergencia tiene por

51 Véase W. Michael Reisman, «In Defense of World Public Order (Editorial Comments)», *American Journal of International Law*, 95.4 (2001), pp. 833-834. Véase también, para una perspectiva crítica, Oren Gross, «Chaos and rules: Should responses to violent crises always be constitutional?», *Yale Law Journal*, 112.5 (2003), pp. 1014-1016.

52 Véase David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, *op. cit.*, p. 2; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, pp. 1-3.

origen un golpe de Estado fallido⁵³. La excepcionalidad en Ucrania tiene relación con un supuesto bélico, ya que se proclama para hacer frente a actos calificados como «agresión armada» por una potencia extranjera y como «ocupación ilegal de parte del territorio» del país.

En el caso de Guatemala, se observa en primer lugar el recurso a la Constitución de emergencia para afrontar situaciones de «amenaza al orden constitucional, la gobernabilidad y la seguridad del Estado», las cuales podrían quizá ser reconducidas a la hipótesis de «disturbios internos», y, en segundo lugar, crisis provocadas por desastres naturales (lluvias intensas). En fin, el Estado de Ecuador ha hecho uso de la derogación autorizada por el artículo 4 del PIDCP frente a calamidades naturales (una erupción volcánica y «eventos sísmicos»), pero también ante situaciones definidas oficialmente como enfrentamientos de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas con «grupos armados ilegales», y de «fuerzas uniformadas» con pobladores que residen cerca de un campamento minero (quizá un caso de protesta popular contra industrias extractivas)⁵⁴.

En el ámbito latinoamericano, debe ser mencionado igualmente el polémico «estado de excepción y de emergencia económica» que ha sido introducido en Venezuela en el mes de mayo de 2016 y que viene siendo renovado sucesivamente desde entonces, agravando la severa crisis constitucional y democrática que padece este país⁵⁵.

Es claro, por cierto, que la situación en el Perú actual es parecida a los últimos casos comentados. Si bien no puede ser descartada la infausta posibilidad de ataques del terrorismo global o internacional, en suelo patrio los desafíos siguen siendo diferentes. De hecho, el Estado peruano recurre ampliamente a los poderes de excepción, como puede apreciarse de las 228 notificaciones cursadas al Secretario General de las Naciones Unidas

53 Véase Maria Elisabetta Venditti, «Le clausole derogatorie dei diritti umani: l'art. 15 CEDU alla luce dell'invocazione dello stato di emergenza in Francia e in Turchia», *op. cit.*, pp. 484, p. 490 y pp. 506-507. Véase también Tania Groppi, «Turchia 2017: l'attacco allo stato di diritto e il fallimento della condizionalità europea», *Osservatorio Costituzionale*, 1 (2017), pp. 9-14; Antonio J. Palma, «Il fallito colpo di Stato del 15 luglio 2016 e lo stato di eccezione proclamato in Turchia: tra repressione legittima, soppressione dei diritti individuali e pericolo di una deriva autoritaria per una labile democrazia», *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2016, pp. 894-896.

54 Las notificaciones de estados de excepción realizadas conforme al artículo 4 del PIDCP durante los años 2016 y 2017 han sido consultadas en la página web sobre tratados internacionales administrada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU): https://treaties.un.org/Pages/CNs.aspx?cnTab=tab2&clang=_en (traducción propia).

55 Véase Allan Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversion del Estado de Derecho: el juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Madrid: Iustel, 2017), pp. 397-398; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Institucionalidad democrática, estado de derecho y derechos humanos en Venezuela: Informe de país* (Washington, D. C.: CIDH, 2017), párrafos 382-387 y 409, y recomendación 51, pp. 205-209, 223 y 262.

entre los años 2000 y 2017 en cumplimiento del artículo 4.3 del PIDCP (véase el cuadro 1, *supra*)⁵⁶.

Puede decirse entonces que los problemas que, a juicio de las autoridades públicas peruanas, ameritan este recurso extremo, son los tradicionales: las acciones de los remanentes del movimiento subversivo y terrorista Sendero Luminoso, aliado a bandas de narcotraficantes en la zona del Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), diversos desastres naturales (ocasionados por lluvias intensas, movimientos sísmicos, deslizamientos de tierras, desbordes de lagunas, etcétera), disturbios internos (incluyendo en lugar preeminente movilizaciones de protesta social) y aun delincuencia común, conforme será expuesto con detalle más adelante en la presente investigación (véase el capítulo 7, *infra*).

4. LA CONSTITUCIÓN DE EMERGENCIA EN EL PERÚ Y LA HERENCIA DE LA GUERRA INTERNA

4.1. Los principales problemas del estado de emergencia durante la guerra interna

En el Perú de hoy, la Constitución de emergencia es, sigue siendo, una figura de enorme gravitación en la vida nacional. No hace falta insistir aquí en su uso frecuente y variado, ya expuesto en el acápite anterior. Conviene, más bien, llamar la atención ahora sobre su antecedente inmediato en la guerra interna que asoló a la patria entre los años 1980 y 2000, y en el ominoso legado que ha dejado al país.

Y es que el estado de emergencia, proclamado desde octubre de 1981 para hacer frente a la subversión de Sendero Luminoso⁵⁷, en especial con la intervención de las Fuerzas Armadas desde diciembre de 1982 y enero de 1983⁵⁸, fue ocasión para que se cometieran innumerables abusos con-

56 El estudio de Hafner-Burton, Helfer y Fariss considera que el caso peruano constituye un «atípico llamativo», debido al elevado número de «derogaciones» registradas a lo largo de los años ante las instancias internacionales previstas en los tratados de derechos humanos (264 derogaciones, seguido por el Reino Unido, con 52). Véase Hafner-Burton, Emilie M.; Helfer, Laurence R.; y Fariss, Christopher J., «Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties», *op. cit.*, p. 89 (tabla 4.1, y nota 1) (traducción propia).

57 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final* (Lima: UNMSM - PUCP, 2004, Tomo I), p. 155; Antonio Zapata, *La guerra senderista: hablan los enemigos* (Lima: Taurus, 2017), p. 111.

58 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo I, p. 104; Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú, *En honor a la verdad* (Lima: Ejército del Perú, 2012, segunda edición), pp. 48-49. Véase también Antonio Zapata, *La guerra senderista: hablan los enemigos*, *op. cit.*, pp. 115 y 118; Gustavo Gorriti, *Sendero: Historia de la guerra milenaria en el Perú* (Lima: Editorial Planeta Perú, segunda edición, 2009), pp. 424-425.

tra los derechos fundamentales de las personas⁵⁹. Tales abusos llegaron a constituir, en determinados momentos y lugares del período de la violencia política, patrones sistemáticos y generalizados de violación de derechos humanos y aun atrocidades y crímenes de lesa humanidad⁶⁰.

Entre los principales problemas derivados de la declaración inicial del régimen de excepción frente a la guerra interna, sus prórrogas continuas y su paulatina extensión geográfica hasta comprender a una vasta parte del territorio nacional, se hallan los siguientes:

- 1) La perpetración de graves violaciones de los derechos humanos, las mismas que, como se acaba de indicar, llegaron a ser sistemáticas y generalizadas en ciertos momentos y lugares.
- 2) La abdicación de las potestades constitucionales y legales de las autoridades democráticas (Presidencia de la República, Parlamento Nacional) para la conducción de la guerra, en favor de una indebida delegación de poderes a las Fuerzas Armadas, poderes exorbitantes y no sujetos a control.
- 3) El otorgamiento de potestades políticas a los jefes de los así denominados «Comandos Político-Militares» establecidos en las zonas de emergencia.
- 4) La ausencia de controles políticos y la falta de implementación o uso de mecanismos de democracia deliberativa por parte del Congreso de la República.
- 5) La ausencia o insuficiencia de controles jurisdiccionales por los tribunales ordinarios y por la jurisdicción constitucional (en especial, por sus órganos máximos, el Tribunal de Garantías Constitucionales bajo la Carta de 1979 y el Tribunal Constitucional en el marco de la Constitución de 1993).
- 6) La falta de una cultura constitucional arraigada entre gobernantes y ciudadanos que permitiese implementar y usar mecanismos efectivos de rendición de cuentas de las autoridades estatales ante la opinión pública⁶¹.

59 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final* (Lima, CVR, 2003, Tomo VI), p. 521; Amnistía Internacional, *Perú: tortura y ejecuciones extrajudiciales. Carta de Amnistía Internacional al Presidente Fernando Belaunde Terry* (Londres: Amnistía Internacional, 1983), pp. 1-5; Amnesty International, *Peru: Violations of Human Rights in the Emergency Zones* (New York: Amnesty International, 1988), pp. 1-6.

60 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VIII, p. 362 (conclusión general 55); Salomón Lerner Febres, «Prefacio», en Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo I, p. 32; Salomón Lerner Febres, «Se aprendió la lección del conflicto armado interno?», en *Perú ante los desafíos del siglo XXI*, ed. Luis Pásara (Lima: PUCP, 2011), p. 60.

61 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VI, pp. 494-527.

La Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), nombrada por el presidente de la República en el año 2001 para examinar el período de la violencia política (1980-2000), ha considerado que la decisión estatal de combatir a los movimientos subversivos mediante la declaración del estado de emergencia, primero en Ayacucho y posteriormente en otras zonas del país, «no puede en sí misma ser cuestionada», debido a que contaba con el respaldo del Derecho Constitucional peruano y del DIDH⁶². Sin entrar a discutir aquí la justificación de este aserto, o si la modalidad de régimen de excepción elegida estuvo bien empleada o no a todo lo largo del período de la violencia política, parece existir consenso respecto de los serios problemas que se produjeron a consecuencia de la manera cómo los poderes excepcionales fueron ejercidos y cómo el estado de emergencia fue aplicado.

Y es que, a decir de la CVR, los estados de emergencia, especialmente bajo control de los Comandos Político-Militares, constituyeron el contexto en el cual se produjo la mayoría de las graves violaciones de los derechos humanos durante el conflicto armado interno, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas de personas, torturas y violencia sexual⁶³. Como señala Salomón Lerner, presidente de la CVR, en el «Prefacio» al *Informe Final* que la entidad presentó en agosto de 2003, las tres cuartas partes de las víctimas, hombres y mujeres, fueron campesinos quechua-hablantes, históricamente ignorados por el Estado y la sociedad urbana, víctimas de ese «profundo desprecio» que Lerner constata por igual en las prácticas de Sendero Luminoso y del Estado peruano⁶⁴.

4.2. «Excepción naturalizada a la ley democrática» y «nuda vida»

Es, pues, necesario observar el modo cómo el estado de excepción constitucional sirvió a una estrategia de lucha antisubversiva que no paró mientes en la comisión de crímenes masivos contra los derechos fundamentales principalmente de los habitantes de las zonas rurales, andinas y selváticas del país, esto es, contra quienes, debido a su condición social y económica, se encontraban entre los más precarios y débiles de la nación⁶⁵. En tal sentido, Francesca Denegri y Alexandra Hibbett advierten que la violencia desatada durante la guerra interna es una manifestación del concepto extremo

62 *Ibíd.*, p. 494. Véase también Ernesto de la Jara, «El sistema de justicia durante los años de violencia: Abdicación de funciones», en Ernesto de la Jara, *Ensayos sobre Justicia y Derechos Humanos* (Lima: Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva, 2003), p. 53.

63 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VI, p. 521.

64 Véase Salomón Lerner Febres, «Prefacio», en Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo I, p. 30.

65 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VIII, p. 354 (conclusiones generales 4-9).

de «estado de excepción» formulado por Giorgio Agamben, el cual se halla signado por una exclusión permanente de amplios sectores de la población que resultan sustraídos a la protección del Derecho y la ciudadanía⁶⁶.

Puesto que tal estado de excepción ha sido normalizado y naturalizado, las personas sometidas a él se ven despojadas de sus derechos fundamentales y carecen de toda protección jurídica y estatal efectiva. Así, en nombre de la defensa de la democracia, las violaciones a los derechos humanos cometidas por las fuerzas del orden contra ciudadanos fueron vistas como una «excepción naturalizada a la ley democrática», realizada en nombre de tal democracia y por gobiernos formalmente democráticos⁶⁷. Se trató, pues, de la «violencia del estado de excepción normalizado», que convierte a los seres humanos en «nuda vida» —en los términos de Agamben—, es decir, en seres desprovistos de su condición humana misma y por lo tanto susceptibles de ser privados de la vida (aniquilados, arrasados) sin que ello cuente como un crimen, ya que la transgresión clandestina de la ley contra estos sujetos despreciados resulta admitida como una forma de salvar la ley misma y el injusto orden prevaleciente en la sociedad⁶⁸.

Esta es, entonces, la tragedia de la guerra interna y del uso que se dio al estado de excepción desde el Perú oficial, supuestamente democrático y sometido al orden previsto en la Carta constitucional. La Constitución de emergencia fue empleada, a lo largo del período de la violencia política, para favorecer una acción de las fuerzas del orden que conllevó graves violaciones de los derechos humanos contra multitud de personas que se vieron arrastradas en el torbellino de la guerra entre el Partido Comunista «Sendero Luminoso» (PCP-SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), de un lado, y las Fuerzas Armadas y Policiales del Perú, del otro lado. No puede extrañar por ello que, en sus conclusiones generales, la CVR no sólo hallase que la guerra interna reveló «graves limitaciones» del Estado para garantizar los derechos fundamentales de las personas dentro de un marco democrático, sino también «una precaria vigencia del orden constitucional y el estado de derecho, los que en esos tiempos de crisis fueron vulnerados»⁶⁹.

Por desgracia, ciertas características preeminentes del uso del estado de emergencia y del ejercicio de los poderes extraordinarios que él autoriza se mantienen aún hoy (*mutatis mutandis*), desaparecida ya la amenaza

66 Véase Denegri, Francesca y Hibbett, Alexandra, «El recordar sucio: estudio introductorio», en *Dando cuenta: Estudios sobre el testimonio de la violencia política en el Perú (1980-2000)*, eds. Denegri, Francesca y Hibbett, Alexandra (Lima: PUCP, 2016), p. 29.

67 *Ibíd.*, p. 29 (nota 13).

68 *Ibíd.*, pp. 46-47.

69 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VIII, p. 355 (conclusiones generales 10 y 11).

subversiva existente durante las dos últimas décadas del siglo XX⁷⁰. Entre dichas características sobresalientes están, aunque ciertamente a una escala menor, la afectación injustificada de los derechos humanos, los excesos represivos, la militarización de los conflictos, la ausencia de controles político-democráticos y jurisdiccionales.

Así, puede decirse que la herencia del estado de excepción configurado durante la guerra interna pesa todavía sobre el Estado constitucional y democrático de Derecho en el Perú actual, contribuyendo a su erosión y desdibujamiento. Es, por lo tanto, del todo necesario identificar los elementos del régimen excepcional que merecen cambio y adaptación, o, al menos, regulaciones más cuidadosas. De allí también la relevancia de la investigación académica realizada para esta investigación.

5. CONTENIDO DEL CONCEPTO DE ESTADO DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL Y VARIEDAD DE DENOMINACIONES

5.1. Elementos constitutivos del concepto de estado de excepción

El concepto de estado de excepción constitucional es, sin duda, problemático. Además de las dificultades existentes para determinar su condición como fenómeno jurídico o meramente político, y además de su naturaleza paradójica como dispositivo para salvar la Constitución suspendiéndola (véase acápite 1.2, *supra*), resulta tarea ciertamente ardua la de establecer el contenido de la noción. Como señala Scott P. Sheeran, el concepto «no es propicio para una definición clara»⁷¹. De allí que Antonella Benazzo subraye que las diversas expresiones utilizadas por los ordenamientos legales para referirse a la institución «encuentran raramente una definición en las constituciones o en las leyes que regulan la disciplina»⁷².

En la doctrina, resultan más frecuentes enunciados generales que, en ocasiones tras reconocer su amplitud o vaguedad, ponen de relieve la finalidad de defensa del orden constitucional y el otorgamiento de poderes extraordinarios a la autoridad estatal para hacer frente a una crisis extrema. Así, en el ámbito del Derecho Constitucional peruano, Palacios McBride ha

70 Véase Basombrío, Carlos y Rospigliosi, Fernando, *La seguridad y sus instituciones en el Perú a inicios del siglo XXI: reformas democráticas o neomilitarismo* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2006), pp. 183 y 191; Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú, *En honor a la verdad, op. cit.*, pp. 268 y 282; Roberto Chiabra, *La seguridad nacional en el siglo XXI* (Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2009), pp. 296-297.

71 Véase Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 505 (traducción propia).

72 Véase Antonella Benazzo, *L'Emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza, op. cit.*, p. 8 (traducción propia).

opinado que deben configurarse «circunstancias excepcionales» que amenacen la existencia del Estado de Derecho, y que la institución, más allá de diferencias de nombre, debe tener el propósito de procurar al Estado medios también «excepcionales» para sofocar un «peligro inminente»⁷³. No es muy distinta la aproximación de Criddle y Fox-Decent en el campo del DIDH, autores para quienes el «estado de emergencia» supone un régimen legal en el cual las instituciones públicas reciben «poderes extraordinarios» para encarar «amenazas existenciales al orden público»⁷⁴.

Ahora bien, si formular una definición comprehensiva y precisa del concepto quizá sea un empeño ímprobo y condenado de antemano a fracasar⁷⁵, parece posible al menos perfilar ciertos elementos constitutivos o esenciales, a partir de las aproximaciones teóricas más generales. Tales elementos pueden ser, desde luego, de orden material o formal.

El primero de los elementos constitutivos de naturaleza material o sustantiva es el de la «amenaza existencial». Por ésta hay que entender un peligro, que ha de ser actual o inminente, para la continuidad de la vida de la nación o del Estado, o para la subsistencia de las instituciones democráticas o del propio orden constitucional⁷⁶. Es claro entonces que debe suscitarse una crisis de envergadura, que amenaza con hacer desaparecer a la comunidad política o con derribar a sus instituciones fundamentales, o aún a la misma Constitución. El umbral de gravedad o intensidad es, por lo tanto, elevado. No cualquier situación configura una amenaza existencial. En particular, quedan descartados eventos tales como manifestaciones de violencia leve, desorganizada y episódica, o disturbios callejeros y protestas populares eventuales, susceptibles de ser controlados con los medios ordinarios por la Policía, en la medida en que no hacen peligrar la vida organizada del país.

Es de notar, como acaba de indicarse, que la amenaza existencial debe ser actual o inminente, lo que quiere decir que no cabe acudir al estado de

73 Véase Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, p. 45. Véase también Francisco Fernández Segado, *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1977), p. 18.

74 Véase Evan J. Criddle y Evan Fox-Decent, «Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law», *Human Rights Quarterly*, 34 (2012), pp. 44-45 (traducción propia). Véase también Kim Lane Scheppele, «Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11», *op. cit.*, p. 1004.

75 Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 31.

76 Véase Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, *op. cit.*, pp. 35-36, 39, 82-83, 87 y 95; Bruce Ackerman, «The Emergency Constitution», *The Yale Law Journal*, 113.5 (2004), p. 1031; Javier Pérez Royo, «La democracia frente al terrorismo global», *op. cit.*, p. 9; Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, segunda edición, 1976), p. 285; Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», *op. cit.*, p. 81.

excepción ante peligros que son futuros, sólo potenciales o hipotéticos, o peor aún, puramente imaginarios o subjetivos. Actual es un peligro que ya se está realizando y que, por ende, produce consecuencias negativas reales. Inminente es una amenaza que, si bien todavía no es actual (no puede serlo, por definición), su realización ha de producirse de un momento a otro, con evidente inmediatez.

Ciertos ordenamientos constitucionales, como el peruano, distinguen textualmente entre amenaza y acto al disciplinar el régimen de excepción. Sin embargo, no parece razonable al respecto una interpretación de fuerte impronta literal, cuyo resultado fuese exigir a las autoridades del Estado tener que esperar a que los daños se verifiquen antes de poder emplear los poderes extraordinarios que la emergencia reclama. Por el contrario, los oficiales públicos han de intervenir del modo más diligente siempre que sea posible evitar un daño grave.

Un segundo elemento esencial, que se configura como requisito sustantivo del concepto de estado de excepción constitucional, es el de las circunstancias precisamente «excepcionales». Es muy importante este componente, ya que permite distinguir entre anormalidad y normalidad constitucionales. Y es que el estado de excepción supone una situación anómala en el ordenamiento constitucional, en cuya virtud ciertas cláusulas claves de la Carta Fundamental quedan en suspenso. En otras palabras, el exigir que la crisis que amenaza la existencia de la nación sea extraordinaria intenta ser una barrera a la acción de los gobernantes que quieren usar los poderes de emergencia por razones fútiles.

Se procura evitar así el fenómeno de la normalización de la emergencia, que diluye la separación entre gobierno de crisis y gobierno de la normalidad constitucional. No pueden ser considerados como circunstancias excepcionales aquellos eventos que no son repentinos e imprevisibles, sino que forman parte de la vida cotidiana y normal y que por ello pueden ser enfrentados mediante las potestades ordinarias con que cuentan los poderes públicos.

En tercer lugar, debe considerarse como componente material indispensable del concepto de estado de excepción el que exista una situación de «necesidad». Se entiende por tal una situación que obliga al Estado a emplear los poderes extraordinarios de la Constitución de emergencia, ya que las facultades ordinarias de las que son titulares las autoridades públicas no son suficientes para conjurar el peligro que se cierne sobre la nación. Si la crisis pudiera ser atendida con los medios propios de la normalidad constitucional, como por ejemplo a través de los poderes comunes de la Policía frente a disturbios internos o desastres naturales de entidad menor, entonces el escenario no sería uno de necesidad. Sólo se configura un supuesto de necesidad si no están disponibles las alternativas ordinarias.

El cuarto elemento constitutivo o esencial del concepto de estado de excepción, en sentido material o sustantivo, es el relativo a su «carácter

temporal» o provisorio. En efecto, aunque ciertos autores⁷⁷ —e incluso la jurisprudencia del sistema europeo de protección de los derechos humanos⁷⁸— admiten la posibilidad de que las emergencias constitucionales sean prolongadas, parece consustancial al estado de excepción la brevedad de su duración. Es más, este rasgo deriva de su propia naturaleza como estado «de excepción», ya que justamente lo excepcional no puede ser duradero, permanente o estable. De allí que Giorgio Agamben considere que, junto con la característica de necesidad, la provisionalidad es uno de los dos principios primordiales del estado de excepción⁷⁹.

Además de los elementos esenciales de orden material, el concepto de estado de excepción constitucional está integrado también por ciertos componentes de índole formal. Esta naturaleza formal, empero, no disminuye su relevancia ni afecta su indispensabilidad. Tales elementos formales son: las autoridades competentes para la proclamación o declaración de la emergencia, el procedimiento a seguir para su instauración y monitoreo y las formalidades que deben ser cumplidas en el marco de dicho procedimiento, así como la obligación de informar o notificar a los órganos de supervisión, en particular a los previstos en el DIDH⁸⁰.

Con cargo a volver sobre estos elementos materiales y formales del concepto de estado de excepción constitucional más adelante (véase capítulos 5 y 6, *infra*), conviene referir aquí brevemente ciertos rasgos fundamentales. En primer término, en cuanto a la autoridad que ha de contar con la facultad de declarar la emergencia, en el constitucionalismo contemporáneo tal autoridad suele ser el presidente de la República o el Poder Ejecutivo (en ciertos ordenamientos, como el peruano actual, se exige la

77 Véase Evan J. Criddle y Evan Fox-Decent, «Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law», *op. cit.*, pp. 63-64.

78 Véase Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 545; Oren Gross y Fiona Aoláin, «From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Quarterly*, 23 (2001), pp. 645-647.

79 Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, p. 35.

80 Véase, en la esfera del Derecho Constitucional peruano, Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción* (Lima: Asociación Acción y Pensamiento Democrático, 1990), pp. 170-173; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 51 y 74-78; Luis Castillo-Córdova, «¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción», en *Derechos fundamentales y Derecho procesal constitucional*, ed. Eloy Espinoza-Saldaña Barrera (Lima: Jurista Editores, 2005), pp. 331-333. En el ámbito del DIDH, véase Amaya Úbeda de Torres, *Democracia y Derechos Humanos en Europa y en América* (Madrid: Editorial Reus, 2007), pp. 587-591; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, pp. 34-86; Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, *op. cit.*, párrafos 60-75, pp. 26-32.

participación del Consejo de Ministros). Ello es así debido a que el Parlamento, con sus lentos y difíciles procesos de deliberación pública, puede resultar ineficiente y erigirse en un obstáculo para una rápida reacción frente a una crisis extrema que amenaza la vida nacional.

Este «modelo de autoinvestidura» para la proclamación del estado de excepción y la asunción de los correspondientes poderes extraordinarios⁸¹, si bien justificado por las necesidades de la vida política actual y en particular por peligros tales como el terrorismo global o internacional, ha de ser acompañado, empero, por un rol relevante de los otros poderes del Estado. Tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial han de tener un papel que desempeñar respecto a la declaración del régimen excepcional, puesto que en ningún caso puede entenderse que la emergencia suspende el Estado de Derecho o anula los mecanismos democráticos. La intervención de la representación nacional y de la judicatura no tiene que darse necesariamente participando en la declaración misma, sino que puede muy bien producirse bajo la forma de mecanismos de control concurrente o *ex post*.

En segundo término, es un elemento formal esencial a la noción de estado de excepción constitucional el que exista «un procedimiento y unas formalidades» a cumplir para su instauración y continuidad. En algunos casos, tal procedimiento supone diferenciar a la autoridad que proclama la excepción (el Parlamento) de la que recibe los poderes extraordinarios y se encarga de la ejecución de las medidas para conjurar la emergencia (el Ejecutivo o Gobierno). Igualmente, deben ser cumplidas formalidades como la aprobación o consentimiento de otros órganos estatales, sea que formen parte del Poder Ejecutivo o no (en el caso peruano, se requiere acuerdo del Consejo de Ministros; en el caso francés, para ejercer los poderes extraordinarios previstos en el artículo 16 de la Carta de 1958, el presidente de la República deberá hacer una «previa consulta oficial» con el primer ministro, los presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional).

En tercer lugar, suelen también formar parte de las disposiciones constitucionales sobre procedimiento y formalidades aquellas que prevén la obligación del Ejecutivo, especialmente en los casos de autoinvestidura, de convocar a la representación nacional si acaso ésta se halla en receso y, como quiera que fuere, de informarle de inmediato sobre la emergencia y las medidas a adoptar. Esta obligación de «dar cuenta» favorece el equilibrio entre poderes del Estado y el control democrático, y ciertamente se estipula en beneficio de la ciudadanía, en cuya representación y a nombre de la cual las autoridades del Estado ejercen el poder público.

81 Sobre modelos de autoinvestidura y heteroinvestidura para la asunción de los poderes de emergencia, véase Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *Estudios Constitucionales*, 15.2 (2017), pp. 141-144; John Ferejohn y Pasquale Pasquino, «The law of the exception: A typology of emergency powers», *International Journal of Constitutional Law*, 2.2 (2004), pp. 218, 227 y 235.

Por último, es asimismo una obligación formal determinante que el Estado que declara un régimen de excepción constitucional «notifique» de ello a los órganos de supervisión previstos en los tratados internacionales de derechos humanos de los que tal Estado forma parte. Este requisito formal es condición indispensable para el reconocimiento de dicho régimen de excepción a la luz del DIDH y para la consiguiente validez de la derogación de ciertas obligaciones establecidas por el tratado. Los deberes de notificación y de información a otros Estados por conducto del órgano internacional receptor de la comunicación se acuerdan, igualmente, en favor de los ciudadanos del país cuyos derechos humanos son objeto de restricciones severas en razón de la emergencia.

En adición a los elementos materiales y formales mencionados hasta aquí como integrantes del concepto de estado de excepción constitucional, debe indicarse también que la finalidad a perseguir con la declaración de la emergencia no puede ser otra que la defensa del orden constitucional, punto sobre el que existe amplio consenso⁸². En efecto, como indica la doctrina constitucionalista italiana, es posible distinguir entre dos diferentes tipos de estado de excepción, uno de carácter «evolutivo» y otro de índole «conservativa». El primero, al que se le llama «crisis constitucional», no se ajusta ni puede ser reducido a las disposiciones de la Carta Fundamental vigente, procurando más bien su transformación o sustitución. El segundo, conocido propiamente como «emergencia», es por el contrario una respuesta a un caso «relativamente imprevisto por el ordenamiento jurídico» y dirigido siempre a preservarlo, por lo que se mantiene en todo momento dentro del marco de la Constitución en vigor⁸³.

Es claro que la distinción entre estado de excepción conservativo y estado de excepción evolutivo ha sido construida sobre la base de la clasificación hecha por Carl Schmitt entre «dictadura comisarial», encaminada a la salvación del orden constitucional, y «dictadura soberana» o revolucionaria, cuyo propósito es, antes bien, el derribamiento de la Constitución actual

82 Véase Héctor Fix-Zamudio, «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 111 (2004), p. 808; Carl Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, op. cit., Tomo II, pp. 591 y 608; Daniel Hugo Martins, «La protección de los derechos humanos frente a la suspensión de las garantías constitucionales o “Estado de Sitio”» (documento OEA/Ser.L/V/II.15 Doc. 12, del 11 de octubre de 1966), en *La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos 1960-1967*, ed. General Secretariat of the Organization of American States (Washington, D. C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1972), pp. 127 y 139; Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, op. cit., párrafos 50 y 51, pp. 22 y 23; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 115 y 116.

83 Véase Antonella Benazzo, *L’Emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, op. cit., pp. 2-3 (traducción propia); Pietro Pinna, *L’Emergenza nell’Ordinamento Costituzionale Italiano* (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988), pp. 77-84 (traducción propia).

y su reemplazo por una nueva⁸⁴. El mismo Pietro Pinna reconoce esta impronta teórica⁸⁵. Por otra parte, la clasificación dual de la institución dictatorial propuesta por Schmitt ha servido de inspiración igualmente a Carl Friedrich (entre diversos autores), quien postula una dictadura constitucional y otra que destruye el orden creado por la Carta Fundamental⁸⁶.

De la distinción entre estado de excepción conservativo y estado de excepción evolutivo deriva, asimismo, la exclusión del fenómeno del golpe de Estado, tan frecuente en la realidad histórica latinoamericana, plagada de gobiernos *de facto*, carentes de legitimidad constitucional. Los golpes de Estado no pueden ser considerados como expresión del estado de excepción constitucional, ya que, lejos de procurar la defensa de la Constitución, buscan derribar al gobierno en funciones y reemplazar el orden constitucional por uno nuevo, hecho a la medida del tirano (en ocasiones, simplemente supeditando el texto fundamental a un estatuto presuntamente revolucionario)⁸⁷.

Las consecuencias de la proclamación del estado de excepción constitucional son igualmente de máxima relevancia. En efecto, la disciplina jurídica especial que es propia del régimen de excepción supone los siguientes alcances: 1) el otorgamiento al Ejecutivo de potestades extraordinarias que acarrearán una alteración del cuadro normal de división de poderes y su correspondiente concentración en el Gobierno; 2) la habilitación al Ejecutivo para suspender el ejercicio de determinados derechos fundamentales de las personas; 3) la concesión al titular de los poderes de emergencia de autorización para recurrir a las Fuerzas Armadas, en reemplazo de la Policía, a fin de superar la amenaza existencial que se cierne sobre la nación; todo ello, desde luego, siempre con el propósito ulterior de restablecer la acción ordinaria de las instituciones y salvar la Constitución⁸⁸.

84 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura* (Madrid: Alianza Editorial, 1985), pp. 173 y 181-183. Véase también John P. McCormick, «The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers», en *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ed. David Dyzenhaus (Durham y Londres: Duke University Press, 1998), p. 220; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932* (Madrid: Editorial Tecnos, 2013), pp. XXIX-XXXIV.

85 Véase Pietro Pinna, *L'Emergenza nell'Ordinamento Costituzionale Italiano*, *op. cit.*, pp. 79-80 (nota 3).

86 Véase Carl Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, *op. cit.*, Tomo II, pp. 608-610.

87 Véase Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», *op. cit.*, pp. 82-83; Héctor Fix-Zamudio, «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución», *op. cit.*, pp. 807-808.

88 Véase Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *op. cit.*, p. 140; Luis Castillo-Córdova, «¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción», *op. cit.*, p. 328; Rosa María Palacios McBride,

Es característico entonces que los estados excepcionales conlleven el que, una vez declarada oficialmente la emergencia, el poder quede concentrado en el Ejecutivo, modificando de ese modo la división de poderes que es propia de la situación de normalidad constitucional. A la vez, se atribuye al Gobierno potestades especiales para adoptar e implementar medidas rápidas y eficaces con vistas a conjurar la crisis que agobia a la nación. El propio Tribunal Constitucional peruano considera, por ello, que el régimen de excepción se distingue por la «concentración del poder, con permisión constitucional, en un solo detentador —normalmente el jefe del Ejecutivo—, mediante la concesión de un conjunto de competencias extraordinarias, a efectos de que la acción estatal sea tan rápida y eficaz como lo exijan las graves circunstancias de anormalidad que afronta la comunidad política»⁸⁹.

5.2. Multiplicidad de denominaciones

Ahora bien, conviene reparar en la amplia variedad de expresiones utilizadas para referirse al fenómeno de las emergencias constitucionales, la cual ha sido repetidamente documentada. Entre las múltiples denominaciones se hallan las siguientes: dictadura constitucional, estado de sitio, ley marcial, suspensión de garantías constitucionales (o simplemente suspensión de garantías), suspensión del habeas corpus, poderes extraordinarios, estado de excepción, estado de emergencia, estado de urgencia, medidas prontas de seguridad, estado de alarma, estado de prevención, estado de guerra, toque de queda⁹⁰.

La proliferación de términos y expresiones se explica, en gran medida, por las ya referidas dificultades de definición del concepto mismo. Su vaguedad e imprecisión, su propia naturaleza elusiva hacen que el fenómeno de la emergencia constitucional reciba esta diversidad de denominaciones. Las más antiguas son dictadura constitucional, ley marcial y estado de sitio, todas las cuales connotan el origen bélico de la institución⁹¹.

«La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, p. 47. Véase también Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2005), p. 1046.

89 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 017-2003-AI-TC (Caso de la Ley No 24150, sobre normas a cumplir en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno), del 16 de marzo de 2004, Fundamento 18.a.

90 Véase Héctor Fix-Zamudio, «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución», *op. cit.*, pp. 807-809 y 811; Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», *op. cit.*, p. 81; Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 492; Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, *op. cit.*, párrafo 27, p. 12; Antonella Benazzo, *L'Emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, *op. cit.*, p. 8.

91 Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, p. 28; Scott P. Sheeran, «Re-

A propósito de la expresión «dictadura constitucional», conviene aclarar que ella se emplea en el sentido clásico heredado de la República de Roma, esto es, como un mecanismo perteneciente a la Constitución y dirigido a su defensa y salvación, no a su destrucción, mediante el nombramiento de un magistrado extraordinario (véase el acápite 2.1, *infra*). Durante la República de Weimar, en relación al célebre artículo 48 de la Carta Fundamental alemana de 1919, tal expresión era moneda corriente. Todavía en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, la literatura constitucionalista se ha valido del término para englobar las diferentes manifestaciones del fenómeno, como puede verse en autores como Clinton Rossiter y Carl Friedrich, según ya antes se ha expuesto en la presente investigación (véase el acápite 1.2, *supra*).

En este sentido clásico, la dictadura constitucional no tiene un significado negativo, sino al contrario, uno positivo, en cuanto mecanismo encaminado a la salvaguarda del orden constitucional. Se diferencia así de otras formas de gobierno autocrático, tales como la tiranía y el despotismo. Como ha explicado Norberto Bobbio, estas tres formas de gobierno comparten el carácter monocrático y absoluto del poder, pero muestran importantes diferencias: mientras la dictadura es legítima, la tiranía no lo es; y aun cuando despotismo y dictadura son ambas formas de gobierno legítimo, el fundamento de legitimidad varía entre ellas, es de naturaleza histórico-geográfica en el primer caso (Bobbio tiene en mente los despotismos asiáticos), y fundada en el estado de necesidad en el segundo caso⁹². En fin, sostiene el estudioso italiano que «el carácter con base en el cual la dictadura se distingue tanto de la tiranía como del despotismo es la temporalidad»⁹³.

De cualquier modo, aunque la fórmula «dictadura constitucional» todavía es empleada por autores contemporáneos⁹⁴ y aunque su empleo es correcto desde un punto de vista histórico, dicha fórmula genera cierta confusión en el público no especializado debido a que después de la Segunda Guerra Mundial se ha extendido el uso del término dictadura para aludir a toda forma de gobierno no democrático⁹⁵. No ha de extrañar por ello

conceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 496; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 7.

92 Véase Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política* (México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2001), p. 225.

93 *Ibíd.*

94 Véase Sanford Levinson y Jack M. Balkin, «Constitutional Dictatorship: Its Dangers and its Design», *op. cit.*, pp. 1789 y ss.; Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, Tomo IV), pp. 461 y 467. Véase también Diego Valadés, *La Dictadura Constitucional en América Latina* (México, D. F.: UNAM, 1974).

95 Véase Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, *op. cit.*, p. 223.

que un autor tan relevante como Karl Loewenstein considere desacertado el uso de la expresión, prefiriendo más bien la de «gobierno de crisis»⁹⁶ (la cual, sin embargo, también está expuesta a reparos y objeciones fácilmente imaginables).

En el ámbito del constitucionalismo latinoamericano, las denominaciones más frecuentes han sido, desde el punto de vista histórico, las de estado de sitio y suspensión de garantías⁹⁷, herederas de una tradición constitucional recibida de España y Francia⁹⁸. El muy importante informe redactado por Daniel Hugo Martins por encargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a mediados de los años sesenta del siglo pasado, sostuvo que era preferible como denominación englobante la de «suspensión de garantías constitucionales», desestimando la de estado de sitio y la de facultades extraordinarias, en razón de sus «implicaciones y deformaciones históricas que enrarecen su consideración jurídica»⁹⁹.

A propósito de la anotada incertidumbre terminológica, Giorgio Agamben ha señalado que «la terminología es el momento propiamente poético del pensamiento» y que por ello «las elecciones terminológicas no pueden nunca ser neutrales»¹⁰⁰. Aceptando estas premisas, y con plena conciencia del carácter polémico de cualquier preferencia en la cuestión bajo examen, debe decirse que la fórmula «estado de excepción» tiene la virtud de poner de relieve la naturaleza precisamente excepcional de la institución, con la consiguiente diferenciación respecto de la situación de normalidad constitucional, y la característica esencial de temporalidad¹⁰¹. Con todo, ex-

96 Véase Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 285.

97 Véase Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», *op. cit.*, p. 109. Véase también Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990), p. 46.

98 Véase Domingo García Belaunde, «Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)», en AA. VV., *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio* (México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 1988), p. 276.

99 Véase Daniel Hugo Martins, «La protección de los derechos humanos frente a la suspensión de las garantías constitucionales o “Estado de Sitio”», *op. cit.*, p. 126.

100 Véase Giorgio Agamben, Estado de excepción, *op. cit.*, p. 28.

101 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception* (La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. xxiv; Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, *op. cit.*, párrafo 27, p. 12; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, pp. 27-28; Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», *op. cit.*, p. 81. Para una justificación de la preferencia por la expresión «estado de emergencia», como superior incluso a la denominación «estado de excepción», véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 1 (nota 1).

presiones como estado de emergencia y aun Constitución de emergencia¹⁰² serán empleadas aquí en sentido genérico como sinónimos del estado de excepción.

6. TIPOLOGÍAS DE APLICACIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

6.1. El «Informe Questiaux»: modelo de referencia y desviaciones

De enorme importancia para el estudio del estado de excepción resulta el abordar las tipologías o clasificaciones de las diversas situaciones excepcionales por lo que se refiere a su aplicación práctica. Y es que, como demuestra la realidad, no basta con limitarse a las categorías formales o meramente normativas de estado de excepción. Es necesario considerar las distintas modalidades o regímenes que exceden los marcos de la formalidad legal, pero que existen y despliegan efectos en el plano de los hechos. En tal sentido, el temprano reporte que Nicole Questiaux elaboró («Informe Questiaux») por encargo de la Sub-Comisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos, órgano integrante del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, ofrece una muy importante primera aproximación al problema¹⁰³.

En efecto, con plena conciencia de la cuestión en juego, el Informe Questiaux presenta lo que denomina «modelo de referencia», contra el

102 Sobre la noción de Constitución de emergencia, véase Bruce Ackerman, «The Emergency Constitution», *op. cit.*, pp. 1031, 1037, 1040-1041 y 1051; Evan J. Criddle y Evan Fox-Decent, «Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law», *op. cit.*, pp. 44-51 (estos últimos autores se refieren a la «Constitución de emergencia del Derecho Internacional» [traducción propia]). Véase también Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *op. cit.* pp. 137-141; Abraham Siles, «Estudio de caso: breve evaluación preliminar sobre el estado de emergencia en El Callao, a la luz del Derecho Constitucional peruano y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Revista de Derecho Público*, 85 (2016), p. 130. Abraham Siles, «La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización», *op. cit.*, pp. 74 y 79-83.

103 Véase Nicole Questiaux, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency* (New York: Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities — Commission of Human Rights [ONU]) (documento E/CN.4/Sub.2/1997/19, 27 July 1982). Véase también Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 21; Relator Especial para Estados de Emergencia, «Décimo Informe Anual y Lista de Estados que desde el 1º de Enero de 1985 han Proclamado, Prorrogado o Levantado el Estado de Excepción» (New York, Organización de las Naciones Unidas, 1997) (documento E/CN.4/Sub.2/1997/19, del 23 de junio de 1997), párrafos 115-116, p. 31.

cual contrasta cinco «desviaciones» o aplicaciones distorsionadas de dicho modelo, a saber, los así llamados estados de emergencia «no notificados», «*de facto*», «permanentes», «complejos» e «institucionalizados»¹⁰⁴. El modelo de referencia es, ciertamente, una construcción teórica basada en las características que los estados de excepción o de emergencia deben tener conforme a la normativa internacional aplicable. De allí, pues, sus componentes fuertemente formalizados, tales como las exigencias de realizar una proclamación y de notificar la misma a los órganos de supervisión, la definición de causales legales, el señalamiento de límites temporales precisos, la especificación de derechos no derogables, la identificación de órganos de control y de medidas o acciones de garantía o remedios procesales frente a eventuales abusos, entre otros¹⁰⁵.

Los estados de emergencia «no notificados» a otros Estados pueden estar en armonía con el Derecho Constitucional del país involucrado, pero suponen un incumplimiento de los compromisos contraídos en virtud de tratados internacionales de derechos humanos. El omitir la notificación representa un serio problema, como ha sido advertido repetidamente por el Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.) establecido por el PIDCP¹⁰⁶, puesto que impide que los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos puedan realizar sus tareas de vigilancia¹⁰⁷.

Los estados de emergencia «*de facto*», por contraste con aquellos que son «*de iure*», existen sin un reconocimiento oficial como tales y sin que el Estado concernido haya hecho la respectiva notificación al órgano previsto por el DIDH como depositario de las comunicaciones correspondientes. También puede existir un estado de excepción *de facto* si es que, pese a haber sido oficialmente proclamado y luego levantado, dicho estado se mantiene en la práctica, de suerte que los derechos fundamentales son

104 Véase Nicole Questiaux, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, *op. cit.*, párrafos 96-145, pp. 26-32 (traducción propia).

105 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 21.

106 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), Observación General No 5, «Suspensión de las obligaciones» (artículo 4), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 1981, párrafos 1-3; Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), Observación General No 29, «Estados de emergencia» (artículo 4), documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, párrafo 17. Las Observaciones Generales del Comité DD. HH. pueden ser consultadas, en idiomas inglés y español (entre otros), en su página web: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11

107 Véase Nicole Questiaux, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, *op. cit.*, párrafos 99-102, p. 26. Véase también Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, *op. cit.*, p. 48.

objeto de suspensión sin haber base legal para ello¹⁰⁸. En ambos casos lo que ocurre es un incumplimiento de la exigencia de publicidad que deben tener siempre las medidas excepcionales¹⁰⁹.

Los estados de emergencia «permanentes», por su parte, son aquellos que, medie o no una proclamación oficial, tienden a perpetuarse, bien a causa de renovaciones sistemáticas *de facto*, o bien porque la Constitución no ha previsto límites temporales en sus disposiciones regulatorias. La consecuencia de este estado de cosas es que la excepción se convierte en la regla y tiende a normalizarse, como demuestra lo ocurrido en distintos países examinados en el Informe Questiaux (Paraguay, Camerún, Haití). Algunas características comunes que surgen de los diversos ejemplos son las siguientes: 1) cada vez en menor medida se toma en cuenta el peligro, sea éste inminente o no; 2) el principio de proporcionalidad es desdeñado, como si no fuera fundamental; 3) no se prevén límites temporales¹¹⁰.

Los estados de emergencia «complejos» son, por su propia naturaleza, los más difíciles de analizar, ya que se distinguen por el gran número de reglas de excepción paralelas o simultáneas, a las que se suman otras cuya finalidad es regularizar la situación precedente, y que por ello pueden contener disposiciones retroactivas y regímenes transitorios. Por lo demás, el mecanismo es complementado por la puesta en vigor de leyes de carácter represivo que asumen los rasgos de las leyes ordinarias, como es el caso, por ejemplo, de las leyes de seguridad nacional¹¹¹.

Por último, los estados de emergencia «institucionalizados» configuran una desviación del modelo de referencia que surge, en fecha más bien reciente, con el propósito, manifestado por determinados regímenes políticos que han usurpado el poder por la fuerza y que gobiernan de manera autoritaria o despótica, de dar lugar a una «transición» hacia la democracia. Tal sucede, por ejemplo, en los casos latinoamericanos de Chile y Uruguay, examinados por el Informe Questiaux. El problema que emerge

108 Véase Nicole Questiaux, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, op. cit., párrafos 103-111, pp. 26-28. Véase también Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, op. cit., p. 22.

109 Véase Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, op. cit., párrafo 124, p. 56.

110 Véase Nicole Questiaux, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, op. cit., párrafos 112-117, pp. 28-29. Véase también Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, op. cit., pp. 48-49.

111 Véase Nicole Questiaux, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, op. cit., párrafos 118-128, pp. 29-31. Véase también Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, op. cit., p. 49; Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, op. cit., p. 22.

es, sin embargo, que dichos regímenes autocráticos en realidad procuran consagrar en el nuevo texto constitucional en vías de elaboración, una serie de disposiciones que aseguran el legado del régimen militar o usurpador, vaciando así de contenido el proclamado fin democratizador del proceso¹¹².

El modelo de referencia y las cinco desviaciones identificadas por Nicole Questiaux proporcionaron, a inicios de la década de 1980, un importante marco analítico para evaluar los estados de excepción en la práctica. De particular valor fue, sin duda, la incorporación de la categoría de estados de emergencia *de facto*, así como el claro señalamiento de formas más o menos elaboradas y complejas bajo las cuales distintos Estados infractores intentaban disimular la adopción de poderes extraordinarios por motivos espurios, es decir, sin que existiera justificación jurídica para ello. Prueba de la validez del esquema propuesto por el Informe Questiaux es su empleo, con la introducción de pocos cambios y matizaciones, casi todos de calado menor, por el Relator Especial para Estados de Emergencia de las Naciones Unidas en su último Informe, emitido en 1997, tras una larga experiencia de doce años en la supervisión internacional de los estados de excepción¹¹³, así como su utilización en otros estudios relevantes¹¹⁴.

6.2. La tipología de la Asociación de Derecho Internacional (ILA)

A pesar de sus considerables méritos, la propuesta de Nicole Questiaux ha sido objeto de ciertos reparos y observaciones. Dos son las principales críticas formuladas. En primer lugar, se aduce que su concepto de emergencias *de facto* es «superficial y reducido», y, en segundo lugar, que la tipología delineada «enfatisa emergencias con un alto grado de formalidad», por lo

112 Véase Nicole Questiaux, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, *op. cit.*, párrafos 129-145, pp. 31-32. Véase también Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, *op. cit.*, pp. 49-51.

113 Véase Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, *op. cit.*, párrafos 122-151, pp. 55-66. Entre las modificaciones más destacadas que el relator especial formula sobre el planteamiento inicial de Questiaux está la más clara categoría de «sofisticación e institucionalización del estado de excepción» como comprehensiva de dos nociones separadas, aunque estrechamente relacionadas, en vez del concepto de «estados de emergencia complejos», así como el uso de la categoría de «ruptura del orden constitucional», en lugar de «estados de emergencia institucionalizados», con la cual alude inclusive a situaciones de crisis especialmente severas, en las que se ha roto el marco institucional del Estado y la violencia se generaliza, dando lugar a un proceso de violencia y desintegración extendido (*ibíd.*, pp. 61-63 y 63-66).

114 Véase Subrata Roy Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency* (Londres: Pinter Publishers, 1989), pp. 45-55.

que no alcanza a comprender adecuadamente el tratamiento de las crisis en los sistemas jurídicos de *Common Law*, caracterizados por actuar ante los desafíos existenciales sin declaraciones formales de la emergencia, sin suspender las disposiciones constitucionales (como se sabe, en varios países, ni siquiera se cuenta con una Constitución escrita) y sin una alteración formal del cuadro oficial de separación de poderes, privilegiando, más bien, sea la aplicación de legislación permanente sobre seguridad nacional previamente puesta en vigor, sea la rápida aprobación de nuevas leyes sobre seguridad por un Parlamento aquiescente y solícito¹¹⁵.

La revisión más acuciosa del marco analítico contenido en el Informe Questiaux se debe a los estudios realizados por el Comité sobre la Aplicación del Derecho de los Derechos Humanos, órgano perteneciente a la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés). Ya en el Informe presentado en la Conferencia de Seúl en el año 1986, el referido Comité advirtió que «no todos los estados de emergencia adoptan la forma clásica de una proclamación oficial de emergencia, de duración limitada, promulgada conforme a procedimientos establecidos formalmente en la Constitución o en las leyes fundamentales», agregando que «existen muchos estados de emergencia no proclamados o *de facto*», los cuales son reconocibles por indicios tales como: concentración del poder en el Ejecutivo (en ocasiones, luego de un cambio de Gobierno violento), la clausura del Poder Legislativo, la suspensión o limitación de las garantías de los derechos fundamentales, la imposición de leyes de seguridad nacional que permiten la detención sin orden judicial y el juicio sin respeto al debido proceso de personas sospechosas de cometer delitos políticos o contra la seguridad¹¹⁶.

Es, sin embargo, en el Informe presentado dos años después, en la Conferencia de Varsovia (1988), que el Comité sobre la Aplicación del Derecho de los Derechos Humanos, de la ILA, expone un completo marco analítico de los estados de excepción, bajo la forma de una tipología dividida en seis categorías. Yendo más allá de las emergencias formalmente declaradas, y asumiendo el reto de dar cuenta de las modalidades atípicas de estado de excepción, así como de sus posibles evoluciones y mutaciones, la tipología de la ILA identifica dos factores de distinción relevantes. Ellos son: 1) si una emergencia ha sido (o no) oficialmente proclamada o notificada; y 2) si las condiciones reales del país constituyen (o no) una emergencia pública seria, con prescindencia de aquello que

115 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, pp. 22-23 (traducción propia).

116 Véase International Law Association (ILA), *Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Second Conference of ILA* (Seúl, 1986), párrafo 13, pp. 112-113 (traducción propia).

la causa¹¹⁷. Distinciones adicionales son necesarias dentro de la categoría de las emergencias informales o «*de facto*»¹¹⁸, como se expone luego, en este mismo acápite.

El cuadro 3 sintetiza la tipología de la ILA en su Informe de Varsovia:

Cuadro 3
Tipología de estados de emergencia de la ILA
(Informe de Varsovia, 1988)¹¹⁹

	Emergencia formal	Emergencia informal
Condiciones de emergencia	(1) Emergencia <i>de iure</i> «buena» - Condiciones de emergencia reales - Declaración y/o notificación formal	(3) Emergencia <i>de facto</i> «clásica» - Condiciones de emergencia reales - No declaración o notificación formal
No condiciones de emergencia	(2) Emergencia <i>de iure</i> «mala» - No condiciones de emergencia reales - Declaración y/o notificación formal	(4) Emergencia <i>de facto</i> «ambigua o potencial» - No condiciones de emergencia reales - No declaración o notificación formal - Cambio repentino en aplicación de leyes de seguridad internas
		(5) Emergencia «institucionalizada» - No condiciones de emergencia reales - Levantamiento de una emergencia formal previa - Incorporación de disposiciones de emergencia en el Derecho ordinario

117 Véase International Law Association (ILA), *Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Three Conference of ILA* (Varsovia, 1988), pp. 143-146.

118 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 8.

119 Véase International Law Association (ILA), *Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Three Conference of ILA* (Varsovia, 1988), p. 145 (traducción propia).

	Emergencia formal	Emergencia informal
		(6) Represión «ordinaria» - No condiciones de emergencia reales - No declaración o notificación formal - Leyes permanentes que restringen los derechos humanos de modo extremo sin invocación de poderes de emergencia

La tipología de estados de emergencia desarrollada en el Informe de Varsovia de la ILA es asumida casi enteramente en el libro publicado en 1994 por Joan Fitzpatrick, destacada académica y profesora de Derecho de la Universidad de Washington, quien además colaboró con el Comité sobre la Aplicación del Derecho de los Derechos Humanos de la ILA entre los años 1985 y 1991¹²⁰, y fue formalmente su Reportera para la elaboración del Informe presentado en la Conferencia de Queensland (1990)¹²¹. Quizá el principal cambio, leve pero significativo, introducido por Fitzpatrick recae sobre las cuatro categorías generales en las que se basa la tipología. Así, en vez de emergencias «formal» e «informal», la profesora estadounidense prefiere hablar de emergencias *de iure* y *de facto*, mientras que en lugar de los conceptos de «condiciones de emergencia» y «no condiciones de emergencia», utiliza aquellos de emergencias «real» y «no real»¹²².

Varios son los principales aspectos positivos de la clasificación contenida en el Informe de Varsovia de 1988, el cual favorece en general un análisis más profundo y matizado de los hechos. En primer lugar, permite diferenciar con claridad entre emergencias *de iure* armoniosas con el Derecho Internacional (y con el Derecho Constitucional, por cierto) y otras que colisionan con él. Si bien estos dos tipos son básicos (tipos 1 y 2) y forman parte del esquema global propuesto antes por Nicole Questiaux, son muy importantes para el encuadre de los fenómenos relacionados con los estados de excepción. Desde luego, ambos han sido previstos por los redactores de los tratados internacionales de derechos humanos que contienen

120 Véase Robert Kogod Goldman, «Editor's Foreword», en Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. IX.

121 Véase International Law Association (ILA), *Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Fourth Conference of ILA* (Queensland, 1990), p. 229.

122 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 9 (traducción propia).

cláusulas de suspensión frente a situaciones de crisis extremas (CADH, PIDCP, CEDH)¹²³.

En segundo lugar, la tipología de la ILA muestra las semejanzas entre la emergencia *de iure* «buena» y la emergencia *de facto* «clásica», ya que en ambas existen condiciones reales de excepción, sólo que en la segunda no se realiza declaración o notificación formal. Es de observar que, en la primera de estas modalidades, la concurrencia de las circunstancias habilitantes y la realización del acto de proclamación o notificación formal no significan necesariamente que no se produzcan violaciones a los derechos fundamentales de las personas. Por contraste, en la emergencia *de facto* «clásica», aunque las condiciones de excepción estén realmente presentes, tales violaciones muy bien podrían no darse en la práctica. Queda así en evidencia la complejidad que puede suscitarse en el plano fáctico¹²⁴.

También debe advertirse que es facultativo de las autoridades estatales el declarar oficialmente (o no) la emergencia, cuando se cumplen las condiciones establecidas normativamente para ello (en el tipo 3, emergencia *de facto* «clásica»). Es decir, aun si un determinado Estado atraviesa circunstancias que configuran una emergencia conforme al Derecho, puede elegir no hacer uso de los poderes excepcionales y, más bien, valerse de los recursos ordinarios a su disposición. En consecuencia, no todos los estados de emergencia *de facto* son ilegítimos conforme al DIDH (o al Derecho Constitucional).

En tercer lugar, la clasificación del Informe de Varsovia revela similitudes entre el tipo 2 y los tipos 4, 5 y 6, pese a que el primero constituye una emergencia formal y los siguientes tres, por el contrario, emergencias informales. Y es que la emergencia *de iure* «mala», de un lado, y la emergencia *de facto* «ambigua o potencial», la emergencia «institucionalizada» y la represión «ordinaria», de otro lado, comparten la característica de no existir en ellas condiciones reales de excepción. En todos estos casos, lo que ocurre en la práctica es un mal empleo de los poderes excepcionales habilitados normativamente para conjurar amenazas existenciales.

En cuarto lugar, la categoría de emergencia *de facto* «ambigua o potencial» es especialmente apta para dar cuenta de la delgada línea que separa unas modalidades de emergencia de otras, así como de la posibilidad de evolución y cambio que está siempre presente en cada una de ellas. En

123 Véase International Law Association (ILA), *Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Three Conference of ILA* (Varsovia, 1988), pp. 146-147. Véase también Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, pp. 8 y 10.

124 Véase International Law Association (ILA), *Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Three Conference of ILA* (Varsovia, 1988), pp. 146 y 148. Véase también Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, pp. 8, 10 y 11.

efecto, aunque por definición en la emergencia *de facto* «ambigua o potencial» no se verifican las circunstancias excepcionales (si se verificaran, se trataría, más bien, de una emergencia *de facto* «clásica»), no parece razonable descartar todas las situaciones ambiguas o potenciales como «no emergencias», ya que el alcance y la intensidad del repentino uso de las leyes de seguridad internas, en particular cuando tal uso produce violaciones graves de los derechos humanos, puede llegar a trasponer el umbral de severidad que permita categorizarlas como supuestos de «emergencia funcional»¹²⁵.

En quinto lugar, la categoría de emergencia «institucionalizada» se aparta del concepto de «estado de emergencia complejo» propuesto por Nicole Questiaux en 1982, en la medida en que aquélla se aplica a un abanico de situaciones definido más estrechamente, en las que el Gobierno deja de lado un estado excepcional previamente declarado, pero a la vez pasa a incorporar en la legislación ordinaria las medidas extraordinarias de las que se ha valido hasta entonces¹²⁶. De nuevo, como en el supuesto de la emergencia *de facto* «ambigua o potencial», habrá que evaluar cada caso de manera individual para apreciar la intensidad y efectos de las medidas represivas ahora convertidas en legislación de la normalidad.

En sexto lugar, la categoría de represión «ordinaria» permite evaluar situaciones que, aunque en rigor no califican como emergencias, y aunque al igual que las emergencias «institucionalizadas» implican la adopción y aplicación de leyes permanentes de carácter fuertemente represivo, se diferencian de esta última modalidad en que no tienen una conexión inmediata y directa con el levantamiento de un estado de excepción previamente declarado de manera formal¹²⁷.

6.3. Subtipos de emergencia de facto «clásica» y criterio para determinar la excepcionalidad

Consideración separada merece la división de la categoría de emergencia *de facto* «clásica» en varios subtipos. Estos son cuatro, siendo de advertir que el primero no resulta problemático, pero los tres siguientes sí pueden

125 Véase International Law Association (ILA), *Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Three Conference of ILA* (Varsovia, 1988), p. 155. Véase también Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, pp. 15-19.

126 Véase International Law Association (ILA), *Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Three Conference of ILA* (Varsovia, 1988), p. 156. Véase también Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, pp. 19-20.

127 Véase International Law Association (ILA), *Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Three Conference of ILA* (Varsovia, 1988), pp. 158-159. Véase también Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, pp. 20-21.

suponer distorsiones o patologías en la aplicación de los estados de excepción:

- 1) El primer subtipo es aquel en el cual el Gobierno amenazado por la emergencia prefiere mantener el Derecho ordinario tanto de manera formal como en la práctica.
Conforme a lo que señala Joan Fitzpatrick, este subtipo, en la medida en que no afecta el disfrute de los derechos fundamentales, no merece sino «admiración o curiosidad», de suerte que no es necesario activar mecanismos de supervisión de la situación de los derechos humanos.
- 2) El segundo subtipo se configura si las autoridades del Estado gobiernan por decreto sin haber recibido formalmente los correspondientes poderes extraordinarios.
Es de notar que la imposición de la ley marcial puede ubicarse en esta clase de emergencia *de facto* «clásica», o, dependiendo de las características normativas que la «*martial law*» revista en el ordenamiento jurídico concernido, puede configurar una emergencia *de iure* «buena» o «mala» (según si el Derecho aplicable requiere formalidades específicas y existe una amenaza existencial, o si, por el contrario, tal amenaza no existe).
- 3) El tercer subtipo aparece allí donde se verifican condiciones de emergencia reales, pero el régimen legal a aplicar es enteramente *ad hoc*.
- 4) El cuarto subtipo se observa cuando el Gobierno que hace frente a una emergencia real opta por prescindir de las medidas excepcionales temporales, y, más bien, echa mano del recurso de incorporar leyes de seguridad nacional severas en la legislación ordinaria¹²⁸.

Para finalizar este acápite, es necesario tener en cuenta el criterio jurídico que el Relator Especial para Estados de Emergencia de las Naciones Unidas propone para establecer si las medidas concretas adoptadas por los Estados en situaciones de emergencia revisten o no, realmente, el carácter de excepcionales. Tal criterio consiste en verificar si dichas medidas concretas superan las restricciones permitidas en circunstancias ordinarias, en cuyo caso la situación calificaría como auténtica emergencia, haya sido declara-

128 Sobre los cuatro subtipos de emergencia *de facto* «clásica», véase International Law Association (ILA), *Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Three Conference of ILA* (Varsovia, 1988), p. 155. Véase también Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, pp. 15-19.

da formalmente o no¹²⁹. En esta última hipótesis —es decir, si no hubiera habido proclamación de manera oficial—, se trataría de una emergencia *de facto*. Dicho de otra manera, si las restricciones disponibles bajo condiciones de normalidad son suficientes para enfrentar la amenaza, entonces no es posible emplear los poderes de excepción conforme a Derecho. Se sigue de lo aquí expuesto que «todas aquellas medidas que impliquen restricciones que superen las limitaciones autorizadas en períodos ordinarios son, aunque no lo confiesen, de naturaleza excepcional»¹³⁰.

Es clara la utilidad de las tipologías aquí reseñadas para el análisis del empleo del estado de excepción en la experiencia constitucional peruana. En consecuencia, más adelante se acudirá a varias de estas categorías al examinar la práctica desarrollada en materia de estados de emergencia en el país (véase capítulos 5 a 7, *infra*).

7. EL DEBATE ACTUAL EN EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL DE LAS POTENCIAS OCCIDENTALES: GROSS Y NÍ AOLÁIN VS. DYZENHAUS

Existe en la actualidad un encendido debate teórico en el mundo académico de las potencias occidentales sobre la naturaleza y el alcance de los poderes de emergencia que se reconocen al Ejecutivo para enfrentar el desafío terrorista, en especial, tras los ataques realizados por Al Qaeda el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de América.

Como dice Victor V. Ramraj, hay una «cuestión primera», y es la de saber «si y en qué medida *la legalidad* puede ser preservada cuando el Estado responde a una emergencia», o, dicho de otro modo y en muy pocas palabras, «¿puede el liberalismo sobrevivir a una emergencia?»¹³¹. Se trata, pues, de una nueva formulación de la vieja cuestión planteada por el presidente estadounidense Abraham Lincoln al Congreso de la República, el 4 de julio de 1861, cuando solicitó la validación de las medidas extraordinarias que decidió asumir al inicio de la Guerra Civil.

En aquella ocasión, Lincoln preguntó: «¿Hay en todas las repúblicas esta inherente y fatal debilidad? ¿Debe un Gobierno de necesidad ser demasiado *fuerte* para las libertades de su pueblo, o demasiado *débil* para mantener su propia existencia?»¹³². Clinton Rossiter considera que si el pre-

129 Véase Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, op. cit., párrafo 129, p. 57.

130 *Ibid.*, párrafos 129-130, p. 58.

131 Véase Victor V. Ramraj, «No doctrine more pernicious? Emergencies and the limits of legality», en ed. Victor V. Ramraj, *Emergencies and the limits of legality* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), p. 6 (traducción propia).

132 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 3 (traducción propia).

sidente Lincoln hubiera vivido en 1942 —esto es, en plena Segunda Guerra Mundial y tras el ataque japonés a Pearl Harbor—, podría haber formulado su pregunta en términos más modernos: «¿Puede una democracia combatir con éxito una guerra total y todavía ser una democracia cuando la guerra haya terminado?»¹³³.

Pues bien, al margen de la entusiasta defensa de los poderes presidenciales extraordinarios intentada por el profesor de Cornell¹³⁴, la respuesta actualmente ensayada ante el dilema de si es necesario sacrificar las libertades básicas para salvar a la patria de un peligro existencial, tal como el que supone el terrorismo global, muestra un abanico más o menos amplio de alternativas. No obstante, es posible afirmar que todas las variantes pueden verse reducidas a dos posturas fundamentales, a saber, de un lado, las «teorías políticas y sociológicas» de los poderes de emergencia, y, de otro lado, las «teorías normativistas o de Estado de Derecho» («Rule of Law»)¹³⁵.

7.1. El «Modelo de las Medidas Extralegales» de Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin

La primera postura la encarnan, principalmente, Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, aunque, al menos en parte, y ciertamente con importantes matizaciones, pueden ser situados también aquí Bruce Ackerman y Mark Tushnet. La segunda postura está representada, sobre todo, por David Dyzenhaus, pero además por otros autores de gran relevancia, como Ronald Dworkin y David Cole.

Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, profesores de la Universidad de Minnesota, presentan una tipología o clasificación de tres modelos de régimen de emergencia con los que las sociedades democráticas responden a los desafíos violentos. Estos son los «Modelos de la Adaptación» («Models of Accommodation»), el «Modelo de la Normalidad Invariable» («Business as Usual Model»), también llamado «Derecho para Todas las Estaciones» («Law for all Seasons»), y el «Modelo de las Medidas Extralegales» («Extra-Legal Measures Model»)¹³⁶.

Es, desde luego, el «Modelo de las Medidas Extralegales» el que representa a las «teorías políticas y sociológicas», las cuales se distinguen por estimar que la respuesta frente a la violencia política que amenaza la supervivencia del orden constitucional no ha de ser de naturaleza legal, sino, precisamente, de carácter político o social. El modelo se basa en tres

133 *Ibíd.* (traducción propia).

134 *Ibíd.*, pp. 3-4.

135 Véase Victor V. Ramraj, «No doctrine more pernicious? Emergencies and the limits of legality», en ed. Victor V. Ramraj, *Emergencies and the limits of legality*, *op. cit.*, pp. 9-16.

136 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, pp. 17, 86 y 110.

componentes esenciales: desobediencia oficial, revelación o manifestación («disclosure») y ratificación *ex post*¹³⁷.

La idea central de la propuesta de Gross y Ní Aoláin es que los oficiales públicos que tienen que lidiar con «casos extremos» podrán actuar «fuera del orden legal», a condición de reconocer de manera abierta sus acciones y su carácter extralegal, procurando una ratificación posterior por parte de los órganos de representación popular, o, en todo caso, admitiendo las consecuencias de la decisión eventualmente adoptada de transgredir el Derecho¹³⁸. Según estos autores, el «Modelo de las Medidas Extralegales» procura preservar el Estado de Derecho a largo plazo y se sustenta en nociones éticas de responsabilidad política y popular, así como en una cierta candidez o limpieza de la actuación del agente estatal («candour»). Puede decirse, en apretada síntesis, que sus principales piezas son las siguientes:

- 1) No hay límites legales a la desviación del sistema legal que la emergencia autoriza.
- 2) Eso no quiere decir que se carezca absolutamente de límites, pero éstos tienen que evaluarse a la luz de las circunstancias.
- 3) Se requiere una ratificación *ex post facto*, lo que supone un elemento de incertidumbre sobre el resultado de tal ratificación (hay un riesgo significativo, según los autores).
- 4) La ratificación corresponde al pueblo, o a sus representantes (elemento democrático).
- 5) Hay diversas modalidades de ratificación: discrecionalidad fiscal para la persecución penal, anulación de cargos por el jurado, mitigación de penas, perdón del Ejecutivo o clemencia, indemnificación gubernamental de los agentes estatales, leyes de indemnidad (acciones legales), retiro de condecoraciones, juicio político.
- 6) Hay una diferencia clave entre las reglas de conducta de los oficiales que actúan en la emergencia y las reglas de examen de su conducta (regulan la determinación de si su conducta ilegal les acarrea responsabilidad).
- 7) Es muy importante la existencia de un contexto de sociedad democrática (ciudadanía supuestamente renuente a aceptar justificaciones o excusas del Gobierno sobre acciones extra-legales).
- 8) Hay un elemento de candidez relevante: el agente estatal debe «destapar» («disclosure») su acción ilegal.

137 Véase Oren Gross, «Stability and Flexibility: A Dicey Business», en eds. Victor V. Ramraj, Michael Hor, y Kent Roach, *Global Anti-Terrorism Law and Policy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 92.

138 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

- 9) Según Gross y Ní Aoláin, la experiencia prueba que los mecanismos *ex ante* no funcionan. Se produce lo que los autores llaman la tendencia del público, las cortes y la Legislatura a «agruparse en torno a la bandera» (*«rally round the flag»*)¹³⁹.

Es de destacar que, a pesar de defender tal esquema de respuesta estatal frente a las emergencias violentas que constituyan amenazas existenciales, Gross y Ní Aoláin procuran siempre obtener la legitimidad del Derecho. De allí que hagan énfasis en la necesidad de la ratificación posterior de los actos de ilegalidad realizados y reconocidos por los agentes públicos, así como en el efecto de preservar, en vez de erosionar, el Estado de Derecho a largo plazo. Por esta razón, David Dyzenhaus atribuye a su planteamiento una «compulsión por la legalidad»¹⁴⁰.

Por su parte, Mark Tushnet, extremando el planteamiento, piensa que tanto Dyzenhaus como Gross y Ní Aoláin se apoyan y confían demasiado en el Derecho para regular los poderes de emergencia. En su opinión, antes que la acción de las leyes y de los tribunales de justicia, deben ser las instituciones políticas las convocadas a jugar un rol significativo para limitar el ejercicio de las potestades extraordinarias¹⁴¹.

También la propuesta de Bruce Ackerman de elaborar una Constitución de emergencia para Estados Unidos, que permita enfrentar específicamente el desafío del terrorismo global, puede ser agrupada junto a aquellas de Gross y Ní Aoláin y Tushnet. Y es que, pese a que Ackerman se reclama como liberal e invoca —dadas las dificultades para llevar a cabo una enmienda constitucional en Estados Unidos de América— la necesidad de aprobar leyes de desarrollo constitucional, posee, lo mismo que los estudiosos mencionados, una gran desconfianza ante el rol de los jueces como contralores de los poderes presidenciales extraordinarios. En consecuencia, considera más bien que será inevitable aceptar graves vulneraciones de

139 Para esta síntesis, véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, pp. 110-162; Oren Gross, «Extra-Legality and the Ethic of Political Responsibility», en ed. Victor V. Ramraj, *Emergencies and the Limits of Legality* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), pp. 60-93.

140 Véase David Dyzenhaus, «The Compulsion of Legality», en ed. Victor V. Ramraj, *Emergencies and the Limits of Legality* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), pp. 33 y ss. (traducción propia).

141 Véase Mark Tushnet, «The Political Constitution of Emergency Powers: Some Conceptual Issues», en ed. Victor V. Ramraj, *Emergencies and the Limits of Legality* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), pp. 146-147. A la luz de los ataques del 11 de septiembre de 2001, Tushnet propone también una reinterpretación del fallo de la Corte Suprema norteamericana en el célebre caso *Korematsu*, sobre el confinamiento y reclusión de ciudadanos de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial. Véase Mark Tushnet, «Defending *Korematsu*? Reflections on Civil Liberties in Wartime», en ed. Mark Tushnet, *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency* (Durham y Londres: Duke University Press, 2006), pp. 124-140.

derechos fundamentales (para lo que propone indemnizaciones), suspensión de la protección del habeas corpus, y controles de naturaleza política confiados al Parlamento (por ejemplo, una «escala de mayorías crecientes» para autorizar la declaración y prolongación de la emergencia)¹⁴².

7.2. El modelo de Estado de Derecho de David Dyzenhaus

Victor V. Ramraj sostiene que hay un objetivo común a las «teorías normativas», el cual consiste en «esbozar las implicaciones para el gobierno de emergencia derivadas del compromiso del Estado para gobernar mediante leyes», lo que supone además «un compromiso sustantivo de respetar los derechos de sujetos legales, aun en tiempos de emergencia»¹⁴³. Uno de los autores que mejor expresan esta postura es David Dyzenhaus. Frente a la opinión manifestada por el primer ministro inglés Tony Blair, tras los ataques terroristas de Londres, realizados en julio de 2005, en el sentido de que el Estado de Derecho es «un lujo prescindible», Dyzenhaus hace una defensa vigorosa del gobierno a través de leyes y de la necesidad de adherir a una concepción sustantiva de Estado de Derecho.

Los principales componentes del modelo normativista de Dyzenhaus son los siguientes:

- 1) Concepción sustantiva de Estado de Derecho:
 - i) Existe una Constitución normativa (jurídica, no sólo política).
 - ii) Hay un núcleo moral en la Constitución normativa que brinda una respuesta adecuada frente a las emergencias.
 - iii) Lo esencial son los principios que subyacen a la Constitución.
 - iv) Se opone a una concepción puramente procedimental de Estado de Derecho (que incide en qué clase de decisiones deben ser tomadas y en cómo deben serlo).
- 2) La Constitución normativa consagra un «Proyecto de Estado de Derecho» («Rule of Law Project») cuya realización no está a cargo sólo de los jueces, sino que requiere la colaboración de las tres ramas del gobierno: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
- 3) Aunque debe haber «deferencia» hacia el Ejecutivo (lo que supone control de razonabilidad), el rol de los jueces es un rol esencial, pero disminuido frente al que la Teoría del Derecho clásica les otorga (deseo de evitar el «culto al juez»):

¹⁴² Véase Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, op. cit., pp. 105 y ss.

¹⁴³ Véase Victor V. Ramraj, «No doctrine more pernicious? Emergencies and the limits of legality», en ed. Victor V. Ramraj, *Emergencies and the limits of legality*, op. cit., p. 11 (traducción propia).

- i) El juez no es «boca de la ley» ni «minilegislatura».
 - ii) El juez es el «hombre del tiempo» (the «weatherman»), que advierte sobre las borrascas que se avecinan («rol modesto»).
 - iii) No obstante, el razonamiento judicial permanece como el principal lugar para articular los principios del «Proyecto de Estado de Derecho».
- 4) No sólo debe evitarse la creación de «agujeros negros legales» (situaciones en las que no hay Derecho), sino también los «agujeros grises legales», en los cuales hay la fachada o forma del Estado de Derecho, pero no una protección sustantiva.

Un compromiso puramente verbal de los jueces con el Estado de Derecho («judicial lip service») puede ser sumamente grave, ya que supone la adopción de una mera máscara de legitimidad democrática liberal, la cual, a pesar de reclamar la autoridad del Derecho, se halla vaciada de todo contenido sustantivo¹⁴⁴.

7.3. Admisibilidad de la Constitución de emergencia frente al terrorismo global (modelo prescriptivo o ideal)

Queda claro que, en la disputa entre la propuesta de Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, de un lado, y la de David Dyzenhaus, del otro, en la presente investigación se toma partido por esta última, por ser la más apta para el cumplimiento del designio central del orden constitucional, a saber, limitar los poderes y proteger los derechos fundamentales. Ha de partirse para ello de una idea primordial, y es que la Constitución de emergencia o los poderes extraordinarios que se confiere al Ejecutivo para actuar ante un peligro existencial que se yergue contra la nación o el Estado, son, en principio, incompatibles con el concepto mismo de orden constitucional y democrático liberal. De allí que, como se ha señalado antes, diversos autores hayan advertido sobre su naturaleza paradójica (salvar la Constitución suspendiéndola o quebrantándola), así como sobre el peligro de que se produzca el fenómeno conocido como la «normalización de la emergencia» (desconocimiento de su naturaleza provisoria y conversión en paradigma de gobierno ordinario), que erosiona el Estado de Derecho con efectos graves y perdurables.

No extraña, entonces, que un autor tan importante como Luigi Ferrajoli sostenga que la Constitución de emergencia es «una mina colocada en la base del ordenamiento constitucional capaz de hacerlo saltar en cualquier momento», añadiendo que «en los términos en los cuales se suele confi-

¹⁴⁴ Para esta síntesis, véase David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, *op. cit.*, pp. 1-65; David Dyzenhaus, «The Compulsion of Legality», en ed. Victor V. Ramraj, *Emergencies and the Limits of Legality* (Cam, *op. cit.*, pp. 33-59).

gurar, la institución está en realidad en vistoso contraste con el estado de derecho y con el conjunto del paradigma de la democracia constitucional. Es el instrumento que abre el camino a la subversión desde arriba: a la destrucción del sistema democrático, poco importa que se realice, como exigen genéricamente algunas constituciones, en nombre de la necesidad de defender el sistema democrático mismo»¹⁴⁵.

Pese a esta formidable dificultad inicial, que llevó a un autor clásico del liberalismo como Benjamín Constant, a oponerse férreamente al reconocimiento constitucional de la institución¹⁴⁶, la mayoría de estudiosos del fenómeno y la mayoría de los ordenamientos constitucionales en países de democracia liberal aceptan la necesidad del régimen de excepción, y establecen las pautas básicas que han de regular su puesta en vigor y funcionamiento. Así, Carlos Santiago Nino habla de la necesidad de establecer «metagarantías para decidir y ejercer la suspensión de garantías», indicando que el procedimiento democrático de discusión y decisión deberá seguirse con la máxima participación y reflexión que sean posibles, y que los procedimientos sustitutivos deben acercarse, también todo lo posible, a los mecanismos dejados de lado por la emergencia¹⁴⁷. Por su parte, Luigi Ferrajoli propone «invertir la naturaleza» del estado de excepción, dictaminando que la figura debe ser excluida en cuanto tal, pero «puede ser admitida como función de garantía cuando son rigurosamente preestablecidos sus presupuestos, sus contenidos y las instituciones competentes para su realización»¹⁴⁸.

No obstante, en el debate contemporáneo de las potencias occidentales, surge ahora, cuando el terrorismo global agobia a las democracias liberales en todo el mundo, una postura revisionista que tiende a eximir de límites y controles «jurídicos» a los gobiernos que han de enfrentar el desafío terrorista, proponiendo en su lugar mecanismos de naturaleza «política» y «ciudadana o social», como si fueran más idóneos que los medios típicos del Estado de Derecho que distingue al liberalismo constitucional (Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, Bruce Ackerman, Mark Tushnet). Ante este movimiento observable en el mundo académico de

145 Véase Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia* (Madrid: Editorial Trotta, 2011, Tomo II), p. 102. Para el caso de la práctica constitucional en Argentina, Carlos Santiago Nino considera que la institución del estado de sitio, prevista en el artículo 23 de la Constitución nacional, ha sido «el cementerio de nuestras libertades». Véase Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992), pp. 489 y 492.

146 Véase Benjamin Constant, *Curso de Política Constitucional* (Granada: Editorial Comares, 2006, pp. 243-250).

147 Véase Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 486.

148 Véase Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, op. cit., Tomo II, p. 101.

Occidente, se elevan, empero, voces discrepantes que intentan una defensa de los fundamentos que edifican el Estado de Derecho y su crucial principio de legalidad, el cual pretende someter toda autoridad al gobierno mediante leyes, excluyendo el decisionismo de un gobernante supuestamente soberano y que pretende situarse por encima del Derecho (David Dyzenhaus, Luigi Ferrajoli).

Más allá del desenlace de esta querella intelectual, sin duda de gran relevancia teórica y práctica, entre los elementos centrales en una propuesta liberal y democrática de regulación de la Constitución de emergencia para combatir al terrorismo global, deberían estar los siguientes:

- 1) Conviene diferenciar entre la autoridad competente para declarar la emergencia y otorgar las potestades extraordinarias, y aquella otra que concentrará el poder y se encargará de conjurar la emergencia terrorista.

Dicho en otras palabras, en general, el mecanismo para instaurar el gobierno de crisis ha de ser uno de heteroinvestidura, y no uno de autoinvestidura.

- 2) Aquella autoridad que declara la emergencia y otorga los poderes de excepción debiera ser una que asegure, todo lo que sea posible en las circunstancias concretas de cada caso, el recurso al procedimiento democrático y deliberativo. Típicamente, ha de ser, entonces, el Parlamento.

Cuando ello no sea posible, o cuando el Parlamento no esté en funciones (período de receso), o cuando las circunstancias exijan una actuación inmediata del Gobierno, éste asumirá por sí mismo los poderes extraordinarios y dará cuenta sin dilación al Congreso u órgano competente, el cual deberá reunirse y sesionar con carácter permanente desde entonces, pudiendo regular y controlar la actuación del Ejecutivo.

No hacerlo así podría suponer una severa afectación de la facultad de autogobierno colectivo que caracteriza al liberalismo constitucional como modelo político sustentado en el principio de autonomía de las personas y que coloca en lugar central al principio de libertad personal.

- 3) Los supuestos que habilitan la operación de la «Constitución de la anormalidad» (las «causales») deben estar regulados rigurosamente en la propia Constitución, a fin de evitar su uso indebido y su normalización y banalización.

La regulación de estos supuestos no puede ser meramente genérica, ya que entonces el riesgo de que la institución se vea desbordada se multiplica exponencialmente.

Entre las razones para introducir el régimen de excepción constitucional no pueden figurar consideraciones colectivistas o genérica-

mente holistas, tales como la defensa del «ser nacional», ya que ello supondría ir contra elementos fundamentales del ideario liberal¹⁴⁹. Desde luego, únicamente en los supuestos más graves («amenazas existenciales») deberá permitirse el recurso a la Constitución de emergencia¹⁵⁰.

Es de observar que ciertos casos de estrategias y acciones terroristas, tales como el terrorismo subversivo focalizado y débil de los remanentes de Sendero Luminoso en el VRAEM no parecen cumplir con las exigencias de gravedad y necesidad que son imperativas.

- 4) La restricción especial de derechos fundamentales bajo régimen de excepción constitucional debe hacerse con máxima circunspección, a fin de respetar las exigencias mínimas de un modelo político liberal.

El avasallamiento de las libertades básicas de las personas bajo la Constitución de emergencia —aun cuando se otorguen después compensaciones económicas, como propone Bruce Ackerman— vulneraría de modo directo y grave el principio de dignidad de la persona y el principio de igual consideración y respeto para todos. Una afectación continuada y severa de derechos fundamentales colisiona directamente con el principio de autonomía de las personas que constituye uno de los pilares del ordenamiento liberal.

- 5) El plazo en el que la Constitución de emergencia ha de ser puesta en vigor debe ser muy breve. Su naturaleza excepcional y transitoria así lo exige. De lo contrario, quedaría erosionado el Estado de Derecho de manera permanente.

De aquí se sigue que no son aceptables tampoco las prórrogas continuas que son habituales en un país como el Perú, donde el estado de emergencia en el VRAEM se extiende ya por décadas.

En cualquier caso, la prolongación o renovación del régimen excepcional debe quedar sujeta a mayores exigencias constitucionales (mayorías calificadas crecientes, por ejemplo, como propone Bruce Ackerman).

- 6) Debe haber controles políticos y ciudadanos sobre el uso de la Constitución de emergencia y sobre las medidas que se adopten bajo su amparo. No obstante, estos controles políticos y sociales

149 Véase Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 173.

150 Ronald Dworkin sostiene que «la emergencia debe ser auténtica» y que debe darse lo que Holmes denominó «un peligro claro y presente», el cual además debe ser «de magnitud». Es más, este autor estima que no deben ser meras conjeturas el fundamento de la justificación de la emergencia, so riesgo de aniquilar los derechos. Véase Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio* (Barcelona: Editorial Ariel, 2012), pp. 290-291.

no deben ser una alternativa o sustitución de los controles propiamente jurídicos que son distintivos del Estado constitucional de Derecho. Más bien, pueden operar de manera simultánea y complementaria, a fin de procurar la mejor tutela de los derechos fundamentales y el mejor control del ejercicio del poder público bajo el imperio de la ley.

CAPÍTULO 2

LAS GRANDES FORMAS CLÁSICAS O MODELOS HISTÓRICOS DE ESTADO DE EXCEPCIÓN

A los efectos de la presente investigación, se asume la existencia de cuatro formas clásicas o modelos de especial relevancia bajo los cuales se ha presentado el estado de excepción a lo largo de la historia, a saber, la dictadura en la República romana, la ley marcial de impronta inglesa, el estado de sitio de tradición francesa y los poderes de emergencia de la República democrática y social de Weimar.

Aunque estos modelos han sido creados y puestos en práctica en la realidad institucional de sus respectivos Estados de origen, pueden ser también considerados como modelos teóricos que han influenciado (continúan influenciando) en el diseño y la implementación de la Constitución de emergencia en gran número de naciones. A menudo las diversas Cartas Fundamentales toman de uno y otro, en combinaciones más o menos creativas o novedosas. Pero siempre parece posible reconocer los elementos distintivos o predominantes de estas cuatro formas de estado de excepción. De allí que convenga repasar sus características principales.

1. LA DICTADURA EN LA REPÚBLICA ROMANA

1.1. Tradiciones opuestas de pensamiento político y jurídico sobre la dictadura en la Roma republicana

Entre los estudiosos del estado de excepción constitucional existe un amplio consenso, a saber, que el modelo histórico más importante para la configuración contemporánea de la institución es la dictadura de la República romana clásica¹⁵¹. John Ferejohn y Pasquale Pasquino, por ejemplo, consideran que «los poderes de emergencia modernos están, en mayor o menor medida, basados en el antiguo modelo de la dictadura romana»¹⁵², mientras

151 Para una primera aproximación a esta temática, véase Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», *Derecho PUCP*, 73 (2014), pp. 411-424.

152 Véase John Ferejohn y Pasquale Pasquino, «The law of the exception: A typology of emergency powers», *op. cit.*, p. 211 (traducción propia).

que, por su parte, Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin sostienen que la magistratura dictatorial de la Roma republicana «es el prototipo de todas las formas modernas de modelos de la adaptación», los cuales modelos permiten relajar y aun suspender las estructuras legales y constitucionales de una nación cuando ésta es confrontada por una emergencia¹⁵³.

En realidad, existe al respecto una larga tradición que se remonta al menos hasta los humanistas del Renacimiento, quienes se interesaron por el concepto de dictadura en Roma consultando las obras clásicas de Cicerón, Tito Livio, Tácito, Plutarco y Dionisio de Halicarnaso, entre otros¹⁵⁴. Nicolás Maquiavelo, el ilustre pensador y diplomático florentino que fuera desdeñado por los Médicis¹⁵⁵, dedicó palabras encomiásticas a la sabiduría del pueblo romano, que supo crear una institución idónea para salvar a la comunidad política y a su Constitución republicana frente a un peligro grave que pudiera hacerlas desaparecer (como una guerra o una invasión inminente al territorio de la patria). Sostuvo, pues, Maquiavelo que «la dictadura, mientras fue conferida según las leyes, fue siempre beneficiosa para la ciudad», y que se trataba de una institución que merecía ser considerada con detenimiento y tenerse entre las causas de «la grandeza de aquel imperio», ya que sin tal recurso «los romanos muy difícilmente hubieran podido salir de las situaciones excepcionales»¹⁵⁶.

A esta tradición de pensamiento político y jurídico que rescata la importancia de la dictadura romana para la preservación de la República se suman, en los siglos siguientes, otros nombres insignes, tales como los de Juan Jacobo Rousseau y Alexander Hamilton. En efecto, el filósofo ginebrino fue consciente de que la rigidez de las leyes puede, en ocasiones de crisis severa, volverlas «perniciosas» y acarrear «la pérdida del Estado», de tal suerte que, si el peligro es tan extremo que las leyes se erigen en

153 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 17 (traducción propia). Véase también Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 15; Carl Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, op. cit., Tomo II, pp. 589-590; Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, op. cit., p. 109; John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law* (New York: Oxford University Press, 1991), pp. 15-17; Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, op. cit., pp. 37-39.

154 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 33.

155 Véase Luis Leandro Schenoni, «El concepto de lo político en Nicolás Maquiavelo», *Andamios*, 4.7 (2007), pp. 207-208; Jean Jacques Chevallier, *Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días* (Bogotá: Temis, 2011), pp. 8 y 9; Quentin Skinner, *Los fundamentos del pensamiento político moderno. I. El Renacimiento* (México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1985), p. 178. Véase también Abraham Siles, «Maquiavelo: republicanism and dictatorship constitutional in the Discourses on the first decade of Tito Livio», *Ius et Veritas*, 48 (2014), p. 337.

156 Véase Nicolás Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (Madrid: Alianza Editorial, 1987), pp. 114-115 (Libro I, 34).

un «obstáculo», es recomendable nombrar «un jefe supremo que haga callar todas las leyes y suspenda un tiempo la autoridad soberana», a semejanza del dictador romano¹⁵⁷. A su turno, Hamilton, uno de los padres fundadores de la democracia estadounidense, destacó la manera cómo la República romana se vio precisada con frecuencia a refugiarse en «el poder absoluto de un solo hombre», actuando bajo «el título formidable de Dictador», para hacer frente tanto a quienes aspiran a la tiranía como a los movimientos sediciosos y a las invasiones militares de enemigos externos¹⁵⁸.

En época reciente, quien más lejos se ha dejado llevar por el entusiasmo hacia la dictadura romana es quizá Clinton Rossiter. El profesor neoyorquino alabó abiertamente la institución, con las siguientes palabras:

El espléndido genio político del pueblo romano comprendió y resolvió el difícil problema de los poderes de emergencia de una manera tan incomparable en toda la historia, en verdad tan única y audaz, que un estudio del gobierno de crisis moderno no puede encontrar un punto de partida más propicio que una breve revisión de la celebrada dictadura romana¹⁵⁹.

Desde luego, conviene precaverse frente a toda exaltación desmedida y procurar un juicio equilibrado de una institución que es sin duda de gran relevancia constitucional, pero también sumamente polémica¹⁶⁰. Entre los grandes filósofos políticos, han de tenerse en cuenta los reparos que Montesquieu formuló a la magistratura dictatorial romana. De un lado, estimó que contribuyó a la debacle de la República y a su transformación en Imperio con la manipulación que de ella hicieron Sila y Julio César, gobernantes todopoderosos que fueron nombrados dictadores y alargaron indebidamente sus mandatos, sin respetar de ningún modo los límites constitucionales¹⁶¹. De otro lado, el filósofo nacido en La Brède juzgó que

157 Véase Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social* (Buenos Aires: Editorial Losada, 2005), pp. 189-190 (Libro cuarto, VI).

158 Véase Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2001), p. 297 (El Federalista No 70, Alexander Hamilton).

159 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 15 (traducción propia).

160 Varios autores advierten sobre la necesidad de ecuanimidad y prudencia al evaluar la dictadura romana. Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 11-12; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, pp. 82-83 y 239-242; Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, *op. cit.*, pp. 38-39.

161 Véase Montesquieu, *Grandeza y decadencia de los romanos* (Madrid: Espasa-Calpe, cuarta edición, 1962), p. 75. Véase también David W. Carrithers, «Montesquieu and Tocqueville as Philosophical Historians: Liberty, Determinism, and the Prospects for Freedom», en *Montesquieu and his Legacy*, ed. Rebecca E. Kingston (New York: State University of New York Press, 2009), p. 156; Roger B. Oake, «Montesquieu's Analysis of Roman History», *Journal*

se trataba también de una institución opresiva y violenta a la que recurría una República gobernada por una élite aristocrática que debía esforzarse por controlar al pueblo¹⁶².

La actitud reticente de Montesquieu ante la dictadura en Roma entronca con la tradición alternativa (y, en mucho, acallada) que fuera inaugurada por Dionisio de Halicarnaso y Apiano de Alejandría, historiadores de origen griego que, tempranamente (desde mediados del siglo I A.C. hasta mediados del siglo II D.C.)¹⁶³, llamaron la atención sobre la similitud de la institución con la tiranía. Apartándose de la versión canónica establecida por autores como Tito Livio y Cicerón, los textos históricos de Dionisio y Apiano formularon una crítica radical a la dictadura romana, dudando de su capacidad de prevenir el abuso de los poderes extraordinarios y preservar la Constitución¹⁶⁴.

Como ha hecho notar Andreas Kalyvas, la reconceptualización de la dictadura propuesta por Dionisio y Apiano apunta en realidad a perfilar una figura de «tiranía temporal por consentimiento» o «tiranía legalizada», la cual realiza una desmitificación de la vieja y ennoblecida idea de la dictadura como mecanismo constitucional para salvar a la patria frente a una amenaza existencial¹⁶⁵. De esta suerte, queda expuesto «el monstruo oculto detrás del héroe, el lobo dentro del soldado, la anomía inhibiendo el Derecho», y se revela «un núcleo tiránico escondido dentro de la fábrica institucional del gobierno republicano»¹⁶⁶.

of the History of ideas, 16.1 (1955), p. 54; Abraham Siles, «El pensamiento de Locke y Montesquieu como antecedente de la configuración constitucional de poderes de excepción ante emergencias políticas», *Anuario de Investigación del CICAJ* 2015, 2016, p. 27.

162 Véase Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (Madrid: Ediciones Istmo, 2002), pp. 100-101 (Libro II, Capítulo 3); Montesquieu, *Grandeza y decadencia de los romanos*, *op. cit.*, pp. 55-56 (nota 4). Véase también Thomas L. Pangle, *The Theological Basis of Liberal Modernity in Montesquieu's «Spirit of the Laws»* (Chicago y Londres: The University of Chicago Press, 2010), pp. 51 y 121-122; David W. Carrithers, «Not so Virtuous Republics: Montesquieu, Venice, and the Theory of Aristocratic Republicanism», *Journal of the History of Ideas*, 52.2 (1991), p. 257; Abraham Siles, «El pensamiento de Locke y Montesquieu como antecedente de la configuración constitucional de poderes de excepción ante emergencias políticas», *op. cit.*, p. 28.

163 Véase Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», *op. cit.*, p. 422.

164 Véase Andreas Kalyvas, «The Tyranny of Dictatorship: When the Greek Tyrant Met the Roman Dictator», *Political Theory*, 35.4 (2007), pp. 419 y ss. Véase también Benjamin Straumann, *Crisis and Constitutionalism: Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution* (Oxford: Oxford University Press, 2016), pp. 64-65 y 69-70.

165 Véase Andreas Kalyvas, «The Tyranny of Dictatorship: When the Greek Tyrant Met the Roman Dictator», *op. cit.*, p. 426 (traducción propia). Véase también Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», *op. cit.*, p. 423.

166 Véase Andreas Kalyvas, «The Tyranny of Dictatorship: When the Greek Tyrant Met the

Pero, al margen del debate histórico acerca del sentido de la dictadura en la República romana y de las dos opuestas tradiciones formadas al respecto —la de Tito Livio, Maquiavelo y Alexander Hamilton, de un lado, y la de Dionisio de Halicarnaso, Apiano de Alejandría, Montesquieu y Benjamin Constant, del otro lado—, es necesario dejar anotado aquí el rechazo de toda tradición que haga derivar el estado de excepción de la dictadura romana, formulado por un autor tan importante como Giorgio Agamben. En efecto, el profesor italiano considera que es un grave error confundir estado de excepción y dictadura, reprochando en consecuencia a Carl Schmitt, Clinton Rossiter y Carl Friedrich el haber incurrido en tal equivocación, y más bien intenta restituir la figura a lo que llama su «auténtico, pero más oscuro, paradigma genealógico en el derecho romano: el *iustitium*»¹⁶⁷.

Según expone Agamben, el *iustitium* no fue en Roma una forma dictatorial, sino un espacio de suspensión del Derecho y de vacío jurídico, por cuya virtud no se entendía suspendida solamente la administración de justicia, sino el Derecho como tal¹⁶⁸. Por lo tanto, aquella persona que actuaba durante el *iustitium* lo hacía bajo condiciones de «anomia», en las cuales todas las determinaciones jurídicas resultan «desactivadas», tornándose las acciones humanas efectuadas durante su vigencia en «absolutamente indecibles», y la definición de su naturaleza, en «ajena al ámbito del Derecho»¹⁶⁹.

Desde luego, excede con mucho los límites de la presente investigación la dilucidación de un problema de teoría política y jurídica tan complejo como el enunciado por Agamben. Interesa insistir aquí, sin embargo, en que una manera de entender el planteamiento del filósofo italiano, más allá de la cuestión de genealogía teórica suscitada, es como una evidencia de la radical precariedad de los sujetos y de la desprotección de sus derechos fundamentales bajo la institución del estado de excepción (concepción que resulta relevante para analizar la experiencia peruana de la guerra interna, según ha sido señalado en el acápite 1.4, *supra*).

1.2. Magistratura extraordinaria, modalidades de dictadura, origen bélico

Como quiera que fuere, ha de prestarse atención ahora a los principales rasgos reconocidos a la dictadura romana clásica. En tal sentido, es de destacar, ante todo, que se trata de una «magistratura extraordinaria», esto

Roman Dictator», *op. cit.*, pp. 427-428 (traducción propia). Véase también Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», *op. cit.*, pp. 423-424.

167 Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, p. 95.

168 *Ibíd.*, p. 86.

169 *Ibíd.*, p. 99.

es, opuesta a aquellas que estaban en funciones mientras se vivía una situación de normalidad constitucional¹⁷⁰. Y es que, en tiempos de paz y tranquilidad pública, quienes ejercían la función de gobierno durante la era republicana eran los cónsules (se elegía a dos). Tras el derrocamiento de la monarquía, ocurrido hacia el año 509 A.C.¹⁷¹, se instauró en Roma el consulado como institución de gobierno ordinario, el cual se caracterizaba por un mandato colegiado, de origen electivo, cuya duración había de ser de un año, tal como las restantes magistraturas republicanas¹⁷².

Este diseño institucional, ciertamente, garantizaba de mejor manera la libertad de los ciudadanos que la Constitución monárquica anterior, tornando más difícil el despotismo del gobernante. No obstante, en períodos de crisis grave (una guerra, una invasión inminente, una revuelta insurreccional), resultaba un arreglo en extremo engorroso y poco eficiente. En consecuencia, el genio político y jurídico romano encontró una forma de facilitar los medios para conjurar la grave amenaza a la patria, mediante la creación de una institución semejante al mandato unitario y absoluto del rey¹⁷³, pero con ribetes republicanos. Tal institución fue la dictadura.

Existieron dos supuestos principales que habilitaron el nombramiento de un dictador. Cuando la ciudad enfrentaba una situación bélica, especialmente si existía peligro de invasión por los enemigos en armas, se instituía un *dictator rei publicae gerundae causa*, mientras que, si la amenaza consistía más bien en una rebelión interna, entonces se nombraba

170 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique* (París: Librairie Cotillon, 1885), p. 13; Serguéi Ivánovich Kovaliov, *Historia de Roma* (Madrid: Ediciones Akal, tercera edición, 1989), p. 101; Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 33; Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», *op. cit.*, p. 412; Marcial Rubio Correa, *Ideas de la Roma republicana para modernizar las constituciones de hoy* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017), p. 100 (nota 4).

171 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 19; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 12; Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, *op. cit.*, p. 15; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 17; Benjamin Straumann, *Crisis and Constitutionalism: Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution*, *op. cit.*, p. 65.

172 Véase Luis Pericot García y Rafael Ballester Escalas, *Historia de Roma* (Barcelona: Montaner y Simón, 1979), p. 41; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 19; Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», *op. cit.*, p. 413; Andrew Lintott, *The Constitution of the Roman Republic* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 101.

173 Véase Andreas Kalyvas, «The Tyranny of Dictatorship: When the Greek Tyrant Met the Roman Dictator», *op. cit.*, pp. 417-418; Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 34; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 17; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 14.

un *dictator seditionis sedandae causa*¹⁷⁴. Si bien existe controversia al respecto, al parecer la primera de estas modalidades fue ampliamente la más socorrida, en tanto la segunda, dirigida a sofocar rebeliones suscitadas desde el interior mismo de la República, habría sido utilizada en mucho menor medida¹⁷⁵. Con el transcurrir del tiempo, en todo caso, la institución fue empleada para servir también a otros propósitos, tales como la realización de determinados ritos religiosos o cívicos, o la celebración de festividades y juegos¹⁷⁶.

Es muy importante reparar en el origen bélico de la institución¹⁷⁷, en particular en su carácter defensivo o protector, ya que la dictadura no podía ser empleada para iniciar una guerra, sino solamente para resguardarse ante ella¹⁷⁸. Sobre todo, en los primeros tiempos de la República, cuando la precariedad estatal y la fortaleza de los enemigos de Roma acarreaban con frecuencia peligros a la subsistencia de la ciudad, el dictador, escogido entre los más aptos para el liderazgo militar y político, fue designado para derrotar al ejército amenazante. Este carácter bélico original ha dejado una fuerte impronta en la institución, la cual se proyecta a lo largo de los siglos.

El dictador, única magistratura no electiva de la República, era denominado *magister populi*, lo que lo acreditaba como jefe del ejército, y, en cuanto tal, podía designar a un lugarteniente, el cual recibía el título de *magister equitum* o jefe de la caballería¹⁷⁹. En cierto modo se restablecía así

174 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., pp. 33-34; Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, op. cit., p. 224; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 13; Andrew Lintott, *The Constitution of the Roman Republic*, op. cit., p. 105.

175 Véase Benjamin Straumann, *Crisis and Constitutionalism: Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution*, op. cit., pp. 71 y 74; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 21; Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», op. cit., p. 417. Puede consultarse una enumeración detallada de las dictaduras proclamadas durante la República en Fabio Espitia Garzón, «Dictadura, “estado de sitio” y *provocatio ad populum* en la obra de Mommsen», *Revista de Derecho Privado*, 21 (2011), pp. 15-19.

176 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 34; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., pp. 22-23; Andrew Lintott, *The Constitution of the Roman Republic*, op. cit., p. 105.

177 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., p. 16; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., pp. 21-22; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 13; Fabio Espitia Garzón, «Dictadura, “estado de sitio” y *provocatio ad populum* en la obra de Mommsen», op. cit., pp. 15-16.

178 Véase Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, op. cit., pp. 109-110; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 23; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 24.

179 Véase Andrew Lintott, *The Constitution of the Roman Republic*, op. cit., p. 105; Serguéi Ivánovich Kovaliov, *Historia de Roma*, op. cit., pp. 101-102; Luis Pericot García y Rafael

una suerte de colegialidad en la dirección de los asuntos públicos frente a la emergencia, pese a lo cual era claro que el *magister equitum* tenía una posición subordinada al dictador, quien lo designaba como «un colega inferior enteramente sometido a sus órdenes»¹⁸⁰.

1.3. Finalidad conservativa, heteroinvestidura y limitación temporal

De suma relevancia es también la precisa finalidad con que se instauraba la dictadura, la cual sólo podía consistir en proteger la Constitución, nunca en derribarla o sustituirla por otra¹⁸¹. Se trataba, pues, de una institución constitucional y republicana¹⁸². Como bien observó Nicolás Maquiavelo, el dictador «no podía hacer nada que fuese en detrimento del Estado, como hubiera sido arrebatar su autoridad al Senado o al pueblo, o anular la antigua Constitución de la ciudad y elaborar una nueva»¹⁸³. Cuatrocientos años más tarde, Carl Friedrich aún ha podido afirmar que «en la república romana la dictadura supuso por siglos un baluarte a favor del régimen republicano, y no condujo a la usurpación de poderes»¹⁸⁴, en tanto Karl Loewenstein recalca que la dictadura fue recogida constitucionalmente y sólo podía servir «para el mantenimiento de la Constitución», descartando cualquier finalidad subversiva o usurpadora¹⁸⁵.

Una de las características más notables de la institución dictatorial en la Roma republicana es, sin duda, el complejo sistema de nombramiento del titular del cargo. Y es que se trató de un arreglo institucional de gran sabiduría política y jurídica, en la medida en que estuvieron separados los órganos públicos que participaban en la designación. Mientras el Senado intervenía para reconocer la presencia de una amenaza existencial que aconsejaba la instauración de la dictadura, eran los mismos cónsules, titu-

Ballester Escalas, *Historia de Roma*, op. cit., p. 44; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 23; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 24.

180 Véase Clinton Walker Keyes, «The Constitutional Position of the Roman Dictatorship», *Studies in Philology*, 14.4 (1917), p. 304 (traducción propia).

181 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 14; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 19; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 24.

182 Véase Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», op. cit., p. 413.

183 Véase Nicolás Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, op. cit., p. 115.

184 Véase Carl Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, op. cit., Tomo II, p. 589.

185 Véase Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 289.

lares de la función ejecutiva, quienes tenían a su cargo el nombramiento del dictador¹⁸⁶. Puesto que los cónsules se verían desplazados por éste, ante quien debían resignar lo esencial de sus cargos, difícilmente se precipitarían a realizar el nombramiento si es que no fuese real el peligro para la ciudad que desbordaba sus propias capacidades¹⁸⁷. Por lo demás, los cónsules no podían nombrarse a sí mismos, sino que la designación debía recaer siempre en una tercera persona, la cual debía ser elegida entre ciudadanos eminentes¹⁸⁸.

Como puede apreciarse, el diseño de este fino y preciso sistema de «heteroinvestidura» tiende a asegurar una decisión adecuada tanto al determinar si se estaba ante una amenaza existencial, como al instaurar la dictadura y nombrar a su titular¹⁸⁹. Todo ello, mediante un mecanismo que exigía la intervención de diversos órganos del Estado y que establecía salvaguardias fuertes para procurar que las diversas acciones de los gobernantes estuvieran guiadas exclusivamente por el interés público y la salvación de la patria.

Otro rasgo de especial significación es, desde luego, el referido al límite temporal de la magistratura extraordinaria. La instauración de la dictadura había de durar, todo lo más, seis meses¹⁹⁰, plazo inicialmente establecido al parecer en razón de la duración de las campañas bélicas, que normalmente iban de marzo a octubre, en función de las condiciones climáticas, de tal manera que un término de seis meses se adecuaba bastante bien a las necesidades de la guerra¹⁹¹. El plazo, por lo demás, era improrrogable, no admitiéndose su extensión por ningún motivo. Antes bien, al contrario,

186 Véase John Ferejohn y Pasquale Pasquino, «The law of the exception: A typology of emergency powers», *op. cit.*, pp. 227-228, 230 y 235; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 14; Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, *op. cit.*, p. 19.

187 Véase Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, *op. cit.*, p. 109; Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», *op. cit.*, pp. 414-415.

188 Véase John Ferejohn y Pasquale Pasquino, «The law of the exception: A typology of emergency powers», *op. cit.*, p. 213; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 16.

189 Véase Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», *op. cit.*, pp. 414-415; John Ferejohn y Pasquale Pasquino, «The law of the exception: A typology of emergency powers», *op. cit.*, pp. 217-218, 227 y 235.

190 Véase Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, *op. cit.*, p. 224; Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 34; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, pp. 23-24; Luis Pericot García y Rafael Ballester Escalas, *Historia de Roma*, *op. cit.*, p. 42; Serguéi Ivánovich Kovaliov, *Historia de Roma*, *op. cit.*, p. 102.

191 Véase John Ferejohn y Pasquale Pasquino, «The law of the exception: A typology of emergency powers», *op. cit.*, pp. 226-227; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 23.

era posible que el dictador depusiera su cargo antes del vencimiento del término máximo, si acaso ocurría que la emergencia fuese ya conjurada o si, más bien, sucedía que los cónsules que hicieron el nombramiento cesaban en sus funciones¹⁹².

1.4. Virtudes republicanas, el caso de Lucio Quincio Cincinato

Parece también de enorme sabiduría institucional el compensar la amplitud de los poderes extraordinarios conferidos con la brevedad del mandato de quien era llamado a ejercerlos. De cualquier modo, esta peculiaridad de la dictadura romana estuvo asociada a las nobles virtudes que distinguieron a lo mejor de la tradición republicana. De allí los elogios que mereciera de autores tan eminentes como Maquiavelo y Rousseau. En efecto, el ilustre florentino, al destacar la integridad y la lealtad con la patria de quienes se desempeñaron como dictadores, así como su falta de ambición, sostuvo que las virtudes de estos hombres llegaban a tanto que «cuando alcanzaban la dictadura, se consideraba más glorioso el que la deponía más rápidamente»¹⁹³. A su turno, el no menos célebre pensador ginebrino aseveró que el pueblo romano no temía ni que el dictador abusase de su autoridad ni tampoco que deseara prolongar su mandato, sino que «parecía, por el contrario, que un poder tan grande incomodara a quien lo poseía, tanto se apresuraba a deshacerse de él, como si hubiera sido un cargo demasiado penoso y peligroso el de ocupar el lugar de las leyes»¹⁹⁴.

Es famosa, con toda justicia, la historia de Lucio Quincio Cincinato, el patricio romano dedicado a las tareas agrícolas en su fundo cercano a la ciudad, ubicado del otro lado del río Tíber. Designado dictador en el año 458 A.C., cuenta la tradición que Cincinato recibió a la delegación que le traía la noticia de su nombramiento mientras se hallaba trabajando en el campo. De inmediato, Cincinato dejó los aperos de labranza, formó un ejército y en poco más de dos semanas derrotó a las huestes invasoras que amenazaban a Roma. Lejos de envanecerse o de desear permanecer en el cargo, Cincinato, situado en la cúspide del poder, dejó las armas, regresó a su finca y volvió a empuñar el arado¹⁹⁵.

192 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 21; Andrew Lintott, *The Constitution of the Roman Republic*, op. cit., p. 106; Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», op. cit., pp. 415-416.

193 Véase Nicolás Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, op. cit., p. 107.

194 Véase Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, op. cit., p. 190 (Libro cuarto, VI).

195 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., pp. 25-26; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 16; John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, op. cit., pp. 15-16. También se puede consultar Benjamin Straumann, *Crisis and Constitutionalism: Roman*

Cincinato es, pues, la encarnación de las nobles y gloriosas virtudes republicanas de moderación, frugalidad y desprendimiento, las cuales, unidas al amor a la patria, la valentía y el denuedo guerrero, distinguieron a muchos de los mejores ciudadanos de la República. Su historia, muy merecidamente, ha brindado inspiración a múltiples generaciones de ciudadanos y estadistas a lo largo de los siglos.

1.5. El dictador: poderes amplios y limitaciones específicas

Ahora bien, es de tenerse en cuenta que el dictador recibía poderes ciertamente exorbitantes, aunque acotados a la finalidad específica de conjurar el peligro que se cernía sobre la República y por tiempo limitado, como ha sido dicho aquí. Sus facultades comprendían no sólo el ámbito militar, sino también el campo político y se extendían, en general, a toda la vida cívica romana¹⁹⁶. En tal sentido, podía convocar a las asambleas y también al Senado, además de ejercer jurisdicción en todo asunto que comprometiera el orden público o la seguridad del Estado. En consecuencia, podía imponer la pena capital de manera sumaria, disponiendo así sobre la vida y la muerte de las personas¹⁹⁷.

Más controversial parece el asunto de si los poderes del dictador anulaban las funciones de los tribunos de la plebe e impedían la apelación de las decisiones que imponían la pena capital. Aunque una corriente de estudiosos así lo ha sostenido por mucho tiempo, recientes investigaciones defienden el punto de vista contrario, en el sentido de que, al menos durante gran parte de la era republicana (quizá hasta el «reino del terror» de Sila, entre los años 83 y 79 A.C.¹⁹⁸), fue posible la *intercessio* de los tribunos de la plebe y la *provocatio ad populum* (una suerte de recurso de apelación ante una asamblea popular) frente a las decisiones y acciones del dictador¹⁹⁹.

A pesar de contar con tan amplios poderes, que le fueron conferidos para permitir la salvación de la patria en una crisis extrema, el dictador

Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution, op. cit., pp. 66-68; Oren Gross, «The Concept of “Crisis”: What Can We Learn from the Two Dictatorships of L. Quinctius Cincinnatus?», *Minnesota Legal Studies Research Paper*, 5.20 (2005), pp. 2-3.

196 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., pp. 21 y 25.

197 Véase Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, op. cit., p. 110; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 25; Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 34.

198 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 82 (traducción propia). Véase también Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 18.

199 Véase Benjamin Straumann, *Crisis and Constitutionalism: Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution*, op. cit., pp. 71-72 y 74; Andrew Lintott, *The Constitution of the Roman Republic*, op. cit., p. 106.

quedaba, sin embargo, sujeto a una serie de limitaciones específicas. En efecto, además de las restricciones de orden general ya mencionadas (finalidad de defensa constitucional, sistema de nombramiento de heteroinvestidura, brevedad del plazo), existieron ciertas prohibiciones que limitaban de manera puntual y precisa el poder de los dictadores. Así, éstos no podían elaborar leyes, sino, todo lo más, expedir decretos (los cuales, empero, valían como leyes mientras duraba el mandato dictatorial)²⁰⁰. De otro lado, no menos importante era que el dictador no podía decidir sobre asuntos financieros, dependiendo para ello del consentimiento del Senado, el cual controlaba así un aspecto sin duda decisivo para el cabal cumplimiento de las tareas del magistrado excepcional²⁰¹.

1.6. Evolución y debacle de la dictadura. Relevancia actual

En cuanto a la evolución que experimentó la institución a lo largo del tiempo, conviene recordar que en los aproximadamente trescientos años que estuvo vigente²⁰², fueron nombrados unos noventa dictadores, la mayoría de ellos con vistas a enfrentar situaciones bélicas²⁰³. Esto ocurrió así especialmente en los primeros tiempos de la República y poco más o menos hasta el final de la segunda guerra púnica. Tras el retiro definitivo de las huestes de Aníbal de tierras romanas en el año 203 A.C., la institución cayó en desuso, principalmente porque las necesidades de la guerra variaron y porque la misma República también cambió, desarrollando ya no sólo guerras defensivas sino campañas bélicas de conquista territorial, que abonaban el camino hacia el Imperio²⁰⁴.

Será recién con Sila y Julio César que la institución revivirá tras largas décadas de inactividad, pero ya sólo para ser distorsionada y manipulada, de suerte que, como han indicado diversos autores, de la vieja figura republicana sólo conservaba el nombre, no así su contenido y propósito²⁰⁵.

200 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 23; Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», op. cit., p. 419.

201 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 15; Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, op. cit., p. 109.

202 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 11; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 21.

203 Véase Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, op. cit., p. 109; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 21; Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», op. cit., p. 417.

204 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 27; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 18.

205 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 267 (nota 2); Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., pp. 34-35; Abraham Siles, «La dictadura en la

Tras la muerte de Julio César, quien, luego de varias prórrogas indebidas, se había hecho nombrar «dictador perpetuo», fue finalmente una ley promovida por Marco Antonio la que abolió la institución dictatorial, en el año 44 A.C.²⁰⁶.

Como quiera que fuere, es claro que una evaluación global de la dictadura romana ha de rescatar una serie de rasgos distintivos que siguen siendo hoy en día de enorme relevancia para la configuración de los poderes de emergencia en las Constituciones contemporáneas. Valga por todas la síntesis que formulan Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, para quienes son «características sobresalientes» de la dictadura, en tanto «configuradoras de los lineamientos básicos para los regímenes de emergencia de los días modernos», las siguientes: su carácter temporal, el reconocimiento de la naturaleza excepcional de las emergencias, el nombramiento del dictador de acuerdo con formas constitucionales específicas que separan a aquellos que declaran la emergencia y aquellos que ejercen los poderes dictatoriales en cada ocasión, la designación del dictador para propósitos bien definidos y limitados, y el objetivo último de sostener el orden constitucional y no de modificarlo o reemplazarlo por otro²⁰⁷.

2. LA LEY MARCIAL EN INGLATERRA

2.1. Orígenes, imprecisión y diversidad de significados

Propia de la cultura jurídica anglosajona, la ley marcial es la segunda de las grandes formas clásicas o modelos históricos de estado de excepción, a considerar para los efectos de la presente investigación. Su origen está en la Inglaterra del siglo XIV y experimenta una temprana evolución hasta la primera parte del siglo XVII, cuando el Parlamento inglés aprueba la «Petición de Derechos» en el año 1628, prohibiendo la aplicación de la ley marcial a los civiles²⁰⁸. Antes, a mediados del siglo XVI, la reina María

República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», *op. cit.*, pp. 419-420.

206 Véase Benjamin Straumann, *Crisis and Constitutionalism: Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution*, *op. cit.*, pp. 64-65; Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, *op. cit.*, pp. 34-35; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 19.

207 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 18 (traducción propia). Véase también Abraham Siles, «La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional», *op. cit.*, p. 421.

208 Véase J. V. Capua, «The Early History of Martial Law in England from the Fourteenth Century to the Petition of Right», *Cambridge Law Journal*, 36.1 (1977), pp. 152 y 171; W. S. Holdsworth, «Martial Law Historically Considered», *Law Quarterly Review*, 18.79 (1902),

Tudor había sido la primera en invocar (en abril de 1556) la ley marcial en tiempo de paz, esto es, sin que existiera estado de guerra o insurrección armada y sin que los tribunales de justicia, establecidos conforme al *Common Law*, estuvieren clausurados e impedidos de funcionar normalmente²⁰⁹. Las arbitrariedades de James I y de Charles I, monarcas de la dinastía Estuardo, al instaurar Comisiones de Ley Marcial en reemplazo de las cortes ordinarias (en 1617, 1620, 1624 y 1625, el primero, y en 1626 y 1627, el segundo), concurrieron para llevar a la aprobación de la célebre «*Petition of Right*»²¹⁰.

Diversos autores han puesto de relieve la vaguedad e imprecisión del concepto de ley marcial, en especial en el Derecho inglés²¹¹, a tal punto que Edward S. Corwin pudo llegar a afirmar, ya bien entrado el siglo XX, que «todo el tema de la ley marcial ha estado por largo tiempo envuelto en una casi inconcebible confusión»²¹². Lo cierto parece ser, sin embargo, que en un inicio la ley marcial era sin lugar a dudas el Derecho Militar —que aplicaba la imponente «*Court of the Constable and the Marshal*», es decir, el conjunto de normas que regulaban la disciplina y el orden de los ejércitos, así como su gobierno y administración, incluyendo en lugar destacado el sistema de justicia militar²¹³.

Como es de suponer, especialmente cuando se trataba de situaciones bélicas actuales o efectivas, las cortes o comisiones instauradas en virtud de la ley marcial aplicaban una justicia de naturaleza sumaria y, por ende, desprovista de las garantías propias de los tribunales ordinarios, y más bien

p. 117; Edward S. Corwin, «Martial Law, Yesterday and Today», *Political Science Quarterly*, 47.1 (1932), p. 95; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 140 (nota 15).

209 Véase J. V. Capua, «The Early History of Martial Law in England from the Fourteenth Century to the Petition of Right», *op. cit.*, p. 164; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 147; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 20.

210 Véase J. V. Capua, «The Early History of Martial Law in England from the Fourteenth Century to the Petition of Right», *op. cit.*, pp. 171-172; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 20-21; W. S. Holdsworth, «Martial Law Historically Considered», *op. cit.*, pp. 120-121; Lindsay Boynton, «Martial Law and the Petition of Right», *The English Historical Review*, 79.311 (1964), p. 256.

211 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 30; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, p. 51; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 20.

212 Véase Edward S. Corwin, «Martial Law, Yesterday and Today», *op. cit.*, p. 95 (traducción propia). Véase también Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, pp. 139-140.

213 Véase H. Erle Richards, «Martial Law», *Law Quarterly Review*, 18.79 (1902), p. 133; W. S. Holdsworth, «Martial Law Historically Considered», *op. cit.*, p. 118; Thomas Baty y John H. Morgan, *War: Its Conduct and Legal Results* (New York: E. P. Dutton and Company, 1915), p. 17; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 31.

proclive a la perpetración de arbitrariedades, máxime si se tiene en cuenta que podían llegar a imponer de manera expeditiva la pena capital²¹⁴. Este entendimiento de la ley marcial como Derecho Militar no estuvo en discusión al menos hasta el siglo XVII²¹⁵.

Según ha sido ya anticipado, los frecuentes abusos en la aplicación de la ley marcial, muy particularmente cuando ésta fue extendida a los civiles y empleada durante tiempos de paz, devinieron intolerables bajo el reinado de Charles I y dieron lugar a las exhortaciones y prohibiciones contenidas en la «Petición de Derechos», de 7 de junio de 1628. En efecto, el célebre documento libertario, además de proscribir los préstamos obligatorios para financiar la guerra, el acantonamiento de soldados en las viviendas privadas sin consentimiento de sus propietarios y los arrestos arbitrarios o sin respeto por el debido proceso legal, suplicó a su Majestad revocar y anular «las comisiones encargadas de aplicar la ley marcial», así como que, en adelante, «no se encomiende a nadie comisiones de idéntica naturaleza, para evitar que en virtud de las mismas se veje o ajusticie a cualquiera de vuestros súbditos, de forma contraria a las leyes y libertades de la tierra»²¹⁶.

Otro de los significados que se atribuye de antiguo al concepto de «ley marcial» es el de régimen legal que el comandante de un ejército de ocupación establece en el país o territorio invadido²¹⁷. Se trata, pues, de un gobierno militar que la potencia vencedora impone sobre la nación derrotada en la guerra²¹⁸. En consecuencia, los aspectos normativos de este régimen o gobierno militar en suelo extranjero, cuyo fundamento es la ley marcial, han de estar sometidos, de modo determinante, al Derecho Internacional²¹⁹.

214 Véase J. V. Capua, «The Early History of Martial Law in England from the Fourteenth Century to the Petition of Right», *op. cit.*, p. 153; Lindsay Boynton, «Martial Law and the Petition of Right», *op. cit.*, p. 255; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 19; Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, *op. cit.*, p. 49.

215 Véase Thomas Baty y John H. Morgan, *War: Its Conduct and Legal Results*, *op. cit.*, p. 17; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 19-20 (nota 73).

216 Véase «Petición de Derechos», en *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*, ed. Joaquín Varela Suanzes (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), p. 10.

217 Véase Charles Fairman, «The Law of Martial Rule and the National Emergency», *Harvard Law Review*, 55.8 (1942), p. 1259; Daniel Hugo Martins, «La protección de los derechos humanos frente a la suspensión de las garantías constitucionales o “Estado de Sitio”», *op. cit.*, p. 134; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 31; Carl Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, *op. cit.*, Tomo II, pp. 617-618.

218 Véase Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», *op. cit.*, p. 88.

219 Véase Charles Fairman, «The Law of Martial Rule and the National Emergency», *op. cit.*, p. 1259; Daniel Hugo Martins, «La protección de los derechos humanos frente a la suspen-

Es en el contexto de este régimen de ocupación militar que el duque de Wellington profirió su célebre frase, conforme a la cual la ley marcial es «ni más ni menos que el deseo del general que comanda el ejército»²²⁰. Es posible que se tratara de una suerte de comentario travieso y en son de broma²²¹, ya que el propio Wellington aclaró de inmediato, en aquella misma ocasión, que el general que ejerciera tal poder supremo estaba obligado a estatuir las reglas y límites que constituirían su deseo o voluntad, así como aclaró también que, cuando le correspondió dirigir esa peculiar clase de gobierno —presumiblemente en la península hispánica, combatiendo contra los ejércitos napoleónicos—, optó por declarar que su deseo era gobernar el país ocupado de acuerdo con sus propias leyes internas²²². La historia, sin embargo, ha olvidado el fino humor británico de quien se ungiera como vencedor de Napoleón en Waterloo, y ha empleado la máxima que él acuñara, como expresión de una idea de ley marcial que no acepta límites y que, más bien, queda enteramente sometida a la voluntad omnipotente y eventualmente caprichosa del general al mando de las tropas de ocupación²²³.

Así tenemos, entonces, los diversos sentidos que hubo de recibir el concepto de ley marcial desde tiempo inmemorial: la ley que regía a la «*Court of the Constable and the Marshal*», en los lejanos inicios medievales, en particular por lo que se refería a la aplicación del Derecho Militar; la extensión de las Comisiones militares, durante diversos reinados de las dinastías Tudor y Estuardo, a delitos cometidos por civiles durante tiempo de paz; el régimen de gobierno militar que el ejército triunfante imponía en los territorios conquistados mediante la guerra; en fin, toda clase de gobierno arbitrario dirigido por el poder de la milicia²²⁴.

Esta multiplicación de significados, que se fueron hilvanando y decantando —de manera compleja y no exenta de confusión— en el largo y

sión de las garantías constitucionales o “Estado de Sitio”, *op. cit.*, p. 134; Carl Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, *op. cit.*, Tomo II, p. 617.

220 Véase W. S. Holdsworth, «Martial Law Historically Considered», *op. cit.*, p. 132 (traducción propia). Véase también Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 140 (nota 12); Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 31.

221 Véase Charles Fairman, «The Law of Martial Rule and the National Emergency», *op. cit.*, p. 1259.

222 Véase W. S. Holdsworth, «Martial Law Historically Considered», *op. cit.*, p. 132. Véase también Ronan Keane, «The Will of The General: Martial Law in Ireland, 1535-1924», *Irish Jurist*, 25-27, pp. 161-162.

223 Véase Charles Fairman, «The Law of Martial Rule and the National Emergency», *op. cit.*, p. 1259.

224 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 140. Véase también David Dyzenhaus, «The Puzzle of Martial Law», *University of Toronto Law Journal*, 59 (2009), p. 4; Ronan Keane, «The Will of The General: Martial Law in Ireland, 1535-1924», *op. cit.*, p. 150.

azaroso proceso histórico de Inglaterra, es la que conduce a la noción contemporánea (y, sin embargo, todavía imprecisa) de la ley marcial como «un amplio abanico de poderes extraordinarios, no fundados en leyes, dirigidos a hacer frente a crisis violentas especiales»²²⁵. Como indica Clinton Rossiter, el fenómeno consiste en la extensión del gobierno militar a determinadas zonas o territorios dentro del país y a personas civiles (por oposición a los miembros de la corporación militar) en supuestos de invasión o rebelión²²⁶. Como quiera que fuere, en lo atinente a su rápida evolución y a su perdurable proyección futura, no ha de perderse de vista que la expresión alude directamente a la «intervención de la fuerza armada de la nación contra los ciudadanos»²²⁷, incluyendo en lugar privilegiado una forma sumaria de justicia penal ejercida sobre civiles²²⁸.

2.1.1. Un antecedente relevante: la «Riot Act», de 1714

Al respecto, conviene tener en cuenta un importante antecedente legislativo de inicios del siglo XVIII, a saber, la célebre «*Riot Act*», aprobada por el Parlamento en el año 1714. La ley, en efecto, estableció un procedimiento para disolver aglomeraciones tumultuarias o motines, allí donde hubieren más de doce personas reunidas, las cuales habían de ser conminadas a retirarse mediante una proclamación hecha en el nombre del rey. En caso de desobediencia tras haber transcurrido una hora del requerimiento oficial, los infractores serían considerados incursos en felonía, por lo que podrían ser arrestados y encarcelados. Más aún, los miembros del ejército y todos aquellos que participaran en la acción de fuerza para dispersar a los sublevados, incluso en caso de herir o dar muerte a alguno de éstos, estarían exentos de cualquier responsabilidad penal o civil, otorgando así la ley inmunidad anticipada a los integrantes de las fuerzas del orden²²⁹.

225 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 31 (traducción propia).

226 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 140.

227 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op.cit., p. 121. Véase también Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, op. cit., p. 49.

228 Véase J. V. Capua, «The Early History of Martial Law in England from the Fourteenth Century to the Petition of Right», op. cit., p. 171; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 19; Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, op. cit., pp. 72-73.

229 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 137; Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op.cit., pp. 123-128.

2.2. La disputa sobre la fuente de la ley marcial: la prerrogativa regia y el *Common Law*

Especial atención debe prestarse ahora a la controversia existente sobre las dos fuentes de las que se supone emana la ley marcial en el Derecho inglés, a saber, de un lado, la prerrogativa regia, y, de otro lado, el *Common Law*²³⁰. La defensa más clara y ferviente de la primera tesis es quizá la de William F. Finlason, quien sostiene que «no hay prerrogativa de la Corona tan antigua, tan importante y tan indiscutida como aquella de preservar la paz del Reino», la cual —opina este autor— descansa sobre los «primeros principios» y emerge de una «manifiesta e inevitable necesidad», de tal suerte que «subyace en el mismo origen de la sociedad y es el principal objeto por el que el Gobierno existe y el Derecho ha sido establecido»²³¹.

Desde luego, no se trata de la concepción moderada y sujeta al Derecho Natural que preconizó John Locke. En efecto, en el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, el filósofo inglés sostuvo que «la prerrogativa no es más que un poder que el príncipe tiene para procurar el bien del pueblo, en aquellos casos en los que, debido a sucesos imprevisibles, las leyes inalterables no pueden proporcionar una dirección segura»²³². A ello añadió que «este poder de actuar a discreción para el bien público, sin hacerlo conforme a lo prescrito por la ley, y aun contra ella en ciertos casos, es lo que se llama “prerrogativa”»²³³.

Pese a este claro reconocimiento al rey de «un poder *extra et contra legem*»²³⁴, Locke no deseaba mantener la potestad real absoluta de pasar por encima de las leyes ordinarias en situaciones de emergencia o de asumir un poder ilimitado, que fue característica de los Estuardo. Más bien, el célebre pensador de Oxford, uno de los fundadores del ideario liberal, consideró que, aunque el estado de excepción estaba fuera del ámbito de la ley y el Derecho positivo, se encontraba siempre regido por el Derecho Natural, que le impone restricciones²³⁵.

230 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 143; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 31.

231 Véase William F. Finlason, *Considerations Upon Martial Law* (Londres: Stevens & Sons, 1867), pp. 73-74 (traducción propia). Sobre la prerrogativa regia como fuente de la ley marcial, véase también J. V. Capua, «The Early History of Martial Law in England from the Fourteenth Century to the Petition of Right», *op. cit.*, p. 152; H. Erle Richards, «Martial Law», *op. cit.*, p. 153; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 34.

232 Véase John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Carlos Mellizo, trad.) (Madrid: Alianza Editorial, 2012), párrafo 158), p. 162; véase también párrafo 159, pp. 164-165.

233 *Ibíd.*, párrafo 160, p. 165; véase también párrafos 164 y 166, pp. 168-169.

234 Véase Pasquale Pasquino, «Locke on King's Prerogative», *Political Theory*, 26. 2 (1998), p. 205 (traducción propia).

235 Véase Marc de Wilde, «Locke and the State of Exception. Towards a Modern Understan-

La concepción de Finlason es, pues, muy distinta de aquella lockeana, al propugnar precisamente poderes extraordinarios ilimitados para hacer frente a la guerra o a movimientos insurreccionales, en particular en los dominios coloniales de la Corona.

En cuanto a la segunda tesis, entre las mejores definiciones deben figurar las formuladas por Frederick Pollock y Albert V. Dicey. En efecto, para Pollock, la ley marcial es «un desafortunado nombre para la justificación por el *Common Law* de actos realizados por necesidad para la defensa de la Mancomunidad [*Commonwealth*] cuando hay guerra dentro del Reino»²³⁶, mientras que para Dicey es, en uno de sus sentidos, «la denominación del derecho, derivado del *Common Law*, que tienen la Corona y sus súbditos de repeler la fuerza por la fuerza en caso de invasión, insurrección, motín o, en general, de cualquier resistencia violenta al Derecho»²³⁷.

A pesar de los intentos de algunos autores por restar importancia a las diferencias entre estas dos teorías acerca de la fuente legal de la ley marcial²³⁸, Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin han hecho notar que tales diferencias existen y tienen consecuencias prácticas relevantes. Tres son las principales divergencias a observar:

- 1) Por lo que se refiere a la responsabilidad de quienes actúan bajo la ley marcial, la teoría del *Common Law* sostiene que dichas personas son responsables si emplean fuerza excesiva o innecesaria para la defensa del orden público. En cambio, la tesis de la prerrogativa afirma que la responsabilidad surge únicamente si los actores tuvieron dolo («*malice*»).
- 2) En cuanto al titular de los poderes derivados de la ley marcial, conforme a la teoría de la prerrogativa, éste sólo puede ser el Gobierno, habida cuenta que la prerrogativa es un atributo exclusivo de la Corona. Por el contrario, la concepción de la «*martial law*» como fundada en el *Common Law* considera que tanto las autoridades del Estado como los mismos ciudadanos tienen el derecho

ding of Emergency Government», *European Constitutional Law Review*, 6 (2010), pp. 256-257; Ross Corbett, «The Extraconstitutionalism of Lockean Prerogative», *The Review of Politics*, 68.3 (2006), pp. 442-443. Véase también Abraham Siles, «El pensamiento de Locke y Montesquieu como antecedente de la configuración constitucional de poderes de excepción ante emergencias políticas», *op. cit.*, pp. 20-22.

236 Véase Frederick Pollock, «What Is Martial Law», *Law Quarterly Review*, 18.79 (1902), p. 156 (traducción propia).

237 Véase Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, octava edición (reimpresión) (Holmes Beach - Florida: Gaunt, Inc., 1996), p. 284 (traducción propia).

238 Véase W. S. Holdsworth, «Martial Law Historically Considered», *op. cit.*, p. 128; Harold M. Bowman, «Martial Law and the English Constitution», *Michigan Journal of International Law*, 15.2 (1916), p. 108.

de «repeler la fuerza por la fuerza», según la fórmula de Dicey, sin importar ni ser necesario que intervengan los representantes del Estado.

- 3) En lo atinente a la naturaleza de los poderes a ejercer bajo el imperio de la ley marcial, existe una distinción de especial importancia, ya que la teoría del *Common Law* no admite la idea de que tales poderes son extraordinarios, sino que estima que el derecho a repeler y controlar a invasores y rebeldes forma parte del Derecho ordinario. La tesis de la prerrogativa, empero, se aparta de este parecer, ya que estima que los poderes a emplear son extraordinarios y que por ello se sitúan fuera del ámbito de las leyes de la normalidad constitucional²³⁹.

2.3. Tipos de ley marcial según Albert V. Dicey y sus críticos

Como quiera que fuere, con el pasar de los años, ha sido la teoría del *Common Law* la que ha recibido la preferencia de la mayoría de juristas²⁴⁰. Quien mejor expresa este punto de vista es seguramente Albert V. Dicey²⁴¹. En su clásico libro sobre Derecho Constitucional, el célebre tratadista británico diferenció dos tipos de ley marcial, sólo uno de los cuales admitió como parte del Derecho inglés. Conforme al primer tipo, que Dicey juzgó «el sentido propio del término», la ley marcial significa la «suspensión del Derecho ordinario» y el «gobierno temporal del país o partes de él por tribunales militares», modalidad que Dicey consideró ajena al Derecho de su nación (y que en cierta forma estimó próxima al «estado de sitio» francés)²⁴². De acuerdo al segundo tipo, la ley marcial se entiende, en cambio, como el «poder» («*power*») del Gobierno y de los ciudadanos leales de «mantener el orden público, a cualquier costo en sangre o propiedad que pueda ser necesario», modalidad que sí integraría el Derecho de Inglaterra a juicio de este académico²⁴³.

Pese a la gran influencia que el planteamiento de Dicey ha ejercido entre los estudiosos del tema, es de notar en su abordaje la aparición de al menos dos serios problemas. Ante todo, desde un punto de vista histórico y empírico, parece recusable la visión idealizada de un Derecho inglés en

239 Véase, para las tres diferencias indicadas, Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., pp. 34-35.

240 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 143.

241 Véase Edward S. Corwin, «Martial Law, Yesterday and Today», op. cit., p. 96. Véase también Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., pp. 31-33.

242 Véase Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., p. 283 (traducción propia).

243 *Ibíd.*, p. 286 (traducción propia).

el que la ley marcial no acarrea la suspensión del Derecho ordinario ni comporta la instauración de tribunales militares. Y es que, más bien, la información disponible sobre un gran número de episodios —en especial en contextos coloniales²⁴⁴, pero también en Irlanda (como se sabe, por mucho tiempo tratada por la Corona casi como una colonia)²⁴⁵—, muestra que la Constitución de la normalidad a menudo fue dejada de lado y prevaleció el empleo de poderes de emergencia que derogaron los derechos fundamentales de las personas y emplearon las cortes marciales como feroz herramienta de represión y escarmiento sobre militares y civiles. De allí que Edward S. Corwin deplorara lo que denominó la «superstición» de Dicey, consistente en considerar a la ley marcial como una figura extraña a las instituciones legales inglesas²⁴⁶.

De allí también la demoledora crítica formulada por A. W. B. Simpson, quien opina que las afirmaciones de Dicey, dominantes en su área de estudio, lejos de probar de manera inequívoca el imperio de la ley en el orden constitucional inglés, como este autor pretendió, vinieron a añadir confusión y fueron «grosera y perversamente engañosas», puesto que lo que ocurre en la realidad bajo la ley marcial es que queda suspendido el Derecho ordinario e implantado el gobierno militar²⁴⁷. Tan irreal es esta concepción jurídico-constitucional, tan distante de lo que ocurre en la práctica de la represión militar de insurrecciones y motines, especialmente en los dominios ingleses de ultramar, que Simpson la califica de «teoría legal absurda» y sostiene que sus implicaciones nunca fueron aceptadas plenamente por los militares²⁴⁸.

Así pues, la visión idealizada de Dicey colisiona con los hechos históricos y con las prácticas militares desarrolladas para la defensa del imperio británico, confirmando que efectivamente la «tensión legal fundamental» del

244 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 21-22; Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», *op. cit.*, p. 88.

245 Véase David Dyzenhaus, «The Puzzle of Martial Law», *op. cit.*, p. 2. Para un amplio recorrido histórico sobre el uso de la ley marcial en Irlanda hasta el primer cuarto del siglo XX, véase Ronan Keane, «The Will of The General: Martial Law in Ireland, 1535-1924», *op. cit.*, pp. 150-180.

246 Véase Edward S. Corwin, «Martial Law, Yesterday and Today», *op. cit.*, p. 96 (traducción propia).

247 Véase A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention* (New York: Oxford University Press, 2004), p. 60 (traducción propia). Véase también Michael Taggart, «Ruled by Law?», *The Modern Law Review*, 69.6 (2006), p. 1025; Colm Campbell, «Law, terror and social movements: the repression-mobilisation nexus», en *Emergencies and the Limits of Legality*, ed. Victor V. Ramraj (New York: Cambridge University Press, 2008), p. 193.

248 Véase A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, *op. cit.*, p. 63 (traducción propia).

orden imperial es entre el Estado de Derecho y la expansión del régimen, o también, dicho de otra manera, entre la vocación de gobernar y reconocer derechos para todos, de un lado, y la necesidad de incrementar el territorio, de otro lado²⁴⁹. Desde luego, no se trata sólo de sucesos de un pasado más o menos remoto, sino que el mundo actual, en pleno siglo XXI, puede ser visto todavía bajo el prisma de empeños imperiales de dominio global²⁵⁰, conforme a los cuales poderes de emergencia como los que otorga la ley marcial, entendidos interesadamente como muy amplios y aun ilimitados, adquieren (recobran) un sentido amenazante y siniestro.

El segundo problema de relevancia que surge del planteamiento del famoso profesor de la Universidad de Oxford es que la variante de ley marcial que admite como parte del Derecho inglés permitiría que tanto su Majestad como sus súbditos recurran a la violencia para restablecer el orden público y la paz seriamente quebrantados por una invasión, una rebelión o una revuelta armada, sin importar el costo que tal acción pudiera tener sobre las vidas y propiedades de los ciudadanos. Considerada de manera aislada, esta aseveración parece autorizar una represión desmedida y aun brutal de los ejércitos enemigos, así como de los connacionales alzados en armas o amotinados, lo que ciertamente ameritaría una crítica severa²⁵¹.

No obstante, esta lectura de la tesis de Dicey sería incorrecta. En realidad, una consideración del conjunto de las ideas de este autor sobre la ley marcial revela sin duda su propósito de imponer límites constitucionales a la actuación de las autoridades del Estado en esta situación extrema. La perspectiva de Dicey se funda en tres elementos esenciales, a saber, la situación de necesidad exigida por el *Common Law*, la posible adición de una ley de suspensión del habeas corpus, y el eventual otorgamiento de indemnidad a los infractores mediante una ley aprobada *ex post* por el Parlamento²⁵².

En consecuencia, vistas las cosas con más atención y cuidado, ha de decirse que la Constitución no escrita del *Common Law* inglés, en efecto, determina las siguientes características de la «*English martial law*», en el entendimiento diceyano:

- 1) Aparte del derecho de la Corona de impedir o contener cualquier quebrantamiento del orden y la paz, la fuente legal de la ley marcial es el *Common Law*, el cual confiere un derecho tanto al Estado como a todo ciudadano para «repeler la fuerza por la fuerza».

249 Véase Daniel Joseph Hulsebosch, *Constituting empire: New York and the transformation of constitutionalism in the Atlantic world, 1664-1830* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2005), p. 10.

250 Véase David Dyzenhaus, «The Puzzle of Martial Law», *op. cit.*, pp. 4 y 58. Véase también Lauren Benton, «Constitutions and Empires», *Law & Social Inquiry*, 31.1 (2006), pp. 177-178.

251 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 22-23.

252 Véase David Dyzenhaus, «The Puzzle of Martial Law», *op. cit.*, p. 45.

- 2) La existencia de la ley marcial no depende de una declaración oficial ni de la prerrogativa de la Corona, sino que emerge de la propia naturaleza de las cosas, esto es, de una necesidad manifiesta y apremiante. Esta necesidad, a apreciar en las circunstancias concretas del caso, se erige como el criterio determinante para el empleo de los poderes extraordinarios y para la adopción de las medidas a implementar con vistas a conjurar la emergencia.
- 3) Cualesquiera arbitrariedades y abusos, no exigidos por la necesidad de las circunstancias, constituyen conductas contrarias al Derecho y por ende dan lugar a la responsabilidad legal de quienes las ordenen o realicen.
- 4) La ley marcial autoriza al Gobierno, como también a los ciudadanos leales, a emplear todos los medios necesarios o indispensables para vencer y rechazar al ejército invasor o para sofocar la rebelión interna o el motín dentro del territorio nacional.
- 5) La ley marcial no otorga potestad a los tribunales militares ni a los comandantes del ejército para imponer medidas punitivas contra los invasores o rebeldes, distintas de aquellas prescritas conforme al debido proceso legal, ya que la ley marcial es de naturaleza preventiva, no represiva²⁵³.
- 6) La evaluación y determinación legal sobre la necesidad de la ley marcial, así como sobre la pertinencia de las medidas adoptadas a su amparo, corresponde a los jueces ordinarios y al jurado, mientras que la carga de la prueba recae en quienes alegan como defensa el haber actuado bajo necesidad imperiosa²⁵⁴.

Se entiende entonces por qué Edward S. Corwin asevera que la ley marcial es «poco más que un término general para la operación en situaciones de emergencia pública de ciertos bien conocidos principios del *Common Law*», tales como «el derecho de autodefensa de la persona, su derecho —y la correspondiente responsabilidad— a eliminar un disturbio, su derecho y deber de arrestar a quien ha cometido felonía o a quien está quebrantando la paz»²⁵⁵. De cualquier modo, si acaso quien interviene excede este acotado marco de limitaciones legales derivadas del *Common*

253 Este punto, sin embargo, no es del todo consensual en la doctrina, ya que ciertos autores aceptan que la ley marcial puede tener carácter punitivo, al menos en algunos supuestos. Véase Frederick Pollock, «What Is Martial Law», *op. cit.*, p. 156; H. Erle Richards, «Martial Law», *op. cit.*, p. 139.

254 Para el recuento de características de la ley marcial en la visión de Dicey, véase Edward S. Corwin, «Martial Law, Yesterday and Today», *op. cit.*, p. 97; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 32.

255 Véase Edward S. Corwin, «Martial Law, Yesterday and Today», *op. cit.*, p. 97 (traducción propia).

Law, entonces deberá responder legalmente por sus actos, salvo que una «ley de indemnidad» («*act of indemnity*») fuere aprobada *ex post facto* por el Parlamento, cubriendo con su manto protector los actos contrarios al Derecho cometidos de buena fe, con el propósito de hacer frente a la amenaza existencial²⁵⁶.

2.4. Ausencia de marco legal predeterminado, no supresión del orden constitucional

También debe notarse, como un rasgo peculiar, que la ley marcial inglesa se distingue —por cierto, en marcado contraste con el estado de sitio francés— por no contar con un marco legal predeterminado con antelación, en el cual queden regulados los diversos aspectos de la asunción de poderes extraordinarios para enfrentar crisis existenciales. Por el contrario, la ley marcial de la tradición inglesa «no está claramente definida, o no está definida en absoluto, en el Derecho positivo», sino que, más bien, su sustancia «toma forma en el curso de la emergencia que provoca su uso»²⁵⁷.

En cualquier caso, la ley marcial, cabalmente entendida conforme al planteamiento integral de Dicey, no supone la ausencia de Derecho o la supresión del orden constitucional. Por el contrario, el Estado de Derecho sigue existiendo y cumpliendo sus funciones de limitación del ejercicio del poder público y de protección de los derechos fundamentales de las personas. De esta manera, el «enigma» («*puzzle*») de la ley marcial formulado por David Dyzenhaus, esto es, la pregunta acerca de si ella constituye verdaderamente Derecho, se resuelve con una respuesta afirmativa, que descarta que sea «un aniquilamiento temporal del Derecho» bajo la forma de una «suspensión», esto es, «una ausencia de Derecho prescrita por el Derecho bajo el concepto de necesidad» o un «agujero negro legal» exigido y creado por el propio ordenamiento jurídico²⁵⁸.

Surge nuevamente aquí, empero, un campo de tensión entre la concepción normativa del ordenamiento constitucional y la aproximación realista a la experiencia histórica. Y es que, de tiempo atrás, las posiciones más autoritarias y violentistas sobre la ley marcial en Inglaterra proponen un ejercicio de los poderes extraordinarios de emergencia que no conoce restricción alguna, el cual con lamentable frecuencia ha operado así en la práctica.

256 Véase Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 547-549. Véase también Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, pp. 144-145.

257 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 20 (traducción propia). Véase también Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 136.

258 Véase David Dyzenhaus, «The Puzzle of Martial Law», *op. cit.*, pp. 2-3 (traducción propia).

En tal sentido, en el libro que analiza la rebelión de Morant Bay (Jamaica), de octubre de 1865, la misma que fuera bárbaramente reprimida por el Gobernador Edward John Eyre y los militares bajo su comando²⁵⁹, William F. Finlason llegó a sostener que mediante la ley marcial es posible ejercer un «poder militar arbitrario» sobre toda la población, en un país en «estado de guerra», en tanto el comandante militar lo juzgue necesario, poder que la Corona posee en virtud de su prerrogativa regia²⁶⁰. Agrega este autor, ardoroso defensor de la actuación del gobernador Eyre, que el efecto de la ley marcial es establecer una «autoridad militar discrecional absoluta» y que las medidas a adoptar pueden muy bien ser «represivas, agresivas o disuasivas», e incluyen no sólo aquellas aplicadas en el campo, sino también «poderes sumarios de castigo», a los que acompañan las «penalidades usuales» en el Derecho Militar²⁶¹.

Es por ello que A. W. B. Simpson, consciente de la existencia de esta concepción y prácticas militares, y tras criticar la visión idealista de Dicey, señala con amarga ironía que la forma en que la teoría y la realidad de la ley marcial «fueron reconciliadas» en Inglaterra consistió en nunca llamar a la corporación militar a rendir cuentas y asumir responsabilidades una vez que una insurrección hubo terminado²⁶². Y es que, sostiene Simpson, «la milicia posiblemente no aceptaría la idea de que sus funciones, en tiempos de insurrección, fueran meramente restaurar la paz local», puesto que los militares piensan que, bajo la ley marcial, tienen título o potestad legal para «punir [*to punish*] y tomar medidas de intimidación» contra todos aquellos involucrados, real o probablemente, en un movimiento insurreccional, lo que incluye la posibilidad de «disparar a matar» como medio intimidatorio para controlar un disturbio o revuelta²⁶³.

2.5. Importancia de la ley marcial hoy

En definitiva, debe quedar claro que una serie de elementos constitutivos de la ley marcial inglesa siguen siendo cruciales todavía hoy para un cabal diseño y aplicación de los poderes de emergencia en las culturas jurídicas anglosajonas y aun fuera de ellas (en los sistemas de *Civil Law* o en el DIDH). No sólo es que la «*martial law*» inglesa muy pronto viajó y se implantó en las colonias y en otras realidades, tales como las de los

259 *Ibíd.*, pp. 8-9. Véase también B. A. Knox, «The British Government and the Governor Eyre Controversy, 1865-1875», *The Historical Journal*, 19.4 (1976), pp. 877-878.

260 Véase William F. Finlason, *A Treatise on Martial Law, as Allowed by the Law of England in Time of Rebellion* (Londres: Stevens & Sons, 1866), pp. XIII-XIV (traducción propia).

261 *Ibíd.*, p. XIV (traducción propia).

262 Véase A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, *op. cit.*, p. 62 (traducción propia).

263 *Ibíd.* (traducción propia).

ordenamientos jurídicos europeo-continenciales (Francia, España)²⁶⁴, sino que algunos de sus rasgos distintivos siguen influyendo en la configuración actual del estado de excepción.

Interesa destacar aquí, en particular, la manera cómo a lo largo de su desenvolvimiento histórico la ley marcial va adquiriendo o perfilando cada vez mejor, aunque siempre con la flexibilidad que es propia de los sistemas legales de *Common Law*, límites jurídico-constitucionales para impedir el abuso de un régimen militar que tradicionalmente ha procurado actuar sin restricciones de ningún tipo (como, según se ha visto, lo expresara con crudeza W. F. Finlason, en el contexto del colonialismo imperial victoriano). La ley marcial, sin embargo, no significa ausencia de Derecho, ni los mecanismos que la constituyen suponen una validación *ex ante* o *ex post* de comportamientos arbitrarios o, peor aún, de actos de extrema ferocidad en la represión de invasiones, rebeliones o revueltas producidas en el país o en los territorios de ultramar.

Tales aspectos normativos, aunque muchas veces dejados de lado en la práctica, buscan afirmarse, con gran perseverancia a lo largo de décadas de desarrollo, sobre la acción gubernativa y militar orientada a abatir las amenazas existenciales. Resalta en especial el criterio de necesidad para el uso de los poderes extraordinarios y de las medidas a adoptar bajo su marco, así como la configuración de controles tanto por el Parlamento como por los tribunales ordinarios, en virtud de una exigencia fundamental de rendición de cuentas o responsabilidad de la Corona y del Gobierno.

3. EL ESTADO DE SITIO EN FRANCIA

3.1. La Revolución Francesa como contexto histórico y cultural del surgimiento del estado de sitio

El estado de sitio francés es la tercera de las grandes formas clásicas o modelos históricos de estado de excepción, a tener en cuenta para los efectos de la presente investigación. Es la institución de la tradición del *Civil Law* que corresponde más cercanamente a la «ley marcial» del *Common Law* inglés. Los dos conceptos, sin embargo, distan de ser idénticos y más bien muestran diferencias que conviene tener en cuenta. Como se ha apuntado en el acápite anterior, una de las diferencias más importantes, ciertamente de carácter estructural, es que el estado de sitio del Derecho francés, como institución jurídica, preexiste a las crisis a las que se aplica y viene determinado en un cuerpo normativo que lo regula en detalle; en cambio, la ley marcial inglesa, hay que insistir junto a Anna-Lena Svensson-McCarthy, «no está claramente

²⁶⁴ Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, *op. cit.*, pp. 128-171.

definida, o no está definida en absoluto, en el Derecho positivo», siendo, más bien, que «toma forma en el curso de la emergencia que provoca su uso»²⁶⁵.

Mucho más reciente que la ley marcial nacida en Inglaterra, el contexto histórico y cultural de la aparición del estado de sitio lo proporciona la Revolución Francesa, acontecimiento, como se sabe, llamado a tener enorme influencia política e ideológica a nivel mundial²⁶⁶. Precisamente en razón de esta fecha relativamente cercana a la época actual, de sus características intrínsecas (que serán expuestas en los siguientes párrafos) y de su notable influjo sobre los ordenamientos constitucionales de diversos países, Clinton Rossiter ha podido decir que el estado de sitio es «la principal institución de emergencia de los tiempos modernos»²⁶⁷.

El surgimiento del *état de siège* como institución jurídica se produce poco antes de que la Asamblea Constituyente emitiera la primera Constitución francesa, la de 3 de septiembre de 1791²⁶⁸. La Carta Fundamental, tras la proclamación de los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC) del 26 de agosto de 1789, los cuales asume e incorpora en su texto²⁶⁹, organiza ahora los poderes del naciente orden político y jurídico que viene a reemplazar al recién derrocado Antiguo Régimen²⁷⁰. Sus disposiciones, sin embargo, no prevén poderes de emergencia encaminados a suspender leyes o derechos fundamentales, como tampoco lo hará la Constitución de 1793, ni la de 1795²⁷¹.

265 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 20 (traducción propia). Véase también Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., pp. 135-136; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 30.

266 Véase Eric Hobsbawm, *La Era de la Revolución: 1789-1848* (Barcelona: Editorial Crítica, 2011), pp. 61-63.

267 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 77 (traducción propia).

268 Véase Marcel Gauchet, *La Revolución de los Derechos del Hombre* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), p. 372.

269 Véase Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave* (Lima: Palestra Editores, 2010), p. 204.

270 Véase Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones* (Madrid: Editorial Trotta, tercera edición, 2000), p. 59.

271 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 36. Para una consulta directa de la Carta de 1791, véase «Constitución francesa, de 3 de septiembre de 1791», en *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*, ed. Joaquín Varela Suanzes, op. cit., pp. 100-135. Todas las Constituciones francesas, incluyendo las de 1791, 1793 y 1795, pueden ser consultadas, en idioma original, en el sitio web del Consejo Constitucional de Francia: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/les-constitutions-de-la-france.5080.html>

3.2. La «Ley sobre la Conservación y la Clasificación de las Plazas de Guerra y Puestos Militares», de julio de 1791

Como quiera que fuere, es la Asamblea Constituyente —esto es, el mismo órgano representativo que promulgó la DDHC²⁷²— la que, entre el 8 y el 10 de julio de 1791, aprueba la «Ley sobre la Conservación y la Clasificación de las Plazas de Guerra y Puestos Militares», ley que establece los tres «estados» en los que tales plazas y puestos pueden hallarse, uno de los cuales ha de ser el «estado de sitio»²⁷³. Tal es la importancia fundacional de este cuerpo normativo para la historia del estado de excepción constitucional, que Théodore Reinach afirmará que «contenía en germen todo el mecanismo de la dictadura moderna»²⁷⁴.

Lo primero que debe advertirse sobre la ley de 8 de julio de 1791 es que, como se aprecia de su propio título o denominación, ella regulaba de manera exclusiva la situación de plazas de guerra y puestos militares, por lo que quedaban fuera de su ámbito de aplicación los pueblos y las ciudades, así como toda comarca o territorio nacional, que no correspondieran a dichas categorías asociadas a la actividad bélica. En consecuencia, las poblaciones civiles no albergadas dentro de emplazamientos militares resultaban inmunes a las disposiciones de la ley, al estar excluidas de su campo normativo²⁷⁵. Queda del todo claro, por lo demás, el origen puramente militar de la institución del estado de sitio²⁷⁶.

Ahora bien, los tres estados que contemplaba la mencionada ley, entre cuyos propósitos principales estaba regular las relaciones entre las autoridades militares y civiles en cada uno de tales estados, eran los siguientes:

- 1) «Estado de paz», es decir, el estado de normalidad constitucional, en el cual no existe peligro de confrontación bélica. En él, la autoridad militar y la autoridad civil ejercen sus propias potestades

272 Véase Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*, op. cit., p. 205.

273 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., pp. 92-94 (traducción propia). Véase también Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 302.

274 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., p. 92 (traducción propia).

275 Véase Carlos Sánchez Viamonte, *Ley marcial y estado de sitio en el Derecho argentino*, op. cit., p. IX; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 37.

276 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 80; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., p. 29; Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 234; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 27.

sin interferencias mutuas ni concesiones o traslados de facultades entre ellas, cada una actuando dentro de su particular ámbito de competencias. Así, el artículo 6 de la ley estipulaba que la «policía interior» y «todos los demás actos del poder civil», a ejercer dentro de las plazas y puestos militares previstos en la ley, corresponden a los «magistrados» y «demás oficiales civiles» a quienes la Constitución encomienda la tarea de «velar sobre la observancia de las leyes», mientras al mismo tiempo los agentes militares reciben únicamente poder sobre «las tropas» y «las cosas dependientes de su servicio»²⁷⁷.

- 2) «Estado de guerra», esto es, una situación bélica declarada como tal por el Poder Legislativo, a propuesta del rey, salvo que el cuerpo legislativo no estuviere reunido, en cuyo caso la declaración puede hacerla el rey, «por su sola autoridad», pero bajo responsabilidad ministerial (artículo 8). Actuación de urgencia que, empero, queda supeditada a la pronta deliberación de la Asamblea sobre la mencionada declaración, a fin de confirmarla o invalidarla mediante un decreto (artículo 9).
- 3) «Estado de sitio», a saber, el estado en el cual se halla una plaza de guerra o puesto militar cuando está bajo ataque de las tropas enemigas, pero también cuando sus comunicaciones quedan interrumpidas a una distancia de mil ochocientos toesas, medidas desde «las crestas de los caminos cubiertos», según estipulaba el artículo 11 de la ley²⁷⁸. El estado de sitio sólo cesa «después de roto el cerco», y, si hubieren comenzado los ataques, «después de haber sido destruidos los trabajos de los sitiadores y reparadas o puestas en estado de defensa las brechas» (artículo 12).

Durante el estado de guerra, las autoridades civiles continuaban encargadas del cuidado del orden y de la policía interna en la plaza o puesto castrense involucrado. Sin embargo, el comandante militar estaba autorizado para requerir a los oficiales civiles la adopción de aquellas medidas «de orden y de policía» convenientes para la seguridad del lugar. Todavía más, con vistas a determinar con claridad la responsabilidad de autoridades

277 Para las citas de los artículos de la ley de 8 de julio de 1789 (las hechas hasta aquí y las que vienen a continuación), véase la transcripción de los mismos en Carlos Sánchez Viamonte, *Ley marcial y estado de sitio en el Derecho argentino*, op. cit., pp. VIII-IX. Véase también Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 302-306.

278 Una toesa mide aproximadamente 6 pies, es decir, 1.96 metros, por lo que la distancia de la interceptación de las comunicaciones que determinaba el estado de asedio equivalía poco más o menos a 3 kilómetros y medio. Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 303 (nota 50).

civiles y militares, la ley estipulaba que habían de ser transmitidas a la municipalidad correspondiente las deliberaciones del Consejo de Guerra en cuya virtud se hubieran hecho los requerimientos del comandante militar (artículo 7 de la ley)²⁷⁹.

Bajo el estado de sitio, en cambio, todas las potestades de la autoridad civil concernientes a la conservación del orden interno y de la policía eran transferidas inmediatamente al comandante militar, quien habría de ejercerlas «exclusivamente» y «bajo su responsabilidad personal» (artículo 10 de la ley)²⁸⁰. Es de observar que, en este caso, a diferencia de lo que ocurre con el *état de guerre*, la ley no prevé el requerimiento del comandante militar a los oficiales civiles²⁸¹, de suerte que ha de entenderse que la transmisión de las facultades se produce de manera automática, con la sola configuración de la situación de hecho exigida por la ley.

Y es que tanto el estado de sitio como el estado de paz son situaciones fácticas o materiales, las cuales, por contraste con el estado de guerra, no se configuran en virtud de declaración o pronunciamiento de autoridad alguna²⁸². Por el contrario, basta el simple acaecimiento de los hechos para su existencia. Así, el *état de siège* queda constituido desde el momento mismo en que se actualiza el ataque de las tropas enemigas o cuando se ven interrumpidas, en los hechos, las comunicaciones de la plaza de guerra o puesto castrense bajo asedio. Como señala Carl Schmitt, se trata de «una situación fáctica de apremiante necesidad», cuyos presupuestos son «delimitados fácticamente», de modo que, una vez que se verifica la hipótesis legal, «existe *ipso facto* el estado de sitio»²⁸³.

Los tres «estados» previstos en la «Ley sobre la Conservación y la Clasificación de las Plazas de Guerra y Puestos Militares» —estado de paz, estado de guerra y estado de sitio— pueden ser también distinguidos desde el punto de vista de su menor o mayor gravedad. En efecto, el estado de paz es ciertamente el menos grave, ya que en él no hay peligro bélico inmediato. El estado de guerra —introducido mediante una declaración oficial, como se ha dicho— parece, más bien, encontrarse en una situación intermedia, en tanto supone que el conflicto armado efectivo se cierne como una amenaza

279 Véase Carlos Sánchez Viamonte, *Ley marcial y estado de sitio en el Derecho argentino*, *op. cit.*, p. VIII.

280 Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, p. 29; Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, *op. cit.*, p. 305; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 37.

281 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 235.

282 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, *op. cit.*, p. 303; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 37.

283 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 236.

próxima. Por último, en el estado de sitio, el peligro es tan apremiante que la gravedad alcanza su máxima intensidad, dada la ya operante o la casi segura producción del enfrentamiento con las tropas enemigas, las cuales han cercado la plaza fortificada o el puesto militar y han iniciado el ataque o han interrumpido las comunicaciones con el exterior y se aprestan a abrir fuego²⁸⁴.

Es de notar que la ley de 8 de julio de 1791, además de no referirse a localidades distintas de las 109 plazas fortificadas y los 59 puestos militares que según ella misma pueden ser declarados en estado de guerra o considerados bajo estado de sitio²⁸⁵, tampoco prevé la posibilidad de aplicar sus categorías a supuestos de rebelión o de disturbios civiles, esto es, a supuestos de ataque por parte de «enemigos interiores»²⁸⁶. Es importante esta característica, ya que, unida a aquella otra relativa a la inaplicación de la mencionada ley a localidades distintas de plazas fuertes y puestos militares, muestra que el diseño original del estado de sitio como institución jurídica, de un lado, apuntaba solamente a situaciones bélicas, y, de otro lado, ello sólo frente a enemigos foráneos.

3.3. La «Loi Martiale», de octubre de 1789

De hecho, para lidiar con disturbios civiles o motines, la Asamblea Nacional francesa había puesto en vigor la «*Loi Martiale*» en fecha tan temprana como el 21 de octubre de 1789²⁸⁷ (es decir, menos de dos meses después de la proclamación de la DDHC, ocurrida, como se sabe, el 26 de agosto de aquel año). Inspirada en la «*Riot Act*» inglesa de 1714, se trata de una regulación legal dirigida, precisamente, a permitir «la intervención de la fuerza armada en el interior del país» y «contra los ciudadanos»²⁸⁸. La ley, dictada con ocasión de los motines producidos en París como protesta por la falta de víveres²⁸⁹, preveía medios represivos para disolver los agolpamientos o

284 Véase Carlos Sánchez Viamonte, *Ley marcial y estado de sitio en el Derecho argentino*, op. cit., pp. IX-X; Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», op. cit., p. 89.

285 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., pp. 234-235. Véase también Francois Burdeau y Maurice Quesnet, «De l'inefficacité des pouvoirs de crise en France de la Révolution à Vichy», *Pouvoirs*, 10 (1979), p. 12.

286 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., p. 94; Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., pp. 234-235.

287 Véase Georges Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio (1787-1815)* (México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2004), p. 61; Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 231.

288 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 121, 128 y 140.

289 Véase George Rudé, *La Europa revolucionaria 1783-1815* (Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 1981), pp. 126-128; Riho Hayakawa, «L'Assassinat du Boulanger Denis François le 21 Octobre 1789», *Annales historiques de la Révolution française*, 333 (2003), p. 16. Véase también Yannick Bosc, Florence Gauthier y Sophie Wahnich, «Referencias cronológicas», en

aglomeraciones («*attroupements*») a través del empleo de la fuerza armada, conforme a un determinado procedimiento que procuraba a la vez cautelar los derechos del pueblo a plantear peticiones a sus gobernantes.

Así, la ley establece el deber de la autoridad municipal —es decir, una autoridad electa— de declarar, en caso de peligro para la tranquilidad pública, el inmediato recurso a la fuerza militar para el restablecimiento del orden público perturbado por una reunión tumultuaria²⁹⁰. La ley marcial quedaba proclamada mediante el izamiento de una bandera roja en la sede del Ayuntamiento, con lo cual podía requerirse el apoyo armado de la Guardia Nacional, de la gendarmería o de las tropas regulares. Las fuerzas armadas recibían de ese modo autorización para dispersar a los revoltosos, ya que la bandera roja convertía en punibles todos los tumultos. Por su parte, las fuerzas armadas convocadas por la autoridad civil debían marchar de inmediato contra la muchedumbre, en compañía al menos de un oficial del Municipio y llevando también una bandera roja como estandarte.

El funcionario municipal era el encargado de preguntar a la multitud por la causa del tumulto o motín, ante lo cual los reunidos debían designar un comité de seis personas a cargo de presentar sus quejas y reclamos, mientras todos los demás estaban obligados a retirarse a sus domicilios de manera pacífica. Si fracasaban los requerimientos pacíficos previstos en la ley, entonces resultaba lícito desplegar la fuerza de las armas contra los sediciosos, con la muy relevante consecuencia jurídica de que los oficiales quedarían exonerados de responsabilidad, de cualquier tipo que fuese, por los daños que pudiera acarrear el empleo de la violencia para la restauración del orden público. La ley marcial impone asimismo sanciones penales severas, incluida la pena capital, a los infractores.

3.4. Aplicación de la ley marcial en el interior del país, «Masacre del Campo de Marte» y nueva regulación legal

Sendas leyes del 23-26 de febrero y del 2-3 de junio de 1790 introducirían luego precisiones para la aplicación de la ley marcial en los departamentos del interior del país. No obstante, no añadieron regulaciones sustanciales a las ya contenidas en la ley del 21 de octubre de 1789²⁹¹. Tales innovacio-

Por la Felicidad y la Libertad: Discursos (Maximilien Robespierre), ed. Yannick Bosc, Florence Gauthier, y Sophie Wahnich (Barcelona: El Viejo Topo, s.f.), p. 288.

290 Para las características de la «*loi martiale*» francesa, que se presentan a continuación, véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 128-157. Véase también Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., pp. 231-234; Georges Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*, op. cit., p. 61.

291 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 137-138; Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., pp. 232-233.

nes, empero, llegaron un año más tarde, con la ley de 26 de julio de 1791, aprobada tras los sangrientos sucesos del 17 de julio de aquel año.

Y es que, luego de la frustrada huida del rey y su captura en la localidad de Varennes (20 y 21 de junio de 1791)²⁹², se vivieron días de especial agitación e incertidumbre, los cuales condujeron a la ominosa «Masacre del Campo de Marte»²⁹³. En esta oportunidad, la Asamblea Nacional y la Comuna parisina atribuyeron a la multitud que protestaba en las calles el haber cometido asesinato contra dos personas que se habían acogido al Altar de la Patria. En consecuencia, Bailly proclamó la ley marcial y, acompañado por La Fayette, a la cabeza de 1,200 guardias nacionales, marchó a dispersar la aglomeración popular. La Guardia Nacional disparó contra la multitud, que había sido convocada por los «cordeleros» para solicitar el enjuiciamiento del monarca Luis XVI, lo que provocó un elevado número de muertos y heridos, además de una secuela de encausamientos por conspiración y la clausura de periódicos críticos y de oposición²⁹⁴.

Nueve días después de la matanza, la Asamblea promulgó la ley de 26 de julio de 1791, la cual lleva por título «Decreto relativo al Requerimiento y a la Acción de la Fuerza Pública contra los Tumultos». La nueva ley contiene dos importantes innovaciones. En primer lugar, añade un artículo a la anterior ley de octubre de 1789, en virtud del cual se autoriza la proclamación de la ley marcial de manera permanente y se proscribe las reuniones de más de quince personas en las vías o plazas públicas, bajo el cargo de ser «disturbios populares» o «agolpamientos sediciosos»²⁹⁵. De esta manera, no sólo se mantiene la figura legal de la ley marcial, sino que se la modifica para ampliar su radio de acción y facilitar su operatividad práctica, aunque sin mencionar su nombre.

En segundo lugar, la nueva ley regula el procedimiento a través del cual las autoridades habrán de realizar el requerimiento a las fuerzas armadas para el restablecimiento del orden, con la notable peculiaridad de que, esta vez, no se trata ya de una situación excepcional, como en el caso de la

292 Véase Georges Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*, op. cit., pp. 79-80; Eric Hobsbawm, *La Era de la Revolución: 1789-1848*, op. cit., p. 72.

293 Véase Georges Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*, op. cit., pp. 81-82. Véase también Marcel Gauchet, *La Revolución de los Derechos del Hombre*, op. cit., p. 372; Yannick Bosc, Florence Gauthier y Sophie Wahnich, «Referencias cronológicas», op. cit., p. 289.

294 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 142-143; Roberto Martucci, «La Constitución inencontrable. Conflicto político y estabilización constitucional en Francia en la transición de la Monarquía a la República (1789-1799)», *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 2 (2000), p. 186. Véase también Marcel Gauchet, *La Revolución de los Derechos del Hombre*, op. cit., p. 372.

295 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 143-145.

proclamación de ley marcial original. Se trata ahora, más bien, de normar en detalle diversos aspectos específicos: los casos en que tal requerimiento es procedente, las autoridades que reciben la competencia para formularlo y las que deben obedecerlo, así como la forma de llevarlo a cabo. Sólo que a partir de este momento será posible el empleo de la fuerza armada en el interior del país y contra los ciudadanos como una medida ordinaria, si es que se da una aglomeración sediciosa, tal como viene definida ésta en el artículo 9 de la ley, esto es, si ocurre un agolpamiento de más de quince personas que se manifiestan en oposición a la ejecución de una ley, de una orden o de una sentencia judicial²⁹⁶.

En definitiva, entonces, el resultado que se obtiene con la ley de 26 de julio de 1791 es que la fuerza armada puede ser utilizada contra los ciudadanos sin que sea necesario recurrir a la desprestigiada «*loi martiale*», institución que sin embargo no desaparece, sino que subsiste como una suerte de «estado excepcional de suspensión del derecho de reunión en forma de toque de queda atenuado»²⁹⁷. Será recién la Convención jacobina la que, en uno de sus primeros actos y un día antes de proclamar la Constitución de 24 de junio de 1793 —la Constitución de la Montaña, suspendida en el momento mismo de su aprobación debido al grave momento que atravesaba la revolución²⁹⁸—, decreta lacónicamente que la repudiada ley marcial queda abolida²⁹⁹. Como expresivamente sostuvo un informe elevado a la Convención Nacional, en el que se pedía la anulación de la «*loi martiale*», sobre ella «debe recaer la execración general, la bandera roja debe ser desgarrada»³⁰⁰.

3.5. Del estado de sitio «efectivo» o «real» al estado de sitio «político» o «ficticio»

Posterioros acontecimientos políticos, sociales y militares llevarán a una evolución institucional que convertirá el inicial estado de sitio bélico en uno de naturaleza política. El primer paso para ello son dos leyes aprobadas en torno al golpe de Estado que el Directorio perpetra el 4 de

296 *Ibíd.*, pp. 145-152.

297 *Ibíd.*, p. 152.

298 Véase Roberto Martucci, «La Constitución inencontrable. Conflicto político y estabilización constitucional en Francia en la transición de la Monarquía a la República (1789-1799)», *op. cit.*, p. 210; Georges Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*, *op. cit.*, p. 109; Marcial Rubio Correa, «Los orígenes del Estado burgués 1789-1848», en *Burguesía y Estado liberal*, eds. Enrique Bernaldes, Laura Madalengoitia, y Marcial Rubio (Lima: DESCO, 1979), p. 67.

299 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, *op. cit.*, pp. 156-157; Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 237.

300 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 325 (nota 25).

septiembre de 1797 (18 de Fructidor del Año V)³⁰¹. La primera de estas leyes es anterior al *coup d'État*, pues es promulgada el 27 de agosto de dicho año (10 de Fructidor del Año V), y contiene dos modificaciones de especial relevancia: 1) ya no sólo las plazas fortificadas y los puestos militares podrán estar bajo estado de sitio, sino también las «comunidades del interior» del país (las ciudades abiertas), lo que incorpora las urbes y pueblos civiles a la lógica del estado de asedio militar; y 2) el estado de sitio no sólo existe ya frente al enemigo externo, sino también frente a los «rebeldes», lo que equivale a decir que podrá ser empleado para combatir a los ciudadanos³⁰².

La ley del 5 de septiembre de aquel año (19 de Fructidor del Año V), denominada «Ley concerniente a las Medidas de Salud Pública adoptadas en relación con la Conspiración Real», fue emitida al día siguiente del golpe de fuerza del Directorio y vino a complementar la regulación³⁰³. Y es que su artículo 39 estipuló que el Directorio tendría la potestad de poner una comunidad en estado de sitio³⁰⁴. Con ello, se alteraba radicalmente el estado de cosas precedente, puesto que hasta ese momento el estado de sitio, como ha sido explicado, consistía únicamente en un estado fáctico. A partir de ahora, empero, podría ser instituido mediante una declaración de la autoridad pública, dejando de lado la exigencia de que existiera en los hechos una situación de asedio militar. Se abría camino, de este modo, el estado de sitio «político» o «ficticio», por oposición al estado de sitio «efectivo» o «real» (de naturaleza bélica)³⁰⁵.

En efecto, las leyes del 10 y 19 de Fructidor del Año V, consideradas en conjunto, permitieron que el estado de sitio no fuese sólo una situación

301 Véase Georges Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*, op. cit., pp. 157-158; Pierre Pactet y Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Derecho Constitucional* (Bogotá: Legis Editores, 2011), pp. 275 y 282.

302 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 306-307; Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 238; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., p. 39.

303 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 308-309 (en especial, la nota 57) (traducción propia).

304 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., p. 95 (en especial, la nota 2); Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 38; Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 238.

305 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., p. 97; William Feldman, «Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege», *Cornell International Law Journal*, 38.3 (2005), pp. 1023-1024; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 27; Daniel Hugo Martins, «La protección de los derechos humanos frente a la suspensión de las garantías constitucionales o “Estado de Sitio”», op. cit., p. 133.

de hecho, sino un estado legal configurado mediante una declaración de la autoridad pública competente. Asimismo, ellas permitieron que el estado de sitio fuese aplicado no sólo en supuestos de ataque de enemigos externos, sino también para combatir rebeliones o disturbios provocados por connacionales o ciudadanos.

El segundo paso, que completó el círculo de la evolución del estado de sitio original (bélico) hacia una figura de naturaleza puramente política, es el decreto imperial emitido por Napoleón Bonaparte el 24 de diciembre de 1811. Si bien Napoleón no hizo uso del estado de sitio como un instrumento de lucha política, sí consolidó las bases para que recibiera este uso³⁰⁶. El nuevo cuerpo legal, de carácter marcadamente militar, llevaba por título «Decreto relativo a la Organización y al Servicio de los Estados Mayores de las Plazas»³⁰⁷. Tenía como objeto favorecer la campaña contra Rusia y asumía la eventualidad de que se pudieran producir levantamientos en los territorios alemanes anexionados, lo que muestra que sus autores ya habían considerado la necesidad de contener a los «movimientos sediciosos», esto es, al «enemigo interno»³⁰⁸.

En cuanto se refiere al estado de sitio, el decreto napoleónico prevé que éste puede ser «determinado» bien por disposición del emperador o bien por un asedio o un ataque de viva fuerza o un golpe de mano o una sedición interior o, en fin, por la celebración de reuniones no autorizadas por los magistrados (artículo 53)³⁰⁹. Como puede apreciarse, se ha producido aquí una ampliación considerable de las potestades legalmente reconocidas a la autoridad, la misma que puede declarar el estado de sitio (como también el estado de guerra) a su entera voluntad discrecional, mientras a la vez se incrementan los supuestos fácticos en que el asedio como figura jurídica se produce de hecho, pudiendo quedar comprendidos ahora los supuestos de meros motines o disturbios civiles mediante una interpretación laxa y complaciente del concepto de sedición interior, así como también queda comprendida la figura, mucho menos apremiante, de las reuniones no autorizadas.

Tanto o más grave que esta extensión de los poderes y los supuestos de aplicación resulta, sin embargo, que el decreto imperial de 24 de di-

306 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 240.

307 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 310 (nota 62) (traducción propia).

308 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., pp. 98-99 (traducción propia); Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 240.

309 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 311; Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., pp. 99; Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 241.

ciembre de 1811 permitiese, bajo estado de sitio, reemplazar a las cortes ordinarias por tribunales militares y consejos de guerra³¹⁰. De esta manera, todos los habitantes de la plaza asediada quedaban sometidos a la jurisdicción militar (artículo 103 del decreto imperial), algo que la ley de 1791 no permitía (artículo 10). Como señala Pedro Cruz Villalón, esta disposición es la más importante del decreto por lo que se refiere al origen del estado de sitio «como instrumento de protección extraordinaria del Estado», ya que «por vez primera se consigna expresamente en un texto legal el sometimiento de la población civil a la jurisdicción militar como consecuencia de la *declaración* de un lugar en estado de sitio»³¹¹.

3.6. La Carta napoleónica de 1799 y la suspensión del «imperio de la Constitución»

Poco antes de que esta evolución del estado de sitio se verificara a nivel de la legislación en Francia, la Carta de 1799 había incluido la posibilidad de suspender «el imperio de la Constitución»³¹². En efecto, el artículo 92 del Texto Fundamental de 13 de diciembre de 1799 (22 de Frimario del Año VIII)³¹³ estipuló que, en los casos de revueltas a mano armada o de disturbios que amenazaran la seguridad del Estado, la ley podría suspender, en los lugares y por el tiempo que ella determinare, la propia vigencia de la Constitución. Todavía más, el Gobierno podría decretar tal suspensión si acaso el cuerpo legislativo no se encontraba en sesión, a condición de que el mismo decreto convocara a éste a reunirse dentro del plazo más breve³¹⁴.

310 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., pp. 100-101; Francois Burdeau y Maurice Quesnet, «De l'inefficacité des pouvoirs de crise en France de la Révolution à Vichy», op. cit., p. 13; Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 242.

311 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 312; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 39.

312 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 288; Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., pp. 96-97.

313 Véase Pierre Pactet y Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Derecho Constitucional*, op. cit., p. 282. Véase también Georges Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*, op. cit., pp. 172-173; Marcial Rubio Correa, «Los orígenes del Estado burgués 1789-1848», en *Burguesía y Estado liberal*, eds. Enrique Bernales, Laura Madalengoitia, y Marcial Rubio, op. cit., p. 90.

314 El artículo 92 de la Constitución francesa del 13 de diciembre de 1799 puede ser consultado, en idioma original, en el sitio web del Consejo Constitucional de Francia: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>

Se trataba, desde luego, de una suspensión parcial de la Carta Fundamental, sólo en determinadas localidades y por tiempo limitado³¹⁵, ya que no resultaría admisible, desde el punto de vista teórico o incluso meramente lógico, que la Constitución fuera suspendida *in toto* con fundamento en ella misma. La Constitución del Consulado napoleónico conagraba de esta manera un torpe remedo de la situación que se presentó en Francia con la República del Año II³¹⁶. Y es que las circunstancias extremas de una «República sitiada» eran reales en 1793, a causa de los enfrentamientos militares con los ejércitos invasores en las fronteras del norte del país y en los Pirineos, mientras en diversos departamentos del interior (Vendée, en el oeste; Marsella, en el sur; Lyon, en el oeste) proliferaban las insurrecciones³¹⁷.

El 10 de octubre de aquel año de 1793, a nombre del Comité de Salvación Pública, Saint-Just presentó un informe sobre la viabilidad del nuevo texto constitucional, el cual le había sido encomendado por la Convención. Concluyó el célebre jacobino que, en las agobiantes circunstancias de ese momento, la Constitución no podía ser establecida, a riesgo de provocar su propia inmolación, puesto que su entrada en vigor favorecería ataques contra la libertad que ella no estaría en condiciones de reprimir³¹⁸. Sobre esta base, la Convención dejó en suspenso la aplicación de la Constitución de la Montaña y declaró que el Gobierno de Francia era revolucionario hasta la consecución de la paz³¹⁹.

El de aquellos días era, no obstante, un escenario de peligro extremo para la patria, cuyas instituciones ordinarias no podían ser mantenidas en tanto durara la emergencia bélica externa e interna. Quien quizá expresó mejor la diferencia entre el «gobierno revolucionario» y el «gobierno constitucional» fue Maximiliano Robespierre, en su notable discurso del 25 de diciembre de 1793 (5 de Nivoso del Año II). En tal ocasión, hablando ante

315 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 289.

316 *Ibíd.*, pp. 277-279.

317 *Ibíd.*, p. 279. Véase también Georges Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*, op. cit., pp. 101-102; Eric Hobsbawm, *La Era de la Revolución: 1789-1848*, op. cit., pp. 73-75; Marcial Rubio Correa, «Los orígenes del Estado burgués 1789-1848», en *Burguesía y Estado liberal*, eds. Enrique Bernales, Laura Madalengoitia, y Marcial Rubio, op. cit., pp. 65-67.

318 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 280.

319 Véase Roberto Martucci, «La Constitución inencontrable. Conflicto político y estabilización constitucional en Francia en la transición de la Monarquía a la República (1789-1799)», op. cit., pp. 210-213; Georges Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*, op. cit., pp. 109 y 117; Marcial Rubio Correa, «Los orígenes del Estado burgués 1789-1848», en *Burguesía y Estado liberal*, eds. Enrique Bernales, Laura Madalengoitia, y Marcial Rubio, op. cit., p. 68.

la representación nacional, sostuvo el líder del Comité de Salvación Pública que «la finalidad del Gobierno constitucional es conservar la República», por contraste con la del Gobierno revolucionario, que es «fundarla», afirmando a la vez que «la Revolución es la guerra de la libertad contra sus enemigos», mientras que «la Constitución es el régimen de la libertad victoriosa y en paz».³²⁰

Así, Robespierre pensaba que la actividad a desarrollar entonces por el Gobierno había de ser «extraordinaria» a causa precisamente de la guerra en curso, lo que implicaba el ceñirse a reglas «menos uniformes y menos rigurosas», ya que las circunstancias a enfrentar eran de suyo «tempestuosas y movedizas».³²¹ Ello, sin embargo, no significaba que el Gobierno revolucionario fuera menos justo o menos legítimo que el Gobierno ordinario, puesto que aquél, dicho con palabras impregnadas del tono enfático de la época, y quizá por eso mismo memorables, «se apoya en la más sagrada de todas las leyes: la salvación del pueblo», y «sobre el más irrecusable de todos los títulos, la necesidad».³²²

Muy diferente era, sin embargo, el contexto en el cual surgió la Constitución napoleónica de fines del año 1799. No se estaba ya ante la necesidad imperiosa de dejar en suspenso el orden constitucional, con el objetivo de vencer a los enemigos de la patria y con el propósito ulterior de implantar el régimen constitucional de manera perdurable y definitiva, para la armoniosa vida pacífica de la nación. Cada vez más distante la agitación y zozobra de los días de la revolución, soplaban ahora vientos imperiales³²³.

Como quiera que fuere, al margen de las pocas veces que fue empleado el artículo 92 de la Constitución consular³²⁴, su importancia es indudable como antecedente de la suspensión de garantías constitucionales y del estado de sitio constitucional. Y es que la suspensión del imperio de la Constitución es entendida ahora, a diferencia de lo sucedido con la primera República francesa, en el sentido de un «instrumento extraordinario,

320 Véase Maximilien Robespierre, «Informe sobre los principios del Gobierno revolucionario, realizado en nombre del Comité de Salvación Pública», en *Robespierre: virtud y terror*, ed. Jean Ducange (Madrid: Ediciones Akal, 2016), p. 198.

321 *Ibíd.*

322 *Ibíd.*, p. 199.

323 Véase Georges Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*, *op. cit.*, pp. 172-175; Marcial Rubio Correa, «Los orígenes del Estado burgués 1789-1848», en *Burguesía y Estado liberal*, eds. Enrique Bernales, Laura Madalengoitia, y Marcial Rubio, *op. cit.*, pp. 88-90.

324 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, *op. cit.*, pp. 288-289 (nota 26); Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, *op. cit.*, p. 97; Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 243.

pero *regular*, de protección del Estado»³²⁵. Ciertamente, su ejemplo sería seguido por diferentes países de Hispanoamérica, entre los cuales está el Perú, como habrá ocasión de exponer en esta misma investigación (véase los capítulos 3 y 4, *infra*).

3.7. El estado de sitio en el Acta Adicional a las Constituciones del Imperio (1815) y el «caso Geoffroy» bajo la Carta de 1830

El artículo 92 de la Constitución del Consulado, por lo demás, anticipa la regulación constitucional del estado de sitio en el Acta Adicional a las Constituciones del Imperio, de 1815. Ello puede observarse en la semejanza del supuesto normativo en ambos textos jurídicos —al incluir la rebelión a mano armada o los disturbios que amenacen la seguridad del Estado—, así como en la exigencia de proclamación por parte del Poder Legislativo como principio general³²⁶.

En efecto, el artículo 66 del Acta Adicional que rigió durante los «Cien Días» del retorno de Napoleón hasta la debacle de Waterloo, introduce por primera vez en un texto constitucional el estado de sitio como mecanismo de emergencia ante peligros existenciales. La disposición estipuló que ningún lugar ni parte del territorio podía declararse en estado de sitio, salvo que hubiese una invasión por fuerza extranjera o disturbios civiles. En el primer caso, la declaración correspondería al Gobierno; en el segundo, esto es, cuando se tratase de sofocar una revuelta interna, sería de cargo del Parlamento mediante una ley³²⁷.

Como dice Pedro Cruz Villalón, entre la Constitución de 1799 y la de 1815 existe una diferencia en los términos: aquello que la Constitución consular denomina —con grandilocuencia, habría que añadir— «suspensión del imperio de la Constitución», es establecido como «declaración del estado de sitio» en el Acta Adicional napoleónica³²⁸.

Bajo la Monarquía de Julio y la Carta de 1830, es digno de mención el incidente judicial conocido como «caso Geoffroy». Los hechos ocurrieron

325 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, *op. cit.*, p. 289. Véase también Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 244.

326 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, *op. cit.*, p. 290. Véase también Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, pp. 244-245.

327 El artículo 66 del Acta Adicional a las Constituciones del Imperio, del 22 de abril de 1815, puede ser consultado, en idioma original, en el sitio web del Consejo Constitucional de Francia: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/acte-additionnel-aux-constitutions-de-l-empire-du-22-avril-1815.5103.html>

328 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, *op. cit.*, p. 314.

cuando la ciudad de París fue declarada en estado de sitio, mediante ordenanza del 6 de junio de 1832. En tal virtud, fueron instituidos tribunales militares con el mandato de juzgar a las personas detenidas bajo cargos de insurrección. El señor Geoffroy, quien fuera arrestado en las jornadas de esos días, argumentó como defensa su condición de ciudadano civil y sostuvo que los tribunales militares carecían de competencia para juzgarlo. Pese a ello, recibió una condena a sufrir pena de muerte. No obstante, el mismo día en que el estado de sitio fue levantado (29 de junio de 1832), la Corte de Casación, máximo tribunal civil del país, resolvió que el artículo 103 del decreto imperial de 1811, aplicado al caso, era contrario a la Constitución vigente (la de 1830)³²⁹, cuyo artículo 54 prohibía de manera expresa la creación de comisiones y tribunales extraordinarios, bajo cualquier título y denominación³³⁰.

3.8. Los hitos definitivos para la configuración del estado de sitio moderno

3.8.1. Los acontecimientos revolucionarios de 1848 y el artículo 106 de la nueva Constitución

Los hitos definitivos para la configuración del estado de sitio constitucional de la era moderna —como institución jurídica, se entiende— vendrán dados por la Constitución francesa de 1848 y las leyes especiales regulatorias de la institución aprobadas en 1849 y 1878. Así, pues, la Segunda República será la encargada de consolidar la normativa constitucional del estado de sitio, con sus tres características centrales, a saber: 1) inclusión de la modalidad de estado de sitio «ficticio» o «político», además del estado de sitio «efectivo» o «militar»; 2) institución aplicable no sólo para hacer frente a los enemigos externos, sino ante insurrecciones o disturbios internos, esto es, contra los ciudadanos; y 3) sometimiento a tribunales militares para los insurrectos o sublevados, a pesar de tratarse de personas civiles y pese a que hubiese sido ya conjurada la rebelión.

Desde luego, no es posible perder de vista aquí los acontecimientos revolucionarios de junio de 1848, que tanto impacto político tuvieron en toda Europa³³¹ y aun en tierras hispanoamericanas, entre ellas, el Perú³³².

329 *Ibíd.*, p. 315. Véase también Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, *op. cit.*, pp. 107-109.

330 El artículo 54 de la Constitución francesa de 14 de agosto de 1830, puede ser consultado, en idioma original, en el sitio web del Consejo Constitucional de Francia: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/charte-constitutionnelle-du-14-aout-1830.5104.html>

331 Véase Eric Hobsbawm, *La Era de la Revolución: 1789-1848*, *op. cit.*, p. 119; Marcial Rubio Correa, «Los orígenes del Estado burgués 1789-1848», en *Burguesía y Estado liberal*, eds. Enrique Bernal, Laura Madalengoitia, y Marcial Rubio, *op. cit.*, p. 133.

332 Véase Natalia Sobrevilla Perea, *Los Inicios de La República Peruana: Viendo Más Allá de*

El alzamiento en armas de los obreros parisinos, desencadenado el 21 de junio de aquel año, sólo pudo ser vencido tras varios días de combate, para lo que la Asamblea Constituyente hubo de declarar antes, el día 24 de dicho mes, a la ciudad en estado de sitio y hubo de delegar en el General Cavaignac todos los poderes para llevar a cabo la represión³³³. El feroz asalto final se produjo entre los días 25 y 26 de junio, cuando las tropas al mando de Cavaignac doblegaron la resistencia que oponían los proletarios tras las barricadas del *fauborg Saint Antoine*³³⁴.

La gravedad de los hechos se ve reflejada en el número de caídos, que fue de un millar de hombres entre las fuerzas del orden y de varios miles entre los insurrectos. Por lo demás, en los siguientes días, la represión de los rebeldes dio lugar a más de 1,500 fusilamientos sumarios ordenados por los Consejos de Guerra que operaron desde el mismo día 25, en aplicación de disposiciones legales retroactivas que invocaron como fundamento tanto la declaración del estado de sitio como el decreto imperial de 1811³³⁵. Cuando la barbarie represiva amainó, la Asamblea decretó centenares de deportaciones³³⁶. El estado de sitio recién fue levantado el 19 de octubre de aquel aciago año de 1848³³⁷.

Es este, entonces, el duro contexto en el cual la Constitución de la Segunda República francesa prevé la figura del estado de sitio. La disposición, sumamente escueta, es poco más que una mera norma de remisión. Ella enuncia: «una ley fijará los casos en los que se podrá declarar el estado de sitio, y regulará las formas y los efectos de esta medida» (artículo 106)³³⁸. Quedan así establecidas las materias principales que habrán de

La «Cueva de Bandidos» (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019), pp. 183-244.

333 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., p. 110; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 81.

334 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 372-373; George Rudé, *La multitud en la historia* (Buenos Aires: Siglo XXI Argentina Editores, 1971), pp. 177-179; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 81; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., p. 40.

335 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 373. Véase también Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, op. cit., pp. 40-41; Karl Marx, *El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte* (Madrid: Alianza Editorial, 2009), p. 44.

336 Véase George Rudé, *La multitud en la historia*, op. cit., p. 180; Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 256.

337 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., p. 111; Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 253.

338 Traducción propia. El artículo 106 de la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848, puede ser consultado, en idioma original, en el sitio web del Consejo Constitucional de Francia: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1848-ii-republique.5106.html>

ser reguladas, pero se omite toda referencia a su contenido específico o todo condicionamiento constitucional sobre la legislación a aprobar, con lo que se otorga un enorme poder de configuración al órgano legislativo. En consecuencia, como bien indica Pedro Cruz Villalón, «una vez citado por la Constitución, la tarea de la constitucionalización del estado de sitio se traduce en la de su *legalización*»³³⁹.

3.8.2. La «Ley sobre el Estado de Sitio», de agosto de 1849

La «Ley sobre el Estado de Sitio», de 9 de agosto de 1849, fue el cuerpo normativo encargado de desarrollar el mandato constitucional. Su discusión y aprobación siguió a una nueva declaración de estado de sitio sobre la ciudad de París, un año después de los trágicos sucesos de 1848. En efecto, el 13 de junio de 1849 la Asamblea aprobó una ley mediante la cual declaró en estado de sitio la ciudad de París. Asimismo, la ley otorgó al Ejecutivo la potestad de ampliar la medida a otras ciudades que enfrentaran parecidas circunstancias de insurrección. El general Changarnier recibió del presidente de la República la misión de sofocar la revuelta, al mando de la Guardia Nacional y de la primera división militar³⁴⁰.

Aunque el levantamiento no llegó a mayores, el estado de sitio se mantuvo hasta el 9 de agosto, día de aprobación de la ley que reguló la institución³⁴¹. La ley contiene cuatro capítulos, dedicados a los «casos» que permiten la instauración del estado de sitio, las «formas» a seguir, los «efectos» que se desencadenan y, finalmente, el «levantamiento» del estado de asedio³⁴². Los supuestos habilitantes fueron redactados con notable imprecisión, estipulando la ley que el estado de sitio únicamente podría ser declarado «en caso de peligro inminente para la seguridad interior o exterior». De otro lado, con las «formas» la ley alude a las autoridades competentes, instituyendo como principio que el órgano con competencia exclusiva para hacer la declaración es la Asamblea nacional, aunque, sorprendentemente, admite asimismo que el Gobierno pueda extender

339 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, *op. cit.*, pp. 374-375.

340 *Ibíd.*, p. 377.

341 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, *op. cit.*, p. 111; Francois Burdeau y Maurice Quesnet, «De l'inefficacité des pouvoirs de crise en France de la Révolution à Vichy», *op. cit.*, p. 13; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 27.

342 Puede verse el texto de la «Ley sobre el estado de sitio» transcrito, en idioma original, en Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, *op. cit.*, pp. 379-381 (nota 15). Véase también transcritos los relevantes artículos 7 a 13 de la ley, en inglés, en Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 83. En los siguientes párrafos, el contenido de la ley se cita de estas fuentes (traducción propia).

el estado de sitio establecido de manera previa por la Asamblea sobre determinado territorio.

Tanto o más importante es quizá que, cuando la Asamblea no estuviere reunida, la potestad de efectuar la declaración se transfiere al presidente de la República, con previa consulta al Consejo de Ministros. El presidente habría de informar inmediatamente, empero, a la Comisión Permanente de la Asamblea y convocar a esta misma. París, en fin, recibía un régimen especial que suponía la reunión automática de la Asamblea, sin que fuere necesario convocatoria alguna, mientras en las plazas fuertes la declaración correspondería al comandante militar y, en las colonias, al gobernador.

Por lo que se refiere a los efectos del «*état de siège*», es clara la reafirmación del carácter militar de éste y su naturaleza principalmente represiva, ya que los poderes de la autoridad civil para el control del orden son transferidos al comandante militar. Las autoridades militares reciben además potestades extraordinarias para suspender derechos fundamentales, lo que incluye la realización de registros domiciliarios, la prohibición de publicaciones y de reuniones, así como la expulsión de determinadas personas sospechosas; resultaban afectados así los derechos constitucionales a la inviolabilidad del domicilio, la libertad de prensa, la libertad de residencia y la de reunión. Es significativo, empero, que no se incluyera la detención preventiva, que hubiera podido suspender la libertad individual, sino sólo la expulsión de reincidentes y personas no domiciliadas en el territorio en estado de sitio³⁴³.

También quedó reconocida, en virtud de la ley de agosto de 1849, la jurisdicción militar, con potestades de gran amplitud. En efecto, los tribunales militares podrían conocer, durante el estado de sitio, de los delitos contra el orden público y la seguridad interior del Estado. Con ello, la ley asumía como propio el contenido del artículo 103 del decreto imperial de Napoleón y contradecía la decisión adoptada por la Corte de casación en el caso Geoffroy en el año 1832³⁴⁴.

Dos veces fue empleado el estado de sitio desde que se aprobara la ley de agosto de 1849 hasta su complemento mediante la ley de 3 de abril de 1878, a saber, con ocasión del golpe de Estado de Luis Bonaparte en el año 1851 y con ocasión de la insurrección de la Comuna de París, ocurrida entre marzo y mayo de 1871. En cuanto al primer evento, se trató simplemente de una actuación contra la Constitución y la ley, ya que no fue la Asamblea la que proclamó el estado de sitio, sino el presidente tras disolver el órgano legislativo³⁴⁵. En correspondencia con esta actuación ilegal, Luis

343 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 386.

344 *Ibíd.*, pp. 386-387.

345 Véase Théodore Reinach, *De l'état de siège: Étude historique et juridique*, op. cit., pp. 115-

Bonaparte hizo aprobar en la Constitución de 1852 un artículo que confería al presidente el «derecho» de declarar el estado de sitio en uno o más departamentos a condición de informar al Senado en el plazo más breve posible³⁴⁶. La disposición añadía, con gran laconismo, que «las consecuencias del estado de sitio son reguladas por la ley» (artículo 12)³⁴⁷.

3.8.3. El alzamiento de la Comuna de París de 1871 y la «Ley relativa al Estado de Sitio», de abril de 1878

La segunda oportunidad en que se echó mano del estado de sitio bajo la vigencia de la ley de 1849 fue con ocasión del alzamiento en armas de la Comuna de París de 1871. La situación, sin embargo, fue mucho más grave que una mera insurrección. Se trató, en estricto, de un supuesto de guerra civil³⁴⁸. Como quiera que fuere, mediante ley de 28 de abril de 1871, la Asamblea delegó en el jefe del Poder Ejecutivo, por el lapso de tres meses, la potestad de declarar el estado de sitio en cualquier departamento, a excepción de aquél en que la Asamblea tiene residencia, con el deber de solicitar de ésta la ratificación de las declaraciones que efectuara. Así, diversos estados de sitio proclamados entonces fueron largamente extendidos hasta 1875 y 1876³⁴⁹.

El gobierno electo de la Comuna de París, conformado por la clase trabajadora, fue sometido a represión implacable. Más de 20,000 comuneros fueron muertos y por lo menos 38,000 sufrieron arresto, muchos de ellos fueron ejecutados y más de 7,000 deportados³⁵⁰. Siete años después de la sangrienta acción militar contra el gobierno municipal comunista de París, fue aprobada por la Asamblea la «Ley relativa al Estado de Sitio»³⁵¹, la cual

116. Véase también Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 27.

346 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 81; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., p. 40.

347 Traducción propia. El artículo 12 de la Constitución francesa de 14 de enero de 1852, puede ser consultado, en idioma original, en el sitio web del Consejo Constitucional de Francia: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1852-second-empire.5107.html>

348 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 394; Carlos Marx, *La Guerra Civil en Francia* (Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1978), pp. 53 y 64; Hippolyte Prosper-Olivier Lissagaray, *Historia de la Comuna de París* (Barcelona: Editorial Estela, 1971), pp. 48, 51, 75, 102, 116 y 190.

349 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 394.

350 Véase Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, op. cit., p. 41.

351 Puede verse el texto de la «Ley relativa al Estado de Sitio» transcrito, en idioma original

vino a modificar y complementar a su antecesora de 1849, que permaneció sin embargo parcialmente en vigor³⁵².

Ante todo, la ley de 3 de abril de 1878 estipuló que el estado de sitio sólo podría ser declarado mediante ley y «en caso de peligro inminente, resultado de una guerra extranjera o de insurrección a mano armada» (artículo 1). El nuevo cuerpo normativo previó asimismo que, si las Cámaras no estuviesen reunidas, el presidente podría decretar el estado de sitio, pero entonces las Cámaras se reunirían de pleno derecho a fin de aprobarlo o suspenderlo. Si estuviese disuelta la Cámara de Diputados, el estado de sitio no podría ser proclamado ni siquiera de manera provisional. No obstante, en caso de guerra extranjera, el presidente podría decretarlo siempre y cuando convocase a las Cámaras sin dilación.

Como reacción al estado de cosas existente durante el Segundo Imperio y bajo la Constitución del 14 de enero de 1852, así como en particular frente al fallido golpe de Estado del mariscal MacMahon en mayo de 1877³⁵³, la legislación de 1878 estableció que el control del estado de sitio estaría en las manos del Poder Legislativo, considerablemente debilitado en el período inmediatamente anterior. Entre los cambios más destacados se halla la necesidad de que la declaración indique con toda precisión el plazo de duración del mismo, así como la eliminación de la potestad de delegar al Gobierno la facultad de extender el territorio colocado por el Legislativo en estado de sitio. Finalmente, debe ser destacado que los efectos de la institución no fueron alterados, sino que, más bien, se confirmó la regulación contenida en la ley de 1849, lo que incluye en consecuencia los poderes de las autoridades militares y el alcance de la jurisdicción militar.

3.9. El legado constitucional del estado de sitio francés

De esta manera, quedó configurado el estado de sitio como institución jurídico-constitucional de la modernidad, poco antes del inicio del siglo XX y del gran desafío de la Primera Guerra Mundial que se avecinaba. El modelo legal

(francés), en Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 397 (nota 40). Véase también transcrita la ley, en inglés, en Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 83. Véase asimismo Carlos Sánchez Viamonte, *Ley marcial y estado de sitio en el Derecho argentino*, op. cit., pp. X-XI. En los siguientes párrafos, el contenido de la ley se cita de estas fuentes (traducción propia).

352 Véase Pierre-Clément Frier, «Les législations d'exception», *Pouvoirs*, 10 (1979), p. 23; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., pp. 27-28.

353 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 81; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 27; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., pp. 40-41.

del estado de sitio como forma clásica del estado de excepción aporta una serie de aspectos que habrían de tener hondo impacto en diversos ordenamientos jurídicos, incluyendo ciertamente los hispanoamericanos. Entre ellos cabe destacar la regulación anticipada y en detalle del marco normativo aplicable a las emergencias, el importante papel del Poder Legislativo en la declaración y control sobre el Gobierno, la función reconocida a la autoridad militar, la intervención de la jurisdicción castrense, el empleo de la figura no sólo en caso de guerra externa o invasión, sino también en caso de insurrección, motín o disturbios internos, esto es, contra connacionales o ciudadanos.

Finalmente, junto con Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, conviene llamar la atención acerca de dos ausencias importantes. Y es que, de un lado, el estado de sitio de origen francés no confiere poderes de legislar al Poder Ejecutivo, y, de otro lado, al menos en el diseño normativo, no implica cambios en la relación entre la Legislatura y el Gobierno, como tampoco entre las autoridades civiles y las militares, quedando estas últimas siempre sometidas a la dirección política del Ejecutivo³⁵⁴.

4. LOS PODERES DE EMERGENCIA EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR Y EL DESAFÍO DE CARL SCHMITT

Los poderes de emergencia concedidos al presidente de la República en la Constitución de Weimar configuran el cuarto modelo histórico de estado de excepción, a considerar para los efectos de la presente investigación, pues se trata de la experiencia histórica más cercana a nuestros días y que, en cierto modo, inaugura el estado de excepción contemporáneo en el constitucionalismo occidental. Como se sabe, la Carta Fundamental de la breve y azarosa República de Weimar estuvo en vigor desde 1919 hasta 1933, cuando el nazismo asciende al poder y la deja de lado sin derogarla formalmente. Un pensador y actor político clave en el contexto de la República de Weimar y del régimen nazi que la sucedió es Carl Schmitt, cuyas ideas sobre el estado de excepción y cuya correlativa praxis política constituyen un enorme desafío a la reflexión constitucionalista en todo tiempo y lugar.

4.1. La democracia constitucional en la República de Weimar y el uso extensivo de los estados de excepción

Quizá no sea exagerado sugerir que el experimento republicano y democrático de Weimar estuvo siempre signado por la crisis. Y es que nació bajo las agobiantes circunstancias de la derrota en la Primera Guerra Mundial

³⁵⁴ Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 28.

y la abdicación del Kaiser Guillermo II, que ponían fin al declinante orden imperial germánico en una sociedad amenazada de disolución por la violencia política³⁵⁵. Como señala Frederick M. Watkins, la República de Weimar fue fundada durante «uno de los más problemáticos períodos en la historia de la Alemania moderna», siendo de notar que, al terminar la «Gran Guerra», las condiciones en el país eran cercanas a la «anarquía»³⁵⁶.

Los primeros años de vida republicana fueron, además, de enorme inestabilidad y hubieron de soportar la embestida antidemocrática de grupos extremistas de izquierda y de derecha, de tal suerte que, entre 1919 y 1922, esto es, durante los turbulentos cuatro años iniciales de la República, se produjeron al menos 376 asesinatos políticos y varios intentos de golpe de Estado³⁵⁷. Uno de estos intentos de derribar la democracia constitucional consagrada en la Carta de Weimar fue el fallido *putsch* de Hitler, en noviembre de 1923, que lo condujo a la cárcel, aunque con una sentencia benévola, y que siete años más tarde, con el propósito de evitar la inminente proscripción del partido nazi, lo llevó a declamar un juramento de lealtad constitucional que no alcanzaba a encubrir su voluntad real de tomar las riendas del poder mediante los mecanismos de la legalidad, pero sólo para imponer su visión totalitaria apenas lograra el dominio del aparato del Estado³⁵⁸.

La Constitución de Weimar, firmada por el presidente Friedrich Ebert y puesta en vigor el 11 de agosto de 1919³⁵⁹, fue, por lo tanto, una reacción a las tempestuosas circunstancias postbélicas en Alemania y un intento por contener la violencia de todo signo y por afirmar un nuevo orden político que reemplazara al caído régimen guillermino. El flamante modelo, aunque no exento de tensiones y aun contradicciones internas, correspondientes a lo que Costantino Mortati denominó «Constitución poliédrica», hallaba fundamento en los principios de una democracia parla-

355 Véase Walter Jellinek, «El Proceso de Elaboración de la Constitución de Weimar», en AA. VV., *La Constitución de Weimar* (Madrid: Editorial Tecnos, 2010), pp. 77-80. Véase también Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución* (Madrid: Editorial Tecnos, 2012), pp. 132 y 181; Joseph W. Bendersky, *A Concise History of Nazi Germany* (Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2014, cuarta edición), pp. 3-5.

356 Véase Frederick M. Watkins, *The Failure of Constitutional Emergency Powers under the German Republic* (Cambridge: Harvard University Press, 1939), p. 6 (traducción propia).

357 Véase John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, *op. cit.*, p. 139.

358 Véase David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, *op. cit.*, pp. 22-23; Frederick M. Watkins, *The Failure of Constitutional Emergency Powers under the German Republic*, *op. cit.*, pp. 46-50.

359 Véase Joaquín Varela Suanzes, *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*, *op. cit.*, p. 370; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich* (Princeton: Princeton University Press, 1983), p. 27.

mentaria, la separación de poderes, la República social basada en derechos y el federalismo³⁶⁰.

A la vez, los redactores de la Carta fueron conscientes de la necesidad de contar con una figura presidencial fuerte, capaz de ser un contrapeso frente a un Parlamento fragmentado por partidos políticos en áspera lucha por el poder, y, de modo especial, en condiciones de restablecer el orden y la paz en aquellos casos en los que eventuales movimientos rebeldes o revolucionarios así lo exigieran. Como señaló en 1923 Hugo Preuss, uno de los principales artífices de la Constitución de Weimar, «si en el curso de la historia hubo alguna vez un tiempo en el que los poderes dictatoriales fueron indispensables para un régimen político, éste fue ciertamente el caso de los tempranos días de la República alemana»³⁶¹. Por su parte, el Dr. Ablass, quien fue el ponente de la cláusula sobre el estado de excepción ante la Convención Nacional, reconoció que los poderes que se confería a la presidencia iban bastante lejos, pero a la vez sostuvo que, si se buscaba en la «historia de nuestros días», se encontraría que tales poderes «nacían de la necesidad» y que por ello otorgaban al presidente un «medio poderoso» del que «difícilmente podría prescindir»³⁶².

En consecuencia, los asambleístas que, en medio de la agitación política y la violencia que cundían por el país, sesionaron desde el 6 de febrero de 1919 en la apacible ciudad de Goethe y Schiller³⁶³, diseñaron una presidencia de la República elegida mediante sufragio popular, por un término más bien extenso de siete años y con posibilidad de reelecciones sucesivas (artículos 41 y 43). Concebido como Jefe de Estado, al presidente se le encomendaba la representación internacional del Reich y ostentaba el mando supremo de la defensa (artículos 45 y 47). En lo que se refiere a las tareas gubernativas y a las determinantes relaciones del Ejecutivo con el Parlamento, el presidente designaba y deponía al Canciller como Jefe de Gobierno y a los ministros integrantes del Gabinete (artículo 53), además de contar con la facultad de disolver el Parlamento y convocar a nuevas elecciones, como medio de solucionar eventuales bloqueos al Gobierno a través de la apelación al pueblo soberano, en un plazo que no debía

360 Véase Costantino Mortati, «Una Valoración de Conjunto sobre la Experiencia de la Constitución de Weimar», en AA. VV., *La Constitución de Weimar* (Madrid: Editorial Tecnos, 2010), pp. 17-76. Véase también John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, op. cit., pp. 142-144.

361 Véase Frederick M. Watkins, *The Failure of Constitutional Emergency Powers under the German Republic*, op. cit., p. 10 (traducción propia).

362 Véase Carl Joachim Friedrich, «Dictatorship in Germany?», *Foreign Affairs*, 9.1 (1930), p. 128 (traducción propia).

363 Véase Walter Jellinek, «El Proceso de Elaboración de la Constitución de Weimar», en AA. VV., *La Constitución de Weimar*, op. cit., p. 86; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 34.

exceder de sesenta días (artículo 25). Y, muy importante, recibía también poderes extraordinarios para enfrentar las crisis extremas, incluyendo la facultad de suspender determinados derechos fundamentales expresamente señalados (artículo 48)³⁶⁴.

El célebre artículo 48 de la Constitución de Weimar, regulatorio del estado de excepción, jugó un rol importante como mecanismo de defensa del orden constitucional desde el primer momento. Según indica un estudio de la época, mientras aún sesionaba la Asamblea Nacional que elaboró la Constitución fueron emitidos siete decretos de estado de excepción, todos relacionados con asuntos de «orden público», en tanto hacia el otoño de 1922, cuando se agudizaron las dificultades monetarias, el Gobierno alemán ya recurrió al instituto de emergencia invocando la tesis de que la seguridad y el orden público pueden también ser de «carácter económico»³⁶⁵.

Dada su enorme trascendencia histórica, conviene transcribir en su integridad el artículo 48 de la Constitución de Weimar:

Si un Estado no cumpliera con sus obligaciones conforme a lo dispuesto en la Constitución o en una Ley del Reich, el presidente del Reich puede hacérselas cumplir mediante las fuerzas armadas.

Si la seguridad y el orden públicos se viesan gravemente alterados o amenazados, el presidente del Reich podrá adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y orden públicos, utilizando incluso las fuerzas armadas si fuera necesario. A tal fin puede suspender temporalmente el disfrute total o parcial de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

El presidente del Reich está obligado a informar inmediatamente al Reichstag de la adopción de todas las medidas tomadas conforme a los apartados 1 y 2 de este artículo. Las medidas deberán ser derogadas a petición del Reichstag.

364 Véase «Constitución de Weimar, de 11 de agosto de 1919», en *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*, ed. Joaquín Varela Suanzes, *op. cit.*, pp. 370-406. Véase también, sobre las características y potestades del presidente de la República en Weimar, Costantino Mortati, «Una Valoración de Conjunto sobre la Experiencia de la Constitución de Weimar», en *La Constitución de Weimar*, ed. AA. VV., *op. cit.*, pp. 29-35; David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, *op. cit.*, p. 19; Leticia Vita, *Prusia contra el Reich ante el Tribunal Estatal: la Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), p. 27 (nota 11).

365 Véase Lindsay Rogers, Sanford Schwarz, y Nicholas S. Kaltchas, «German Political Institutions», *Political Science Quarterly*, 47.4 (1932), p. 582 (traducción propia). Véase también Ellen Kennedy, «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.'», *Constellations*, 18.3 (2011), p. 285.

En caso de peligro por demora, el Gobierno de cualquier Estado puede adoptar provisionalmente medidas de carácter similar a las referidas en el apartado 2. Las medidas deberán ser derogadas a petición del Reichstag o del presidente del Reich.

El resto será determinado por una Ley del Reich³⁶⁶.

Como se puede apreciar, la cláusula constitucional concede poderes altamente discrecionales y con límites tenues al presidente del Reich para hacer frente a las emergencias. El primer párrafo prevé la intervención federal en los Lander renuentes a cumplir con sus deberes constitucionales. El segundo párrafo, por su parte, contiene las reglas relativas al estado de excepción, lo que comprende, de un lado, la potestad de adoptar las medidas que fuesen de necesidad para restablecer la seguridad y el orden públicos trastocados o bajo amenaza, incluyendo el empleo de las fuerzas armadas, y, de otro lado, la atribución de suspender un importante listado de derechos fundamentales que se enumera de manera explícita.

El artículo contiene también determinadas salvaguardas que procuran sujetar los poderes extraordinarios a ciertos límites que son propios del Estado constitucional y democrático de Derecho, tales como la obligación del presidente del Reich de comunicar al Parlamento las medidas adoptadas y la obligación de derogarlas si acaso la representación nacional lo requiriera (párrafo tercero). Finalmente, es de destacar que el mismo artículo 48 de la Carta prevé que una ley de desarrollo habría de precisar los aspectos de detalle (párrafo quinto), ley que, de manera semejante a lo sucedido con la prevista en la Constitución imperial de 1871³⁶⁷, nunca llegó a ser aprobada³⁶⁸.

En realidad, el estado de excepción, recogido en términos tan amplios por la Norma Fundamental alemana de 1919, no era extraño a la tradición constitucional del país. Su antecedente inmediato era el autocrático artículo 68 de la Constitución imperial de 1871³⁶⁹, que consagraba el denominado «estado de guerra» de la siguiente manera:

El Kaiser puede, si la seguridad pública en el territorio federal es amenazada, declarar el estado de guerra en cualquier parte del mismo.

366 Véase «Constitución de Weimar, de 11 de agosto de 1919», en *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*, ed. Joaquín Varela Suanzes, *op. cit.*, p. 380.

367 Véase Linsay Rogers, Sanford Schwarz, y Nicholas S. Kaltchas, «German Political Institutions», *op. cit.*, p. 579.

368 Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, p. 45; David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, *op. cit.*, p. 33 (nota 80).

369 Véase Frederick M. Watkins, *The Failure of Constitutional Emergency Powers under the German Republic*, *op. cit.*, p. 18.

Hasta la aprobación de una ley imperial que regule las condiciones, la forma de la proclamación y los efectos de tal declaración, las disposiciones aplicables serán aquellas de la ley prusiana del 4 de junio de 1851³⁷⁰.

Es necesario no perder de vista que el «estado de guerra» de la Alemania imperial, como principal institución de emergencia, se inspiraba y seguía de cerca al ya entonces célebre «estado de sitio» francés³⁷¹, que así mostraba su importante irradiación sobre otros ordenamientos jurídicos nacionales. Ciertos autores, empero, han destacado igualmente sus semejanzas con la «ley marcial»³⁷², otra de las instituciones fundamentales del gobierno de crisis, como se ha expuesto antes (véase el acápite 2.2, *supra*).

Ahora bien, en las ocasiones en que se proclamó el estado de guerra bajo la Constitución de Bismarck, lo que ocurrió especialmente durante la Primera Guerra Mundial (1914-1918), fue habitual la creación de tribunales militares para el juzgamiento de determinados crímenes, con potestad de aplicar castigos severos, incluyendo en ciertos casos la pena capital. Asimismo, era frecuente la suspensión de un listado amplio de derechos fundamentales y de muchos de los controles sobre el accionar del Gobierno existentes durante circunstancias de normalidad constitucional.

Por lo demás, el Kaiser era irresponsable por la instauración e implementación del estado de guerra, actuando en su condición de comandante en jefe de las fuerzas armadas, antes que como Jefe de Estado. Y la introducción del estado de guerra acarrearba de manera automática el traspaso del poder ejecutivo de las autoridades civiles a las militares. Solamente bajo la figura especial del «estado de sitio menor», contenido en la ley prusiana de 1851, el cual era aplicable ante situaciones de «mera amenaza», las autoridades civiles retenían sus atribuciones y adoptaban las medidas necesarias para superar la emergencia³⁷³.

370 Véase el artículo 68 de la Constitución alemana de 1871 transcrito en Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 36 (traducción propia). Véase también Marc de Wilde, «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar Constitution», *The Legal History Review*, 78.1 (2010), p. 146 (nota 48); Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, p. 44; Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución*, *op. cit.*, p. 161.

371 Véase Frederick M. Watkins, *The Failure of Constitutional Emergency Powers under the German Republic*, *op. cit.*, pp. 11-12. Véase también Ernst-Wolfgang Böckenförde, «The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances», en *Constitutional and Political Theory: Selected Writings (Volume I)*, *op. cit.*, p. 128.

372 Véase John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, *op. cit.*, p. 146. Véase también Lindsay Rogers, Sanford Schwarz, y Nicholas S. Kaltchas, «German Political Institutions», *op. cit.*, p. 579.

373 Sobre las características esenciales del estado de guerra imperial, véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, pp. 33 y 36-37; Lindsay Rogers, Sanford Schwarz, y Nicholas S. Kaltchas, «German Political Institutions», *op. cit.*, pp. 579-581; Frederick M. Watkins, *The Failure of Constitutional Emergency Powers under the German Republic*, *op. cit.*, pp. 11-13;

No obstante, la adaptación del viejo instituto imperial a las exigencias del modelo republicano y democrático supusieron algunos cambios de especial relevancia. De un lado, la irresponsabilidad jurídica del Kaiser fue reemplazada por la responsabilidad del Gabinete ministerial bajo la conducción del presidente de la República, así como por el involucramiento del Parlamento de conformidad con el párrafo tercero del artículo 48 (en concordancia con el artículo 54). De otro lado, en el marco de la Constitución de Weimar, las autoridades militares no recibían poderes virtualmente absolutos, como ocurría antes, sino que en todo momento se hallaban subordinadas a las autoridades civiles del Gobierno constitucional³⁷⁴.

A lo largo de la República de Weimar, los estados de excepción fueron usados de modo extensivo. El gobierno de crisis fue proclamado en más de 250 oportunidades³⁷⁵. Un listado de 233 decretos u ordenanzas fundados en el artículo 48 de la Constitución, emitidos hasta septiembre de 1932 —esto es, hasta apenas cuatro meses antes del ascenso de Hitler al cargo de canciller del Reich—, puede verse en el estudio de Rogers, Schwarz y Kaltchas, con indicación de sus contenidos específicos³⁷⁶. Los hechos que dieron lugar a la asunción de los poderes extraordinarios comprendieron, en primer término, movimientos insurreccionales o de grave violencia política, que a menudo llevaron a la imposición de la ley marcial y a la suspensión de los derechos fundamentales para facilitar arrestos y detenciones, prohibir reuniones públicas y censurar a la prensa, además de establecer tribunales especiales que podían imponer pena de muerte³⁷⁷. Abarcaron también situaciones críticas de naturaleza económica y financiera, en particular desde el año 1923, tales como medidas de prohibición de la especulación con moneda extranjera, regulaciones del mercado para bienes escasos y aprobación de sanciones drásticas para supuestos de fraude tributario³⁷⁸.

El estudio de John E. Finn propone una aproximación al uso del artículo 48 de la Carta dividiendo los catorce años de la historia de la República de Weimar en tres períodos claramente delimitados: 1919-1924, 1925-1929

John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, op. cit., p. 146.

374 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 37.

375 Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., p. 45; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 33.

376 Véase Lindsay Rogers, Sanford Schwarz, y Nicholas S. Kaltchas, «German Political Institutions», op. cit., pp. 583-594.

377 Véase Marc de Wilde, «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar Constitution», op. cit., pp. 139-140; Ottmar Bühler, «Texto de la Constitución Alemana de agosto de 1919 y Comentario Sistemático a sus Preceptos», en AA. VV., *La Constitución de Weimar* (Madrid: Editorial Tecnos, 2010), p. 205.

378 Véase Marc de Wilde, «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar Constitution», op. cit., p. 140.

y 1930-1933³⁷⁹. El primer período estuvo signado por numerosos disturbios sociales y políticos, y por frecuentes escaladas de violencia provenientes tanto de la extrema izquierda como de grupos paramilitares de derecha; en esta etapa, el artículo 48 fue también usado, como ya se anticipó, para hacer frente a dificultades económicas severas³⁸⁰. Clinton Rossiter ha observado que se recurrió además al artículo 48 como una «ley de habilitación» ante las crisis económicas de la primera hora³⁸¹.

El segundo período, en cambio, se caracterizó por una relativa estabilidad política y por cierta bonanza económica en el país, de tal suerte que el artículo 48 fue invocado sólo para derogar o revocar disposiciones de emergencia anteriores³⁸². El tercer período, sin embargo, vio recrudecer los viejos fantasmas de la agitación y la violencia política, en medio de grandes penurias económicas causadas por la crisis internacional que siguió a la catástrofe de la bolsa en Nueva York. El recurso a los poderes de excepción fue nuevamente habitual³⁸³.

En esta última fase, los acontecimientos políticos fueron determinantes en la precipitación de la República hacia su ruina. Así, a partir de julio de 1930, el Gabinete encabezado por Heinrich Brüning perdió el apoyo del Reichstag, pero el presidente Hindenburg prefirió valerse de los poderes extraordinarios del artículo 48 y de la potestad de disolución del Parlamento contenida en el artículo 25. A partir de entonces, Alemania dejó de ser, de hecho, una República parlamentaria y su Gobierno se sostuvo únicamente sobre la base de la autoridad presidencial. Las cosas no cambiaron con los dos Gabinetes finales de Franz von Papen y Kurt von Schleicher, los cuales se apoyaron igualmente en el estado de excepción y la disolución del Reichstag³⁸⁴. Fue von Papen como canciller quien lideró el caso

379 Véase John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, op. cit., p. 151. Véase una periodización similar en Eduardo Hernando Nieto, *Pensando Peligrosamente: el Pensamiento Reaccionario y los Dilemas de la Democracia Deliberativa* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000), p. 132.

380 Véase John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, op. cit., pp. 152-160. Véase también Ellen Kennedy, «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.'», op. cit., pp. 284-285; George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936* (New York: Greenwood Press, 1989), pp. 29-30.

381 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., pp. 41-43.

382 Véase John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, op. cit., pp. 160-161. Véase también Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., pp. 50-51.

383 Véase John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, op. cit., pp. 161-168. Véase también Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., p. 46.

384 Véase David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., pp. 23-26; Ellen Kennedy, «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the

extremo de la intervención federal sobre Prusia, para la que se invocó a la vez los párrafos primero y segundo del artículo 48 y que dio lugar al célebre proceso «Prusia contra el Reich», en el que algunos de los constitucionalistas más destacados de Weimar contendieron acerca del alcance de los poderes de emergencia, como será expuesto luego (véase el acápite 2.4.2.4, *infra*). Pocos meses después, en enero de 1933, Adolf Hitler sería nombrado por el presidente Hindenburg como canciller del Reich, con lo que se sellaría el final de la República de Weimar.

4.2. Carl Schmitt durante la República de Weimar: ¿poderes de excepción irrestrictos?

En los estudios constitucionales contemporáneos ha sido quizá Carl Schmitt el pensador que ha abordado de la manera más radical la cuestión del estado de excepción y los poderes extraordinarios para enfrentar las emergencias³⁸⁵. Dada su conocida postura antiliberal y en contra de la democracia y el parlamentarismo basado en los partidos políticos³⁸⁶, no puede extrañar la elaboración y defensa de tesis jurídicas y políticas que tienden al fortalecimiento del Ejecutivo como titular de las decisiones sobre el estado de excepción. El resurgimiento del interés por las ideas de Schmitt en la era del terrorismo global se explica, al menos en parte, por el carácter irrestricto de los poderes extraordinarios que el filósofo y constitucionalista nacido en Plettemberg postuló como necesario³⁸⁷.

Pero el pensamiento de Schmitt sobre el estado de excepción es complejo y no exento de matices, y muestra también determinados cambios a lo largo del tiempo, algunos de los cuales parecen responder a su deseo de

Reich President According to Article 48 R.V.», *op. cit.*, pp. 290-291; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, pp. XLVII-XLIX.

385 Véase David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, *op. cit.*, p. 39; Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, *op. cit.*, p. 14; George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, *op. cit.*, p. 7; Eduardo Hernando Nieto, «Excepción y Realismo Político: Algunas Cuestiones de Fondo», *Revista Enfoques*, VII.10 (2009), p. 48.

386 Véase Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, *op. cit.*, pp. ix-x; David Dyzenhaus, «Introduction: Why Carl Schmitt?», en ed. David Dyzenhaus, *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism* (Durham y Londres: Duke University Press, 1998), pp. 2-3; Chantal Mouffe, «Introducción: El Desafío de Schmitt», en ed. Chantal Mouffe, *El Desafío de Carl Schmitt* (Buenos Aires: Prometeo Libros, 2011), pp. 11-12; Eduardo Hernando Nieto, *Pensando Peligrosamente: el Pensamiento Reaccionario y los Dilemas de la Democracia Deliberativa*, *op. cit.*, p. 127.

387 Véase David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, *op. cit.*, p. 40; Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, *op. cit.*, pp. 1-3.

adaptarse, a como diera lugar y a cualquier costo personal, a las azarosas circunstancias políticas que le tocó vivir³⁸⁸. Y es que, durante los casi cien años de su vida (1888-1985), Schmitt vio sucederse diversos regímenes políticos: la Alemania imperial y autocrática del Kaiser Guillermo II, la República democrática y social de Weimar, el infame Tercer Reich del nazismo, la transitoria ocupación aliada y la nueva democracia constitucional creada por la Ley Fundamental de Bonn (1949) que siguió al desastre de la Segunda Guerra Mundial.

Desde luego, el esclarecimiento de las ideas de Carl Schmitt sobre el estado de excepción, al igual que sobre el conjunto de su obra, exige evitar los extremos opuestos de la «hagiografía» y la «denigración», para emplear los términos que propone Joseph W. Bendersky³⁸⁹. También acierta Bernd Rüthers cuando recusa las «glorificaciones y condenas globales» de Schmitt y propone ceder la palabra «al valor testimonial» de los hechos «documentados»³⁹⁰.

4.2.1. De las dos modalidades de dictadura a la noción del estado excepcional como atribución soberana ilimitada

El interés de Carl Schmitt por las cuestiones relativas al régimen de excepción constitucional empezó a edad temprana. Se había graduado con excelencia en junio de 1910 por la Universidad de Estrasburgo con una tesis sobre Derecho Penal, tras lo cual ingresó al servicio civil prusiano como abogado en la ciudad de Düsseldorf, donde permaneció hasta aprobar el examen final de su asesor, en Berlín, el 15 de febrero de 1915³⁹¹. Desatada ya la Primera Guerra Mundial, Schmitt se alistó como voluntario en la infantería de reserva, pero una seria afección vertebral lo incapacitó para el combate, por lo que fue transferido durante el verano de aquel año a la sección de «estado de guerra» del personal general en Munich, donde tra-

388 Véase Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), pp. 64-67; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., pp. LV-LVI; George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, op. cit., pp. 14-18.

389 Véase Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. xi (traducción propia).

390 Véase Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, op. cit., p. 24. Sobre el beneficio de estudiar con seriedad la obra de Carl Schmitt, incluso por quienes no comparten sus ideas, véase Chantal Mouffe, «Introducción: El Desafío de Schmitt», en ed. Chantal Mouffe, *El Desafío de Carl Schmitt*, op. cit., p. 11.

391 Véase Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., pp. 11 y 15; George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, op. cit., pp. 13-14; Eduardo Hernando Nieto, *Pensando Peligrosamente: el Pensamiento Reaccionario y los Dilemas de la Democracia Deliberativa*, op. cit., p. 128.

bajó hasta la conclusión de las acciones bélicas con la derrota de Alemania y la posterior suscripción del Tratado de Versalles³⁹².

Fruto de aquella primera experiencia laboral fueron dos artículos, «Dictadura y estado de sitio. Un estudio jurídico-público» (1916) y «Los efectos del estado de guerra sobre el procedimiento penal ordinario» (1917)³⁹³, en los que el joven jurista ya perfila algunas de las tesis centrales de sus trabajos mayores dedicados a la Constitución de emergencia³⁹⁴. Interesa en particular referirse aquí al primero de estos artículos, en el que Schmitt, junto con valorar positivamente las instituciones del Derecho de excepción abordadas, plantea que su régimen jurídico es ilimitado en cuanto a las potestades conferidas a quien recibe la comisión extraordinaria, pese a lo cual se halla siempre bajo sujeción al Derecho, puesto que su acción, que es de naturaleza fáctica y concreta, se encamina a la preservación del orden constitucional, no a su supresión³⁹⁵. De otro lado, Schmitt asevera que el comandante encargado de conjurar el peligro que amenaza al Estado, si bien no puede aprobar «leyes», pues carece de potestades legislativas, sí está habilitado para suspenderlas en caso ello fuese necesario, como también lo está para adoptar «medidas» temporales aún si éstas contradicen las leyes existentes, pudiendo inclusive suspender cláusulas constitucionales³⁹⁶.

De este modo, queda esbozada la diferencia entre dos modalidades de dictadura que el joven filósofo oriundo de Plettemberg desarrollaría poco después, así como surge ya la diferencia capital entre «leyes» y «medidas» que, como dice Joseph W. Bendersky, se convertiría en «la piedra angular de la interpretación legal de Schmitt de los poderes de emergencia presidencial en la República de Weimar»³⁹⁷.

En cuanto al artículo dedicado al impacto del estado de sitio sobre el proceso penal ordinario, debe destacarse el esfuerzo de Schmitt por reconocer límites a la acción militar sobre la justicia penal común, con una briosa defensa de las potestades de los jueces ordinarios, a pesar de

392 Véase Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., pp. 15-16 y 19; George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, op. cit., p. 14 (traducción propia).

393 Para las fechas de publicación de ambos textos, me remito a Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 301. Los dos artículos, traducidos al español, pueden ser consultados en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932* (Madrid: Editorial Tecnos, 2013), pp. 3-19 y 21-47.

394 Véase José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., pp. XXV-XXVI; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 19.

395 Véase Carl Schmitt, «Dictadura y Estado de Sitio. Un Estudio Jurídico-Público», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., pp. 24-29.

396 *Ibíd.*, pp. 40-44.

397 Véase Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 20 (traducción propia).

admitir que la autoridad militar puede dar indicaciones a la Fiscalía, que queda obligada a una «obediencia incondicional», la misma que, empero, de ningún modo ha de alcanzar a los jueces³⁹⁸.

Ahora bien, en el año 1921 Schmitt publica un libro de gran relevancia sobre la temática de los poderes de excepción. Se trata de *La Dictadura*, una amplia revisión histórica de la institución, que abarca desde sus lejanos orígenes en la Roma clásica hasta la lucha de clases del proletariado, representada por la revolución bolchevique triunfante en la Rusia zarista de 1917. La indagación schmittiana se interesa por clásicos del Renacimiento como Maquiavelo y por las correspondientes prácticas políticas y jurídicas de los siglos XVII y XVIII, incluyendo en lugar destacado los acontecimientos desarrollados durante la Revolución Francesa, en particular, bajo el Comité de Salud Pública encabezado por Robespierre.

Cabe resaltar que, en *La Dictadura*, Carl Schmitt hace una importante diferencia entre dos modalidades de institución dictatorial. De un lado, existe la «dictadura comisarial», de impronta romana y republicana, acotada en el tiempo y limitada por su propósito, la cual procura la salvación del orden constitucional y en consecuencia actúa con sujeción a él, sin intentar derribar o alterar en lo esencial el ordenamiento jurídico y político del país. De otro lado, empero, surge también la «dictadura soberana» o «revolucionaria», que apunta, por contraste con la primera modalidad, a suprimir la Constitución vigente y a reemplazarla mediante la introducción de un nuevo sistema político, por lo que se relaciona de modo esencial con el «poder constituyente» del pueblo que le brinda la necesaria legitimidad³⁹⁹.

La dictadura soberana, asociada tanto al terror jacobino como a la violenta revolución de los sóviets leninistas, está muy lejos de ser en este libro la opción preferida por Schmitt. Al contrario, todo parece indicar que su deseo de fortalecer al Estado frente a desafíos extremos como la guerra y las rebeliones o insurrecciones internas —quizá, sobre todo, debido a los turbulentos primeros años de la República de Weimar—, lo lleva a considerar especialmente valioso el mandato del comisario dictatorial⁴⁰⁰. Y es que

398 Véase Carl Schmitt, «Los Efectos del Estado de Guerra sobre el Procedimiento Penal Ordinario», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, pp. 11-12 y 19.

399 Sobre la distinción schmittiana entre «dictadura comisarial» y «dictadura soberana», véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, pp. 173 y 181-183. Para una primera aproximación mía a este tema, véase Abraham Siles, «El pensamiento de Locke y Montesquieu como antecedente de la configuración constitucional de poderes de excepción ante emergencias políticas», *op. cit.*, pp. 13-15. Véase también Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, pp. 71-72; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, p. XXIX; George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, *op. cit.*, pp. 32-33.

400 Véase John P. McCormick, «The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers», en *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ed. David Dyzenhaus, *op. cit.*, p. 219.

el comandante que recibe el encargo de suprimir un levantamiento armado, si bien cuenta con poderes casi absolutos, sigue siendo un instrumento temporal de defensa del orden constitucional frente a una amenaza fáctica concreta y, en el momento en que Schmitt escribía, se hallaba sometido a la institucionalidad democrática de la Constitución diseñada por Hugo Preuss y aprobada por los asambleístas que sesionaron durante el año 1919, como reconoce el mismo autor.

No puede extrañar, entonces, que el libro de 1921 se cierre con una breve reflexión sobre el artículo 48 de la Carta Fundamental de Weimar como mecanismo de dictadura comisarial, seguida de una referencia última a la amenaza que supone la dictadura del proletariado como forma de dictadura soberana. Ocurre que, a pesar de la intención, declarada por Schmitt en el prólogo a la primera edición de la obra, de prescindir de los acontecimientos de violencia política que asediaban a la frágil democracia germana de aquella hora⁴⁰¹, la Gran Guerra era aún muy reciente y seguía pesando en las amargas penurias derivadas para Alemania del Tratado de Versalles. A la vez, las circunstancias de graves disturbios políticos que, durante aquellos aciagos años iniciales, erosionaban la convivencia nacional en la República weimariana no podían sino ejercer influjo sobre el ánimo de un intelectual conservador y amante de la seguridad y el orden como Carl Schmitt⁴⁰².

Así, en las páginas finales del libro, el teórico de la excepción constitucional sostiene que el segundo párrafo del artículo 48 de la Carta Fundamental sólo puede entenderse como parte de la evolución del llamado «estado de sitio ficticio» de origen francés, y que dicha cláusula permite conferir poderes para «una comisión de acción no limitada jurídicamente», sobre la verificación de cuyo presupuesto el presidente está legitimado para decidir de manera unilateral, aunque, pese a todo, bajo control del Parlamento⁴⁰³. Todavía más, Schmitt explicita que la disposición analizada «contiene el caso totalmente claro de una dictadura comisarial»⁴⁰⁴. No obstante, su inclinación a admitir poderes casi absolutos queda ilustrada con la mención del discurso del ministro de Justicia Schiffer, quien el 3 de marzo de 1920 sostuvo ante la Asamblea Nacional que el presidente, puesto que está autorizado a adoptar todas las medidas que juzgue necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden, puede «cubrir ciudades con

401 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 30.

402 Véase José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., pp. XXVII-XXIX; George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, op. cit., pp. 29-30. Véase también Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución*, op. cit., pp. 132-133.

403 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, op. cit., p. 257.

404 *Ibíd.*

gases venenosos» si ello fuese necesario en un caso concreto⁴⁰⁵. Ciertamente, se trataba de una afirmación más allá de toda razón y proporcionalidad. La única salvaguarda que admite Schmitt para evitar que la soberanía sea transmitida al presidente, transformando con ello la esencia del orden constitucional, es que tales medidas han de ser siempre sólo fácticas, por lo que no pueden tener naturaleza legislativa ni jurisdiccional, aunque les está permitido cualquier contenido, incluyendo desde luego la suspensión de los derechos constitucionales⁴⁰⁶.

En definitiva, es importante observar que el Schmitt de *La Dictadura*, cuando examina los poderes extraordinarios del presidente del Reich otorgados por el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar, considera que se trata de poderes comisariales para defender el orden constitucional⁴⁰⁷, y que si bien son poderes capaces de suspender cláusulas constitucionales, de ninguna manera habilitan la asunción, por quien ejerce el mandato dictatorial, de potestades legislativas ni jurisdiccionales; el dictador constitucional únicamente puede adoptar medidas concretas de naturaleza fáctica. Tal planteamiento, sin embargo, sería radicalmente modificado muy poco después, y, en un curso de acción política que no deja de causar asombro, serviría más adelante para validar incluso el rápido avance del régimen nazi hacia el totalitarismo y la comisión de crímenes atroces.

En su obra de 1921, el mismo Carl Schmitt había puesto de relieve la «distinción esencial» entre dictadura comisarial y dictadura soberana como uno de sus aportes más relevantes⁴⁰⁸. Un año más tarde, sin embargo, en *Teología Política* (1922), prescindirá de dicha distinción conceptual y hará una defensa abierta de los poderes de excepción del todo ilimitados que ha de concentrar el titular de la soberanía. Desde la primera línea del nuevo libro, Schmitt anuncia la radicalidad del desafío que supone el gobierno de crisis, al aseverar que «soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción»⁴⁰⁹. John P. McCormick ha sostenido que es ésta quizá «la más famosa sentencia» y «ciertamente una de las más infames» de la teoría política alemana⁴¹⁰.

405 *Ibíd.*, p. 258.

406 *Ibíd.* Véase también Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, *op. cit.*, p. 34.

407 Véase John P. McCormick, «The Dilemmas of Dictatorship: Carl schmitt and Constitutional Emergency Powers», en *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ed. David Dyzenhaus, *op. cit.*, p. 228; Ellen Kennedy, «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.'», *op. cit.*, p. 288.

408 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, pp. 28-29.

409 Véase Carl Schmitt, *Teología política*, *op. cit.*, p. 15.

410 Véase John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), p. 121 (traducción propia).

Y es que ahora Schmitt, al asociar los poderes de emergencia con el concepto de soberanía, apunta a la construcción teórica de un titular del poder que decide, por sí y ante sí, de manera unilateral e irrestricta, cuándo el orden constitucional está bajo ataque o bajo amenaza de disolución y qué medios han de emplearse para restaurarlo o para conjurar el peligro que se cierne sobre la vida nacional. En tal sentido, afirma el entonces profesor de la Universidad de Bonn⁴¹¹, el caso excepcional no está previsto en el ordenamiento jurídico, el que tan sólo puede calificarlo con fórmulas vagas tales como «caso de extrema necesidad, de peligro para el Estado o de otra manera análoga», pero de ningún modo puede delimitarlo con rigor⁴¹².

Para Schmitt, es imposible una determinación precisa del evento excepcional, a la vez que tampoco cabe «prevenir rigurosamente lo que en tal razón conviene», si es que se trata de una situación verdaderamente extrema que se aspira a dominar⁴¹³. En consecuencia, sostiene que «el supuesto y el contenido de la competencia son entonces necesariamente ilimitados» y que «la Constitución puede, a lo sumo, señalar quién está llamado a actuar en tal caso»⁴¹⁴. Es, pues, virtualmente un reconocimiento de plenos poderes al encargado de la acción a emprender para controlar la emergencia.

Como advierte Joseph W. Bendersky, la «cuestión jurídica crucial» en *Teología Política* es «¿quién decide?»⁴¹⁵. El elemento más importante del Derecho no es entonces la norma, sino la decisión: «El orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma», dice Schmitt⁴¹⁶. Y, como se ha visto, la decisión sobre la situación excepcional es, además, la esencia misma de la soberanía. El estado de excepción, como «*extremus necessitatis*

411 Véase George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, op. cit., p. 15; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 43.

412 Véase Carl Schmitt, *Teología política*, op. cit., pp. 16-17.

413 *Ibíd.*, p. 17. Véase también David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, op. cit., p. 39.

414 Véase Carl Schmitt, *Teología política*, op. cit., p. 17.

415 Véase Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 37 (traducción propia). Véase también Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, «Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice», op. cit., p. 163; David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, op. cit., p. 39; Ellen Kennedy, «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.'», op. cit., p. 294.

416 Véase Carl Schmitt, *Teología política*, op. cit., pp. 20-21. Sobre el decisionismo schmittiano, véase Eduardo Hernando Nieto, *Deconstruyendo la Legalidad: Ensayos de Teoría Legal y Teoría Política* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Fundación Academia Diplomática del Perú, 2001), pp. 121-144; Eduardo Hernando Nieto, *Pensando Peligrosamente: el Pensamiento Reaccionario y los Dilemas de la Democracia Deliberativa*, op. cit., pp. 125-168.

*casus*⁴¹⁷, revela con total transparencia esta realidad fundamental. La emergencia, frente a la cual las normas legales no pueden prever ni su aparición ni los medios requeridos para sojuzgarla, desnuda que el Derecho no consiste primordialmente en la norma, sino más bien en la decisión. Más aún, ésta funda todo el ordenamiento jurídico⁴¹⁸, llegando inclusive a determinar cuándo existe una situación de normalidad constitucional y cuando, por el contrario, se produce una emergencia que exige la acción irrestricta del soberano.

Así, pues, las limitaciones que distinguen al Estado de Derecho liberal no pueden operar, conforme al pensamiento de Schmitt, en el caso de excepción. El titular de la soberanía, que de acuerdo a la Constitución de Weimar es el presidente del Reich, carece de restricciones legales para decidir tanto la instauración del estado de excepción como las medidas a adoptar mientras subsista la amenaza existencial a la nación⁴¹⁹. Bajo la Carta de Weimar, siempre según Schmitt, el control del Parlamento sólo alcanza a la eventual solicitud de levantamiento del estado de excepción, lo que tiene que ver con el principio de división de competencias y control recíproco entre órganos que es propio del orden jurídico del liberalismo, con lo que, por cierto, «se procura aplazar lo más posible el problema de la soberanía»⁴²⁰.

Como puede apreciarse, llevado este entendimiento hasta sus últimas consecuencias, el resultado es la virtual desaparición de la diferencia entre normalidad y anormalidad constitucional⁴²¹. En efecto, si hay un sujeto al que debe reconocerse la potestad de decidir sobre el estado de excepción —en sus dos aspectos: la condición desencadenante y las medidas a adoptar—, entonces tal sujeto goza en todo momento de esta potestad carente de restricciones. Con ello, se hace muy tenue la separación entre la situación ordinaria y la situación excepcional⁴²², ya que la frecuencia del uso de los

417 Véase Carl Schmitt, *Teología política*, *op. cit.*, p. 21.

418 Véase José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, p. XXXV.

419 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, «Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice», *op. cit.*, p. 164.

420 Véase Carl Schmitt, *Teología política*, *op. cit.*, p. 22. Siguiendo el pensamiento de Juan Donoso Cortés, Schmitt critica las «inconsecuencias» y «componendas» del liberalismo, que hace todo lo posible por suspender la decisión «cuando llega el momento decisivo», pese a lo cual —afirma el profesor alemán, con fórmula expresiva y llena de significado— esta vacilante demora sólo puede ser breve, «mientras la pregunta “¿A quién queréis, a Barrabás o a Jesús?” admita por respuesta una propuesta de aplazamiento o el nombramiento de una comisión parlamentaria». Véase Carl Schmitt, *Teología política*, *op. cit.*, pp. 84-85.

421 Véase José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, p. XXXVI; John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*, *op. cit.*, p. 137.

422 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, «Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice», *op. cit.*, pp. 165-166.

poderes extraordinarios, como sucedió efectivamente en la República de Weimar desde el primer momento, termina por normalizar la emergencia.

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta igualmente que el titular de la decisión soberana por antonomasia —esto es, la decisión de proclamar la emergencia y asumir los poderes excepcionales—, al no estar sometido a las limitaciones ordinarias del Derecho, se sitúa por encima o más allá de él. No obstante, de manera paradójica, Schmitt sostiene que la decisión soberana y el estado de excepción siguen vinculados al ordenamiento legal, a pesar de la «suspensión total» de éste⁴²³. Así, asevera Schmitt que, «como quiera que el estado excepcional es siempre cosa distinta de la anarquía y del caos, en sentido jurídico siempre subsiste un orden, aunque este orden no sea jurídico»⁴²⁴. Ante este debilitamiento extremo de las regulaciones jurídicas, lo que aparece fortalecido es claramente la autoridad estatal. Dice Schmitt que, frente a la realidad de la excepción, «es evidente que mientras el Estado subsiste, el Derecho pasa a segundo término»⁴²⁵. Y, pocas líneas después, sostiene la «superioridad» del Estado sobre la «validez» de la norma jurídica, indicando que la decisión se libera de «todas las trabas normativas» y se vuelve «absoluta» en sentido propio⁴²⁶.

Sin embargo, el jurista de Plettemberg insiste en que «el caso excepcional sigue siendo accesible al conocimiento jurídico, porque ambos elementos —la norma y la decisión— permanecen dentro del marco del Derecho»⁴²⁷. Como indica Giorgio Agamben, el propósito de la construcción teórica schmittiana es en *Teología Política*, como también en *La Dictadura*, «la inscripción del estado de excepción en un contexto jurídico», articulación paradójica que se intenta ahora precisamente a partir de la distinción entre «dos elementos fundamentales del Derecho», la norma y la decisión, siendo el soberano quien, al serle reconocida la potestad de decidir sobre el estado de excepción, «garantiza el anclaje al orden jurídico»⁴²⁸. De este modo, prácticamente el Derecho queda encarnado en el soberano y dependiente de sus decisiones irrestrictas⁴²⁹.

Como quiera que fuere, y más allá de la intención real o sólo aparente de mantener el estado de excepción vinculado al ordenamiento jurídico,

423 Véase Carl Schmitt, *Teología política*, *op. cit.*, p. 23.

424 *Ibíd.*, pp. 23-24.

425 *Ibíd.*, p. 23. Véase también Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, «Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice», *op. cit.*, p. 167.

426 Véase Carl Schmitt, *Teología política*, *op. cit.*, p. 24. Véase también David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, *op. cit.*, p. 39.

427 Véase Carl Schmitt, *Teología política*, *op. cit.*, p. 24.

428 Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, pp. 72 y 74-75.

429 Véase Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución*, *op. cit.*, pp. 145-146.

lo cierto es que la postura de Schmitt cambia de *La Dictadura* a *Teología Política*⁴³⁰, en el lapso de apenas un año. Y ello tanto por desestimar la diferencia clave entre dictadura comisarial y dictadura soberana o revolucionaria, como por acentuar, en términos generales, los rasgos autoritarios de quien debe ejercer los poderes excepcionales, esto es, el presidente del Reich conforme a la Constitución de Weimar.

Es claro que la dictadura comisarial es una institución que el orden constitucional del liberalismo democrático debe valorar, por lo que la crítica schmittiana al descuido liberal de este aspecto resulta justificada⁴³¹. Adicionalmente, esta modalidad dictatorial ofrece ventajas innegables, entre las que cabe contar, ante todo, su propósito de defender la Carta constitucional y por ende su sujeción a ella, pero también la fundamental distinción entre la autoridad que declara la emergencia y aquella otra que recibe los poderes extraordinarios para conjurarla, a lo que debe añadirse su limitación temporal, su carácter fáctico y concreto como «comisión de acción», así como la preservación de controles parlamentarios y jurisdiccionales.

John P. McCormick esquematiza y sintetiza las diferencias entre uno y otro libro schmittiano, lo que se expresa en el siguiente cuadro 4:

Cuadro 4
**Diferencias entre *La Dictadura* y *Teología Política*,
de Carl Schmitt**⁴³²

	<i>La Dictadura</i> (1921)	<i>Teología Política</i> (1922)
Excepción	Peligrosa, no buena; debe ser enfrentada con exactitud técnica y finitud temporal por un dictador comisarial casi carismático bien definido	Peligrosa pero buena, porque brinda una oportunidad para la revivificación; debe ser enfrentada por un dictador soberano definido con ambigüedad
Orden normal	Estado de Derecho; normativamente valioso; digno de ser restaurado	Legalidad formalmente científica; abstracto e inánime; digno de ser restaurado, pero necesitado de revitalización

430 Véase John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*, *op. cit.*, pp. 121 y 133; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, *op. cit.*, p. 35.

431 Véase Carl Schmitt, *La Dictadura*, *op. cit.*, p. 20.

432 Véase John P. McCormick, «The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers», en *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ed. David Dyzenhaus, *op. cit.*, p. 226 (traducción propia).

4.2.2. Schmitt en la Conferencia de Jena de 1924

La importancia del estado de excepción durante la República de Weimar no sólo se expresó en el uso frecuente de la institución, sino también en un acalorado debate jurídico sobre el significado y el alcance del artículo 48 de la Carta Fundamental, en especial, de su párrafo segundo, relativo a los poderes extraordinarios del presidente del Reich para enfrentar las emergencias⁴³³. El párrafo primero, dedicado a la intervención federal en los Lander que incumpliesen sus obligaciones constitucionales o legales, no suscitó tanta polémica, si bien apareció en el proceso «Prusia contra el Reich», como será comentado luego (véase el acápite 2.4.2.4, *infra*).

En abril de 1924, en la ciudad de Jena, se celebró la Primera Conferencia Anual de la Asociación Alemana de Derecho Público, la cual abordó, además del tópico del federalismo, cuyos ponentes fueron Gerhard Anschütz y Karl Bilfinger, la temática de la «dictadura del presidente del Reich», para lo que se encomendó las exposiciones centrales a los profesores Carl Schmitt y Erwin Jacobi⁴³⁴. La controversia no se refirió únicamente a asuntos de orden metodológico o de enfoque teórico general entre positivistas y antipositivistas, sino que apuntó directamente a la cuestión crucial de la concepción de orden constitucional y ejercicio del poder público que subyacía a las dos posturas en juego.

Y es que, tras la oposición entre Carl Schmitt y Erwin Jacobi, de un lado, y Hans Nawiasky, Gerhard Anschütz, Richard Thoma y Fritz Stier-Somlo, del otro, alentaban en verdad diferentes maneras de concebir la Constitución y el ejercicio del poder por las autoridades estatales, en especial, por el presidente de la República. En efecto, la contienda académica ponía de manifiesto, en un extremo de las opiniones, una visión autoritaria del orden constitucional y de los poderes de excepción que el artículo 48 de la Carta confería al presidente, y, en el otro extremo, en marcado contraste con aquella, una concepción democrática de la Constitución y del carácter limitado y sujeto a control de dichos poderes presidenciales de emergencia. Todos quienes intervinieron en el debate, sin embargo, parecen haber estado de acuerdo en la necesidad de que la Norma Fundamental reconociera tales poderes al presidente del Reich⁴³⁵, como mecanis-

433 Véase Frederick M. Watkins, *The Failure of Constitutional Emergency Powers under the German Republic*, *op. cit.*, p. 19.

434 Véase Marc de Wilde, «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar Constitution», *op. cit.*, pp. 135-136; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, p. XLII; Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución*, *op. cit.*, p. 250.

435 Véase Ellen Kennedy, «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution:

mo constitucionalmente legítimo para enfrentar las crisis más graves que amenazaban la continuidad de la nación, habida cuenta de la situación de zozobra política, social y económica que atravesaba la joven República de Weimar y que tantas veces había llevado al presidente Friedrich Ebert a proclamar el régimen de excepción.

La ponencia de Carl Schmitt en Jena llevaba por título «La dictadura del presidente del Reich según el artículo 48 de la Constitución de Weimar» (1924) y, tras *La Dictadura* (1921) y *Teología Política* (1922), las obras teóricas y filosófico-históricas más ambiciosas que Schmitt dedicó a las instituciones de excepción, resulta un trabajo académico acucioso y con un enfoque jurídico-constitucional muy marcado. En línea de continuidad con aquéllos, sus dos libros anteriores, Schmitt propone un entendimiento amplio y ciertamente autoritario de los poderes excepcionales del presidente de la República. Su intención parece haber sido la de asegurar, con argumentos jurídico-constitucionales, la acción del Estado como garante del orden y la tranquilidad ante las crisis que agobiaban a la frágil democracia liberal de Weimar.

En ese momento, el entendimiento prevaleciente en la comunidad jurídica de Alemania sobre los poderes de emergencia presidenciales era la así denominada tesis de la «inviolabilidad de la Constitución»⁴³⁶. Defendida por Richard Grau en una monografía aparecida en 1922, afirmaba que la segunda frase del artículo 48.2, que contenía la enumeración de los derechos fundamentales susceptibles de ser suspendidos, cumplía una función de límite o barrera, de suerte que aquellas cláusulas no mencionadas de manera expresa en dicho artículo no podían ser afectadas por los poderes excepcionales otorgados al presidente del Reich⁴³⁷. En consecuencia, los poderes extraordinarios quedaban restringidos por la «inviolabilidad de la Constitución», salvo en lo que concierne a la suspensión autorizada de las disposiciones constitucionales mencionadas de modo expreso por el segundo párrafo del artículo 48 de la Carta.

Contra esta lectura moderada de las potestades excepcionales del presidente surge la tesis de Schmitt y Jacobi. Se trata, desde luego, de una interpretación amplia de las disposiciones constitucionales, que tiende a

An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.', *op. cit.*, p. 290.

436 Véase Marc de Wilde, «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar Constitution», *op. cit.*, p. 140 (traducción propia).

437 *Ibid.*, pp. 140-141; Ellen Kennedy, «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.'», *op. cit.*, p. 287. Véase también John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, *op. cit.*, p. 175; George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, *op. cit.*, p. 38.

fortalecer la capacidad de acción presidencial⁴³⁸. En tal sentido, Schmitt diferencia entre la primera y la segunda oraciones del artículo 48.2 de la Carta. Como se sabe, la primera frase consagra en términos generales la potestad del presidente de adoptar las medidas que considere necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden quebrantados o amenazados, incluyendo la utilización de las fuerzas armadas. En cambio, la segunda oración del párrafo bajo análisis autoriza la suspensión, bien que solo transitoria, de los derechos allí enumerados. Apelando a la génesis del artículo, que muestra que el segundo párrafo fue añadido al proyecto de Hugo Preuss por una Comisión estatal, Schmitt asevera que la regulación sobre la suspensión de derechos no puede ser una limitación a la facultad general de adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden⁴³⁹. A ello agrega criterios de interpretación literal, sistemática e histórica⁴⁴⁰.

Dicho en otras palabras, para el entonces profesor de la Universidad de Bonn, el presidente del Reich, en virtud de los poderes generales conferidos por la primera frase del artículo 48.2, podía, de ser necesario en un caso concreto, «ir más allá de algunas cláusulas constitucionales sin dejarlas por ello en suspenso»⁴⁴¹. La potestad general de adoptar medidas, recalcará Schmitt, no se veía limitada de ninguna manera por la subsiguiente enumeración de derechos derogables⁴⁴².

La argumentación de Schmitt también acude a la práctica habitual durante la República de Weimar. Y es que, en la ejecución del régimen excepcional en los numerosos casos que ya se habían presentado, era frecuente toparse con medidas que afectaban otras cláusulas constitucionales distintas de los siete derechos enumerados en el artículo 48.2. Era lo que ocurría,

438 Véase Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución*, op. cit., p. 249.

439 Véase Carl Schmitt, «La Dictadura del Presidente del Reich según el Artículo 48 de la Constitución de Weimar», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932* (Madrid: Editorial Tecnos, 2013), pp. 308-310. Sobre la evolución del proyecto de Constitución de Weimar, desde la primera propuesta de Preuss hasta la aprobación del texto final, véase Walter Jellinek, «El Proceso de Elaboración de la Constitución de Weimar», en AA. VV., *La Constitución de Weimar*, op. cit., pp. 98-111.

440 Véase Carl Schmitt, «La Dictadura del Presidente del Reich según el Artículo 48 de la Constitución de Weimar», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., p. 319.

441 *Ibíd.*, p. 310.

442 Véase Marc de Wilde, «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar Constitution», op. cit., pp. 142-143; Ellen Kennedy, «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.'», op. cit., p. 288; George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, op. cit., pp. 38-39.

por ejemplo, con la creación de tribunales extraordinarios, prohibida por el artículo 105 de la Carta, o con las libertades de comercio e industria, previstas en el artículo 151, a menudo intervenidas por el Gobierno en el marco del estado excepcional⁴⁴³.

En cuanto al contenido de los poderes de emergencia, Schmitt insiste en que tal contenido carece de límites, y reitera el ejemplo, ya expuesto en *La Dictadura*, del ministro de justicia Schiffer, quien defendió que «todo es posible» al adoptar las medidas de orden fáctico encaminadas a conjurar la amenaza existencial, a tal extremo que, en su concepto, el presidente del Reich «podría cubrir ciudades con gases venenosos»⁴⁴⁴. No hace falta detenerse en lo desmesuradas que resultan estas afirmaciones, incluso en aquella época de violenta agitación política y severas crisis económicas, como se advierte precisamente de la vigorosa oposición de la mayoría de juristas reunidos en Jena, quienes disintieron de las opiniones de Schmitt y Jacobi⁴⁴⁵.

Schmitt se esfuerza en diferenciar dos conceptos claves: de un lado, la «suspensión» de derechos fundamentales prevista en la segunda parte del artículo 48.2 de la Constitución, que supone eliminar la validez de la norma no sólo para el caso concreto de la autoridad interviniente, sino con alcance general para todos los oficiales públicos que tengan la misma competencia; de otro lado, la adopción de «medidas» que introducen temporalmente una excepción a una norma por vía fáctica y en un caso concreto, determinando así una sustracción a su cumplimiento, pero no su suspensión⁴⁴⁶. Quiere decir entonces, siempre según el destacado jurista contrario al liberalismo y a la democracia parlamentaria, que las potestades generales de la primera parte del artículo 48.2 autorizan a dictar medidas específicas que pueden establecer excepciones a diversas cláusulas constitucionales, más allá de los siete derechos explícitamente enumerados, pero que mantienen incólume la vigencia y valor de la norma.

Así, no es lo mismo suspensión, que tiene efectos temporales de índole general y que sólo puede referirse a los derechos expresamente listados en

443 Véase Carl Schmitt, «La Dictadura del Presidente del Reich según el Artículo 48 de la Constitución de Weimar», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., pp. 298-300.

444 *Ibíd.*, pp. 305-306.

445 Véase Marc de Wilde, «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar Constitution», op. cit., pp. 147-148; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., p. XLIV; Ellen Kennedy, «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.'», op. cit., pp. 287-288.

446 Véase Carl Schmitt, «La Dictadura del Presidente del Reich según el Artículo 48 de la Constitución de Weimar», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., pp. 310-314. Véase también Marc de Wilde, «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar Constitution», op. cit., pp. 143-144.

el artículo 48, y adopción de medidas, pues éstas suponen una excepción concreta que no altera la subsistencia de la norma para otros casos futuros. El jurista de Plettemberg sostendrá, por lo tanto, que tales medidas pueden determinar que el Estado interfiera en todos los derechos fundamentales o en cláusulas de organización de los poderes estatales, con tal de que no se trate de una abolición de naturaleza general. De hecho, el concepto de «medida» que Schmitt utiliza se ajusta al propósito, por él afanosamente perseguido, de favorecer una lectura amplia y casi irrestricta de los poderes presidenciales de excepción.

En efecto, tras recordar que el proyecto de Constitución de Hugo Preuss y el primer proyecto del Gobierno todavía hablaban de «decretos» o «reglamentos»⁴⁴⁷, Schmitt sostiene que lo distintivo de una medida es que la actuación se ve «determinada en su contenido por una situación concreta dada» y en todo ceñida a «una finalidad objetiva», por lo que su contenido ha de cambiar en cada caso⁴⁴⁸. En consecuencia, desde un punto de vista conceptual o teórico, sostiene Schmitt, las sentencias no pueden ser nunca medidas, como tampoco lo son las leyes⁴⁴⁹. Parece, pues, una concesión a los principios del Estado de Derecho. No obstante, con un argumento alambicado que lleva las cosas al extremo de la paradoja o la contradicción, Schmitt precisa poco después que las medidas del artículo 48.2 pueden consistir en la aprobación de «decretos generales» o en la promulgación de «reglamentos» que «operan como leyes», con lo que pasarían por procedimientos jurídicos formales, dejando de ser meras acciones fácticas, y se librarían de la «dependencia inmediata de una situación dada»⁴⁵⁰.

Pese a la alegada ilimitación material de los poderes de excepción del presidente del Reich, defendida por Schmitt también en sus dos libros anteriores, según ha sido indicado en la presente investigación, el profesor alemán considera que el estado de excepción regulado por la Constitución de Weimar es una «dictadura comisarial», por contraste con la «dictadura soberana»⁴⁵¹. Ello se debe a las exigencias propias del Estado de Derecho, que procura que «el presupuesto y el contenido de los poderes dictatoriales

447 Véase Carl Schmitt, «La Dictadura del Presidente del Reich según el Artículo 48 de la Constitución de Weimar», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, p. 336.

448 *Ibid.*, p. 337. Véase también José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, p. XLV.

449 Véase Carl Schmitt, «La Dictadura del Presidente del Reich según el Artículo 48 de la Constitución de Weimar», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, pp. 337-338.

450 *Ibid.*, pp. 338-339.

451 *Ibid.*, p. 326. Véase también Ellen Kennedy, «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.'», *op. cit.*, p. 288; John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, *op. cit.*, p. 176.

estén circunscritos y enumerados típicamente», con lo que asume el criterio fundamental de delimitar las funciones de la autoridad estatal en potestades reguladas como un «sistema de competencias», conforme al principio de división de poderes⁴⁵².

Todavía más, Schmitt reconoce la evolución histórica operada a lo largo del siglo XIX, que fue encontrando medios de delimitación para las figuras del estado de guerra, de sitio y de excepción, lo que trajo como consecuencia que adquirieran el carácter de instituciones jurídicas en sentido propio⁴⁵³. Tal modificación se consiguió al reemplazar la «habilitación general e ilimitada» para tomar las medidas que se juzgara necesarias, por una enumeración más o menos precisa de potestades, las cuales serían las siguientes: «traspaso del poder ejecutivo (es decir, concentración de las competencias ya existentes, sin que estas mismas se ampliaran), posibilidad de suspensión de determinadas cláusulas constitucionales (esto es, ampliación en el contenido de las competencias), derecho de dictar reglamentos jurídicos, agravamientos de las penas y admisión de tribunales de excepción (tribunales militares y consejos de guerra)»⁴⁵⁴.

Llaman mucho la atención estas consideraciones de Schmitt, ya que, en *Teología Política*, su libro publicado dos años antes de la Conferencia de Jena, defendió la tesis contraria, esto es, la tesis de que es imposible la fijación legal previa del supuesto desencadenante de la proclamación del estado excepcional y del contenido de los poderes a otorgar al sujeto habilitado para conjurar la emergencia. Por el contrario, *Teología Política* abrazó sin reservas la opción de admitir que el soberano es quien decide cuándo existe un estado de excepción, con lo que puede asumir poderes no limitados por el ordenamiento jurídico, sin por ello dejar de estar vinculado a él.

La aparente contradicción entre los textos de 1922 y 1924 puede deberse, sin embargo, al hecho de que, en la ponencia de Jena, Schmitt está explorando las restricciones que el Estado de Derecho y su desarrollo histórico imponen sobre el gobierno de crisis. Schmitt descartará tales restricciones como provisoriamente inexistentes en el ordenamiento constitucional weimariano, debido a que, como señala una y otra vez, no había sido aprobada aún la ley prevista en el párrafo quinto del artículo 48 de la Carta, a la cual, según el catedrático de Bonn, se encomendaba el desarrollo preciso de las restricciones correspondientes al modelo de Estado de Derecho⁴⁵⁵.

452 Véase Carl Schmitt, «La Dictadura del Presidente del Reich según el Artículo 48 de la Constitución de Weimar», in *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, p. 326.

453 *Ibíd.*, p. 327.

454 *Ibíd.*

455 *Ibíd.*, pp. 320-321, 327-328, 329-330, 345-346 y 350. Véase también Marc de Wilde, «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar

Como quiera que fuere, es interesante observar que, en «La dictadura del presidente del Reich según el artículo 48 de la Constitución de Weimar», Schmitt admite que la «imagen típica» de la regulación jurídica del estado de excepción en el Derecho Público es aquella en la que los presupuestos y el contenido de los poderes extraordinarios son circunscritos y delimitados, además de estar sujetos a un «control especial» a cargo del Parlamento y los tribunales de justicia⁴⁵⁶. En tal sentido, Schmitt compara la situación legal conforme a la Carta de Weimar con la existente en otros ordenamientos, decantándose sin ambages a favor de la regulación alemana, mucha más amplia e indeterminada, y por ende considerablemente más permisiva con el presidente, en la medida en que reducir los presupuestos a las hipótesis de «guerra» y «rebelión», como ocurría en otros países, acarrearía una estrechez excesiva⁴⁵⁷. Igualmente, recusa una reglamentación detallada de las medidas susceptibles de ser adoptadas por el titular de los poderes extraordinarios, ya que entonces el dictador carecería de suficiente libertad de acción⁴⁵⁸.

También debe ponerse de relieve que entre los límites que Schmitt reconoce al estado de excepción en su ponencia de 1924, todavía declaradamente orientada a la defensa de la Constitución de Weimar, se halla lo que el jurista conservador denominó el «mínimo organizacional intangible» contenido en el artículo 48 del Texto Fundamental. De acuerdo con esta idea, si bien el presidente del Reich podía adoptar toda clase de medidas encaminadas a dominar la emergencia, sin que el listado del párrafo segundo de la cláusula constitucional se erigiera como una barrera limitante, ello en ningún caso podía implicar la afectación de ciertas instituciones fundamentales del orden constitucional, las cuales eran la presidencia del Reich, el Gobierno y el Parlamento⁴⁵⁹. Se deriva de esta característica de intangibilidad el que el titular de los poderes extraordinarios estaba prohibido de alterar sólo estas instituciones, por resultar esenciales al modelo de democracia liberal y parlamentaria consagrado en la Constitución, pero que sí podía hacerlo respecto de las demás entidades públicas contempladas en la Carta.

Como es fácil de imaginar, las tesis de Schmitt (y Jacobi) en Jena fueron objeto de fuertes críticas, habiéndose publicado en los años siguientes al menos dos trabajos importantes cuyos autores fueron Hans Nawiasky

Constitution», *op. cit.*, pp. 144-145.

456 Véase Carl Schmitt, «La Dictadura del Presidente del Reich según el Artículo 48 de la Constitución de Weimar», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, pp. 346 y 348.

457 *Ibíd.*, p. 347.

458 *Ibíd.*

459 *Ibíd.*, pp. 333-336. Véase también George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, *op. cit.*, p. 40; John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, *op. cit.*, p. 176.

y Richard Grau. Estos académicos, presentes también en la Conferencia celebrada en la famosa ciudad universitaria cercana a Weimar, observaron diversos puntos, entre los que destacan: el peligro de diluir el orden constitucional mediante el aumento desmedido de los poderes presidenciales; el entendimiento abusivo de la enumeración de derechos contemplada en el segundo párrafo del artículo 48 de la Carta, como si no impidiera la afectación de otros derechos fundamentales; la ambigüedad del concepto de «medida»; y la admisión de la potestad de afectar aspectos organizativos esenciales que fueran más allá de las instituciones de la presidencia del Reich, el Gobierno y el Parlamento⁴⁶⁰.

Un comentario final debe hacerse sobre la ponencia de Schmitt en Jena. Y es que, más allá de su declarada adhesión al modelo de la dictadura comisarial y al correlativo propósito de defender la Constitución, dicha ponencia deja traslucir su inclinación al otorgamiento de poderes ilimitados al presidente, incluso excediendo el marco constitucional vigente. De hecho, un estudioso de la obra de Schmitt tan relevante como John P. McCormick ha sostenido que, a pesar de que el profesor alemán había ya esencialmente abandonado la noción de «dictadura comisarial» en *Teología Política*, durante los siguientes años de la República de Weimar «todavía trató de mantener la apariencia de ésta [de la dictadura comisarial] en sus escritos»⁴⁶¹. Se explican así algunas de las notorias ambigüedades del texto, ya referidas. No extraña por ello que, al plantear ante los juristas reunidos en Jena que los poderes extraordinarios del presidente del Reich constituían una dictadura comisarial, afirmara a la vez que el mismo diseño de ésta la hacía «bastante extensa» y que, en los hechos, puesto que «no en su fundamentación jurídica», ella en realidad «opera como el residuo de una dictadura soberana de la Asamblea Nacional»⁴⁶².

4.2.3. La admisión de lo negado: los escritos de inicios de la década de 1930

Algunos elementos rechazados u omitidos por Carl Schmitt en sus primeras obras sobre el estado de excepción como ajenos a éste, aflorarán sin embargo en los trabajos que publicó al inicio de la década de 1930. El contexto

460 Véase Marc de Wilde, «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar Constitution», *op. cit.*, pp. 147-153.

461 Véase John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*, *op. cit.*, p. 141 (traducción propia).

462 Carl Schmitt, «La Dictadura del Presidente del Reich según el Artículo 48 de la Constitución de Weimar», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, *op. cit.*, pp. 328-329. Véase también Marc de Wilde, «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar Constitution», *op. cit.*, p. 145; John P. McCormick, «The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers», en *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ed. David Dyzenhaus, *op. cit.*, p. 231.

político había cambiado y corrían entonces los años del período final de la República de Weimar, cuando el Gabinete encabezado por Heinrich Brüning, nombrado en marzo de 1930 por el presidente Paul von Hindenburg, comienza a gobernar mediante decretos emitidos en ejercicio de los poderes extraordinarios otorgados por el artículo 48.2 de la Carta Fundamental, superando al principio la oposición parlamentaria y después echando mano a la disolución del Reichstag por el presidente de la República⁴⁶³. Diversos autores registran este momento como aquel a partir del cual, en los hechos, deja de funcionar el sistema político parlamentario previsto en la Constitución y es reemplazado por un régimen presidencial de excepción⁴⁶⁴.

Ciertos escritos hacen explícita y acentúan la deriva autoritaria de Schmitt que acompaña el creciente uso de los decretos de emergencia en los años finales de la República de Weimar. Tales escritos, que marcarán el tránsito del pensamiento schmittiano sobre los poderes presidenciales de excepción hasta llegar, poco después, a la innoble y desembosada adhesión al régimen nazi, son: «El significado en el Derecho Público del reglamento de necesidad, especialmente su validez jurídica» (1931), *La defensa de la Constitución* (1931) y *Legalidad y legitimidad* (1932).

El primero de estos trabajos es muy significativo, ya que supone un alegato en favor de las acciones del Gobierno encabezado por Brüning para contrarrestar los graves efectos económicos y financieros de la Gran Depresión, a través de decretos de emergencia. Medidas sobre reducción del gasto público, disminución de las remuneraciones de servidores del Estado y aumento de impuestos, entre otras, son adoptadas mediante reglamentos que invocan el artículo 48.2 de la Constitución. Contra lo que había sostenido en 1924, Schmitt acepta ahora un uso expansivo, con afectación de derechos fundamentales, de los decretos de excepción, a los que reconoce fuerza de ley, procurando legitimar como precedente constitucional una práctica manifiestamente irregular⁴⁶⁵.

También en *La defensa de la Constitución*, el pensamiento schmittiano vira hacia la plena admisión del estado de excepción en el ámbito econó-

463 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., pp. 50-53.

464 Véase David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., pp. 23-24; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., pp. 45-46; Ellen Kennedy, «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R.V.'», op. cit., p. 290. Véase también Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, op. cit., p. 44.

465 Véase Carl Schmitt, «El Significado en el Derecho Público del Reglamento de Necesidad, Especialmente su Validez Jurídica», en *Ensayos sobre La Dictadura 1916-1932* (Madrid: Editorial Tecnos, 2013), pp. 361-393. Véase también José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., pp. XLVIII-LII; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., pp. 123-126.

mico y financiero, mediante reglamentos de emergencia con valor o fuerza de leyes, precisamente a la medida de las necesidades del Gobierno Brüning⁴⁶⁶. La lógica es siempre la de fortalecer al presidente como titular del poder y como guardián del orden constitucional, aún en desmedro del rol que al respecto correspondía al Parlamento y a los tribunales de justicia según el diseño de la Carta de Weimar. En tal sentido, Schmitt parte de la teoría del «poder neutral, intermediario y regulador» que expuso Benjamin Constant en el constitucionalismo francés del siglo XIX⁴⁶⁷. Para Schmitt, el «poder neutral» tiene una relevancia especial en el «Estado pluralista de partidos» y el presidente del Reich encuentra en su «fundamento democrático», derivado de su elección mediante sufragio popular, y en su juramento de fidelidad constitucional, previsto en el artículo 42 de la Carta, las bases para la función de defensor del orden constitucional⁴⁶⁸.

Por último, *Legalidad y legitimidad* termina de completar o descubrir la evolución del pensamiento schmittiano sobre el estado de excepción durante la República de Weimar, en tanto plantea la existencia de tres legisladores extraordinarios en la Constitución. El primero es el legislador extraordinario «*ratione materiae*», que es el de la segunda parte de la Carta, la relativa a los derechos y obligaciones fundamentales, que Schmitt considera una segunda Constitución en oposición a la primera, la organizativa, que juzga neutra desde el punto de vista axiológico⁴⁶⁹. El legislador extraordinario por razón de la materia es el que elabora una serie de cláusulas constitucionales que establecen mayorías calificadas y que por ende dificultan su reforma (el legislador constitucional dicta normas jurídicas de carácter material)⁴⁷⁰.

El segundo es el legislador extraordinario «*ratione suprematatis*», cuya significación se halla en la legitimidad plebiscitaria en sustitución de la legalidad del Estado legislativo (el pueblo es quien en última instancia decide por sí mismo, a través de varias modalidades de referéndum y de la creación de leyes mediante plebiscito por iniciativa popular)⁴⁷¹. Y el tercero es el legislador extraordinario «*ratione necessitatis*», cuya relevancia consiste, siempre desde el punto de vista de Carl Schmitt, en que las «medidas» de la Administración (del Estado administrativo) han de suplantarse a las «leyes» del Estado legislativo parlamentario⁴⁷².

466 Véase Carl Schmitt, *La Defensa de la Constitución* (Madrid: Editorial Tecnos, 1983), pp. 187-211.

467 *Ibid.*, pp. 213-215.

468 *Ibid.*, pp. 225, 245 y 250. Véase también Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, *op. cit.*, p. 46.

469 Véase Carl Schmitt, *Legalidad y Legitimidad* (Madrid: Editorial Aguilar, 1971), pp. 59-61. Véase también Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, *op. cit.*, p. 150.

470 Véase Carl Schmitt, *Legalidad y Legitimidad*, *op. cit.*, pp. 63-69 y 109.

471 *Ibid.*, pp. 94-95.

472 *Ibid.*, pp. 106-107. Véase también Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución*, *op. cit.*, pp. 255-256.

Respecto de dicha tercera figura, Schmitt sostiene esta vez que el presidente del Reich, en virtud de los poderes excepcionales conferidos por el artículo 48.2 de la Norma Suprema, es un legislador extraordinario creador de Derecho, en concurrencia con el legislador ordinario del Reich, cuyas normas no sólo operan *praeter legem*, sino además *contra legem*⁴⁷³. El profesor alemán insiste en que se trata de un «comisario ejecutivo», pero a la vez afirma su «vigorosa supremacía», ya que, como propuso en *Teología Política*, tiene la indudable ventaja de decidir con libertad sobre los presupuestos de sus poderes extraordinarios (cuándo hay una situación de peligro para la seguridad y el orden públicos) y sobre su contenido (las medidas a adoptar), pudiendo imponerse sobre el Reichstag, en tanto está habilitado para volver a decretar medidas derogadas por el Parlamento, además de poder crear hechos consumados (como el ajusticiamiento de una persona)⁴⁷⁴.

También defiende Schmitt en *Legalidad y legitimidad* que el legislador extraordinario del artículo 48.2 de la Constitución puede suspender derechos fundamentales, pero además incumplirlos de manera concreta y aún invadir las competencias legislativas de los Lander⁴⁷⁵. Con ello, se tiene que el presidente del Reich puede asimismo afectar las disposiciones orgánicas de la Constitución, de ser necesario, dejando a salvo como «intangible» un «mínimo orgánico»⁴⁷⁶, tesis que ya había expuesto en la ponencia presentada en la Conferencia de Jena de 1924, como ha sido ya indicado en la presente investigación (véase el acápite 2.4.2.2, *supra*).

Yendo más lejos que en sus obras anteriores, Schmitt asevera en *Legalidad y legitimidad* que las medidas que el segundo párrafo del artículo 48 de la Carta de Weimar autoriza a emitir al presidente del Reich no son sólo disposiciones u órdenes, sino también «medidas legislativas»⁴⁷⁷. Incluso, Schmitt proclamará la necesidad de que tales medidas legislativas no sean provisorias, sino permanentes, criterio fundado en la indistinción práctica entre medidas y leyes⁴⁷⁸. En fin, el jurista del estado excepcional termina por justificar una concentración de poderes dictatorial que desdibuja una característica primordial del Estado de Derecho y de la democracia constitucional, con las siguientes palabras:

Para el Estado administrativo, que se manifiesta en su práctica de las medidas, el «dictador» es más adecuado y concuerda mejor con su esencia que un Parlamento separado del Ejecutivo, cuya competencia consiste en

473 Véase Carl Schmitt, *Legalidad y Legitimidad*, op. cit., pp. 107-108.

474 *Ibid.*, pp. 110-111.

475 *Ibid.*, pp. 114-116 y 119.

476 *Ibid.*, pp. 121-122.

477 *Ibid.*, p. 130.

478 *Ibid.*, pp. 133-134.

aprobar normas generales destinadas a regir en lo sucesivo de una manera duradera⁴⁷⁹.

Así, pues, el itinerario intelectual de Schmitt durante los años de Weimar lo lleva, como dice John P. McCormick, a una transformación de conservador «particularmente brillante» a «fascista», en especial, por lo que se refiere a los cambios observables entre su primera obra, *La Dictadura* (1921), y las que la siguieron a partir de *Teología Política* (1922)⁴⁸⁰. Hay que insistir en que la evolución del pensamiento schmittiano sobre el estado de excepción acompaña el paulatino fortalecimiento de la figura presidencial en un contexto político en el que el modelo de República parlamentaria y democrática se debilita en los hechos y va cediendo paso a un régimen presidencialista y autoritario, en el cual el presidente del Reich recurre frecuentemente a los poderes extraordinarios del artículo 48.2 de la Carta y a la repetida disolución e inoperancia del Parlamento. El principal temor de Schmitt era la dictadura revolucionaria de la Rusia soviética, basada en la soberanía popular, y los grupos revolucionarios internos que amenazaban al Estado desde dentro del país⁴⁸¹. Como quiera que fuere, siempre siguiendo a McCormick, debe subrayarse igualmente la necesidad de distinguir la dictadura soberana de la dictadura comisarial, a fin de apreciar tres puntos de especial relevancia: la atención limitada e insuficiente que el constitucionalismo liberal otorga a las emergencias de carácter político; la necesidad de diferenciar entre la noción de soberanía y la institución de los poderes excepcionales en aquellas constituciones que los contemplan; y el deber de realizar una distinción constitucional entre quien decide y quien actúa en las situaciones de crisis⁴⁸².

4.2.4. Los poderes de excepción y la intervención federal sobre Prusia: crisis final de la República de Weimar

Un episodio dramático y de alta significación política y jurídico-constitucional marcó la debacle final de la República de Weimar y estuvo relacionado, precisamente, con el ejercicio de los poderes extraordinarios del presidente del Reich previstos en el artículo 48 de la Constitución. Tal episodio fue la intervención federal en el Land de Prusia, ordenada por Hindenburg a ins-

479 *Ibíd.*, p. 136.

480 Véase John P. McCormick, «The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers», en *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ed. David Dyzenhaus, *op. cit.*, p. 236 (traducción propia).

481 *Ibíd.*

482 *Ibíd.*, p. 237.

tancias del Canciller von Papen, el 20 de julio de 1932⁴⁸³. El pretexto para la invasión de las competencias constitucionales del Gobierno socialdemócrata prusiano, encabezado por Otto Braun, fue la revuelta conocida como el «domingo sangriento de Altona», que tres días antes produjo 18 muertes y un centenar de heridos⁴⁸⁴. Los disturbios violentos, provocados por grupos leales al nazismo en una ciudad obrera y de fuerte presencia política del partido comunista, permitieron a Franz von Papen —quien había hecho firmar el decreto al presidente Hindenburg una semana antes, mientras buscaba una oportunidad para ponerlo en vigor— acusar a las autoridades prusianas de ser incapaces de controlar la seguridad y el orden públicos, y, peor aún, de haberse aliado con las fuerzas comunistas para crear el caos en su lucha por acceder al poder⁴⁸⁵. En opinión del Gobierno federal, la situación era cercana al desencadenamiento de una guerra civil⁴⁸⁶.

Los acontecimientos políticos de ese momento eran, sin duda, especialmente difíciles. En las elecciones al parlamento de Prusia, celebradas el 24 de abril de aquel funesto año de 1932, la socialdemocracia y sus aliados habían perdido la mayoría, asistiendo al ascenso del partido nazi como primera fuerza política y al incremento de los escaños del partido comunista. Anticipándose a tal resultado, la coalición gobernante había aprobado poco antes de los comicios, el 12 de abril, una reforma legal que les permitía retener sus puestos como «Gobierno encargado» hasta que una nueva mayoría pudiera designar al gobierno entrante. Y el 13 de abril, el presidente del Reich, Hindenburg, y el todavía canciller, Brüning, quien recién perdería el puesto a fines de mayo, habían emitido un decreto que prohibía las manifestaciones de los grupos paramilitares nazis (las SA y las SS)⁴⁸⁷, generando

483 Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., p. 46; Frederick M. Watkins, *The Failure of Constitutional Emergency Powers under the German Republic*, op. cit., pp. 103-104; George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, op. cit., p. 15.

484 Véase Leticia Vita, «Los Juristas de Weimar ante la Sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig», en *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: La Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), pp. 31-33; Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism* (Durham y Londres: Duke University Press, 1997), pp. 164-165.

485 Véase David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., pp. 30-31; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 154.

486 Véase Leticia Vita, «Los Juristas de Weimar ante la Sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig», en *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: La Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., p. 33; Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución*, op. cit., p. 257.

487 Las SA eran las «tropas de asalto» nazis, y el término que las designa es la abreviación de la palabra alemana «Sturmabteilung», mientras que las SS eran los «camisas negras», elementos paramilitares que se caracterizaban por esta vestimenta, siendo de notar que la

gran insatisfacción en las filas de éstos⁴⁸⁸. Aquel mismo mes de abril de 1932, Hindenburg venció a Hitler en las elecciones presidenciales de nivel federal, lo que permitió abrigar la esperanza de que la República podía aún sobrevivir, pero la victoria tuvo, pese a todo, un sabor amargo debido a que el resultado obligó a realizar una segunda vuelta en la que los nacionalsocialistas obtuvieron casi 37% de los votos⁴⁸⁹.

Vinculados a grupos conservadores y antidemocráticos, el flamante canciller Franz von Papen y su aliado el general Kurt von Schleicher, procuraron el apoyo del nazismo, por lo que ofrecieron a Hitler convocar a nuevas elecciones al Reichstag y levantar la proscripción de las SA. El Parlamento federal fue disuelto el 4 de junio, a consecuencia del rechazo de una cuestión de confianza. Diez días más tarde, mediante un decreto presidencial, fue levantada la prohibición que pesaba sobre las fuerzas paramilitares del nazismo. Y, poco después, el Gobierno del Reich despojó a los Lander de la potestad de prohibir el uso de uniformes paramilitares en las calles, haciendo nuevas concesiones al Partido Nacional Socialista⁴⁹⁰.

El decreto del 20 de julio, que a la vez determinaba la intervención federal y declaraba el estado de excepción, ha sido considerado por diversos autores como un verdadero «golpe de Estado» contra Prusia⁴⁹¹, el Land más grande y más poblado de Alemania, y de enorme gravitación en la vida nacional, hasta ese momento en manos del Partido Socialdemócrata. La maniobra política que condujo a deponer a las autoridades prusianas

expresión es la abreviatura de la palabra germana «Schutzstaffel»). Véase Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, op. cit., p. 164.

488 Sobre el proceso político en Prusia en el período inmediatamente anterior a la intervención federal de julio de 1932, véase Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, op. cit., p. 164; David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., p. 30.

489 Véase Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 146; David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., p. 25.

490 Sobre las intrigas de Papen y Schleicher con los grupos conservadores y los nazis, así como sobre los hechos que las siguieron, véase Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, op. cit., pp. 164-165; Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución*, op. cit., pp. 256-258.

491 Véase Leticia Vita, «Los Juristas de Weimar ante la Sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig», en *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: La Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., p. 30; David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., pp. 28 y 30; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en *Carl Schmitt, Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., p. LIV.

estuvo orientada, al menos en parte, a contentar al Partido Nacional Socialista⁴⁹². Dada su indiscutible importancia, conviene citar el texto del decreto en toda su integridad:

En virtud de lo dispuesto en el artículo 48.1 y 2 de la Constitución del Reich, y a fin de restablecer el orden y la seguridad pública en el territorio del Land de Prusia dispongo lo siguiente:

Art. 1. Durante el período de vigencia de esta ordenanza el Canciller del Reich es designado Comisario del Reich en el Land de Prusia. En calidad de tal el mismo podrá privar de sus cargos a los ministros del Gobierno prusiano. Igualmente estará facultado para asumir él mismo las competencias del Gobierno prusiano, así como para confiar a otras personas la dirección de los ministerios prusianos como comisarios del Reich. El Canciller del Reich goza de todas las competencias del presidente del Gobierno prusiano; las personas en quien éste confíe la dirección de los ministerios prusianos gozan de todas las competencias de los ministros prusianos, en el marco de las competencias que les sean encomendadas. El Canciller del Reich y las personas en quienes él confíe la dirección de los ministerios prusianos ejercen las competencias del Gobierno de Prusia.

Art. 2. Esta ordenanza entra en vigor el mismo día de su publicación⁴⁹³.

Ante la intervención, las autoridades prusianas y los dirigentes del Partido Socialdemócrata desestimaron oponer resistencia por la fuerza y adoptaron una estrategia legal⁴⁹⁴. En consecuencia, interpusieron una demanda ante el Tribunal Estatal creado por la Constitución de 1919, cuya competencia se extendía a dirimir conflictos entre el Gobierno Federal y algún Estado Federado o entre distintos Estados Federados. Con sede en la ciudad de Leipzig, no muy lejos de Berlín, el Tribunal Estatal estaba conformado por el presidente del Tribunal Supremo, Erwin Bumke (quien se mantendría en el cargo durante el nazismo); tres otros jueces supremos, Triebel, Schmitz y Schwalb; y tres jueces del Tribunal Supremo Administrativo, Müller, Gumbel y Striegel. Se trataba, pues, de un Tribunal

492 Véase Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., pp. 152-154.

493 Véase Pedro Cruz Villalón, *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987), p. 160 (nota 269).

494 Véase David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., pp. 30-31; Leticia Vita, «Los Juristas de Weimar ante la Sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig», en *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: La Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., pp. 29-30 y 35. Véase también Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 157; Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, op. cit., p. 119.

compuesto por jueces provenientes de otros órganos jurisdiccionales⁴⁹⁵ y, por cierto, de fuerte impronta conservadora⁴⁹⁶.

El caso «Prusia contra el Reich» fue célebre desde el comienzo debido a su alta relevancia política y jurídico-constitucional. Cuatro demandas fueron acumuladas: la del Gobierno prusiano, unido con los representantes del Parlamento local, todos militantes del Partido Socialdemócrata Alemán y del Partido Centro (católico); la del jefe de Gobierno de Prusia, Otto Braun, y los ministros depuestos por el decreto de excepción; y las de los Lander de Baviera y Baden, que se encontraban en situación semejante a Prusia, pues también contaban con Gobiernos interinos, ante la imposibilidad de que las coaliciones parlamentarias formaran una mayoría en condiciones de nombrar Gobierno conforme a la Constitución vigente⁴⁹⁷. Juristas de gran reputación se alinearon con una y otra parte. Así, defendieron a Prusia Arnold Brecht, reconocido funcionario, y los profesores Friedrich Giese y Gerhard Anschütz, mientras que el Partido Socialdemócrata fue representado por Hermann Heller, y el Partido Centro por el profesor Hans Peters; entre los abogados de Baviera estuvieron los catedráticos Hans Nawiasky y Theodor Maunz; la defensa del Reich fue encomendada a los profesores Carl Schmitt, Erwin Jacobi y Carl Bilfinger⁴⁹⁸.

Al inicio del proceso, fue presentada una solicitud de medida cautelar con el propósito de revocar o suspender las decisiones tomadas por el Comisario nombrado para Prusia, en un intento por reponer las cosas al estado anterior a la intervención⁴⁹⁹. No obstante, tan pronto como el 25

495 Véase Leticia Vita, «Los Juristas de Weimar ante la Sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig», en *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: La Sentencia que Enfentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., p. 37.

496 Véase Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, op. cit., p. 168; Leticia Vita, «Los Juristas de Weimar ante la Sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig», en *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: La Sentencia que Enfentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., pp. 38-42. Véase también David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., p. 35 (nota 86). Sobre el conservadurismo de los jueces durante la República de Weimar, en términos generales, véase Ingo Müller, *Los Juristas del Horror* (Bogotá: Librería Jurídica Álvaro Nora, 2009), pp. 21-27 y 62-65; Hermann Heller, «¿Estado de Derecho o Dictadura?», en *Escritos Políticos* (Madrid: Alianza Editorial, 1985), pp. 288-289.

497 Véase Tribunal Estatal para el Reich Alemán, «Sentencia de Fondo del Tribunal Estatal del 25 de Octubre de 1932 ("Prusia Contra Reich")», en ed. Leticia Vita, *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: la Sentencia que Enfentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), pp. 115-117.

498 Véase Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución*, op. cit., p. 259; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 160; John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, op. cit., pp. 167-168.

499 Véase Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 157.

de julio de 1932, el Tribunal desestimó esta pretensión, con el argumento de que hacía falta un debate más completo sobre las causas del decreto de excepción, al que los jueces añadieron que no existía peligro en la demora⁵⁰⁰. Asimismo, la decisión jurisdiccional sostuvo que un pronunciamiento en el sentido solicitado suponía un adelanto de opinión sobre el fondo de la controversia, algo vedado a esa altura del litigio⁵⁰¹.

Los demandantes cuestionaron que existieran las condiciones objetivas de aplicación de los párrafos primero y segundo del artículo 48 de la Carta. Por lo tanto, impugnaban como carentes de sustento constitucional las decisiones del Comisario del Reich y de los demás comisarios nombrados en sustitución de los ministros prusianos, quienes habían sido destituidos. Prusia alegó igualmente que había cumplido con lealtad sus obligaciones constitucionales, de suerte que la intervención ordenada en el decreto del 20 de julio resultaba del todo injustificada.

Asimismo, los demandantes afirmaron que los poderes atribuidos por el artículo 48, tanto en su primer párrafo como en el segundo, debían ser compatibles con el carácter federal de la organización del Estado, encontrando una barrera infranqueable en las estructuras constitucionales del federalismo, incluyendo la representación en el Reichsrat, afectada por mandato del comisario von Papen. Finalmente, los demandantes acusaron al Gobierno federal de emitir el decreto de emergencia no por las causas y finalidades previstas en la Norma Fundamental, sino como resultado de acuerdos políticos con el Partido Nazi, dirigidos a despojar al Partido Socialdemócrata del poder en Prusia⁵⁰².

El Reich, a su turno, sostuvo que las exigencias contenidas en los párrafos primero y segundo del artículo 48 habían sido cumplidas, pasando a formular una objeción de orden procedimental: Baviera y Baden, lo mismo que los Partidos Socialdemócrata y de Centro, carecían de legitimación activa, en la medida en que no eran los directamente afectados. A ello añadió dos argumentos sustantivos, a saber, consideró que la situación vivida era evidentemente de guerra civil y además el Gobierno del Land era cómplice, ya que ni el presidente del Estado Federado de Prusia ni el ministro del

500 Véase Leticia Vita, «Los Juristas de Weimar ante la Sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig», en *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: La Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., p. 56.

501 Véase David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., p. 31.

502 Véase las pretensiones de los demandantes en Tribunal Estatal para el Reich Alemán, «Sentencia de Fondo del Tribunal Estatal del 25 de Octubre de 1932 ("Prusia Contra Reich")», en ed. Leticia Vita, *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: la Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., pp. 119-135. Véase también Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., pp. 163-164; Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, op. cit., p. 165.

Interior habían actuado con imparcialidad ante los disturbios, habiéndose mostrado más bien a favor de los comunistas y en contra de los nacionalsocialistas. Según el Gobierno del Reich, Prusia había dejado de lado el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, al no reprimir los actos de violencia que el Gobierno federal atribuía a los miembros del Partido comunista⁵⁰³.

La sentencia definitiva del Tribunal Estatal, emitida el 25 de octubre de 1932 —ciertamente, demasiado tarde para una eventual enmienda de los actos realizados mediante el decreto del 20 de julio y con fundamento en él—, agrupó las peticiones de los demandantes en tres rubros: 1) las cuestiones relativas a la constitucionalidad del decreto; 2) las referidas a las medidas autorizadas o prohibidas por el artículo 48 de la Carta; 3) las vinculadas con el supuesto incumplimiento de deberes por parte del Land de Prusia⁵⁰⁴.

El segundo punto fue descartado por el Tribunal, debido a que se trataba de una cuestión abstracta. Los jueces sostuvieron que las controversias contempladas en el artículo 19 de la Constitución, regulatorio de la competencia del órgano jurisdiccional, debían versar sobre asuntos concretos, no sobre cuestiones meramente hipotéticas, futuras o abstractas⁵⁰⁵. Así, el Tribunal rehusó pronunciarse en general sobre las potestades y los límites que derivaban del artículo 48 de la Carta. De otro lado, el tercer punto, el referido al supuesto incumplimiento de sus deberes por Prusia, fue considerado por los jueces como no probado. De esta manera, la sentencia desestimó como infundadas las alegaciones del Reich en el sentido de que se hubiera configurado el supuesto de hecho del primer párrafo del artículo 48, regulatorio de la «intervención federal»⁵⁰⁶.

El Tribunal se concentró, en consecuencia, en la determinación de la constitucionalidad del decreto de excepción a la luz del párrafo segundo del artículo 48 de la Carta weimariana. En tal sentido, los jueces consideraron que tal constitucionalidad resultaba evidente, ya que la alteración

503 Véase los argumentos del Gobierno federal en Tribunal Estatal para el Reich Alemán, «Sentencia de Fondo del Tribunal Estatal del 25 de Octubre de 1932 (“Prusia Contra Reich”)», en ed. Leticia Vita, *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: la Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., pp. 135-136, 139-140 y 152-157. Véase también Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., pp. 161-163; Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, op. cit., p. 165.

504 Véase Tribunal Estatal para el Reich Alemán, «Sentencia de Fondo del Tribunal Estatal del 25 de Octubre de 1932 (“Prusia Contra Reich”)», en ed. Leticia Vita, *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: la Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., pp. 157-158.

505 *Ibíd.*, pp. 158-159.

506 *Ibíd.*, pp. 168-170 y 173.

de la seguridad y el orden públicos era también muy clara⁵⁰⁷. A la vez, el máximo órgano jurisdiccional afirmó que no estaba probada una supuesta desviación en el ejercicio de los poderes extraordinarios, bajo la forma de un pacto del Gobierno federal con los nazis, como tampoco lo estaba un exceso en el uso de dichos poderes, en razón de que las acciones del Comisario se ceñían a las atribuciones concedidas por el decreto, hallándose dentro del ámbito de la discrecionalidad del Ejecutivo⁵⁰⁸.

Como se puede apreciar, la sentencia interpreta de manera amplia las potestades del presidente conforme al artículo 48.2 de la Constitución, otorgando una gran margen de maniobra discrecional al Ejecutivo. Conforme a este entendimiento laxo, el Tribunal sólo puede revisar los poderes de emergencia en caso hubiese un exceso respecto de lo autorizado por el decreto de excepción. Sin embargo, el fallo sí señala ciertos límites a la decisión del presidente y a la acción del Comisario del Reich, y es que en ningún supuesto cabe violentar el principio federal contenido en la Constitución⁵⁰⁹. Queda claro entonces que la sentencia intenta un equilibrio entre las posiciones en disputa, pues otorga la razón a Prusia en cuanto a la prohibición de reemplazo de sus representantes en el Reichrat, pero al mismo tiempo convalida la intervención de emergencia y la sustitución del Gobierno del Land hasta el restablecimiento de la seguridad y el orden perturbados⁵¹⁰.

En definitiva, la sentencia mantuvo el estatus creado por la intervención federal y el nombramiento de von Papen como Comisario del Reich en Prusia; como consecuencia, el Partido Socialdemócrata ya no recuperó el poder en el Land prusiano y el ascenso del nazismo al Gobierno federal fue a partir de entonces indetenible⁵¹¹.

507 *Ibíd.*, p. 174.

508 *Ibíd.*, pp. 175-178.

509 *Ibíd.*, pp. 177-180. Véase también Leticia Vita, «Los Juristas de Weimar ante la Sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig», en *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: La Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., p. 62; Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, op. cit., p. 167.

510 Véase Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución*, op. cit., p. 259; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 165; John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, op. cit., p. 168; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., p. IV.

511 Véase Leticia Vita, «Los Juristas de Weimar ante la Sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig», en *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: La Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., pp. 63-64; David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., p. 36; Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, op. cit., pp. 167-168.

Debe hacerse todavía un comentario final sobre los argumentos jurídico-constitucionales en disputa ante el Tribunal de Leipzig, en particular, por lo que se refiere al contraste entre la postura defendida por Hermann Heller, consejero legal del Partido Socialdemócrata, y lo sostenido por Carl Schmitt, abogado del Reich. En efecto, en un artículo publicado poco antes del juicio de octubre de 1932, en el cual expone sus principales argumentos —más tarde reiterados y desarrollados ante el Tribunal de Leipzig⁵¹²—, Heller sostiene que no se cumplían las exigencias jurídicas y fácticas para la aplicación del artículo 48 de la Constitución de 1919, de tal suerte que el decreto de 20 de julio incurría en un «abuso en las formas» que lo hacía inconstitucional⁵¹³.

Heller no controvierte la legitimidad de las potestades de excepción del presidente, sino que ataca la concepción de dichos poderes como ilimitados y afirma que el Tribunal Estatal posee la competencia jurídica para examinar el cumplimiento de los requisitos del artículo 48 de la Carta⁵¹⁴. Para el defensor del Partido Socialdemócrata, el Comisario von Papen se excedió en sus atribuciones, debido a que existían otras medidas alternativas, tales como convocar a una audiencia previa en la que el Gobierno federal y Prusia pudieran deliberar acerca de si efectivamente el Land había incumplido sus deberes; igualmente, era posible seguir el procedimiento previsto en el artículo 15 de la Constitución, conforme al cual el Reich contaba con el poder de inspección en los Lander, estando facultado para emitir instrucciones generales y para enviar comisarios. Esta misma cláusula constitucional obligaba a los Lander a subsanar deficiencias en la ejecución de las leyes del Reich, pudiendo cualquiera de las partes someter una eventual discrepancia al Tribunal Estatal⁵¹⁵.

Para Hermann Heller, el párrafo primero del artículo 48 fue usado por el Reich de manera desproporcionada, ya que existían otras medidas idóneas y menos gravosas para lograr la misma finalidad⁵¹⁶.

En lo que atañe al segundo párrafo de la cláusula constitucional sobre el estado de excepción, Heller considera que tampoco se cumplían los

512 Véase Leticia Vita, «Los Juristas de Weimar ante la Sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig», en *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: La Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., pp. 66-67.

513 Véase Hermann Heller, «¿Ha Procedido el Reich Constitucionalmente?», en ed. Leticia Vita, *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: la Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), pp. 191 y 195.

514 *Ibíd.*, pp. 187-188.

515 Véase Leticia Vita, «Los Juristas de Weimar ante la Sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig», en *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: La Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., p. 68 (incluyendo la nota 73).

516 Véase Hermann Heller, «¿Ha Procedido el Reich Constitucionalmente?», en ed. Leticia Vita, *Prusia Contra el Reich ante el Tribunal Estatal: la Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, op. cit., p. 190.

requisitos previstos por el constituyente. En especial, sostiene que las medidas adoptadas por el Gobierno federal vulneran los límites constitucionales, ya que no son necesarias, alteran el mínimo organizativo de la Norma Fundamental y no respetan la enumeración taxativa de derechos fundamentales susceptibles de suspensión, a lo que agrega que las medidas no pueden ser de carácter permanente, sino meramente temporal, para estar en consonancia con la naturaleza del estado de excepción⁵¹⁷.

El alegato final de Carl Schmitt ante el Tribunal de Leipzig en defensa del Gobierno federal insistirá en la constitucionalidad del Gobierno del Land mediante comisarios nombrados en ejercicio de los poderes extraordinarios del artículo 48 de la Constitución⁵¹⁸. Para Schmitt los partidos políticos devienen en amenazas para la seguridad y el orden público, así como para el cumplimiento cabal de los deberes del Estado federado ante el Reich⁵¹⁹. En esta ocasión, Schmitt admite que el Tribunal Estatal tiene encomendada la tarea de proteger la Constitución, pero plantea que tal tarea se reduce a los aspectos formales, pues no puede afectar «la toma de decisiones políticas esenciales», aspecto en el que el verdadero protector de la Constitución es más bien el presidente del Reich, máxime si le están concedidos los poderes extraordinarios del artículo 48, convirtiéndose en el verdadero «protector político de la Constitución»⁵²⁰.

Parece claro que la argumentación de Heller iba en consonancia con la auténtica naturaleza del constitucionalismo democrático y social recogido en la Carta de Weimar. Lamentablemente, tal argumentación, que reclamaba el respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad, fue dejada de lado por el Tribunal. Hay que reiterar que, aunque la sentencia procuró brindar una solución equilibrada al caso extremo de Prusia contra el Reich, sus efectos prácticos fueron la consolidación del Gobierno federal, con exclusión del régimen socialdemócrata de Prusia, marcando la debacle final de la República de Weimar⁵²¹. Tres meses después de la emisión del fallo, el Gabinete encabezado por Kurt von Schleicher —que sucedió a inicios de diciembre al presidido por Franz von Papen⁵²²— también dimitiría obli-

517 *Ibíd.*, p. 193.

518 Véase Carl Schmitt, «Discurso de Clausura ante el Tribunal Estatal en Leipzig», en ed. Leticia Vita, *Prusia contra el Reich ante el Tribunal Estatal: la Sentencia que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), pp. 199-201.

519 *Ibíd.*, pp. 204-205.

520 *Ibíd.*, pp. 206-207.

521 Véase Frederick M. Watkins, *The Failure of Constitutional Emergency Powers under the German Republic*, *op. cit.*, p. 107.

522 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 57; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, *op. cit.*, p. 184.

gado por las circunstancias del avance ya irresistible del Partido nazi. El presidente Hindenburg nombraría a Adolf Hitler Canciller del Reich el 30 de enero de 1933⁵²³, con lo que, en palabras de Ellen Kennedy, «el constitucionalismo liberal dejó de existir en Alemania»⁵²⁴.

4.3. Carl Schmitt y los poderes de excepción bajo el régimen nazi

Una vez que Hitler accede al poder, se mueve con rapidez en dirección al aniquilamiento de las instituciones republicanas y constitucionales. Tan pronto como el 28 de febrero de 1933, el presidente Hindenburg, instado por su nuevo primer ministro, emite el así denominado «Decreto para la Protección del Pueblo y del Estado», tomando como pretexto el incendio del edificio del Parlamento (el «Reichstag»), ocurrido el día anterior y que fuera atribuido a miembros del Partido Comunista⁵²⁵.

Así, el Decreto invoca el artículo 48.2 de la Constitución como «una medida defensiva contra los actos de violencia comunista que amenazan al Estado», y suspende los derechos fundamentales autorizados para ello bajo estado de excepción, tales como la libertad personal, la libertad de expresión y de prensa, las libertades de reunión y de asociación, entre otros⁵²⁶. A la vez, el Decreto suprimió los límites ordinarios establecidos sobre las investigaciones policiales y otorgó al Gobierno federal la potestad de anular las leyes de los Lander, así como la atribución de destituir y reemplazar a las más altas autoridades de los Estados federados⁵²⁷. Construía, pues, una dictadura férrea tras la estela dejada por la sentencia del Tribunal de Leipzig en el caso «Prusia contra el Reich».

El Decreto se mantuvo en vigor a todo lo largo del Tercer Reich, de suerte que el régimen nazi, como advierte Giorgio Agamben, bien puede ser considerado, desde una perspectiva jurídica, como «un estado de excepción que duró doce años»⁵²⁸. La deriva desde un gobierno presidencia-

523 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 59; David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., p. 26; John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, op. cit., p. 169.

524 Véase Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La Quiebra de una Constitución*, op. cit., p. 261.

525 Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., p. 25; David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., p. 27 (incluyendo la nota 65); Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 196.

526 Véase el «Decreto del presidente del Reich para la Protección del Pueblo y del Estado» en el sitio web de la Enciclopedia del Museo Memoria del Holocausto, de los Estados Unidos de América, en: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/reichstag-fire-decree> (traducción propia).

527 *Ibíd.*

528 Véase Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., p. 25. Véase también Michael

lista en los hechos, que prescindía del Parlamento y fundaba su acción política en los poderes de excepción que la Carta habilitaba —fue la característica de los Gabinetes Brüning, von Papen y von Schleicher—, hacia el Estado totalitario del nazismo, no puede sino ser observada con hondo pesar.

Culminaba así una evolución política e institucional que acarreó la destrucción de las estructuras republicanas y democráticas establecidas por la Constitución de Weimar. Las similitudes entre las medidas adoptadas con ocasión del golpe de Estado contra Prusia, en julio de 1932, y las medidas que el régimen nazi comenzaría a imponer, de manera vertiginosa en su ruta hacia el Estado totalitario, a partir del Decreto del incendio del Reichstag, muestran que el abuso de los poderes extraordinarios, que tiende a la normalización de la emergencia, difícilmente puede contener su curso degenerativo y acaba por erosionar de manera irremediable los fundamentos mismos de la democracia constitucional.

Al respecto, debe resaltarse que, tras la aprobación de la Ley de Habilitación del 24 de marzo de 1933, que amplió los poderes legales del Gobierno yendo más allá del marco constitucional⁵²⁹, Carl Schmitt fue convocado por Papen y jugó un rol destacado como integrante del Comité que redactó la ley que cambiaría la relación entre el Ejecutivo federal y los Lander. La ley, en efecto, legalizaría el copamiento y control del nazismo sobre los gobiernos de los Estados federados, y marcó un «punto de inflexión» en la vida y en el desarrollo profesional de Schmitt, habiendo sido su «primer acto de colaboración» con el Tercer Reich⁵³⁰.

Durante los años de la República de Weimar, Carl Schmitt estaba muy lejos de apoyar las propuestas del partido nazi. Por el contrario, su compromiso político con los grupos conservadores lo llevó a adoptar una postura crítica del Partido Nacionalsocialista, lo mismo que del Partido Comunista⁵³¹. Pese a su concepción antiliberal y antidemocrática expuesta ya en los años de Weimar, Schmitt se esforzó en sus obras de entonces por defender la Constitución de 1919, bien que desde una perspectiva autoritaria. La llegada de Hitler al poder, sin embargo, produjo un cambio radical. Y el teórico de la excepción, el defensor del decisionismo

Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, op. cit., p. 45.

529 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 59; David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, op. cit., p. 27; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., pp. LV-LVI.

530 Véase Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 199 (traducción propia).

531 *Ibid.*, pp. 195-196. Véase también David Dyzenhaus, «Introduction: Why Carl Schmitt?», en ed. David Dyzenhaus, *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, op. cit., p. 2; Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, op. cit., pp. 66-67; Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, op. cit., p. 125.

presidencial como la mejor opción para la protección del Estado y para la garantía de la unidad nacional, se rindió ante los nuevos dueños del poder. Confirmando su facilidad de adaptación a las circunstancias políticas prevalecientes en cada oportunidad, Schmitt se inscribió en el Partido Nazi el 1o de mayo de 1933, la misma fecha en que lo hizo Martin Heidegger⁵³², y pronto comenzó a colaborar con el régimen a través de una serie de artículos y documentos.

A pesar de su pasado dudoso, Schmitt contó con el favor de jerarcas del nazismo como Hermann Göring y Hans Frank y pronto alcanzó puestos encumbrados, tales como consejero de Estado en Prusia, editor del *Diario de los Juristas Alemanes*, inspector de profesores del Reich en la Asociación de Guardianes del Derecho Nationalsocialista⁵³³. Se convirtió, pues, en el «jurista de la Corona del Tercer Reich», como lo llamó el emigrado judío Waldemar Gurian, uno de sus críticos más tenaces⁵³⁴. Hacia 1937, empero, perdería su posición privilegiada como consecuencia de las luchas intestinas en el mundo de los juristas nazis, muchos de los cuales lo envidiaban y no le perdonaban su anterior cercanía a conservadores que añoraban el régimen guillermino, como von Papen y von Schleicher, los dos últimos cancilleres antes del ascenso de Hitler al cargo de primer ministro, así como tampoco le perdonaban haber frecuentado a notables intelectuales de origen judío⁵³⁵.

Hasta antes de su debacle, Schmitt se esmeró por ocupar puestos destacados en el aparato legal del nazismo y devino en activo difusor de las teorías legales oficialistas, incluyendo manifestaciones antisemitas extremas y, desde luego, la defensa del uso desmedido de los poderes de excepción. El caso más radical de esto último, revelador de la abyección en la que cayó una de las mentes más lúcidas del pensamiento conservador y reaccionario de la Alemania del siglo XX, es sin duda el artículo «El Führer defiende el Derecho». En efecto, se trata de una apología de la masacre conocida como «la Noche de los Cuchillos Largos», en la que tropas leales al régimen, en cumplimiento de órdenes dictadas por Hitler, asesinaron a

532 Véase Ingo Müller, *Los Juristas del Horror*, op. cit., p. 65; Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, op. cit., pp. 41 y 66; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 204.

533 Véase Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, op. cit., pp. 53, 72, 89 y 115; Ingo Müller, *Los Juristas del Horror*, op. cit., p. 65; Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, op. cit., p. 125.

534 Véase Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, op. cit., p. 104. Véase también John Finn, *Constitutions in crisis: political violence and the rule of law*, op. cit., p. 177.

535 Véase George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, op. cit., pp. 138-141; Michael Head, *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*, op. cit., pp. 128-129; Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, op. cit., pp. 114-118; Carlo Angelino, *Carl Schmitt Sommo Giurista del Führer* (Génova: Il Melangolo, 2006), p. 11.

Ernst Röhm, el jefe de las SA, y a decenas de sus seguidores, añadiéndose a la lista de víctimas determinadas figuras del conservadurismo, como el ex primer ministro Kurt von Schleicher, a quien Schmitt sirvió como asesor legal, y su esposa, así como Erich Klausener, presidente de la Acción Católica en Berlín, entre otros⁵³⁶.

Los crímenes, cometidos durante tres días infames, fueron explicados y defendidos por Hitler en un discurso pronunciado ante el Parlamento el 13 de julio de 1934, en el que presentó como válida la escueta ley retroactiva que les procuraba una inaceptable cobertura jurídica, en los siguientes términos: «Las medidas ejecutadas el 30 de junio y el 1 y 2 de julio para la represión de los atentados de alta traición son conformes a Derecho en defensa del Estado»⁵³⁷.

Pese a la evidente violación de los más elementales principios jurídicos, Carl Schmitt, a diferencia de cualquier otro jurista de renombre, se apresuró a justificar la acción del jefe supremo. Sostiene Schmitt: «El Führer custodia el Derecho frente a quien abusa de él del peor modo cuando, en el momento del peligro, en fuerza de su posición de guía como jefe supremo de la justicia, crea inmediatamente Derecho», y agrega en seguida que «el verdadero Führer es siempre también juez»⁵³⁸.

Continúa el filósofo de Plettenberg señalando que la acción del Führer ha sido «un genuino acto de jurisdicción», el cual «no está sometido a la justicia», sino que «es él mismo justicia suprema»⁵³⁹. Más adelante, tras respaldar la concentración de todos los poderes en manos del líder, diferenciando este régimen del Estado de Derecho liberal, afirma que tanto el contenido como la extensión con la que actúa «son determinados por el mismo

536 Véase George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, op. cit., p. 130; Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, op. cit., p. 84; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., pp. 212-213.

537 Véase José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., p. LVII. Véase también George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, op. cit., p. 131; Carlo Angelino, *Carl Schmitt Sommo Giurista del Führer*, op. cit., p. 12.

538 Véase Carl Schmitt, «Il Führer Custode del Diritto», en Carlo Angelino, *Carl Schmitt Sommo Giurista del Führer* (Génova: Il Melangolo, 2006), p. 23 (traducción propia).

539 *Ibid.*, p. 24 (traducción propia). Véase también David Dyzenhaus, «Introduction: Why Carl Schmitt?», en ed. David Dyzenhaus, *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, op. cit., p. 3; Ingo Müller, *Los Juristas del Horror*, op. cit., p. 67; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., pp. LVII-LVIII; Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, op. cit., pp. 84-87. Véase también Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., pp. 216-218; George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, op. cit., pp. 131-132.

Führer»⁵⁴⁰. Y remata el artículo recalcando que el Estado alemán de ese momento «posee la fuerza y la voluntad de distinguir los amigos de los enemigos», de modo que es necesario prepararse para las «grandes batallas espirituales» en las que ha de reafirmarse un presunto «justo Derecho»⁵⁴¹.

Hannah Arendt restó importancia a la participación de algunos destacados intelectuales en los regímenes totalitarios como el nazi y el soviético, y opinó que las acciones u omisiones de «estos hombres desesperados del siglo XX» no ejercieron ninguna influencia relevante en el totalitarismo, aunque desempeñaran «cierto papel» para que, al inicio, el mundo se viera obligado a «tomar en serio sus doctrinas»⁵⁴². Según la notable filósofa, antes de que los regímenes totalitarios cometieran sus «mayores crímenes» ya se habían deshecho de los grupos de simpatizantes que mostraran una genuina creatividad intelectual, espiritual y artística, considerada peligrosa para el totalitarismo⁵⁴³. Por su parte, Ernst-Wolfgang Böckenförde ha propuesto estudiar la obra de Carl Schmitt separándola de su persona para una comprensión de su teoría legal y constitucional⁵⁴⁴.

No obstante, parece claro que el mejor entendimiento de las tesis jurídicas de Carl Schmitt sobre el estado de excepción durante la República de Weimar y el nazismo reclama una consideración detenida de las conexiones entre sus obras y su conducta como actor político⁵⁴⁵. Y es que, hasta cierto punto, la radicalización de su pensamiento sobre los poderes de emergencia, que acompaña al cambio en sus diversos compromisos políticos, muestra también la ruta de la erosión y el deterioro final de la República democrática y social de Weimar, y su hundimiento en la demencial vorágine del totalitarismo nazi, con su terrible designio de que «lo imposible es posible» y su «presunción central» de que «todo es posible»⁵⁴⁶.

Es, ciertamente, lamentable la falta de arrepentimiento de Schmitt por su actuación pública durante el Tercer Reich y su pretensión de refugiarse en el silencio⁵⁴⁷, retirado ya de la enseñanza universitaria tras la finaliza-

540 Véase Carl Schmitt, «Il Führer Custode del Diritto», en Carlo Angelino, *Carl Schmitt Sommo Giurista del Führer*, op. cit., p. 26 (traducción propia).

541 *Ibid.*, p. 29 (traducción propia).

542 Véase Hannah Arendt, *Los Orígenes del Totalitarismo* (Madrid: Alianza Editorial, 2013), p. 472.

543 *Ibid.*

544 Véase Ernst-Wolfgang Böckenförde, «The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory», en ed. David Dyzenhaus, *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism* (Durham y Londres: Duke University Press, 1998), p. 37.

545 Véase David Dyzenhaus, «Introduction: Why Carl Schmitt?», en ed. David Dyzenhaus, *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, op. cit., p. 3.

546 Véase Hanna Arendt, *Los Orígenes del Totalitarismo*, op. cit., pp. 535 y 576.

547 Véase Carl Schmitt, *Ex Captivitate Salus* (Madrid: Editorial Trotta, 2010), pp. 67 y 69. Véase también Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., p. 273; Ingo Müller, *Los Juristas del Horror*, op. cit., p. 69.

ción de la Segunda Guerra Mundial, en su residencia de Plettemberg (su «San Casciano», según le gustaba decir, evocando al Nicolás Maquiavelo desterrado por los Medicis)⁵⁴⁸. Ante los fiscales de las fuerzas aliadas vencedoras que lo interrogaron en Nuremberg, Schmitt se defendió diciendo que era sólo un jurista y profesor universitario preocupado por la ciencia del Derecho, y que no participó en el establecimiento de las políticas nazis que llevaron a la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad⁵⁴⁹. Sin embargo, los hechos lo desmienten. En lo que concierne a la presente investigación, jugó un rol relevante en la justificación jurídica del empleo desmesurado de los poderes extraordinarios del presidente del Reich para la destrucción de la República y su orden constitucional, y en la subsiguiente afirmación del infame régimen nazi.

4.4. El legado de Weimar sobre el estado de excepción

La República democrática y social de Weimar deja un importante legado al constitucionalismo contemporáneo, por lo que hace al empleo de los poderes extraordinarios para conjurar las emergencias. Tales poderes extraordinarios fueron aplicados con frecuencia ante episodios de violencia política severa de distinto signo, tanto de derecha como de izquierda, pero también para enfrentar casos de crisis económicas y financieras. Y, hacia el final del período republicano, el estado de excepción del artículo 48 de la Carta devino en uno de los medios cruciales para el ejercicio del Gobierno, junto con la disolución del Reichstag, de suerte que el régimen político pasó en los hechos de parlamentario a presidencialista, con grave distorsión del modelo contenido en la Constitución.

Si bien no cabe duda de que la República tenía plena legitimidad para defender el orden constitucional frente a amenazas existenciales como las que se desencadenaron una y otra vez durante su azarosa existencia, también es cierto que su empleo abusivo, su normalización y el surgimiento de prácticas que se fueron apartando del espíritu constitucional para tornarse cada vez más autoritarias, contribuyeron en no poca medida a la debacle final de Weimar y su modelo de democracia social plasmado en la Constitución de 1919.

El episodio del 20 de julio de 1932, consistente en la intervención del Gobierno Federal sobre Prusia y en el ejercicio de los poderes extraordinarios del artículo 48 en el importante Land hasta entonces controlado por el Partido Social Demócrata bajo la égida de Otto Braun, fue el punto culminante de un proceso de deterioro institucional y de mal uso de los poderes de emergencia, que pronto daría paso a los horrores del nazismo.

548 Véase Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, op. cit., pp. 117-118.

549 Véase Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, op. cit., pp. 267-268; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., pp. LVI, LIX y LXIII.

La reflexión teórica y jurídico-política de Carl Schmitt sobre la dictadura constitucional y los poderes extraordinarios del presidente del Reich otorgados por la Carta de Weimar, acompañaría este curso institucional hacia la caída de la República y de su Constitución democrática y social, que dio lugar al régimen totalitario del nazismo. Pese a sus reticencias iniciales, Schmitt sirvió a este régimen de manera oportunista y ominosa, sin que nunca mostrara arrepentimiento por ello.

Es de lamentar que el pensamiento schmittiano sobre el estado de excepción haya abandonado pronto su concepto de dictadura comisarial, para abrazar más bien una concepción de poderes extraordinarios no sujetos a ninguna limitación de orden legal, al estar reconocidos a un soberano definido como el titular de las decisiones fundamentales del régimen político, subordinando incluso al Derecho.

CAPÍTULO 3

LOS PODERES DE EXCEPCIÓN EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL PERUANA:

EL SIGLO XIX (CONTINUIDADES Y CAMBIOS I)

1. LA «PREHISTORIA» CONSTITUCIONAL PERUANA: DE LOS ANTECEDENTES ESPAÑOLES AL PROTECTORADO DE SAN MARTÍN

El estado de excepción está presente a todo lo largo de la historia constitucional del Perú. Diez de las doce Constituciones peruanas han consagrado las típicas instituciones de la emergencia constitucional, e incluso aquellas que no lo hicieron (las Cartas de 1823 y 1920) tuvieron que sufrir su existencia *de facto*, si no *de iure*, y se relacionaron de diversas maneras con los estados de excepción, como se expondrá luego.

Ahora bien, la aparición de la «Constitución de emergencia» es incluso anterior al inicio de la vida republicana y a la aprobación de la primera Carta Fundamental del país. Y es que, en la etapa de «pre-historia constitucional» peruana —como la denomina Domingo García Belaunde—, cabe mencionar los documentos constitucionales españoles aprobados durante la ocupación napoleónica (el Estatuto de Bayona de 1808 y la Constitución de Cádiz de 1812), así como las regulaciones adoptadas por el General José de San Martín tras arribar a suelo patrio al mando del Ejército Libertador, formalmente en vigor hasta la promulgación de la primera Constitución peruana, la Carta liberal de 1823⁵⁵⁰.

1.1. El Estatuto de Bayona, de julio de 1808

En este encuadre cronológico, el primer antecedente es entonces el Estatuto de Bayona, el cual fue promulgado el 8 de julio de 1808 sobre la base

550 Domingo García Belaunde considera que tal etapa de «pre-historia constitucional» abarca los años de 1780 a 1820 (desde la «agitación doctrinaria y guerrera» de las élites independentistas, en particular con la sublevación de Túpac Amaru II, hasta el desembarco de las tropas de San Martín en la Bahía de Paracas). Véase Domingo García Belaunde, «Bases para la historia constitucional del Perú», *Derecho PUCP*, 52 (1999), p. 385; Domingo García Belaunde, «Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)», *Pensamiento Constitucional*, IV.4 (1997), pp. 234-235. No obstante, parece adecuado extender el período inmediatamente anterior al comienzo formal del constitucionalismo nacional hasta la aprobación de la primera Carta Fundamental peruana, en noviembre de 1823, por el Congreso Constituyente convocado por el propio San Martín (o, al menos, hasta la promulgación de las Bases de la Constitución en diciembre de 1822).

de un proyecto presentado por Napoleón a una Asamblea de españoles notables que sesionó en la ciudad del mismo nombre, en el mes de mayo de aquel año⁵⁵¹. Fue una Carta otorgada, en cuya elaboración participó un peruano y que consideraba al Virreinato del Perú como una de las posesiones de ultramar de la Corona española, pese a lo cual no llegó a ser reconocida ni aplicada en los dominios americanos⁵⁵². El Estatuto de Bayona recogía un concepto pre-liberal de Constitución, semejante al antiguo concepto medieval de «leyes fundamentales», esto es, se auto-concebía como «norma limitadora del poder regio» y «criterio básico de actuación y organización del Estado» (no como norma suprema del ordenamiento jurídico, creada por el poder constituyente en tanto expresión de la soberanía del pueblo)⁵⁵³.

El Estatuto de Bayona incluyó una cláusula en virtud de la cual se autorizaba la suspensión del «imperio de la Constitución» en aquellos casos de «sublevación a mano armada o de inquietudes que amenacen la seguridad del Estado» (artículo 38). La potestad quedaba reservada al Senado, a propuesta del rey, y había de ejercerse «por tiempo y en lugares determinados». La disposición añadía un segundo supuesto, de mayor indeterminación, para «casos de urgencia», siempre sobre la base de una propuesta del rey: en tales casos, el Senado podría adoptar «las demás medidas extraordinarias que exija la conservación de la seguridad pública»⁵⁵⁴.

Se trata, como es obvio, de un régimen legal inspirado en el ya comentado artículo 92 de la Constitución francesa del 13 de diciembre de 1799 (22 de Frimario del Año VIII) (véase el acápite 2.3.6, *supra*). En efecto, la Constitución del Consulado, preludio del cesarismo napoleónico, fue la primera en prever la posibilidad de suspender el imperio de la Constitución. Como ya ha sido dicho en esta investigación, siguiendo a Pedro Cruz Villalón, la institución es entendida como «un instrumento extraordinario, pero *regular*, de protección del Estado»⁵⁵⁵. Es decir, no se deja de lado el ordenamiento constitucional, para reemplazarlo por un gobierno revolucionario, como ocurrió con la Constitución francesa de 1793 en la dramática situación vivida en el año II, sino que el régimen excepcional es incorporado a la misma Carta constitucional como un medio de defensa del orden que ella instaura.

551 Véase Francisco Fernández Segado, *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, op. cit., p. 74.

552 Véase Domingo García Belaunde, «Bases para la historia constitucional del Perú», op. cit., pp. 385-386. Véase también Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú* (Lima: Editorial Andina, 1978), pp. 23-25.

553 Véase Joaquín Varela Suanzes, «La doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845», *Revista de Derecho Político*, 39 (1995), pp. 47-48.

554 Véase el artículo 38 de la Constitución de Bayona transcrito en Francisco Fernández Segado, *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, op. cit., p. 75.

555 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., p. 289.

Son claras las similitudes entre la Constitución francesa de 1799 y el Estatuto de Bayona de 1808 en cuanto a los supuestos habilitantes (sublevación armada y disturbios internos), así como en lo que se refiere a la necesidad de precisar el plazo de la medida y el lugar de su aplicación⁵⁵⁶. Desde luego, además de la gravedad de establecer que la Constitución podrá ser suspendida (aunque no lo fuera *in toto*, sino sólo en parte), especial preocupación causa la Carta de Bayona debido a la cláusula que regula, en términos bastante laxos y permisivos, los «casos de urgencia», en los que autoriza a introducir «medidas extraordinarias» para mantener la «seguridad pública».

Como quiera que fuere, es también de resaltar el que las facultades extraordinarias ya no eran reconocidas en exclusiva a la cabeza del Poder Ejecutivo (el rey, en este caso), y el que se introdujera, aunque débil, un principio de limitación de dichas facultades. Este principio de limitación quedaba expresado en la formulación de causales específicas para la declaración del régimen excepcional, en la participación de dos órganos constitucionales para proclamarlo y en la obligación de fijar plazo y territorio para su implementación. Desde luego, una ausencia notable en el artículo 38 del Estatuto de Bayona es, sin embargo, la no estipulación de un límite máximo de duración del régimen excepcional.

La Carta de Bayona no llegó a regir de manera efectiva ni en España ni en América⁵⁵⁷. No obstante, fue el primer instrumento normativo en consagrar, en la tradición constitucional hispánica, determinados elementos básicos de los regímenes de excepción⁵⁵⁸, los cuales serían luego acogidos y desarrollados en distintos países.

1.2. La Constitución de Cádiz, de marzo de 1812

El segundo antecedente a considerar es la Constitución de Cádiz. Promulgada en España el 19 de marzo de 1812⁵⁵⁹, en su elaboración participó un nutrido número de representantes hispanoamericanos, entre los cuales se

556 Véase Francisco Fernández Segado, *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, op. cit., p. 75; Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 291-292.

557 Véase Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., pp. 24-25.

558 Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1993), p. 38.

559 Véase Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, «Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812», en Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *Tres ensayos sobre historia constitucional* (Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008), p. 93; José Pareja Paz-Soldán, *Historia de las Constituciones nacionales (1812-1979)* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda edición, 2005), p. 39.

contaban quince provenientes del Virreinato del Perú⁵⁶⁰. La Constitución de Cádiz —monárquica, pero de impronta liberal y democrática⁵⁶¹— fue reconocida y jurada en tierras peruanas en octubre de 1812, bajo el gobierno del virrey Abascal⁵⁶². Más importante aún, también fue puesta en práctica y bajo su amparo se realizaron las primeras elecciones populares de alcaldes y regidores de los cabildos o municipios y luego de diputados a Cortes⁵⁶³. El liberalismo que inspiró a la Carta gaditana como corriente ideológica predominante llevó a sus autores a procurar la disminución de los poderes del monarca y del Gobierno, y al correlativo fortalecimiento de las facultades del Legislativo⁵⁶⁴.

En consonancia con tal designio, en materia de régimen de excepción, la Constitución de 1812 redujo de manera considerable las potestades de la Corona para enfrentar las amenazas políticas graves a la integridad o continuidad del Reino (ahora Monarquía constitucional). Así, el artículo 308 de la Carta estableció que serían las Cortes, no el rey, quienes ostentarían el poder de intervenir ante tales eventos. Para ello, habrían de producirse «circunstancias extraordinarias», en cuya virtud «la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de alguna de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes» [capítulo III, “De la administración de justicia en lo criminal”, del Título V, “De los tribunales, y de la administración de justicia en lo civil y criminal”]. La disposición constitucional estipulaba, además, que la suspensión a ser decretada por las Cortes debía serlo «por un tiempo determinado»⁵⁶⁵.

Como puede observarse, el régimen de excepción consagrado en la Constitución gaditana es muy similar a aquel propuesto por Montesquieu,

560 Véase Domingo García Belaunde, «Bases para la historia constitucional del Perú», *op. cit.*, p. 386.

561 Véase Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, «Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812», *op. cit.*, pp. 115-116.

562 Véase Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, p. 35; Domingo García Belaunde, «Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)», *op. cit.*, pp. 234-235; Carlos Ramos Núñez, «Estudio Preliminar», en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez (Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017), p. 25.

563 Véase Raúl Porras Barrenechea, *Los ideólogos de la emancipación* (Lima: Editorial Milla Batres, 1974), p. 171; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, p. 31; Domingo García Belaunde, «Bases para la historia constitucional del Perú», *op. cit.*, p. 386.

564 Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 42.

565 Véase el artículo 308 de la Constitución de Cádiz transcrito en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez (Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017), p. 167; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, p. 88.

tan solo limitado a «una facultad de arresto extraordinario por meras sospechas»⁵⁶⁶, lo que, por cierto, antes que a la tradición de la dictadura romana, remite a las instituciones de Derecho inglés del arresto preventivo y la suspensión del habeas corpus⁵⁶⁷. Es, desde luego, significativo que el mismo texto constitucional no señalara un límite temporal preciso al poder excepcional que el Parlamento podría conferir al Gobierno frente a la emergencia, máxime considerando que, si bien en la propuesta de Montesquieu el plazo resultaba indeterminado, el pensador francés hizo una clara indicación en el sentido de que el mismo habría de ser breve⁵⁶⁸.

1.2.1. Diferencia entre restricción especial ordinaria y suspensión de derechos relativos a la libertad individual

De cualquier modo, un rasgo particularmente relevante del régimen legal de excepción contenido en la Carta de Cádiz de 1812 es que diferencia entre restricción especial ordinaria y suspensión de derechos relativos a la libertad individual. En efecto, de un lado, la Constitución regula la potestad de restricción especial ordinaria con que cuenta el rey para arrestar a personas cuando «el bien y seguridad del Estado» así lo exijan, estipulando, empero, que dicho arresto no podía exceder de 48 horas, plazo en el que tales personas debían ser puestas a disposición de la autoridad jurisdiccional competente (artículo 172, inciso 11)⁵⁶⁹. A su turno, la restricción ordinaria (no especial) consistía en arrestos y detenciones realizados conforme a las formalidades constitucionales (artículos 287-300), sujetos a un plazo de 24 horas (artículos 290 y 292).

De otro lado, la primera Constitución española consagró, como se acaba de exponer, la habilitación que las Cortes podían otorgar al rey a fin de que decretara la «suspensión» de algunas de las formalidades previstas constitucionalmente «para el arresto de los delincuentes» (artículo 308). Este segundo supuesto (el de la «suspensión») es de mayor gravedad, por lo que

566 Véase Abraham Siles, «El pensamiento de Locke y Montesquieu como antecedente de la configuración constitucional de poderes de excepción ante emergencias políticas», *op. cit.*, pp. 33-34.

567 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, *op. cit.*, pp. 248-250.

568 Para Montesquieu, aunque el peligro para el Estado debía ser de especial gravedad, la permisión al Poder Ejecutivo para «mandar prender a los ciudadanos sospechosos» había de ser «por un tiempo reducido y limitado». Véase Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, *op. cit.*, p. 248 (Libro XI, Capítulo 6). Abraham Siles, «El pensamiento de Locke y Montesquieu como antecedente de la configuración constitucional de poderes de excepción ante emergencias políticas», *op. cit.*, pp. 33-34.

569 Véase el artículo 172, inciso 11 de la Constitución de Cádiz transcrito en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, *op. cit.*, pp. 136-137; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, p. 69.

debe entenderse que el plazo del arresto podría ser mayor a las 48 horas previstas para la situación de normalidad constitucional (supuesto de la «restricción»). No obstante, como también ha sido ya indicado aquí, el término final de tal plazo quedó indeterminado.

Pese al carácter limitado que se aprecia en el diseño de la institución de emergencia consagrada en la Constitución de Cádiz, que sólo autoriza a suspender ciertas «formalidades» establecidas para el arresto de sospechosos de haber cometido delitos, es también cierto que las regulaciones son amplias y permisivas para las autoridades estatales. Ello se debe principalmente al empleo de fórmulas abiertas («circunstancias extraordinarias», «seguridad del Estado», «algunas de las formalidades», «por un tiempo determinado»), cuyo contenido había de ser establecido en cada ocasión por los titulares de los poderes en cuestión.

Es claro que en estas disposiciones de la Carta española de 1812 se halla el origen de la institución constitucional de la suspensión de las garantías o derechos fundamentales en situaciones de emergencia o excepción, posteriormente desarrollada por el constitucionalismo español e hispanoamericano, institución que llega hasta nuestros días⁵⁷⁰.

1.3. Los documentos protoconstitucionales del General San Martín: el Reglamento Provisional y el Estatuto Provisional. El modelo protectoral

El tercer antecedente, en este período de prehistoria constitucional peruana, viene dado por los dos documentos protoconstitucionales aprobados por el General San Martín para el gobierno del Perú en los años iniciales de la independencia política y la fundación republicana: el Reglamento Provisional, expedido en Huaura en febrero de 1821, y el Estatuto Provisional, emitido en Lima en el mes de octubre del mismo año. Ambos documentos recogen instituciones de excepción⁵⁷¹, eran necesarios para facilitar el esfuerzo bélico inmediato del Ejército Libertador⁵⁷² y tuvieron también el propósito ulterior de favorecer un régimen político autoritario, cuya preocupación primordial sería asegurar el orden y el progreso material, para luego consolidar la libertad y la democracia⁵⁷³. Tal proyecto, como se sabe,

570 Véase Héctor Fix-Zamudio, «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución», *op. cit.*, p. 806.

571 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 133-135.

572 Véase Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales* (Lima: Editora Jurídica Grijley, segunda edición, 2004), pp. 210-211.

573 Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 209. Ya en el Decreto de cese del Gobierno español, emitido el 8 de septiembre de 1820, desde el Cuartel General del Ejército Libertador, en Pisco, San Martín

debía posteriormente adoptar la forma de una monarquía constitucional, de acuerdo a los planes de San Martín y su cercano colaborador, Bernardo Monteagudo⁵⁷⁴.

El Reglamento Provisional rigió desde el 12 de febrero hasta el 8 de octubre de 1821⁵⁷⁵, y se ocupaba de la demarcación territorial de los departamentos libres, del nombramiento de autoridades y del ejercicio de la potestad jurisdiccional⁵⁷⁶. Emitido cuando aún no había sido proclamada, de manera formal y solemne, la independencia política de la Metrópoli, se ha dicho de él que «era prácticamente un documento de uso interno»⁵⁷⁷. No obstante, a los fines de esta investigación, es necesario observar que el Reglamento Provisional es también el cuerpo normativo que, en ese momento de transición política del régimen colonial a la independencia y de zozobra a causa de la guerra, regulaba el ejercicio del poder público por las autoridades jerárquicamente organizadas y dependientes de la Capitanía General, supremo órgano militar con potestades también políticas, en manos de San Martín. Se trataba, pues, de un modelo gubernativo de concentración del poder, fundado en razones predominantemente bélicas, similar por ello a una dictadura clásica, pero distinta de ésta en que su fin último no era la defensa de la Constitución vigente, sino su derribamiento y sustitución por un nuevo orden político en vías de creación.

Como era de esperar, el Reglamento enfatiza su carácter provisorio y hace profesión de fe del ideario liberal, de suerte que declara que habrá de regir solamente «hasta que se construya una autoridad central por la voluntad de los pueblos libres»⁵⁷⁸. Sin embargo, invoca asimismo «la gran ley de la necesidad» y «los derechos que tienen los pueblos al establecimiento de

dice que se halla «revestido de la autoridad suprema por el imperio de las circunstancias» y que sus medidas tienen carácter «solo provisional», añadiendo que «asegurada la independencia nos queda tiempo para pensar en la consolidación del orden social». Véase «Decreto de Césación del Gobierno Español en el Perú - 1820», del 8 de septiembre de 1820, en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>).

574 Véase Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, cuarta edición, 2007), p. 55; José Agustín de la Puente Candamo, *La independencia del Perú* (Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, segunda edición, 2013), p. 182.

575 Véase Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 33 (nota 2); José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979* (Lima: Ediciones Justo Valenzuela, tercera edición, 1984), p. 1; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., p. 125; *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo (Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1922), p. XII.

576 Véase Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., p. 125.

577 Véase Domingo García Belaunde, «Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)», op. cit., p. 235.

578 Véase «Reglamento Provisional expedido por el General José de San Martín en Huaura», en *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, op. cit., p. 5.

aquellas reglas de que penden el orden y la seguridad general», aseverando que éste «debe emanar en todas circunstancias de la suprema autoridad que existe de hecho, aun prescindiendo del derecho en que se funde»⁵⁷⁹.

Por su parte, el Estatuto Provisional, dictado en el Palacio Protectoral de Lima, a 8 de octubre de 1821 y en vigor hasta el 17 de diciembre de 1822⁵⁸⁰, no hace sino confirmar la naturaleza autoritaria (pero ilustrada y de buenas intenciones) del régimen de gobierno que la guerra emancipadora imponía⁵⁸¹. En tal sentido, el artículo 1 de su Sección Segunda estableció que «la suprema potestad directiva de los departamentos libres del Estado del Perú reside por ahora en el Protector», así como sostuvo, significativamente, que «sus facultades emanan del imperio de la necesidad, de la fuerza de la razón y de la exigencia del bien público»⁵⁸².

Los poderes del Protector eran ciertamente muy amplios, y además de «Generalísimo de las fuerzas de mar y tierra», a quien se encomendaba como su «principal deber» el «libertar a todos los pueblos que son parte integrante del territorio del Estado» (artículo 2 de la Sección Segunda), recibía atribuciones de orden político (en materia de contribuciones, empréstitos, comercio interior y exterior, moneda, relaciones exteriores, dirección del gobierno, organización administrativa, etcétera)⁵⁸³. Con todo, es digno de ser destacado el hecho de que San Martín declarase de manera explícita que asumía el «mando supremo» bajo el título de Protector del Perú o de su libertad, y que por ende administraría «el Poder directivo del Estado», lo que suponía concentrar el ejercicio de los poderes Legislativo y Ejecutivo, pero que se abstendría de interferir en «el solemne ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única y verdadera salvaguar-

579 *Ibíd.*, p. 6.

580 Véase Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 33 (nota 2); Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, op. cit., p. 211; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 1; *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, op. cit., p. XII.

581 Véase Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, op. cit., p. 210; Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998), pp. 483-484; Alejandro Rey de Castro Arena, *Republicanism, nación y democracia: La modernidad política en el Perú, 1821-1846* (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010), pp. 167-168; Cristóbal Aljovín de Losada, *Caudillos y Constituciones. Perú 1821-1845* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo de Cultura Económica, 2000), p. 266.

582 Véase «Estatuto Provisional Dado por el Protector de la libertad del Perú, para el mejor régimen de los departamentos libres, interín se establece la Constitución permanente del Estado», en *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, op. cit., p. 15.

583 *Ibíd.* Véase también Carmen McEvoy, «El motín de las palabras: la caída de Bernardo Monteagudo y la forja de la cultura política limeña (1821-1822)», *Boletín del Instituto Riva Agüero*, 23 (1996), p. 99.

dia de la libertad del pueblo», y que de nada valen las máximas filantrópicas «cuando el que hace la ley o la ejecuta es también el que la aplica»⁵⁸⁴.

De este modo, el Estatuto Provisional venía a complementar el Decreto de 3 de septiembre de 1821, mediante el cual San Martín había creado el Protectorado y establecido los tres Ministerios que integrarían el Gobierno, designando a la vez a sus titulares (el Ministerio de Estado y Relaciones Exteriores estaría a cargo de Juan García del Río, el de la Guerra y Marina se encargaba a Bernardo Monteagudo, y el de Hacienda, a Hipólito Unanue)⁵⁸⁵. Dictado el Decreto pocos días después de la proclamación formal de la independencia, la creación del Protectorado es, junto a dicha proclamación, el hito fundamental del nacimiento del Estado peruano, el cual adoptaba una forma intermedia entre República y Monarquía, evitando el convocar a una asamblea que pudiese traer desorden y anarquía en medio del esfuerzo bélico, y procurando un Gobierno fuerte y adecuado a las circunstancias de la hora, pero de carácter transitorio⁵⁸⁶. En tal sentido, el propio texto del Decreto de 3 de agosto de 1821 afirmó que era conveniente a los intereses del país «la instalación de un Gobierno vigoroso, que lo preserve de los males que pudieran producir la guerra, la licencia y la anarquía», así como que «primero es asegurar la independencia, después se pensará en establecer la libertad sólidamente» (parte considerativa), razón por la que San Martín declaraba que «quedan unidos desde hoy en mi persona el mando supremo político y militar de los departamentos libres del Perú, bajo el título de *Protector*» (artículo 1)⁵⁸⁷.

Aunque algunos destacados estudiosos de la Historia Constitucional peruana han considerado que el Protectorado fue una dictadura o un régimen gubernativo con características dictatoriales⁵⁸⁸, lo cierto es que, en rigor conceptual, no lo fue, al menos no en el sentido clásico de una dictadura como la surgida en el seno de la Roma republicana, pues, ante todo, carecía del ánimo conservativo que resulta esencial en la institución

584 Véase «Estatuto Provisional Dado por el Protector de la libertad del Perú, para el mejor régimen de los departamentos libres, interín se establece la Constitución permanente del Estado», *op. cit.*, p. 14. Véase también Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 484; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, p. 126.

585 Véase Decreto de 3 de agosto de 1821, en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>).

586 Véase José Agustín de la Puente Candamo, *La independencia del Perú*, *op. cit.*, p. 174.

587 Véase Decreto de 3 de agosto de 1821, en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>). Véase también Abraham Siles, «La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización», *op. cit.*, pp. 80-81.

588 Véase Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 483; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, p. 125. Véase también Carmen McEvoy, «El motín de las palabras: la caída de Bernardo Monteagudo y la forja de la cultura política limeña (1821-1822)», *op. cit.*, p. 100; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 209.

(véase el acápite 2.1.3, *supra*). Es de suponer, en todo caso, que lo que tales autores han querido es poner de relieve la concentración de poderes y la naturaleza absolutista de las facultades con que resultaba investido el Protector, quien, como se acaba de señalar, reunía en sus manos todo el supremo poder político y militar de manera transitoria, hasta que fuera posible que la voluntad libre de los pueblos se expresara en la elaboración de una Constitución propia y en la elección de sus autoridades gubernativas.

Conviene destacar, en todo caso, que el Protectorado como modelo de gobierno, con sus rasgos autoritarios y su semejanza con el despotismo ilustrado, estaba llamado a tener un prolongado impacto en la configuración institucional del Perú y en la cultura política de sus élites gobernantes. En esta línea de reflexión, Carmen McEvoy hace notar que «el modelo político protectoral, autoritario, ilustrado y enfocado en el desarrollo de la estructura material del país, fue recreado innumerables veces durante el difícil período que sucedió a la independencia», advirtiendo que la «gran vitalidad y versatilidad» del diseño político protectoral se aprecia en proyectos políticos como los de Agustín Gamarra, Manuel Ignacio de Vivanco y Ramón Castilla⁵⁸⁹. Por su parte, Alejandro Rey de Castro Arena considera que el origen del caudillismo que distinguió a las primeras décadas de vida republicana en el Perú se halla en el citado modelo protectoral de José de San Martín y su ministro Bernardo Monteagudo⁵⁹⁰.

2. LAS PRIMERAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ: LA CARTA LIBERAL DE 1823, LAS DICTADURAS DE BOLÍVAR, LA CONSTITUCIÓN VITALICIA Y LA «MADRE DE NUESTRAS CONSTITUCIONES»

2.1. La primera Constitución: régimen asambleísta y exclusión de poderes excepcionales

Tras los diversos documentos y sucesos comentados en el acápite anterior como antecedentes, puede decirse ahora que la historia del constitucionalismo peruano comienza propiamente, de manera formal, con la Constitución de 1823. Expresión del acendrado liberalismo de los insignes miembros del Congreso Constituyente convocado por el General José de San Martín⁵⁹¹ e

589 Véase Carmen McEvoy, «El motín de las palabras: la caída de Bernardo Monteagudo y la forja de la cultura política limeña (1821-1822)», *op. cit.*, p. 104.

590 Véase Alejandro Rey de Castro Arena, *Republicanism, nación y democracia: La modernidad política en el Perú, 1821-1846*, *op. cit.*, pp. 167-168.

591 Raúl Porras Barrenechea ha señalado que integraron la asamblea constituyente «los más conspicuos defensores de la libertad» y que ella era preclara «no sólo por los títulos patrióticos», sino también por reunir «los más altos prestigios de la probidad y del saber en

instalado el 20 de septiembre de 1822⁵⁹², la Carta de 1823, además de confirmar la independencia política del Perú frente a España y optar por el régimen republicano y unitario (descartando, en consecuencia, la monarquía y el federalismo), diseñó un sistema político en el que el Parlamento tendría claramente la preeminencia sobre el Ejecutivo⁵⁹³. Ello se echa de ver en la manera de designar al presidente de la República —lo nombraba el Congreso a propuesta del Senado (artículo 60, inciso 24)⁵⁹⁴— y en las potestades reducidas y limitadas con las que resultaba investido, pues ni siquiera se reconoció al presidente el derecho de iniciativa legislativa, el de observar las leyes, el de la concurrencia de los ministros a los debates parlamentarios y a intervenir en ellos, ni tampoco el de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias⁵⁹⁵.

Temerosos y desconfiados ante la posibilidad de establecer un gobernante que pudiera derivar en déspota o que recordase de alguna manera el poder absoluto del monarca, los primeros congresistas del Perú procuraron diseñar un Ejecutivo marcadamente débil y sometido al titular de la soberanía en representación del pueblo, esto es, al Parlamento⁵⁹⁶. Se trataba, en realidad, de un régimen «asambleísta» (ni presidencialista ni parlamentarista)⁵⁹⁷, el cual se distingue porque el Ejecutivo se halla del todo sometido a la Asamblea, de la que recibe su mandato y a la que sirve como admi-

esa hora de la nacionalidad». Véase Raúl Porras Barrenechea, *Los ideólogos de la emancipación*, op. cit., p. 198. Véase también Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú* (Lima: Editorial Universitaria, séptima edición, 1983, Tomo I), p. 4.

592 Véase José Agustín de la Puente Candamo, *La independencia del Perú*, op. cit., p. 188; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo I, pp. 3-4.

593 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 8 y 37; Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1823», en *Páginas Escogidas* (Lima: P. L. Villanueva, 1962), pp. 37-38.

594 Véase el artículo 60, inciso 24, de la Constitución de 1823 transcrito en *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, op. cit., p. 46; *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, op. cit., p. 204; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., p. 171.

595 Véase Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 495.

596 Para graficar la debilidad extrema del Gobierno bajo la Constitución de 1823, Jorge Basadre ha sostenido que «si el Poder Ejecutivo era una sombra, el Presidente de la República vino a resultar la sombra de una sombra». Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo I, p. 42. Ya, tempranamente, Toribio Pacheco había dictaminado que «según esta Constitución [la de 1823], el Poder Legislativo es todo, el Ejecutivo nada», y que «esta sola consideración basta para creer que su observancia había de ser efímera y su duración muy corta». Véase Toribio Pacheco, *Cuestiones Constitucionales* (Lima: Grijley, tercera edición, 1996), p. 73.

597 Véase Marco Antonio Jamanca, *La Constitución inacabada: Ideas y modelos constitucionales en el momento fundacional del Perú. Primera mitad del siglo XIX* (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2015), p. 183. Véase también José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 33-34.

nistrador del poder, siendo por ella designado y pudiendo ser, por ende, destituido a la entera discreción del órgano legislativo⁵⁹⁸.

En este marco ideológico o doctrinario de liberalismo radical⁵⁹⁹, no puede causar extrañeza que la Carta de 1823 no contuviera regulación alguna sobre las situaciones de excepción⁶⁰⁰. Es más, el Texto Fundamental estipuló expresamente que «la Nación no tiene facultad para decretar leyes que atienten a los derechos individuales» [sic] (artículo 5)⁶⁰¹. Solamente reconoció como potestad del Ejecutivo —por lo demás, en la disposición que regulaba sus «limitaciones»— la de privar de la libertad personal a los peruanos en aquellos casos fundados, en los que la seguridad pública exigiera el arresto o la detención de alguna persona y a condición de ponerla a disposición del juez competente dentro de las 24 horas (artículo 81, inciso 4)⁶⁰². Pero esta potestad no califica como régimen de excepción constitucional en sentido estricto, sino apenas como facultades restrictivas especiales dentro del régimen de normalidad constitucional (de modo semejante a lo previsto en el artículo 172, inciso 11 de la Constitución de Cádiz, ya comentado (véase el acápite 3.1.2.1, *supra*), pero con la particularidad de que el plazo de la privación de libertad no podría exceder de 24 horas en la Carta peruana, mientras en la gaditana se duplicaba)⁶⁰³.

La misma Exposición de Motivos de la Constitución, que sus autores denominaron «Discurso Preliminar» y cuya redacción correspondió al ilustre «tribuno de la República», José Faustino Sánchez Carrión⁶⁰⁴, confirma el deseo

598 Véase Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 97-99.

599 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, p. 32; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, *op. cit.*, pp. 214-215; Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1823», en *Páginas Escogidas*, *op. cit.*, pp. 42-43.

600 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, p. 135.

601 Véase el artículo 5 de la Constitución de 1823 transcrito en *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, *op. cit.*, p. 36; *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, *op. cit.*, p. 199; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, p. 164. Luis Felipe Villarán llama la atención sobre lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución de 1823. Véase Luis Felipe Villarán, *La Constitución Peruana Comentada* (Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2016), p. 203.

602 Véase el artículo 81, inciso 4 de la Constitución de 1823 transcrito en *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, *op. cit.*, p. 51; *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, *op. cit.*, p. 206; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, p. 174.

603 Si bien Brian Loveman utiliza las expresiones «poderes de emergencia» y «poderes extraordinarios» para referirse a esta facultad de arresto o detención especial concedida al Ejecutivo por la Carta de 1823, lo que se explica por el concepto amplio de poderes excepcionales del que dicho autor se vale, también admite sin reticencias que esto representa poderes «mucho más limitados» que aquellos que «típicamente se encuentran a mediados de la década de 1820 en Hispanoamérica». Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 213 (traducción propia).

604 Véase Marco Antonio Jamanca, *La Constitución inacabada: Ideas y modelos constitu-*

de no incluir en la Carta Magna poderes de emergencia que autorizaran a suspender la Constitución en todo o en parte, o a suspender especialmente las garantías y libertades de las personas. En efecto, el «Discurso Preliminar», al referirse a las «garantías» o «formas» judiciales, asevera que es «indispensable que se guarden estas inviolablemente: que en ninguna circunstancia se abrevien, ni suspendan»⁶⁰⁵. Y en otro pasaje significativo del «Discurso», al abordar el principio de separación de poderes, que conciben teóricamente en términos rígidos, los padres fundadores de la patria peruana, imbuidos de espíritu republicano, declaran de modo expreso que las tres ramas del poder público (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) no podrán nunca estar en una sola mano, «ni tampoco investirse recíprocamente de otras atribuciones que las que naturalmente les convienen», ya que —alegan los assembleístas— «muchas veces á pretexto de estraordinarias ocurrencias, se desvirtúa un poder por fortalecer á otro perdiéndose asi el equilibrio por el peso de una autoridad que difícilmente puede balancearse en lo sucesivo» [sic]⁶⁰⁶.

Desde luego, tampoco las denominadas «Bases de la Constitución Política de la República Peruana», documento fundacional de carácter programático que estableció las principales características que habría de tener la primera Carta Fundamental⁶⁰⁷, y que fueran aprobadas por el Congreso Constituyente el 17 de diciembre de 1822⁶⁰⁸, recogieron los poderes extraordinarios o el estado de excepción constitucional⁶⁰⁹.

2.2. La paradójica suspensión del texto constitucional de 1823 antes de su entrada en vigor

Tanto o más llamativo aún es, sin embargo, que el Congreso Constituyente, pese a su renuencia a consagrar el estado de excepción en el texto constitucional, decretase la suspensión de éste en el preciso momento en que lo

cionales en el momento fundacional del Perú. Primera mitad del siglo XIX, op. cit., p. 180 (nota 369); Raúl Porras Barrenechea, *Los ideólogos de la emancipación, op. cit.*, pp. 32-33; Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1823», en *Páginas Escogidas, op. cit.*, p. 36.

605 Véase Congreso Constituyente de 1823, «Discurso con que la Comisión de Constitución presentó el Proyecto de Ella al Congreso Constituyente», *Pensamiento Constitucional*, 1.1 (1994), p. 212.

606 *Ibíd.*, p. 201.

607 Véase Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo* (Arequipa: Editorial Universidad Nacional de San Agustín, 1996), p. 2.

608 Véase Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional, op. cit.*, p. 34 (nota 3); José Agustín de la Puente Candamo, *La independencia del Perú, op. cit.*, p. 190; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales, op. cit.*, p. 212.

609 Véase las «Bases de la Constitución Política de la República Peruana» transcritas en *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, *op. cit.*, pp. 25-32; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú, op. cit.*, pp. 151-154.

proclamaba. En efecto, no puede menos que resultar desconcertante la paradójica manera en la que tiene nacimiento formal el Estado constitucional en el Perú, ya que, como indica Jorge Basadre, «con una involuntaria ironía, el día anterior a la promulgación de la Carta política, el mismo Congreso declaró que suspendía el cumplimiento de los artículos constitucionales incompatibles con la autoridad y las facultades del Libertador»⁶¹⁰. De allí que Domingo García Belaunde sostenga que la primera Constitución del país «murió al nacer», al no ser su vigencia para nada compatible con los poderes excepcionales conferidos a Simón Bolívar⁶¹¹.

Pero más grave que la ineficacia formal de la Carta de 1823 (su imposibilidad de surtir efectos jurídicos plenos) son las consecuencias que este paradójico inicio de la vida constitucional tiene para la configuración de una nefasta tradición de desdén por las instituciones del constitucionalismo en el Perú. Y es que, como expresivamente señalara Luis Felipe Villarán en su clásico libro de fines del siglo XIX, «el nacimiento de este doble y monstruoso engendro de constitucionalidad y dictadura sembró en el espíritu nacional el escepticismo político, y preparó a los peruanos a soportar con indolencia el autoritarismo militar»⁶¹².

Sumido el país en una situación de gran zozobra política y militar desde que San Martín renunciara al poder y partiera al extranjero⁶¹³, el Congreso se había visto compelido a declinar paulatinamente el poder civil en favor de los comandantes militares en capacidad de salvar a la patria en medio de los difíciles avatares de la guerra de independencia aún inconclusa. Así, mediante Ley promulgada el 21 de junio de 1823, junto con ordenar el traslado del Congreso, del Gobierno y de los tribunales a la ciudad de Trujillo, la representación nacional decretó que «se autorice ampliamente un poder militar» que pudiera hacer «cuanto convenga para salvar la República» (artículo 2) y que tal poder militar recayera en el general en jefe del Ejército unido (artículo 4)⁶¹⁴, esto es, en el joven general colombiano y cercano colaborador de Bolívar, Antonio José de Sucre, ya entonces en suelo peruano⁶¹⁵. Este mandato fue luego ratificado mediante Decreto emitido por el Congreso el 7 de agosto de aquel año⁶¹⁶.

610 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo I, p. 43.

611 Véase Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., p. 5.

612 Véase Luis Felipe Villarán, *La Constitución Peruana Comentada*, op. cit., p. 69.

613 Véase Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, op. cit., pp. 66-68; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, op. cit., pp. 214-215; Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 487-491.

614 Véase Ley de 19 de junio de 1823, «Sobre que el Congreso y el Gobierno se trasladen a Trujillo», en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>).

615 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo I, p. 25; Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, op. cit., p. 67; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., p. 210.

616 Véase Decreto de 7 de agosto de 1823, «Autorizando un poder militar, a fin de que

2.3. Las dos dictaduras de Bolívar en el Perú

Más adelante, habiendo ya arribado Bolívar a tierras peruanas el 1 de septiembre de 1823⁶¹⁷, el «Soberano Congreso Constituyente del Perú», tras reconocer que sólo «un poder extraordinario en su actividad y facultades» era capaz de poner punto final a la guerra en la que estaba enfrascado el país, mediante Ley emitida y promulgada el 10 de septiembre de ese mismo año, le confirió, bajo el título de «Liberador», la «suprema autoridad militar» en todo el territorio de la República, dotándolo de las correspondientes «facultades ordinarias y extraordinarias» (artículo 1)⁶¹⁸. A la vez, el Congreso otorgó a Bolívar «la autoridad política *directorial* como conexas con las necesidades de la guerra» (artículo 2), estableció que la amplitud de dichos poderes vendría determinada por las necesidades que imponía la dura tarea de «la salvación del país» (artículo 3) y subordinó la autoridad del Poder Ejecutivo, en esos momentos en manos de Torre Tagle, a la de Bolívar (artículo 4)⁶¹⁹.

El siguiente paso en este temprano proceso de erosión institucional lo constituye la Ley aprobada por la Asamblea fundacional el 11 de noviembre de 1823, en la que la representación nacional expresa solemnemente su deseo de evitar que la publicación de la Constitución «embarace de modo alguno» los fines del Decreto de 10 de septiembre, que confirió todo el poder militar y político a Bolívar, y declara, en consecuencia:

Quedar suspenso el cumplimiento de los artículos constitucionales que sean incompatibles con la autoridad y facultades que residen en el Libertador; y con las que asisten al gobierno para dictar las providencias más enérgicas y eficaces que son indispensables para la salvación del país, hasta que las circunstancias de la presente guerra hayan variado a juicio del Congreso, y desaparezca la necesidad de tan inevitable medida⁶²⁰.

haga cuanto convenga para salvar la República», en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>).

617 Véase José Agustín de la Puente Candamo, *La independencia del Perú*, *op. cit.*, p. 192; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo I, p. 31.

618 Véase Ley de 10 de septiembre de 1823, en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>).

619 *Ibíd.* Véase también María Belén Soria Casaverde, *Jacobinismo peruano: ansiedad y miedo durante la independencia 1820-1826* (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011), pp. 59-60; Abraham Siles, «La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización», *op. cit.*, p. 79.

620 Véase Ley de 11 de noviembre de 1823, «Sobre suspensión de algunos artículos constitucionales», en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>). Véase también José Agustín de la Puente Candamo, *La independencia del Perú*, *op. cit.*, pp. 194-197; Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1823», en *Páginas Escogi-*

El punto culminante de la declinación de la autoridad civil y la supeditación de los mandatos constitucionales al poder militar, debido a las necesidades impuestas por la guerra independentista, viene dado por la Ley de 10 de febrero de 1824. Y es que, ante una situación en la que «las libertades patrias» se declaraban «amenazadas inminentemente de perderse», el Congreso sostiene que «sólo un poder dictatorial depositado en una mano fuerte, capaz de hacer la guerra cual corresponde a la tenaz obstinación de los enemigos de nuestra independencia», merece la confianza de la representación nacional y que «el régimen constitucional debilitaría sobre manera el rigor de las providencias que demanda la salud pública» (sic)⁶²¹.

En vista de la gravedad de la situación expuesta, la Ley mencionada estipula que «la suprema autoridad política y militar de la República queda concentrada en el Libertador Simón Bolívar» (artículo 1) y que la extensión de su poder será la exigida por «la salvación de la República» (artículo 2)⁶²². A la vez, la Ley suspende la autoridad del presidente de la República (artículo 3), determina que habrían de quedar sin cumplimiento los artículos de la Constitución, leyes y decretos que resultaren «incompatibles con la salvación de la República» (artículo 4) y ordena el receso del Congreso (artículo 5), entre otras importantes medidas⁶²³.

Así pues, parece altamente significativo que la naciente República y su novísimo orden constitucional fueran subordinados a una autoridad dictatorial con poderes omnímodos, concedidos al Libertador Simón Bolívar para culminar la campaña militar necesaria para vencer a las tropas del virrey La Serna y consolidar la independencia del Perú y de toda Hispanoamérica. En definitiva, pocos meses antes de las decisivas batallas de Junín y Ayacucho, el Congreso Constituyente aprobaba la primera Carta Fundamental del país, al tiempo que la dejaba en suspenso para validar los poderes extraordinarios del dictador que él mismo nombraba.

Como advierte Brian Loveman, el Perú tiene la «dudosa distinción de iniciar su existencia independiente bajo un régimen de excepción y suspendiendo su primera Constitución al adoptarla»⁶²⁴. Considerando lo que

das, *op. cit.*, p. 43; María Belén Soria Casaverde, *Jacobinismo peruano: ansiedad y miedo durante la independencia 1820-1826*, *op. cit.*, p. 60.

621 Véase Ley de 10 de febrero de 1824, «Declarándose el Congreso en receso», en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>).

622 *Ibíd.*

623 *Ibíd.* Véase también Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 505-506; Alejandro Rey de Castro Arena, *Republicanism, nación y democracia: La modernidad política en el Perú, 1821-1846*, *op. cit.*, p. 173; María Belén Soria Casaverde, *Jacobinismo peruano: ansiedad y miedo durante la independencia 1820-1826*, *op. cit.*, p. 61; Valentín Paniagua Corazao, «El Proceso Constituyente y la Constitución Vitalicia (Bolivariana) de 1826 (I)», *Historia Constitucional*, 8 (2007), pp. 68-69.

624 Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 208 (traducción propia).

sería el posterior desarrollo político e institucional del país, no puede menos que reconocerse que hay en ello «un marcado simbolismo y un sentido histórico profundo: a saber, el simbolismo y el sentido histórico que se hallan en una fundación republicana y constitucional condicionada, y aun subordinada, por la emergencia»⁶²⁵.

La primera dictadura bolivariana permitió realizar el esfuerzo inmenso de las campañas finales de la independencia hispanoamericana en los Andes peruanos. La proeza de las armas patrióticas en Junín y Ayacucho⁶²⁶, conseguida a costa de incontables penurias y sacrificios⁶²⁷, abría un horizonte inédito en el país. Vencidos los ejércitos del virrey, quedaba consolidada la independencia que había proclamado José de San Martín de manera solemne el 28 de julio de 1821 y llegaba la ansiada hora de la paz y la normalidad constitucional. No obstante, lejos de aceptar la renuncia de Bolívar a los poderes extraordinarios conferidos un año antes, el Congreso de la República, en febrero de 1825, renovó el mandato dictatorial del Libertador⁶²⁸.

En efecto, mediante Ley del 10 de febrero de 1825, el Congreso sostuvo que la República se vería expuesta a serios peligros a causa de la resignación del cargo de dictador que hacía Simón Bolívar y que «sólo este poder, depositado en el Libertador, puede dar consistencia a la República», añadiendo que el insigne general caraqueño había ejercido la dictadura de conformidad con las leyes, pese a que tenía franqueado el camino para dejar éstas de lado (parte considerativa)⁶²⁹. En consecuencia, la representación

625 Véase Abraham Siles, «La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización», *op. cit.*, p. 80.

626 La batalla de Junín se libró en la meseta de Bombón el 6 de agosto de 1824, mientras que la de Ayacucho tuvo lugar en la Pampa de Quinua, cerca de la ciudad de Huamanga, el 9 de diciembre de aquel año. Véase Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, *op. cit.*, p. 70; José Agustín de la Puente Candamo, *La independencia del Perú*, *op. cit.*, p. 213; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982* (Lima: Editorial Minerva, segunda edición, 1982), p. 68.

627 Véase José Agustín de la Puente Candamo, *La independencia del Perú*, *op. cit.*, pp. 201-213; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo I, p. 56.

628 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, p. 39; Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1823», en *Páginas Escogidas*, *op. cit.*, p. 44; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 213.

629 Véase Ley de 10 de febrero de 1825, «Concediendo al libertador Bolívar autorización para suspender los artículos constitucionales que crea conveniente», en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>). El mismo José Faustino Sánchez Carrión, nombrado «ministro general» por Bolívar para acometer el supremo esfuerzo que condujo a las victorias de Junín y Ayacucho, sostuvo en su rendición de cuentas del 12 de febrero de 1825 ante la representación nacional, que el Libertador, ungido con todos los poderes, pudo haber ejercido sus «ilimitadas facultades» para edificar el gobierno sobre «un sistema puramente militar», y sin embargo «dio la Dictadura un ejemplo cual no se lee en la

nacional determinó que «el Libertador queda, bajo de este título, encargado del supremo mando político y militar de la República», hasta el momento en que se reuniera el Congreso que, de acuerdo a la Constitución de 1823, debía sesionar para revisar la Carta Fundamental al concluir la guerra, el cual resultaba convocado por esta misma disposición (artículo 1)⁶³⁰.

La ley del 25 de febrero de 1825, empero, permitía al Libertador diferir la reunión del Congreso si fuere necesario para defender la libertad interior y exterior de la República (artículo 3), así como lo autorizaba a «suspender los artículos constitucionales, leyes y decretos que estén en oposición con la exigencia del bien público» (artículo 4), además de poder delegar sus facultades y nombrar a quien lo pudiera reemplazar ante un caso imprevisto (artículos 5 y 6)⁶³¹.

Como ha indicado el historiador Cristóbal Aljovín de Losada, esta vez ya no se trataba de la modalidad de dictadura clásica, de inspiración romana y por ende de propósito conservativo, sino que, por el contrario, en esta segunda oportunidad, Bolívar emplearía los poderes de excepción para subvertir el orden establecido y procurar el reemplazo de la Constitución liberal de 1823 por una nueva de marcado espíritu autoritario, la así denominada «Constitución Vitalicia» de 1826⁶³². La de febrero de 1825 era, en consecuencia, una dictadura revolucionaria, aunque desde luego revestida del lenguaje liberal y republicano predominante en aquella época, del cual no podían prescindir los líderes y caudillos civiles y militares⁶³³. Y es que

historia, el de que *hablasen las leyes*, cuando por la naturaleza de este monstruoso poder, *debían callar absolutamente*. Véase José Faustino Sánchez Carrión, «Memoria leyda al Congreso Constituyente», en *Genio y apoteosis de Bolívar en la campaña del Perú*, ed. Leonardo Altuve Carrillo (Barcelona: Editorial Herder, 1979), pp. 257-258. En las palabras del célebre «tribuno de la República» resuenan ecos de Rousseau, pues el filósofo ginebrino, autor bien conocido por Sánchez Carrión, había afirmado sobre la dictadura que «si el peligro es tal que el aparato de las leyes es un obstáculo del que hay que protegerse, se nombra entonces un jefe supremo que haga callar todas las leyes y suspenda un tiempo la autoridad soberana». Véase Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, *op. cit.*, p. 189 (Libro cuarto, VI).

630 Véase Ley de 10 de febrero de 1825, «Concediendo al libertador Bolívar autorización para suspender los artículos constitucionales que crea conveniente», en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>).

631 *Ibíd.* Véase también Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 91-93; Eduardo Roza Acuña, «Estudio preliminar», en *La obra política y constitucional de Simón Bolívar* (Madrid: Tecnos, 2007), pp. CV-CVII; Víctor Andrés Belaunde, *Bolívar y el pensamiento político de la revolución hispanoamericana* (Lima: Jomm Editores, quinta edición, 1983), p. 168; Valentín Paniagua Corazao, «El Proceso Constituyente y la Constitución Vitalicia (Bolivariana) de 1826 (I)», *op. cit.*, p. 69.

632 Véase Cristóbal Aljovín de Losada, *Caudillos y Constituciones. Perú 1821-1845*, *op. cit.*, p. 268. Véase también Domingo García Belaunde, «Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)», *op. cit.*, p. 237.

633 Véase Alejandro Rey de Castro Arena, *Republicanism, nación y democracia: La modernidad política en el Perú, 1821-1846*, *op. cit.*, pp. 169-170. Véase también Abraham

todos se reclamaban representantes de la nación y defensores de los valores del constitucionalismo. Vencido el viejo orden monárquico, sólo había cabida para la nueva legitimidad que procuraban los ideales del credo liberal y republicano defendidos en el plano retórico. Existió, pues, a decir de Aljovín de Losada, complementariedad entre la «lógica jacobino-caudillesca» y la «lógica representativa», las cuales se mezclaban en el discurso de los revolucionarios de entonces, deseosos de capturar y conservar el poder no sólo mediante la violencia de las armas, sino también sobre la base de los nuevos valores políticos que gozaban de amplio consenso⁶³⁴.

En definitiva, los dos períodos dictatoriales de Bolívar en suelo peruano —tanto el iniciado a su llegada al país, en septiembre de 1823, como especialmente el renovado en febrero de 1825, tras el triunfo de las armas patriotas en Junín y Ayacucho— vinieron a continuar y consolidar el modelo de gobierno autoritario, fundado en la emergencia, que las circunstancias bélicas impusieron desde el Protectorado de San Martín. Depuesto el régimen colonial y reemplazado por la naciente República, el nuevo orden constitucional, sin embargo, no logró sostenerse y hacerse fuerte en esos años iniciales. En medio de la zozobra provocada por el esfuerzo final de la guerra independentista, y signada por su falta de realismo y de sentido práctico⁶³⁵, la Constitución de 1823 hubo de ser preterida y quedó subordinada a los poderes extraordinarios conferidos a Bolívar, que lo habilitaban a ejercer la suprema autoridad política y militar en el país.

Si bien la primera dictadura bolivariana en el Perú resultaba justificada por la extrema necesidad en que se hallaba la patria, amenazada todavía por los ejércitos realistas que dominaban extensos territorios desde la sede virreinal trasladada a la ciudad del Cusco, no puede decirse lo mismo de la segunda dictadura. En efecto, ésta fue otorgada al Libertador cuando ya había desaparecido la anterior «amenaza existencial» y sirvió como marco institucional para un gobierno unipersonal y fuertemente autoritario, si no despótico, y para la polémica y resistida instauración de un nuevo régimen constitucional sobre la base de la Carta de 1826, con su Presidencia Vitalicia, cuyo titular, más allá de su denominación formal, sería semejante a un monarca sin corona⁶³⁶.

Siles, «La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización», *op. cit.*, p. 82.

634 Véase Cristóbal Aljovín de Losada, *Caudillos y Constituciones. Perú 1821-1845*, *op. cit.*, pp. 261 y 263-264.

635 Véase Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 488; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, *op. cit.*, p. 214; Raúl Porras Barrenechea, *Los ideólogos de la emancipación*, *op. cit.*, pp. 33 y 201-202.

636 Valentín Paniagua habla del «cesarismo absolutista» del presidente de la República bajo la Carta de 1826 y sostiene que «la Presidencia vitalicia llevó el absolutismo presidencial a su mayor extremo e irracionalidad». Véase Valentín Paniagua Corazao, «El Proceso Constitu-

Así, los hiperpoderes gubernativos que recibió Simón Bolívar, originados como una legítima dictadura comisarial y que el miedo a la anarquía y el deseo de orden hicieron derivar hacia una dictadura revolucionaria, terminan de perfilar en los hechos un modelo dictatorial que dejaría honda huella en el pensamiento y la praxis constitucionales del país⁶³⁷. Tal modelo dictatorial, pretendidamente republicano y constitucional, procurará sustentarse en el otorgamiento de poderes de emergencia y la suspensión de algunas de las principales disposiciones de la Constitución, a fin de lograr la salvación de la patria y el mantenimiento del orden y la estabilidad indispensables para el buen gobierno y la prosperidad económica del Perú.

2.4. La polémica entre Benjamin Constant y el abate De Pradt sobre los poderes dictatoriales de Bolívar en las guerras de independencia hispanoamericanas

La conciencia del peligro que suponía esta inclinación hacia el absolutismo del poder no sólo en el Perú, sino en el conjunto de incipientes Repúblicas hispanoamericanas, se aprecia en la acalorada polémica que las dictaduras bolivarianas suscitaron tempranamente⁶³⁸. Un notable registro de dicha polémica atraviesa el océano y procede del intercambio de opiniones sostenido en el diario parisino *Le Courrier Français* por dos conspicuos representantes del liberalismo francés. En efecto, Benjamin Constant y el abate Dominique Defour De Pradt disputaron sobre el significado de la última dictadura bolivariana en Colombia, la del año 1828, y sus reflexiones se proyectan sobre las dificultades para ejercer el gobierno sin vulnerar las libertades y la legitimidad del recurso a los estados de excepción, por las que atravesaron las flamantes repúblicas americanas que se independizaban del yugo colonial español.

yente y la Constitución Vitalicia (Bolivariana) de 1826 (II)», *Historia Constitucional*, 9 (2008), pp. 206-207. Véase también Manuel Vicente Villarán, «Ensayo sobre las ideas constitucionales de Bolívar», en *Páginas Escogidas* (Lima: P. L. Villanueva, 1962), p. 15.

637 Véase Cristóbal Aljovín que de Losada, *Caudillos y Constituciones. Perú 1821-1845*, op. cit., pp. 269-270; Luis Felipe Villarán, *La Constitución Peruana Comentada*, op. cit., pp. 69-70 y 204; Abraham Siles, «La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización», op. cit., pp. 81-82. Véase también, sobre el impacto duradero de las ideas de Bolívar acerca de la dictadura y los poderes de emergencia en otros países de Hispanoamérica, Jorge Gonzalez-Jacome, «Emergency Powers and the Feeling of Backwardness in Latin American State Formation», *American University International Law Review*, 26.4 (2011), pp. 1078 y 1090-1094.

638 Véase Cristóbal Aljovín que de Losada, *Caudillos y Constituciones. Perú 1821-1845*, op. cit., p. 269; María Belén Soria Casaverde, *Jacobinismo peruano: ansiedad y miedo durante la independencia 1820-1826*, op. cit., pp. 65-66. Véase también Eduardo Roza Acuña, «Estudio preliminar», en *La obra política y constitucional de Simón Bolívar*, op. cit., pp. CII-CVII.

Constant formuló una crítica frontal contra el régimen dictatorial bolivariano, mientras el abate De Pradt asumió su defensa⁶³⁹. En un primer texto, publicado el 1o de enero de 1829, Constant criticó a Bolívar por disolver la representación nacional sólo por hallarse sus partidarios en minoría en ella, por adueñarse de todos los poderes pretextando la falta de ilustración de sus conciudadanos para gobernarse, y por sancionar su dictadura con «ejecuciones y asesinatos»⁶⁴⁰. Así, el «apóstol constitucional» de su tiempo⁶⁴¹, además de calificar a Bolívar de «usurpador», afirmó que «no hay nada que legitime a un poder ilimitado» y que «la dictadura es la herencia funesta de las repúblicas oligárquicas basadas en la esclavitud y que oprimían a los proletarios despojados de sus bienes y derechos»⁶⁴².

Once días después apareció la réplica del abate De Pradt. El ex arzobispo de Malines y ex embajador napoleónico⁶⁴³ sustentó su argumentación en las diferencias existentes entre los países europeos e hispanoamericanos. Adujo la necesidad de «tener en cuenta los lugares, los hechos, los hombres» y aseveró que constituye un error trasladar criterios aplicables a «sociedades ya formadas» y «legales», para juzgar a «sociedades que se forman» y que son «irregulares», pues en éstas «las pasiones se sirven de las leyes para destruir la libertad» y se hallan en «permanente situación de guerras y conspiraciones»⁶⁴⁴. De Pradt dictaminó que la sangre hispanoamericana era «indomable» e «igual de incapaz para el yugo que para la libertad», y fustigó a los «sibaritas de la civilización europea, cómodamente adormecidos en el seno de la normalidad», por no percibir la enorme distancia civilizatoria

639 Véase José Antonio Aguilar Rivera, *En pos de la quimera: reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico* (México, D. F.: Fondo de Cultura Económica - Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2000), pp. 183 y ss.; Cristóbal Aljovín de Losada, *Caudillos y Constituciones. Perú 1821-1845*, op. cit., pp. 274-275; Patrice Vermeren, «La república independiente, el poder constituyente y el héroe de la emancipación», *Revista de Filosofía*, 67 (2011), pp. 67-68.

640 Véase Benjamin Constant, «No hay nada que legitime a un poder ilimitado», en «Documentos del debate Constant-De Pradt», en ed. Alberto Filippi, *Bolívar y Europa en las crónicas, el pensamiento político y la historiografía* (vol. 1) (Caracas: Presidencia de la República, 1986), p. 315.

641 Véase José Antonio Aguilar Rivera, *En pos de la quimera: reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, op. cit., p. 188.

642 Véase Benjamin Constant, «No hay nada que legitime a un poder ilimitado», en «Documentos del debate Constant-De Pradt», en *Bolívar y Europa en las crónicas, el pensamiento político y la historiografía*, op. cit., p. 315.

643 Véase José Antonio Aguilar Rivera, *En pos de la quimera: reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, op. cit., p. 190; Cristóbal Aljovín de Losada, *Caudillos y Constituciones. Perú 1821-1845*, op. cit., p. 274.

644 Véase Dominique Defour De Pradt, «Bolívar vengado del reproche de usurpación», en «Documentos del debate Constant-De Pradt», en *Bolívar y Europa en las crónicas, el pensamiento político y la historiografía*, op. cit., pp. 322-323.

entre una realidad y otra⁶⁴⁵. Con altivez eurocéntrica, teñida de fuertes dosis de racismo y menosprecio por quienes habían padecido largo tiempo bajo un sistema político opresivo, hizo la siguiente interpelación:

¡Predicadores de la libertad, cómo quisiera ver vuestras tribunas colocadas a la orilla del Orinoco; vuestros escaños de senadores ocupados por una terrible mezcla de negros, mulatos, llaneros, criollos, hombres que han sido llevados de golpe del seno de la esclavitud y de la barbarie a las funciones de legisladores y dirigentes del Estado! [...] En América todo es diversidad, principio de división, ausencia de civilización⁶⁴⁶.

Benjamin Constant respondió a De Pradt con dos textos que aparecieron publicados el 15 y el 17 de enero de 1829 en el mismo *Le Courrier Français*, en los cuales se preguntó: «¿Hubiera estado perdida la América meridional si el poder de Bolívar no fuera sin límites?» y «¿El estado de América meridional autorizaba la dictadura de Bolívar?»⁶⁴⁷. Entre otras consideraciones, Constant protestó no sólo por los crímenes y los males que acarrearán las dictaduras en vida de sus titulares, sino también por aquellos que se incuban durante el ejercicio de los poderes omnímodos y que estallan tiempo después, prolongando sus nefastos efectos de manera indefinida⁶⁴⁸. Concluyó: «No, la dictadura nunca es un bien; la dictadura nunca es lícita»⁶⁴⁹.

La última intervención en el debate correspondió al abate De Pradt, quien afirmó, en nota publicada el 23 de febrero de 1829, que no puede hablarse de usurpación cuando la sociedad se encuentra en estado de disolución y por lo tanto enfrenta «uno de esos casos extremos en los cuales, ante todo, hay que ocuparse de conservar la existencia, la vida»⁶⁵⁰. Así, pues, en la visión del abate De Pradt, la dictadura de Bolívar fue proclamada ante lo que ahora se denomina una «amenaza existencial», por lo que resultaba legítima, ya que ella «es el último de los recursos en el seno de la sociedad» y «es admisible utilizarla solo cuando la salvación pública lo requiera»⁶⁵¹.

645 *Ibíd.*, p. 323.

646 *Ibíd.*

647 Véase Benjamin Constant, «¿Hubiera estado perdida la América meridional si el poder de Bolívar no fuera sin límites?» y «¿El estado de América meridional autorizaba la dictadura de Bolívar?», en «Documentos del debate Constant-De Pradt», en *Bolívar y Europa en las crónicas, el pensamiento político y la historiografía*, op. cit., pp. 331-333 y 334-336.

648 *Ibíd.*, p. 335.

649 *Ibíd.*

650 Véase Dominique Defour De Pradt, «La dictadura, como hay que llamarla a falta de otro término, es el último recurso en el seno de la sociedad», en «Documentos del debate Constant-De Pradt», en *Bolívar y Europa en las crónicas, el pensamiento político y la historiografía*, op. cit., p. 342.

651 *Ibíd.*

La polémica entre Benjamin Constant y el abate De Pradt, a propósito de la dictadura y los poderes de emergencia ejercidos por Bolívar, acompaña entonces la fundación republicana en Hispanoamérica y proyecta a lo largo de los años y las décadas su prolongada sombra secular⁶⁵². Aparecen ya aquí perfiladas, con toda claridad, las dos posturas extremas acerca de los estados de excepción constitucional. A saber, de un lado, aquella tesis que se rehúsa a admitir los poderes extraordinarios, por considerarlos opuestos al espíritu del constitucionalismo, cuya esencia consiste en procurar siempre establecer límites al poder, y, de otro lado, la posición que sostiene, más bien, que dichos poderes extraordinarios son indispensables para hacer frente a las crisis más severas, a fin de evitar que perezca la patria y, con ella, el mismo orden constitucional.

La postura de liberalismo principista y radical de Constant lo llevó, pues, a rechazar los poderes de emergencia como contrarios a la idea misma de Constitución. Esta tesis, que había sido ya defendida en sus obras previas⁶⁵³ y que encontró plasmación en algunos ordenamientos constitucionales —por ejemplo, en la Constitución de Bélgica de 1831⁶⁵⁴ y en las Constituciones de México hasta 1857⁶⁵⁵—, no fue sin embargo la predominante ni en el Perú ni en otros países. En la agitada realidad nacional, los poderes dictatoriales fueron usados con profusión desde los primeros años de vida republicana, prescindiendo incluso de los mandatos establecidos por la Constitución y las leyes, con lo que se formó una perniciosa tradición que llega hasta nuestros días⁶⁵⁶. Y en lo que respecta a la dimensión normativa, como se sabe, todas las Cartas Fundamentales que en el Perú siguieron a la de 1823, salvo la de 1920, consagraron modalidades de estado de excepción.

652 Véase José Antonio Aguilar Rivera, «El experimento constitucional bajo la lupa: respuesta a mis críticos», *Política y Gobierno*, IX.2 (2002), p. 478.

653 Véase Benjamin Constant, *Curso de Política Constitucional*, op. cit., pp. 243-250; Benjamin Constant, «Sobre el espíritu de conquista y de usurpación en sus relaciones con la civilización europea» [1813], en *Curso de política constitucional* (Madrid: Taurus, 1968), pp. 169 y ss.; Benjamin Constant, «Sobre la ley de excepción contra la libertad individual», en *Escritos Políticos* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989 [1820]), pp. 239 y ss. Véase también Oscar Godoy Arcaya, «Selección de textos políticos de Benjamin Constant», *Estudios Públicos*, 59 (1995), p. 4; José Antonio Aguilar Rivera, *El manto liberal: los poderes de emergencia en México 1821-1876* (México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001), pp. 184-189.

654 Véase Carlos Sánchez Viamonte, *Ley marcial y estado de sitio en el Derecho argentino*, op. cit., pp. XXXI-XXXII (en especial, la nota 1); Antonella Benazzo, *L'Emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, op. cit., pp. 12-13 (en especial, la nota 15).

655 Véase José Antonio Aguilar Rivera, *El manto liberal: los poderes de emergencia en México, 1821-1876*, op. cit., p. 223.

656 Véase Marco Antonio Jamanca, *La Constitución inacabada: Ideas y modelos constitucionales en el momento fundacional del Perú. Primera mitad del siglo XIX*, op. cit., p. 149.

No es posible hacer aquí un examen exhaustivo del devenir histórico-político del Perú en cuanto a la aplicación de la Constitución de emergencia, pues ello exige un esfuerzo que sobrepasa con creces el ámbito de la presente investigación. No obstante, en cuanto al tópico indicado, se ha expuesto y analizado aquí con algún detenimiento los avatares de la fundación republicana y constitucional, por una parte, para mostrar la complejidad de una realidad que suele desbordar las previsiones legales, y, por otra parte (sobre todo), debido a su carácter simbólico y a la perdurable influencia que ha tenido en todo el desarrollo constitucional posterior, hasta el presente.

Se intentará en lo que sigue un comentario a las instituciones de la emergencia constitucional tal como aparecen recogidas en el articulado de las Cartas Fundamentales del país, pues esta aproximación, aunque limitada, permite conocer los principios básicos del Derecho Constitucional tal como aparecen plasmados en los textos normativos. Conviene, de cualquier modo, insistir en que a todo lo largo de los siglos XIX y XX, y aun en los primeros lustros de la actual centuria, la práctica constitucional peruana ha recurrido a los estados de excepción, *de iure* o *de facto*, como, por lo demás, lo evidencian diversos estudios anteriores⁶⁵⁷.

2.5. La Carta Vitalicia de Bolívar: potestad de suspender la Constitución y modelo amplio de poderes excepcionales

Tras la idealista, pero también ilusa Carta de 1823 y las (muy reales) dictaduras de Bolívar, fue la Constitución de 1826, la segunda del país, la que introdujo formalmente el régimen de emergencia en el constitucionalismo peruano, el cual régimen permitía incluso la suspensión de la Constitución misma⁶⁵⁸, a semejanza de la Carta francesa de 1799 y del Estatuto de Bayona de 1808, ambos documentos dictados para favorecer el régimen napoleónico. Como se sabe, la Carta Vitalicia de 1826 fue, en gran medida, una reacción ante los excesos a los que llegó su predecesora, la Constitución liberal de 1823⁶⁵⁹. Ésta, como ha sido ya expuesto aquí (véase el

657 Véase César Landa, «Executive Power and the Use of the State of Emergency», en *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, ed. Ana María Salinas de Frías *et al.* (New York: Oxford University Press, 2012), p. 220; Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana» (Pontificia Universidad Católica del Perú, tesis de licenciatura en Derecho, 1992), p. 249; Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», *op. cit.*, p. 96; Abraham Siles, «La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización», *op. cit.*, p. 84.

658 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 135-136; Valentín Paniagua Corazao, «El Proceso Constituyente y la Constitución Vitalicia (Bolivariana) de 1826 (II)», *op. cit.*, p. 200.

659 Véase Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 507; Valentín Paniagua Corazao, «El Proceso Constituyente y la Constitución Vitalicia (Bolivariana) de 1826 (II)», *op. cit.*, p. 196.

acápito 3.2.1, *supra*), colocó en situación preeminente al Congreso y debilitó mucho al Ejecutivo, lo que se expresó también en la supresión de disposiciones que recogieran el estado de excepción. La Constitución que Bolívar redactó y que fue acogida primero en Bolivia y luego en el Perú⁶⁶⁰, por el contrario, consagró normas que permitían una concesión de amplias facultades extraordinarias.

En tal sentido, la Carta bolivariana estatuyó que «los Poderes Constitucionales no podrán suspender la Constitución, ni los derechos que correspondan a los peruanos, sino en los casos y circunstancias expresadas en la misma Constitución, señalando indispensablemente el término que deba durar la suspensión» (artículo 150)⁶⁶¹. Varios aspectos resultan llamativos en esta disposición. En primer lugar, a pesar de la formulación en términos prohibitivos («no podrán»), se autoriza la suspensión del Texto Constitucional, de manera similar a lo establecido en la Carta napoleónica de 1799 y en el Estatuto de Bayona de 1808, ya comentados (véase los acápites 2.3.6 y 3.1.1, *supra*). Así, parece claro que estos son los antecedentes legales y la fuente de inspiración de la cláusula bajo análisis⁶⁶². En segundo lugar, se autoriza también la suspensión de los derechos, aunque esta posibilidad se refiere sólo a los peruanos, y no a todas las personas.

En tercer lugar, el que se haya previsto como supuestos distintos la suspensión de la Constitución y la de los derechos de los peruanos podría interpretarse como que la primera hipótesis permite la suspensión *in toto* de la Carta (o, al menos, como que permite suspender regulaciones de la parte orgánica de la Constitución, además de los derechos fundamentales). En cuarto lugar, es de notar que el artículo 150 señala que las suspensiones previstas sólo podrán producirse en los «casos y circunstancias» que la misma Constitución establece, lo que por lo tanto remite a otros artículos del propio Texto Constitucional. En quinto lugar, la cláusula alude a los «Poderes Constitucionales», sin precisar cuáles son éstos (pero queda claro que es más de uno). Finalmente, en sexto lugar, si bien el artículo 150 no estipula plazo para la suspensión, delega a los mencionados Poderes Constitucionales la potestad de señalarlo en cada ocasión.

Ahora bien, de modo complementario, el artículo 30, inciso 5 de la Constitución Vitalicia prevé como una de las «atribuciones generales» de las

660 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo I, p. 101; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 213.

661 Los diversos artículos de la Constitución de 1826 que se citan aquí y en los párrafos que siguen pueden ser consultados en *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, *op. cit.*, pp. 71-106; *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, *op. cit.*, pp. 219-237; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, pp. 189-217.

662 Acerca de la influencia de la Constitución francesa del año VIII sobre la Carta bolivariana, véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, pp. 41 y 43; Manuel Vicente Villarán, «Ensayo sobre las ideas constitucionales de Bolívar», *op. cit.*, p. 30.

Cámaras la de «invertir, en tiempo de guerra o de peligro extraordinario, al Presidente de la República, con las facultades que se juzguen indispensables para la salvación del Estado». Surgen aquí entonces los «casos y circunstancias» a los que parece referirse el artículo 150, los cuales son «tiempo de guerra o de peligro extraordinario». Si bien la primera causal es un concepto jurídico preciso, la segunda es más bien una fórmula abierta y de gran indeterminación. Como quiera que fuere, es claro que tal fórmula abarca las emergencias internas, tales como rebelión o sedición y, al menos literalmente, aun trastornos internos de menor entidad.

El artículo 30.5 de la Constitución de 1826 establece que corresponde al Congreso la potestad de conferir los poderes extraordinarios para conjurar la emergencia que amenaza la subsistencia del Estado. El Ejecutivo es el sujeto que ha de recibir dichos poderes; correlativamente, carece de la facultad de autoinvestidura. Es significativo que la cláusula mencione la finalidad de tal concesión de poderes excepcionales, la cual ha de ser la «salvación del Estado». Ello recuerda la vieja máxima romana «*Salus populi suprema lex est*», que también alcanzó plasmación en la institución francesa de la «patria en peligro» o «salvación de la patria»⁶⁶³, la misma que sería recogida posteriormente en las Constituciones nacionales de 1839, 1856, 1860 y 1867 (véase el acápite 3.3, *infra*). Por lo demás, el que las facultades a otorgar debieran ser aquellas «indispensables» parece presuponer, al menos de manera embrionaria, el respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad, si bien la apreciación de la indispensabilidad quedaba remitida a las Cámaras legislativas.

Por su parte, el artículo 123 de la Carta bolivariana preveía la manera cómo, en las situaciones de emergencia, los poderes públicos podrían actuar específicamente en lo relativo a los derechos vinculados con la administración de justicia. La atribución correspondía en primer lugar a las Cámaras, cuando, en «circunstancias extraordinarias», fuese la «seguridad de la República» la que exigiere la «suspensión de alguna de las formalidades» contempladas en el capítulo destinado precisamente a regular las garantías del buen funcionamiento de los órganos jurisdiccionales. No obstante, si el Parlamento estuviera en receso, entonces el Poder Ejecutivo podría intervenir, «como medida provisional», quedando obligado a dar cuenta de su actuación en la siguiente sesión de las Cámaras y a asumir la responsabilidad derivada de eventuales «abusos».

En consecuencia, el artículo 123 permitía al Ejecutivo suspender derechos fundamentales, en especial la libertad individual mediante arrestos por meras sospechas y sin mandato judicial. Adicionalmente, mediante una lectura conjunta del artículo 123 y los artículos 117 y 84, inciso 2 de la Constitución, podría interpretarse que el plazo de la suspensión de «las

⁶⁶³ Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 153-156.

formalidades» referidas en la cláusula bajo análisis podría exceder las 48 horas estipuladas por la misma Carta para los casos ordinarios bajo el régimen de normalidad constitucional (la Constitución bolivariana duplicó el plazo del arresto administrativo sin intervención judicial, por contraste con la Carta de 1823, que preveía para ello un término de sólo 24 horas).

La Constitución Vitalicia, aprobada en el Perú mediante fraude y coacción⁶⁶⁴, no logró cumplir el sueño del Libertador y estuvo formalmente en vigor apenas durante dos meses⁶⁶⁵. Poco después de que el célebre general caraqueño abandonara el suelo patrio convocado por los problemas de la Gran Colombia, los avatares de la lucha política en el Perú determinaron su anulación junto con el restablecimiento de la vigencia, por breve lapso, de la Carta de 1823⁶⁶⁶. Tampoco ésta, empero, habría de perdurar. Tras los dos extremos —el liberal y el autoritario— que representaron las dos primeras Cartas Políticas del país, será recién la Constitución moderada de 1828 la que establecerá los cauces fundamentales de la tradición constitucional del Perú.

2.6. La «madre de nuestras Constituciones»: estado de excepción e introducción de causales bajo el influjo estadounidense

La Constitución de 1828, formalmente en vigor desde el 18 de marzo de aquel año hasta el 10 de junio de 1834⁶⁶⁷, ha sido celebrada por haber sido expresión de un esfuerzo auténticamente nacional⁶⁶⁸. Habiéndose obtenido ya no sólo la victoria militar sobre los ejércitos realistas, sino también el retorno de Bolívar a Colombia y el abandono del territorio peruano por las tropas auxiliares que contribuyeron en la campaña final de la independencia, pudo reunirse una asamblea constituyente que fue elegida por la

664 Véase Valentín Paniagua Corazao, «El Proceso Constituyente y la Constitución Vitalicia (Bolivariana) de 1826 (I)», *op. cit.*, pp. 86-87; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 119-120; Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 507.

665 Véase Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 34-35; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, pp. 40-41; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, p. 191.

666 Véase Valentín Paniagua Corazao, «El Proceso Constituyente y la Constitución Vitalicia (Bolivariana) de 1826 (II)», *op. cit.*, pp. 192-195; Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 521-522; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, *op. cit.*, p. 217.

667 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, p. 1; Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 35 (nota 6); Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, *op. cit.*, p. 218; *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, *op. cit.*, p. XIII.

668 Véase Valentín Paniagua Corazao, «La constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano», *Historia Constitucional*, 4 (2003), pp. 103 y 108. Véase también Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 191-192; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, pp. 48-49.

ciudadanía y deliberó con entera libertad. En materia de organización del poder, además, la Carta de 1828 procuró mantener un equilibrio entre las tesis de los liberales y las de los defensores de la autoridad y el orden, consagrando un modelo presidencialista en el que el titular del Ejecutivo contaba con atribuciones suficientes y no se hallaba sometido al Parlamento, sin que éste perdiera por ello funcionalidad y relevancia en un esquema de división de poderes⁶⁶⁹.

Así, la tercera Constitución peruana habría de establecer las vigas maestras del desarrollo del constitucionalismo peruano, proyectando su influjo a todo lo largo del siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX⁶⁷⁰. Es célebre el dictamen de Manuel Vicente Villarán, quien sostuvo que la Carta de 1828, con su impronta de liberalismo atemperado por la dura experiencia de los años iniciales de vida constitucional⁶⁷¹, «merece el nombre de madre de nuestras Constituciones», y que las Cartas que la sucedieron hasta la de 1920 —Villarán escribía en 1932— «son sus hijas legítimas, más o menos parecidas a la madre común», ya que son similares a «sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas de un libro original»⁶⁷².

Tales vigas maestras o rasgos centrales del Constitucionalismo nacional, fijados desde la Carta de 1828, fueron la forma unitaria de Estado, la descentralización, el sistema de gobierno presidencialista, la refrendación ministerial, el bicameralismo, la independencia del Poder Judicial, los derechos o garantías constitucionales⁶⁷³.

En materia de estado de excepción, la Constitución de 1828 contiene también regulaciones moderadas y que intentan un equilibrio entre la conveniencia de habilitar al Ejecutivo para hacer frente a las emergencias, por una parte, y la necesidad de introducir ciertos límites al ejercicio de las facultades extraordinarias, por otra parte⁶⁷⁴. Así, el artículo 48, inciso 23

669 Véase Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1828», en *Páginas Escogidas* (Lima: P. L. Villanueva, 1962), pp. 49 y 51; Valentín Paniagua Corazao, «La constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano», *op. cit.*, p. 109.

670 Véase Domingo García Belaunde, «Bases para la historia constitucional del Perú», *op. cit.*, p. 386; Fernán Altuve Febres-Lores, «La Constitución de 1828», en AA. VV., *Homenaje a Fernando Trazegnies Granda (Tomo 1)* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009), p. 207; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, p. 55.

671 Véase Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, *op. cit.*, pp. 218-219.

672 Véase Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1828», en *Páginas Escogidas*, *op. cit.*, p. 45. Véase también Carlos Ramos Núñez, «Estudio Preliminar», en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, *op. cit.*, p. 37; Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 39.

673 Véase Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, *op. cit.*, pp. 5-6. Véase también Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 523 y ss.

674 Véase Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1828», en *Páginas Escogidas*, *op. cit.*, p. 51. Véase también Valentín Paniagua Corazao, «La constitución de 1828 y su proyec-

reserva al Congreso la potestad de «autorizar extraordinariamente al Poder Ejecutivo, y sólo por el tiempo preciso, en casos de invasión de enemigos o sedición, si la seguridad pública lo exigiere»⁶⁷⁵. Para ello, la citada disposición exige una mayoría hipercalificada de dos tercios tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, estipulando finalmente que el Ejecutivo tendrá la obligación de «dar razón motivada de las medidas que tomare».

Ante todo, debe destacarse que ya no se incluyen cláusulas como las contenidas en los artículos 150 y 123 de la Constitución Vitalicia. Es decir, la Carta de 1828 ya no consagra, de manera explícita, la institución de la suspensión de la Constitución y de los derechos de los peruanos, ni regula en sus aspectos básicos la suspensión de las «formalidades» contenidas en el capítulo sobre la «Administración de Justicia». En consecuencia, quedan suprimidas del Texto Fundamental las cláusulas más extremas de la Constitución bolivariana, que acusaba a este respecto fuerte influencia de la Constitución consular francesa (la del año VIII). Pese a ello, debe observarse que el artículo 48, inciso 23 de la Constitución de 1828 omite establecer parámetros sobre el contenido de la «autorización extraordinaria», la cual resulta del todo indeterminada, favoreciendo así un peligroso deslizamiento hacia la arbitrariedad y el despotismo.

De cualquier modo, empero, la disposición bajo análisis subraya el carácter «extraordinario» de la institución de emergencia, la cual además sigue consistiendo en una autorización del Legislativo al Gobierno, lo que de por sí constituye un límite. Igualmente, debe ponerse de relieve que esta vez las causales son menos amplias y aparecen reguladas con mayor precisión, lo que es digno de encomio. En efecto, los supuestos habilitantes son los de «casos de invasión de enemigos o sedición». Quiere decir que, a diferencia de lo que ocurría con su antecesora, la Constitución Vitalicia, bajo la Carta de 1828 no cualquier guerra justifica la concesión de poderes extraordinarios, sino que hace falta que dicha guerra se libere en suelo patrio bajo la forma de una penetración de ejército extranjero en territorio nacional. De otro lado, si bien se conserva una hipótesis habilitante para emergencias internas, éstas a la vez quedan restringidas a los casos de «sedición», lo que descarta supuestos menos graves, como los de simples perturbaciones del orden público. En fin, para ambas causales debe cumplirse el requisito concurrente de que el recurso a los poderes excepcionales venga impuesto por la «seguridad pública».

La definición de las causales para la autorización de poderes extraordinarios, por cierto, recuerda la regulación de esta materia en la Constitución

ción en el constitucionalismo peruano», *op. cit.*, p. 143; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 196-197.

675 Los diversos artículos de la Constitución de 1828 que se citan aquí y en los párrafos que siguen pueden ser consultados en *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, *op. cit.*, pp. 107-146; *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, *op. cit.*, pp. 239-280; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, pp. 227-253.

de Estados Unidos de América, cuyo artículo 1.9.2 establece que «el privilegio del habeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión»⁶⁷⁶. Desde luego, esta semejanza no puede extrañar, ya que diversos autores han puesto de relieve la importante influencia que el modelo de la Carta Fundamental norteamericana tuvo entre los autores de la Constitución peruana de 1828⁶⁷⁷.

El artículo 48, inciso 23 de la Constitución peruana de 1828 contiene otras restricciones importantes. En primer término, estipula que los poderes extraordinarios sólo podrán ser acordados en las Cámaras si en ambas así lo decide una mayoría hipercalificada de dos tercios, ciertamente nada fácil de conseguir. En segundo lugar, la cláusula constitucional prevé que el Poder Legislativo debía fijar el plazo y que éste habría de ser el «preciso», lo que podría ser entendido en sus dos sentidos, a saber, el de ser necesario y el de ser señalado con exactitud. Finalmente, debe ser destacado que la Carta también estipula la obligación del Ejecutivo de «dar razón motivada de las medidas que tomare», lo que supone una suerte de rendición de cuentas que permite un mejor control por parte del Congreso de la República.

No está demás indicar que la norma recogida en el artículo 91, inciso 5 de la Constitución de 1828, la cual faculta al Poder Ejecutivo a librar orden de arresto cuando fuese exigido por la seguridad pública, si bien es una excepción significativa a las garantías sustantivas previstas en el artículo 127 de la Carta —precedente información del hecho que merezca pena corporal y mandato escrito de juez competente—, no configura un caso de «suspensión» de la Constitución, sino solo de restricción especial ordinaria bajo situación de normalidad constitucional (a semejanza del artículo 172.11 de la Constitución de Cádiz y del artículo 81.4 de la Constitución peruana de 1823, ya comentados aquí [véase los acápites 3.1.2 y 3.2.1, *supra*]). Por lo demás, tal poder de arresto está siempre sujeto al plazo general de 48 horas para poner al detenido a disposición del juez competente (artículos 91.5 y 127).

3. LAS RESTANTES CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX: DE LA CONSTITUCIÓN LIBERAL DE 1834 A LA EFÍMERA DE 1867

Tras quedar moldeadas algunas de las líneas matrices del estado de excepción peruano desde el Protectorado de San Martín y las dictaduras de Si-

676 Véase el artículo 1.2.9 de la Constitución de Estados Unidos de América transcrito, en idioma original, en la recopilación *online* del proyecto «Constitute», sostenido por *Comparative Constitutions Project* (https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en) (traducción propia).

677 Véase Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 524-526; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo I, p. 195; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, p. 54; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 216.

món Bolívar hasta la Carta Fundamental de 1828, las siguientes cinco Constituciones —las de los años 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867—, con las que se completaría el siglo XIX, continuaron el devenir perfilado en los primeros años de vida constitucional. Ese devenir, según ha sido expuesto, supone una compleja relación entre los textos normativos y la praxis política, en la cual se observa que a menudo los hechos, fuertemente condicionados por las necesidades bélicas —primero, la guerra de independencia; luego, los movimientos revolucionarios de los caudillos militares—, transcurren por fuera de los cauces establecidos por la Constitución y con casi total prescindencia de los enunciados legales.

Del conjunto de Cartas Políticas de este nuevo período, dos instituciones son las que más destacan en materia de poderes de emergencia. La primera es la institución de «la República o la Patria en peligro», recogida en las Constituciones de 1839, 1856, 1860 y 1867, la cual sin embargo no habría de perdurar en el constitucionalismo nacional de las siguientes centurias. La segunda es la figura de la «suspensión de garantías constitucionales», introducida por el Texto Fundamental de 1860 (aunque suprimida brevemente por el de 1867), cuya vida se prolongaría hasta nuestros días.

3.1. La Constitución de 1834: cierta laxitud y cierto mayor rigor en el diseño de los poderes de excepción, bajo la impronta de la Carta moderada de 1828

Pero, antes de abordar estos desarrollos institucionales, es necesario ocuparse de la Constitución de 1834, la que inaugura la etapa bajo estudio. Elaborada por la Convención Nacional prevista por la Carta precedente de 1828 para su revisión y reforma al cabo de cinco años (artículos 176 y 177)⁶⁷⁸, sus tareas fueron realizadas durante un tiempo de agitación política, especialmente agravada por las dificultades para nombrar al sucesor del General Agustín Gamarra, al término de su primer mandato como presidente de la República. Retornado Francisco Javier de Luna Pizarro del exilio y habiendo sido electo diputado por Arequipa⁶⁷⁹, su habilidad política y su notable influjo en la Asamblea lograron que la representación nacional elevase a la Presidencia del país al general Luis José de Orbegoso, en vez del candidato oficialista, el general Pedro Bermúdez, preferido

678 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 55; Luis Felipe Villarán, *La Constitución Peruana Comentada*, op. cit., pp. 56-57; Carlos Ramos Núñez, «Estudio Preliminar», en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, op. cit., p. 41.

679 Véase Carmen Villanueva, *Francisco Javier de Luna Pizarro: parlamentario y primer presidente del Congreso peruano* (Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú - Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016), pp. 167-168 y 179.

de Gamarra⁶⁸⁰. El episodio desencadenó, poco después, un prolongado ciclo de hondas divisiones políticas y de infaustas guerras civiles⁶⁸¹, lo que incluyó el aciago experimento de la Confederación Perú-Boliviana⁶⁸².

Los imperativos de la política ocuparon gran parte del tiempo y esfuerzo de la Convención, lo que ocasionó que la labor de revisión constitucional y redacción de un nuevo Texto Fundamental tuviera que ser relegada a un segundo plano⁶⁸³. Así, la Constitución de 1834 no muestra diferencias sustanciales con la Carta anterior de 1828, reproduciendo la mayoría de sus disposiciones⁶⁸⁴. Elaborada con rapidez y aún precipitación, sobre la base de un anteproyecto escrito por Luna Pizarro, este documento casi no recibió cambios de la Comisión en cuyo seno lo propuso el sagaz político liberal, ni tampoco del Pleno de la Convención Nacional, cuando al cabo de pocos días debió revisarlo y hacerlo suyo⁶⁸⁵.

La Constitución de 1834, empero, no llegó a ser eficaz⁶⁸⁶. Las revoluciones y guerras desencadenadas desde la primera Presidencia de la República de Agustín Gamarra trajeron como consecuencia una gran inestabilidad política, así como enormes penurias económicas. El país se vio sumido en la violencia y la anarquía provocadas por el caudillismo militar⁶⁸⁷. Tales

680 Véase Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1834», en *Páginas Escogidas* (Lima: P. L. Villanueva, 1962), p. 59; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 61.

681 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo II, p. 5; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, op. cit., pp. 192-193; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., pp. 217-218.

682 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo II, p. 33; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., pp. 257-258.

683 Véase Carmen Villanueva, *Francisco Javier de Luna Pizarro: parlamentario y primer presidente del Congreso peruano*, op. cit., p. 176; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 59-60.

684 Véase Domingo García Belaunde, «Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)», op. cit., p. 243; Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1834», en *Páginas Escogidas*, op. cit., p. 57; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, op. cit., p. 220; Toribio Pacheco, *Cuestiones Constitucionales*, op. cit., p. 88.

685 Véase Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1834», en *Páginas Escogidas*, op. cit., p. 57; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 59.

686 Véase Carlos Ramos Núñez, «Estudio Preliminar», en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, op. cit., p. 42; Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 537-538; Luis Felipe Villarán, *La Constitución Peruana Comentada*, op. cit., p. 57; Toribio Pacheco, *Cuestiones Constitucionales*, op. cit., p. 90.

687 Véase Alejandro Rey de Castro Arena, *Republicanism, nación y democracia: La modernidad política en el Perú, 1821-1846*, op. cit., pp. 156, 165 y ss.; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo I, pp. 215 y ss. Sobre el concepto de «caudillo», asociado a un líder militar «fuerte» y «carismático», y sobre su incierto origen, probablemente

características se mantuvieron hasta mediados del siglo y aún más allá. Sólo por dar una idea aproximada de este escenario histórico, ha de recordarse que «de 1821 a 1845 hubo diez congresos, siete constituciones [contando las de la Confederación Perú-Boliviana], cincuentatres gobiernos, tres guerras “internacionales” (contra la Gran Colombia, Chile y Bolivia) e innumerables rebeliones y revoluciones».⁶⁸⁸

La inestabilidad causada por la violencia política fue tal que, por citar un ejemplo significativo, el primer gobierno del general Gamarra (1829-1833)⁶⁸⁹ vio producirse diecisiete conspiraciones, ocho de las cuales ocurrieron durante el año 1833, el último de su mandato⁶⁹⁰. Asimismo, hay que poner de relieve la crudeza que alcanzó la lucha política de entonces, la cual se tiñó a menudo con actos de crueldad, los que incluyeron no sólo el destierro de los opositores, sino en ocasiones su muerte mediante la imposición de la pena capital o el asesinato. Tales fueron los casos de la ejecución del general Francisco Valle Riestra, ordenada por Felipe Santiago Salaverry y cumplida el 1 de abril de 1835⁶⁹¹, y el fusilamiento del mismo Salaverry, junto a ocho de sus principales lugartenientes, ocurrido en la Plaza de Armas de Arequipa el 18 de febrero de 1836, tras ser derrotados en Socabaya por Santa Cruz⁶⁹².

El siguiente cuadro muestra el elevado número de revoluciones y golpes de Estado que, tan a menudo, convirtieron la usurpación en gobierno durante las dos primeras décadas de vida constitucional, esto es, bajo las cinco primeras Cartas Políticas del Perú (desde la de 1823 a la de 1839):

derivado de una palabra árabe, con el tiempo adaptada a las necesidades de las milicias urbanas en la Galicia de inicios del siglo XVIII, véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, pp. 4 y 409 (nota 3) (traducción propia).

688 Véase Cristóbal Aljovín que de Losada, *Caudillos y Constituciones. Perú 1821-1845*, *op. cit.*, p. 40. Véase también Abraham Siles, «La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización», *op. cit.*, p. 82.

689 Véase Sebastián Lorente, *Escritos fundacionales de historia peruana*, ed. Mark Thurner (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos - COFIDE, 2005), p. 249.

690 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 278-279; Cristóbal Aljovín que de Losada, *Caudillos y Constituciones. Perú 1821-1845*, *op. cit.*, p. 292. Véase también Abraham Siles, «La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización», *op. cit.*, p. 82.

691 Véase Sebastián Lorente, *Escritos fundacionales de historia peruana*, ed. Mark Thurner, *op. cit.*, p. 260; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, *op. cit.*, p. 143.

692 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo II, pp. 44-47; Sebastián Lorente, *Escritos fundacionales de historia peruana*, ed. Mark Thurner, *op. cit.*, p. 261; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, *op. cit.*, p. 195.

Cuadro 5
Revoluciones y golpes de Estado exitosos
en el Perú, 1823-1844

Año	Administración	Golpista	Nueva administración
1823	La Mar, Alvarado y Salazar y Baquijano	Riva-Agüero y Santa Cruz	Riva-Agüero
1827	Santa Cruz	Vidaurre y Mariátegui	Santa Cruz
1829	La Mar	Gamarra, Gutiérrez de la Fuente y Santa Cruz	Gamarra
1834	Orbegoso	Bermúdez y Gamarra	Bermúdez
1835	Orbegoso	Salaverry	Salaverry
1839	Santa Cruz	Gamarra, La Fuente, Torrico y otros	Gamarra
1841	Menéndez	Torrico, Vidal y La Fuente	Vidal
1843	Vidal	Vivanco	Vivanco
1844	Vivanco	Nieto y Castilla	Menéndez

Fuente: Aljovín de Losada, Cristóbal, *Caudillos y Constituciones: Perú 1821-1845* (Lima: PUCP - FCE, 2000), p. 45.

De cualquier modo, la Constitución de 1834, en medio del agitado clima político en el que vio la luz y pese a las dificultades para su elaboración, procuró limitar las potestades del presidente de la República⁶⁹³. En tal sentido, para la observación de las leyes, el presidente debía hacer una consulta previa al Consejo de Estado, mientras que para la insistencia del Congreso bastaba el voto de la mayoría absoluta de cada Cámara, reduciéndose así la necesidad de obtener una votación de dos tercios en la Cámara de origen, prevista en la Constitución de 1828. A la vez, si bien el mandato presidencial siguió siendo de cuatro años, la Carta de 1834 prohibió la reelección del presidente, salvo cuando hubiese transcurrido un período de gobierno. Las restricciones también alcanzaron al derecho presidencial de convocar a Congreso extraordinario, lo cual requería ahora acuerdo del Consejo de Estado, entre otras disposiciones. Para evitar la repetición del caso de Agustín Gamarra, que culminó su período como primer mandatario de la nación sin que se hubiese podido elegir a su sucesor, la Carta de 1834

⁶⁹³ La Constitución de 1834 estuvo formalmente en vigencia desde el 10 de junio de 1834 hasta el 22 de agosto de 1839. Véase Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 35 (nota 7); José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 2.

estipuló que, en tal supuesto, asumiría el mando de manera transitoria el presidente del Consejo de Estado⁶⁹⁴.

Junto a esta vocación limitadora del poder presidencial, la Carta de 1834 tuvo como rasgo distintivo su «espíritu antimilitarista»⁶⁹⁵. Y es que ella se esforzó por mantener al Ejército sujeto a su función esencial de seguridad y por contener el avance del prevaleciente caudillismo militar⁶⁹⁶. En consecuencia, siempre a la luz de la negativa experiencia vivida durante el gobierno del general Agustín Gamarra, la Constitución previó que cuando el presidente mandara en persona al Ejército, para lo que debería recabar la aprobación del Parlamento, se hallaría sometido a ordenanza y sus facultades serían sólo las de general en jefe (artículo 86, inciso 3)⁶⁹⁷.

No extraña, por ello, que la regulación constitucional en materia de estado de excepción fuese muy similar a aquella contenida en su antecesora de 1828⁶⁹⁸, siendo de notar, por lo demás, que las disposiciones sobre estados de excepción de ambas Constituciones fueron, desde un punto de vista comparativo, «más restrictivas que en muchas partes de Hispanoamérica»⁶⁹⁹. En efecto, el artículo 51, inciso 27 de la Constitución de 1834 otorgó al Congreso la atribución de «autorizar extraordinariamente al Poder Ejecutivo en caso de invasión de enemigos, o de sedición, si la tranquilidad pública lo exigiere». La cláusula constitucional citada impuso, asimismo, la obligación de designar las facultades que se concedían, como también la de señalar «el lugar de su ejercicio y el tiempo de su duración». Añadió que el Ejecutivo quedaba «obligado a dar cuenta al Congreso de las medidas que tomare» y que, para la referida autorización, debían concurrir dos tercios de los votos en cada Cámara del Poder Legislativo.

Así, lo primero que debe ser destacado es que la Carta de 1834, además de mantener la institución como una autorización excepcional del Legislativo al Ejecutivo, conserva las causales de «invasión de enemigos» y de

694 Sobre las indicadas limitaciones a la Presidencia de la República en la Constitución de 1834, véase Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1834», en *Páginas Escogidas*, op. cit., pp. 62-63; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 63-64; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, op. cit., p. 220.

695 Véase Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1834», en *Páginas Escogidas*, op. cit., p. 63. Véase también Carmen Villanueva, *Francisco Javier de Luna Pizarro: parlamentario y primer presidente del Congreso peruano*, op. cit., p. 189; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo II, p. 120.

696 Véase Manuel Vicente Villarán, «La Constitución de 1834», en *Páginas Escogidas*, op. cit., p. 63.

697 Los diversos artículos de la Constitución de 1834 que se citan aquí y en los párrafos que siguen pueden ser consultados en *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, op. cit., pp. 147-188; *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, op. cit., pp. 281-328; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., pp. 259-286.

698 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., p. 137.

699 Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., p. 218 (traducción propia).

«sedición». Ambos elementos son sin duda relevantes. A pesar de estas semejanzas con la Constitución precedente, sin embargo, los asambleístas de 1833 y 1834 introdujeron algunos cambios significativos. En más de un caso se trataba de precisiones sobre la regulación anterior. Una modificación importante es la efectuada sobre la exigencia de que estuviera comprometida la «seguridad pública» (artículo 48, inciso 23 de la Constitución de 1828), la cual fue reemplazada por el requisito, menos oneroso, de que la situación fuese una en que se viera amenazada la «tranquilidad pública». Ello amplió de manera considerable los márgenes de decisión para que el Parlamento pudiera conferir las potestades extraordinarias al Gobierno.

De otro lado, también es digno de mención que el constituyente de 1834 impusiese al Parlamento la obligación de indicar qué facultades concedía al Ejecutivo, esta vez de modo parecido a lo previsto en el artículo 30, inciso 5 de la Constitución Vitalicia de 1826. Quiere decir que no cabía una habilitación genérica y totalmente indeterminada de poderes extraordinarios, sino que, por el contrario, en cada ocasión debían ser especificadas las facultades correspondientes. En armonía con este espíritu restrictivo, el Texto Fundamental introdujo, por primera vez en el constitucionalismo peruano, la obligación de señalar los lugares en que serían ejercidos los poderes de emergencia, a lo que se agregaba la obligación de fijar el plazo de duración del régimen excepcional.

Por lo demás, la Carta de 1834 reiteró la exigencia al Ejecutivo de rendir cuentas sobre el ejercicio de los poderes que recibía, lo que hizo con una fórmula que habría de tener fortuna y perdurar hasta nuestros días, a saber, la que obliga al Gobierno a «dar cuenta» al Congreso de las medidas adoptadas. Igualmente, se mantuvo la exigencia de mayoría hipercalificada de dos tercios en cada Cámara para que procediera la autorización extraordinaria.

Una novedad que ha de tenerse en cuenta en la Constitución de 1834 es la atribución reconocida al Consejo de Estado para actuar, durante el receso parlamentario, en ejercicio del poder de autorización extraordinaria previsto en el artículo 51, inciso 27. En consecuencia, el Consejo de Estado, con el voto de los tres cuartos de sus miembros presentes, podía conceder al Ejecutivo los poderes de emergencia en caso de invasión de enemigos o de sedición (artículo 101, inciso 4).

Es también necesario indicar aquí, de modo similar a lo que ya se dijera en relación a la Carta de 1828 (véase el acápite 3.2.6, *supra*), que la Constitución de 1834 faculta al Gobierno a privar de la libertad a una persona cuando lo exija la «seguridad pública» (no la mera «tranquilidad pública», como en el caso del artículo 51, inciso 27), en cuyo caso podrá librar una orden de arresto (artículo 86, inciso 5). No obstante que se trata, evidentemente, de una excepción a las garantías constitucionales de la libertad individual —precedente información del hecho que amerite la imposición de pena corporal, mandamiento escrito de juez competente (artículo 151)—, no estamos ante un supuesto de «suspensión» del Texto Constitucional, sino

apenas ante una restricción especial ordinaria de derechos fundamentales, sujeta siempre al plazo general de 48 horas como máximo para someter al arrestado a la jurisdicción del juez competente (artículos 152 y 153).

3.1.1. Las «murallas de papel» frente al autoritarismo militar y los poderes de excepción constitucional

Por desgracia, el afán de los convencionales y de la Constitución de 1834 por mantener bajo control el extendido caudillismo y las constantes revueltas y luchas entre facciones armadas que pugnaban por acceder al poder, se vio frustrado en la práctica. En palabras del historiador Jorge Basadre, el constitucionalismo liberal de 1834 fue, sobre todo, «un minucioso intento de erigir murallas de papel contra el autoritarismo militar»⁷⁰⁰. Sólo a manera de ejemplo debe aquí mencionarse que, durante el período de su elaboración, primero, y de su vigencia formal, después, ocurrieron dos episodios muy significativos en cuanto al empleo de los poderes extraordinarios.

El primero de ellos fue la concesión por el Congreso al presidente Luis José de Orbegoso de las facultades de emergencia para hacer frente a la revolución de los generales Pedro Bermúdez y Agustín Gamarra⁷⁰¹, tras lo cual el primer mandatario dio inicio a la campaña que tuvo el inesperado y feliz resultado del abrazo de Maquinhuyo, celebrado el 24 de abril de 1834⁷⁰². El segundo episodio fue la inesperada «delegación» de los poderes extraordinarios que hizo el presidente Orbegoso en manos del general Santa Cruz, en medio de circunstancias extremas de la guerra librada contra Gamarra y San Román (carta firmada en Vilque, el 8 de julio de 1835). Estas facultades habían sido concedidas inicialmente por el Consejo de Estado al mandatario interino, Salazar y Baquíjano, a fin de hacer frente a la rebelión de Salaverry en El Callao, y Salazar las había, a su vez, entregado a Orbegoso el 23 de febrero de aquel año de 1835. Finalmente, Andrés de Santa Cruz aceptó los poderes excepcionales delegados por Orbegoso a través de un oficio suscrito en Puno el día 16 de julio⁷⁰³.

700 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo II, p. 17. Véase también José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 61-62.

701 Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., pp. 217-218. Véase también Sebastián Lorente, *Escritos fundacionales de historia peruana*, ed. Mark Thurner, op. cit., p. 260.

702 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo II, pp. 10-11; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, op. cit., pp. 192-193; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 119.

703 Sobre los diversos incidentes de la «delegación» de los poderes extraordinarios hecha por Orbegoso en favor de Santa Cruz, véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo II, pp. 37 y 124. Véase también Natalia Sobrevilla Perea, *Andrés de San-*

En las siguientes cuatro Constituciones —las de los años 1839, 1856, 1860 y 1867—, la regulación del estado de excepción muestra algunos cambios sustanciales. Como ya ha sido anticipado, todas estas Cartas consagran la institución de «la República o la Patria en peligro», hasta entonces desconocida en el constitucionalismo peruano y que desaparecería después, a partir del Texto Fundamental de 1920.

3.2. La Carta de 1839: la declaración de «la Patria en peligro» como variante de Constitución de emergencia

La nueva institución, de impronta francesa, fue recogida primero en la Carta de 1839, conocida como «Constitución de Huancayo» debido a la ciudad donde llevó a cabo sus sesiones la Asamblea que la creó⁷⁰⁴. De signo autoritario y promovida por el general Agustín Gamarra como reacción al acusado liberalismo de las Constituciones de 1828 y 1834⁷⁰⁵, las cuales intentaron recortar los poderes del Ejecutivo —como ya ha sido dicho aquí—, la Constitución de Huancayo estuvo formalmente en vigencia desde el 10 de noviembre de 1839 hasta el 27 de julio de 1855⁷⁰⁶. Junto con robustecer al Poder Ejecutivo⁷⁰⁷, ella previó como atribución del Congreso el «declarar cuándo la República esté en peligro, y otorgar detalladamente al Presidente las facultades que juzgue bastantes para salvarla, designándole el tiempo y lugares en que debe usarlas, y con obligación de dar cuenta al Congreso, del uso que de ellas haya hecho»⁷⁰⁸ (artículo 55, inciso 26)⁷⁰⁹.

ta Cruz, caudillo de los Andes (Lima: Instituto de Estudios Peruanos - Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015), pp. 142 y 159-160.

704 Véase Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., p. 336; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 157.

705 Véase Carlos Ramos Núñez, «Estudio Preliminar», en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, op. cit., p. 45; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 68; Domingo García Belaunde, «Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)», op. cit., p. 237; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo II, pp. 123-125. No obstante, Manuel Vicente Villarán considera que los cargos formulados contra la Carta de 1839, en el sentido de ser «absolutista, demasiado centralizadora y autocrática», son al menos en parte «infundados», ya que, a su criterio, no existirían en realidad diferencias esenciales respecto de las Constituciones liberales de 1828 y 1834. Véase Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 544.

706 Véase Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 35 (nota 8); José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 2; *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, op. cit., p. XII; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, op. cit., p. 223.

707 Véase Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 547-548; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., p. 220.

708 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 137-138; Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 552.

709 Los diversos artículos de la Constitución de 1839 que se citan aquí y en los párrafos que siguen pueden ser consultados en *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo,

Similar atribución confirió al Consejo de Estado, con la variante de que la fórmula es aquí «la Patria en peligro» (no «la República»), y la precisión, ausente en la cláusula antes citada, de que el presidente de la República, durante el receso del Congreso, daría cuenta de los poderes extraordinarios ejercidos al propio Consejo de Estado (artículo 103, inciso 4)⁷¹⁰. Todavía más, el Consejo, con la reunión de solo ocho de sus quince integrantes, tenía el deber, si acaso se producía un «trastorno político», de adoptar «las medidas convenientes para salvar la Patria» (artículo 109)⁷¹¹.

Novedad importante fue, asimismo, la incorporación de una nueva restricción sobre el ámbito de atribuciones del presidente de la República, en virtud de la cual se le prohibió transmitir, en todo o en parte, a persona alguna, «el uso discrecional de las facultades que se le den detalladamente, en los casos en que la Patria esté en peligro» (artículo 88, inciso 10)⁷¹². Jorge Basadre sugiere que se quería evitar con esta disposición lo ocurrido con el presidente Orbegoso, quien, como se ha visto, delegó sus facultades extraordinarias a Andrés de Santa Cruz frente al levantamiento de Felipe Santiago Salaverry⁷¹³.

Ahora bien, la Constitución de Huancayo, pese a que reguló la institución bajo análisis reservando a la representación nacional la potestad de hacer la declaración de estar la República o la Patria bajo grave amenaza («en peligro»), y pese a exigir el señalamiento detallado de las facultades extraordinarias y el lugar y plazo en que éstas habían de ser ejercidas, como también la obligación de dar cuenta de ellas al Congreso o al Consejo de Estado, según los casos; pese a todas estas precauciones y limitaciones previstas en la Carta de 1839, ella al mismo tiempo optó por eliminar la indicación de las causales que venía siendo sucesivamente consignada, con cada vez mayor precisión, en los Textos Fundamentales de 1826, 1828 y 1834.

De igual manera, debe ser destacado que la Constitución de Huancayo suprimió la mención a la mayoría requerida para poder proclamar la República o la Patria en peligro, debiendo recordarse que tanto en la Constitución de 1828 como en la de 1834 se exigía una votación hipercalificada de dos tercios para la instauración del estado excepcional.

op. cit., pp. 201-240; *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, *op. cit.*, pp. 329-359; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, pp. 341-367.

710 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, p. 69; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo II, p. 124; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 220.

711 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, p. 138; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 220.

712 Véase Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 552; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, p. 138.

713 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo II, p. 124. Véase también Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 138-139.

Así pues, estas dos características significan una considerable ampliación del poder de la Legislatura para decretar una emergencia y otorgar facultades extraordinarias al Ejecutivo. Eran estipulaciones laxas que, sin duda, conllevaban un grave riesgo de arbitrariedad y despotismo, en particular, si el Gobierno llegaba a tener una mayoría leal en el Parlamento, como en efecto ocurrió durante el Congreso de Huancayo, sometido a la voluntad de Agustín Gamarra⁷¹⁴.

Merece la pena poner de relieve que la regulación contenida en la Constitución de 1839 no señala nada, de manera explícita, acerca del estatus de los derechos constitucionales durante la proclamación de la República o la Patria en peligro. Bajo la ley francesa original, la declaración de la «*patrie en danger*», si bien admisible ante emergencias exteriores o interiores (es decir, supuestos de guerra o rebelión), apuntaba primordialmente a permitir el reforzamiento de la fuerza armada del Estado (reclutamiento y acopio de armas y municiones), pero sin afectar los derechos y libertades que la Constitución garantiza⁷¹⁵. No obstante, la Carta peruana de 1839 omite dar precisiones sobre el alcance de la declaración de emergencia, de tal suerte que puede interpretarse que, cuando es necesario salvar la República o la Patria enfrenta una amenaza a su propia sobrevivencia, está permitida la suspensión de tales derechos y libertades⁷¹⁶. Suspensión que podría ocurrir en los términos más amplios, en la medida en que la misma Carta Fundamental obvia el establecer restricciones sobre este punto.

El presidente de la República sí estaba premunido, mediante cláusula expresa, de la potestad de aprehender personas, si es que lo exigía la «seguridad pública», pudiendo librar en tal caso la correspondiente orden de arresto (artículo 88, inciso 8). No obstante, a semejanza de lo previsto en la Carta de 1834 (artículos 151 a 153), la Constitución de Huancayo no estableció esta facultad como un caso de suspensión de derechos y libertades, sino como un supuesto de mera restricción especial ordinaria, bajo situación de normalidad constitucional.

Cabe recalcar, por último, que la Constitución de 1839, al consagrar por primera vez la institución de la República o la Patria en peligro, aun cuando omitió determinar las causales habilitantes, cuidó sin embargo de conservar una serie de limitaciones o garantías que el constitucionalismo peruano venía desarrollando sobre el estado de excepción en las tres Constituciones

714 Véase Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., pp. 336-338; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 66-68.

715 Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 153 y 155-156.

716 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 69; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo II, p. 124.

anteriores: la autoritaria Constitución Vitalicia de 1826 y las Cartas liberales de 1828 y 1834. En tal sentido, la Constitución de Huancayo estipula la naturaleza excepcional de la institución y su finalidad conservativa (la salvación de la República o la Patria), consagra el principio de necesidad como condición habilitante de la proclamación⁷¹⁷, mantiene la potestad de investidura en manos del Congreso (sistema de heteroinvestidura), impone a la representación nacional la obligación de señalar de manera detallada las facultades extraordinarias que concede, así como la obligación de indicar lugar y plazo para su ejercicio, además de fijar el deber del Gobierno de dar cuenta al Parlamento del empleo de dichas facultades.

3.3. Las Constituciones ultraliberales de 1856 y 1867 y la moderada de 1860: mantenimiento de la institución de «la Patria en peligro» y surgimiento de la «suspensión de garantías constitucionales». Acrecentamiento de los poderes de excepción

Las tres Constituciones que siguieron a la autoritaria de Huancayo —las Cartas ultraliberales de 1856 y 1867, y la moderada de 1860⁷¹⁸— mantuvieron la potestad del Parlamento de declarar la República o la Patria en peligro⁷¹⁹. Las tres coinciden en contener una regulación muy escueta, esencialmente la misma, en la que destaca sobre todo la eliminación de diversas cláusulas orientadas a limitar los poderes extraordinarios o a garantizar su ejercicio adecuado. Así, todas ellas suprimen la obligación del Congreso de señalar «detalladamente» las facultades excepcionales que otorga al Poder Ejecutivo. Igualmente, eliminan la obligación del Parlamento de indicar el tiempo y los lugares en que dichas facultades habrían de ser usadas, como también la obligación de «dar cuenta» a la representación nacional del uso que de ellas hubiera hecho el Gobierno.

Otras tres supresiones son relevantes, por contraste con la Constitución de Huancayo. En primer lugar, la de la cláusula que atribuye a otro órgano del poder público, además del Congreso, la potestad de declarar la patria en peligro e investir al presidente de la República con los poderes excepcionales. Conforme a la Constitución de 1839, esta potestad correspondía al Consejo de Estado (artículo 103, inciso 4), órgano del que las Cartas de

717 Véase Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 552; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., p. 220.

718 Sobre los rasgos ultraliberales de las Constituciones de 1856 y 1867, así como sobre el espíritu de moderación y equilibrio de la Carta de 1860, véase Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 557 y 565-567; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 80, 99 y 102; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, op. cit., pp. 225 y 228-229.

719 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., p. 139.

1856, 1860 y 1867 optan por prescindir⁷²⁰. No obstante, estas Constituciones tampoco prevén que alguna otra institución pública, además del Parlamento, contara con dicha potestad de instaurar el estado de excepción e investir al Gobierno con las facultades extraordinarias. En segundo lugar, las tres Constituciones bajo análisis suprimen la prohibición al presidente de la República de transmitir o delegar, de manera parcial o total, las facultades recibidas para hacer frente a la emergencia y salvar la Patria bajo amenaza de un peligro extremo. En tercer lugar, los tres Textos Constitucionales omiten establecer la mayoría hipercalificada para la proclamación congresal de la República o la Patria en peligro, reiterando en esto la opción acogida por su predecesora, la Constitución autoritaria de 1839.

Las disposiciones de las Cartas Fundamentales de 1856 y 1867 consagran exactamente el mismo texto. En efecto, ambas estatuyen como una de las «atribuciones del Congreso» la de «declarar cuándo la República está en peligro y dictar dentro de la esfera constitucional, las medidas convenientes para salvarla» (artículo 55, inciso 20 y artículo 59, inciso 21, respectivamente)⁷²¹. Es llamativo en este enunciado el que las medidas a señalar por el cuerpo legislativo hayan de ser sólo las «convenientes», lo que establece un estándar jurídico menos exigente que el principio de «necesidad» recogido en la Constitución de Huancayo (artículos 55, inciso 26 y 103, inciso 4).

Como aspecto positivo sí ha de juzgarse, empero, en estas dos Constituciones ultraliberales de 1856 y 1867, el haber estipulado que la representación nacional estaba obligada a dictar las medidas convenientes para salvar la República, «dentro de la esfera constitucional». Ambos Textos Fundamentales recalcan así la naturaleza de la institución como propiamente constitucional⁷²², impidiendo en consecuencia, aunque solo fuera en el plano de las estipulaciones normativas, la concesión al Ejecutivo de poderes absolutos o ilimitados, o que de algún modo contravinieran la esencia misma del constitucionalismo.

Parece equivocada, con todo, la opinión de algunos destacados comentaristas, quienes sostienen que las Cartas Fundamentales de 1856 y

720 El Consejo de Estado fue una creación de las Cartas Políticas de 1828, 1834 y 1839, aunque con importantes variaciones en cuanto a su composición, forma de nombramiento y funciones. Fue suprimido desde la Constitución de 1856 y sólo tuvo una efímera reaparición en el Texto Fundamental de 1920 (y en el Estatuto Provisorio de 1879, puesto en vigencia con ocasión de la Guerra del Pacífico). Véase Daniel Soria Luján, «Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)», *Pensamiento Constitucional*, 5.5 (1998), p. 371 (en especial, la nota 15). Véase también Luis Felipe Villarán, *La Constitución Peruana Comentada*, op. cit., p. 66; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 81.

721 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., p. 139. Véase también, en cuanto a la Constitución de 1856, Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., p. 224.

722 Véase Luis Felipe Villarán, *La Constitución Peruana Comentada*, op. cit., p. 64.

1867 excluyen la potestad del Parlamento de autorizar al presidente de la República para ejercer las «facultades extraordinarias» o para «suspender las garantías individuales»⁷²³. En realidad, nada en los textos constitucionales referidos establece tal exclusión, siendo de notar que, por el contrario, la formulación normativa, con su laxitud, parece admitir la posibilidad de delegar los poderes de emergencia al Ejecutivo, al disponer que la representación nacional habría de dictar las medidas convenientes para salvar la República⁷²⁴. Es obvio que tales medidas tendrían que delegar en el Gobierno la ejecución de las acciones necesarias para conjurar la emergencia. Asimismo, nada en el enunciado normativo, ni de modo expreso ni de modo tácito, parece excluir la posibilidad jurídica de decretar la suspensión de los derechos fundamentales.

De hecho, en el debate habido en la Convención Nacional de 1855 y 1856, la cual redactó la sexta Carta Fundamental del Perú, más de un representante aseveró que era indispensable que el artículo constitucional a aprobar regulara de manera específica las medidas con las que habría de habilitarse al Poder Ejecutivo. Tales medidas debían ser únicamente los incrementos presupuestarios que fueran requeridos, así como el aumento del Ejército y la disminución de las garantías de la seguridad personal. En tal sentido, el convencional Juan Celestino Caveró, mencionando los indicados puntos de manera expresa, recomendó: «consignemos desde ahora estos medios, en el artículo en debate; para que después “figurando peligros”, no se arranque de los Congresos facultades discrecionales», recomendación que fue respaldada por los representantes Ramos y Macedo⁷²⁵. A ellos, empero, se opuso Pedro Gálvez, afirmando lo siguiente:

Las restricciones que pide el señor Caveró están, si bien se mira, comprendidas en el artículo; pues las facultades extraordinarias, a ninguna otra cosa pueden referirse, que al aumento del ejército, al de los fondos, a la restricción de algunas garantías, que, todas se refunden en la seguridad, y a la suspensión de algunas leyes, que en último análisis, no tienen otro fin, que realizar esas garantías individuales⁷²⁶.

723 Véase Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 559 y 568; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo III, pp. 334 y 381; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 80 y 102; Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., pp. 92-93.

724 Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., p. 224.

725 Véase AA. VV., «Debate Constituyente de 1855-1856», *El Comercio* (Lima, 7 de mayo de 1856), pp. 267-268.

726 *Ibíd.*, p. 268.

De cualquier modo, la Constitución de 1860, se distancia en un punto crucial del modelo de estado de excepción consagrado por la Carta de 1856, luego reproducido por la muy efímera Constitución de 1867⁷²⁷. Y es que, si bien autoriza al Congreso a declarar la Patria en peligro, la Carta de 1860 omite la fórmula laxa de dictar «las medidas convenientes» para tal salvación, aunque hubieren de recaer «dentro de la esfera constitucional». Más bien, reemplaza esta fórmula por la que reconoce al Congreso la atribución concurrente de suspender las garantías constitucionales, aunque sólo las expresamente consignadas en la Carta, como se verá enseguida, y únicamente «por tiempo limitado» (artículo 59, inciso 20).

Aparece así, por primera vez en el constitucionalismo peruano, mediante una estipulación expresa, la institución de la «suspensión de garantías o derechos constitucionales». La Constitución siguiente, la del año 1867, sin embargo, la eliminó de su texto, y la primera del siglo XX, la de 1920, no la admitió en su versión original, como no admitió ninguna modalidad de régimen de excepción. No obstante, como se expone luego (véase los capítulos 4, 5 y 6, *infra*), dicha institución resurgirá, aunque con variaciones, en las Cartas Fundamentales de 1933, 1979 y en la actual de 1993.

Debe recalcar que la suspensión de garantías en la Constitución de 1860 es solamente de aquellas (en realidad, derechos) que se señalan de manera explícita⁷²⁸: libertad y seguridad personales (artículo 18), libertad de residencia y prohibición de destierro salvo sentencia ejecutoriada (artículo 20) y derecho de asociación pacífica, en público o en privado, sin comprometer el orden público (artículo 29). Esta última, por cierto, se refiere primordialmente al derecho de reunión, en un momento en que éste no estaba aún separado conceptualmente del derecho de asociación⁷²⁹. También es

727 La Constitución de 1856 rigió del 19 de octubre de 1856 al 13 de noviembre de 1860; la Carta de 1860 lo hizo, con breves interrupciones, desde esta última fecha hasta el 18 de enero de 1920; y el Texto Fundamental de 1867 estuvo en vigor apenas entre el 29 de agosto de 1867 y el 6 de enero de 1868. Véase Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 35 (notas 9 y 10); José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 2-3; *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, op. cit., pp. XIV-XV.

728 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., p. 139. Véase también Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., p. 228.

729 Luis Felipe Villarán consideró que el significado sustancial de la suspensión de garantías prevista en la Constitución de 1860 era el siguiente: «1° que puede mantenerse en detención a las personas, sin ponerlas a disposición del juez, por todo el tiempo que crea conveniente el poder ejecutivo; 2° que el mismo poder ejecutivo, puede separar de la república o del lugar de su residencia a las personas, sin forma ninguna; y 3° que puede impedir la formación de asociaciones y las reuniones a su voluntad». Véase Luis Felipe Villarán, *La Constitución Peruana Comentada*, op. cit., pp. 204-205. Un entendimiento amplísimo e ilimitado de la suspensión de cada derecho, que asombra incluso para la época, máxime

de observar que la Carta de 1860 no permite expresamente la suspensión de la libertad de tránsito —no regulada como tal hasta la Constitución de 1920 (artículo 29)—, aunque ésta podría considerarse incluida en la libertad y seguridad personales, cuya suspensión sí estaba permitida. La Constitución bajo estudio tampoco permite la suspensión de la inviolabilidad del domicilio⁷³⁰.

Por último, en cuanto a la limitación temporal, debe llamarse la atención acerca del hecho que tal limitación sólo se refiere a la suspensión de garantías. Quiere decir que ella no alcanza a la declaración de la Patria en peligro. Es más, también es preciso indicar que, si bien se establece en la Constitución el principio de limitación temporal o transitoriedad de la suspensión de garantías, el mismo permanece indeterminado en la regulación constitucional. Queda claro, con todo, que el titular de la potestad de fijar el término temporal de la suspensión (en rigor, el sujeto obligado, más bien) es el Congreso de la República, el que debía estipular dicho término en cada ocasión.

3.4. Ciertas líneas de continuidad en la Constitución de emergencia peruana del siglo XIX

Ahora bien, una reflexión general es conveniente sobre las similitudes entre las regulaciones del estado de excepción en las Constituciones de 1856, 1860 y 1867, relativas a la institución de la declaración de la República o la Patria en peligro, así como a la entonces flamante institución de la suspensión de garantías constitucionales. La reflexión podría incluso hacerse extensiva a las líneas de continuidad que es posible observar, y que han sido indicadas en lo que va de este capítulo, entre los distintos textos constitucionales del siglo XIX (con la salvedad del de 1823). Y es que, más allá del espíritu que animara a una u otra Constitución, más allá de su signo autoritario o democrático, de su impronta conservadora o liberal, de su vocación de favorecer el militarismo o más bien de someterlo, todas ellas coinciden en que resulta indispensable consagrar el estado de excepción a fin de dotar a los poderes públicos de herramientas idóneas para enfrentar las emergencias de naturaleza política (tales como la guerra y la revolución).

En adición a ello, las distintas Constituciones, pese a sus diferencias ideológicas, no sólo reconocen el régimen de excepción, sino que, de una u otra manera, tienden a admitir y aún a favorecer la latitud de los poderes

tratándose de un autor que se adscribe a la corriente liberal y que consideraba deseable que la Constitución no incuyera el estado de excepción, como se verá en seguida.

730 El mismo Luis Felipe Villarán llama la atención, tempranamente, sobre lo arbitrario que puede ser definir ciertos derechos, con exclusión de otros —por ejemplo, la libertad de tránsito y la inviolabilidad de domicilio—, como susceptibles de suspensión en situaciones de crisis. Véase Luis Felipe Villarán, *La Constitución Peruana Comentada*, op. cit., p. 206.

extraordinarios con los que sería investido el Ejecutivo. Lo que ciertamente ocurre de manera ambigua, ya que, según ha sido expuesto aquí, con dicha latitud coexisten regulaciones específicas que apuntan a limitar la acción del presidente de la República en ejercicio de las facultades excepcionales. En consecuencia, puede decirse que al interior mismo de la regulación constitucional se debaten, desde el inicio del constitucionalismo peruano y a lo largo de su desarrollo histórico, dos tendencias opuestas, cada una de las cuales pugna por prevalecer, en detrimento de la otra, en el terreno de la Constitución de emergencia. De un lado, está aquella postura que procura paz y orden mediante la imposición de la fuerza. Y, de otro lado, se halla aquella visión, contraria a la anterior, que intenta mantener los principios básicos del constitucionalismo y, por ende, trata de limitar el poder y de proteger los derechos fundamentales de las personas, aún en las situaciones de crisis más desafiantes.

Como quiera que fuere, es de notar que la Constitución de 1860, la de más larga duración en la historia constitucional peruana⁷³¹, pese a su elogiada moderación y equilibrio entre extremos⁷³², permitía un uso amplio y virtualmente irrestricto de los poderes de emergencia. Esta posibilidad fue advertida por un estudioso tan importante como Luis Felipe Villarán, sobre la base de la experiencia histórica del caudillismo militar que asoló a la República en sus primeras décadas de vida, por lo que el ilustre constitucionalista, embargado de espíritu crítico y siguiendo la tesis defendida por Benjamin Constant, estimó que la mejor opción era la de no consagrar el estado de excepción constitucional⁷³³.

No obstante, los largos años de vigencia formal de la Constitución de 1860 conocieron también numerosos episodios en los que se consideró que la Patria se hallaba en peligro y que la suspensión de garantías individuales era una herramienta indispensable. De allí que Brian Loveman pudiese aseverar que tanto las élites civilistas como los caudillos militares, tanto los líderes de pensamiento liberal como los defensores de las doctrinas conservadoras, todos por igual, habían alcanzado al menos un «acuerdo fundamental» a esas alturas del siglo XIX, a saber, que no era posible gobernar el país si no era mediante la suspensión de garantías cuando la

731 Véase Carlos Ramos Núñez, «Estudio Preliminar», en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, *op. cit.*, p. 53; Domingo García Belaunde, «Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)», *op. cit.*, p. 238; Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 570; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, *op. cit.*, p. 227.

732 Véase Carlos Ramos Núñez, «Estudio Preliminar», en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, *op. cit.*, p. 53; Manuel Vicente Villarán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 565-566; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, p. 99.

733 Véase Luis Felipe Villarán, *La Constitución Peruana Comentada*, *op. cit.*, pp. 204 y 209-210.

Patria se hallaba en peligro⁷³⁴. Este principio, en opinión del profesor estadounidense, no es sólo la «doctrina constitucional dominante» en aquel entonces, sino parte esencial de la política en el Perú, proyectada inclusive a todo lo largo del siguiente siglo XX⁷³⁵.

Para concluir el acápite (y el capítulo), debe mencionarse que hacia fines del siglo XIX fue aprobada por el Congreso y puesta en vigor la primera Ley de Habeas Corpus del Perú. La Ley, del 21 de octubre de 1897⁷³⁶, hubo de vencer las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo y aun su renuencia a publicar el texto legal tras la insistencia de la representación nacional⁷³⁷. Se consagraba así, décadas después de que fuese reconocida la garantía constitucional (en realidad, derecho) de la libertad personal desde la primera Carta Fundamental del Perú, y aun con considerable retraso respecto de otros países de Latinoamérica⁷³⁸, el mecanismo procesal dirigido

734 Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., p. 230 (traducción propia). Otros estudiosos han observado un fenómeno más general de acercamiento entre las tesis liberales y conservadoras, con fuerte impacto en el ámbito del Derecho decimonónico, y especialmente en el Derecho Constitucional, el cual se produjo hacia mediados del siglo. Así, Fernando de Trazegnies, en relación al ámbito de la sociedad y la cultura, habla de un cambio social mediatizado y relativo en el Perú posterior a la independencia, que él denomina «modernización tradicionalista». A su turno, Roberto Gargarella, al analizar la historia del constitucionalismo latinoamericano, sostiene que hubo un «constitucionalismo de fusión», que albergó el pacto entre liberales y conservadores en la segunda mitad del siglo XIX, y menciona explícitamente a la Constitución peruana de 1860 como un ejemplo de ello. Véase Fernando de Trazegnies Granda, *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979), pp. 30-35; Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (Buenos Aires: Katz Editores, 2014), pp. 49-50, 59-63, 65-66, 68 (especialmente, la nota 15) y 89. Es, asimismo, notable el testimonio literario de *Cien años de soledad*, novela en la que el coronel Aureliano Buendía, habiendo ya arriado las banderas de la insurgencia tras sus treinta y dos levantamientos armados, todos perdidos, afirma: «La única diferencia actual entre liberales y conservadores, es que los liberales van a misa de cinco y los conservadores van a misa de ocho». Véase Gabriel García Márquez, *Cien años de soledad* (Bogotá: Santillana Ediciones Generales, 2007), p. 278.

735 Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., p. 230 (traducción propia).

736 Puede consultarse la Ley de Habeas Corpus de 1897, transcrita en su versión original, en Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus Interpretado (1933-1970)* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971), pp. 411-414; Pedro Planas Silva, *Democracia y tradición constitucional en el Perú* (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1998), pp. 456-460. En lo que sigue se cita de estas ediciones.

737 Véase las incidencias de la aprobación de la Ley de Habeas Corpus de 1897, desde la presentación del anteproyecto redactado por Mariano H. Cornejo en 1892 hasta su promulgación, cinco años más tarde, por el Congreso de la República presidido por Manuel Candamo, en Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en el Perú* (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979), pp. 23-26; Pedro Planas Silva, *Democracia y tradición constitucional en el Perú*, op. cit., pp. 444-460.

738 Véase Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en el Perú*, op. cit., pp. 28-29;

a su protección frente a los arrestos arbitrarios. No obstante, el artículo 21 de la citada ley estableció que, en las ocasiones en que el Congreso suspendiera las «garantías individuales» conforme a la Constitución —entonces estaba en vigor la Carta de 1860, como ha sido dicho aquí—, quedaría prohibida la interposición del «recurso de habeas corpus por las prisiones decretadas a mérito de esta suspensión»⁷³⁹.

En consecuencia, la legislación de desarrollo del Texto Fundamental introducía un severo recorte a la tutela de los derechos constitucionales en los casos en que se proclamara la Patria en peligro y se suspendiera las garantías indicadas en la Carta⁷⁴⁰. No ha de extrañar, por cierto, que antes de cumplirse un año de vigencia de la flamante normativa, mediante ley del 5 de septiembre de 1898, se invocara el artículo 21 de la Ley de Habeas Corpus para suspender las garantías individuales previstas en los artículos 18, 20 y 29 de la Constitución de 1860, es decir, todas las permitidas por la Norma Fundamental⁷⁴¹. Se inauguraba así una práctica jurídico-constitucional que habría de volverse secular en el constitucionalismo peruano.

Susana Ynes Castañeda Otsu, *El Proceso de Hábeas Corpus: un Estudio comparativo entre España y el Perú* (Lima: Jurista Editores, 2016), p. 266.

739 Véase Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en el Perú*, *op. cit.*, p. 28; Susana Ynes Castañeda Otsu, *El Proceso de Hábeas Corpus: un Estudio comparativo entre España y el Perú*, *op. cit.*, p. 273.

740 Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 230.

741 Véase Pedro Planas Silva, *Democracia y tradición constitucional en el Perú*, *op. cit.*, p. 460 (nota 19).

CAPÍTULO 4

LOS PODERES DE EXCEPCIÓN EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL PERUANA: EL SIGLO XX (CONTINUIDADES Y CAMBIOS II)

1. LA «PATRIA NUEVA» DEL PRESIDENTE LEGUÍA Y LA CARTA DE 1920

Las Constituciones peruanas del siglo XX muestran algunas diferencias importantes con sus predecesoras decimonónicas. No interesa solo que su número se redujera a la mitad —durante el siglo XIX hubo ocho Cartas, mientras que en la nueva centuria sólo cuatro—, sino que el contenido de las mismas varió en algunos aspectos sustantivos, a pesar de que las líneas matrices del constitucionalismo peruano se mantuvieron incólumes (Estado republicano y unitario, separación de poderes, régimen de gobierno presidencialista, ciertos instrumentos de control político en manos del Parlamento, catálogo de derechos, etcétera)⁷⁴².

En tal sentido, desde la Constitución de 1920, que acompañó al Onceño del presidente Augusto Leguía, aparece una preocupación por consagrar derechos sociales y, en general, una mejor sistemática de las llamadas garantías constitucionales (en realidad, derechos), así como aparece igualmente el reconocimiento del habeas corpus en el propio Texto Fundamental, entre otros puntos relevantes⁷⁴³. También es posible observar en las Constituciones del siglo XX, en particular en las de 1979 y 1993, una redefinición de la distribución del poder público, mediante la creación de una serie de organismos autónomos (Defensoría del Pueblo, nuevos órganos del sistema electoral, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal de Garantías Constitucionales o Tribunal Constitucional).

742 Domingo García Belaunde considera que, a partir de 1920, comienza un nuevo período en la historia constitucional del Perú, claramente diferenciado de los dos períodos anteriores, que colmaron el siglo XIX y las décadas iniciales del siglo XX (el primero, de 1820 o 1821 a 1860, y el segundo, de 1860 a 1920). Véase Domingo García Belaunde, «Bases para la historia constitucional del Perú», *op. cit.*, pp. 386-388; Domingo García Belaunde, «Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)», *op. cit.*, p. 236.

743 Véase Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, *op. cit.*, p. 6; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, pp. 110 y 137; Carlos Ramos Núñez, «Estudio Preliminar», en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, *op. cit.*, p. 59.

Las Constituciones de 1920 y 1933 son en esencia similares entre sí, y ambas siguen muy de cerca el Texto Fundamental de 1860⁷⁴⁴. De allí que Domingo García Belaunde afirme que la Constitución impulsada por el presidente Leguía, como marco jurídico de su proyecto de «Patria Nueva», era en realidad innecesaria⁷⁴⁵. Desde esta perspectiva, también lo habría sido la Constitución de 1933, creada a impulso del presidente Sánchez Cerro, la cual sin embargo procuró distanciarse del leguismo mediante la sustitución de su Carta Política y la acentuación del poder del Parlamento⁷⁴⁶. Por su parte, la Constitución de 1979, aprobada hacia el final del gobierno institucional de las Fuerzas Armadas (1968-1980), sí supuso una modificación significativa en la línea de evolución del constitucionalismo peruano, al incorporar las nuevas realidades políticas y jurídico-constitucionales surgidas en todo el orbe después de la Segunda Guerra Mundial⁷⁴⁷.

Desde luego, las variaciones en los textos constitucionales del siglo XX son expresión de cambios profundos experimentados por la sociedad peruana. En el primer tercio del siglo, la vieja República Aristocrática, que prevaleció desde el final de la Guerra del Pacífico con su rígida y cerrada organización social, cedió su lugar a una estructura socio-política y económica en la que insurgieron las clases medias y en la que adquirió protagonismo el capital y la inversión estadounidenses. La modernización del aparato productivo y el desarrollo urbano, a su vez, dieron lugar al crecimiento de las clases trabajadoras, tanto en el campo como en la ciudad. Igual de importante fue el surgimiento de un poderoso movimiento estudiantil en las universidades y la formación de partidos políticos de ideología socialista. Así, pues, es este conjunto de elementos, que dan un rostro distinto al país, el que ejerce influencia en la, por momentos intensa, evolución mostrada por el constitucionalismo peruano de la pasada centuria⁷⁴⁸.

744 Véase Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., pp. 6-7; Carlos Ramos Núñez, «Estudio Preliminar», en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, op. cit., pp. 60 y 65. Véase también Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 270.

745 Véase Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., p. 19.

746 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 145; Margarita Guerra, *Historia General del Perú* (Lima: Editorial Milla Batres, 1984, Tomo XII), p. 142; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., pp. 485-486 y 488.

747 Véase Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., p. 20; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 175-176.

748 Sobre los cambios de la sociedad peruana al inicio de la «Patria Nueva» de Leguía, véase Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, op. cit., pp. 233-239; Henry Pease y Gonzalo Romero, *La Política en el Perú del Siglo XX* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015), pp. 59-83; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit.,

1.1. La Constitución del leguismo y la cláusula prohibitiva de la suspensión de garantías. Limitaciones plebiscitarias

Como quiera que fuere, en materia de estado de excepción, el constitucionalismo peruano del siglo XX mostró novedades desde el comienzo. En efecto, es muy llamativo que, tras largas décadas de regulación e intentos de paulatino perfeccionamiento normativo, la Carta de 1920 incluyera, a contracorriente de una tradición que bien podía considerarse ya arraigada, una cláusula que prohibía la suspensión de las garantías constitucionales⁷⁴⁹. Como se ha dicho en esta Investigación, la primera disciplina expresa de esta institución fue la realizada por la Constitución moderada de 1860, derogada por breve tiempo por la Carta de 1867, pero restablecida al dimitir de la Presidencia de la República el coronel Mariano Ignacio Prado y hacerse del poder el general Pedro Diez Canseco el 29 de enero de 1868⁷⁵⁰. Las últimas Constituciones del siglo XIX habían optado por consagrar las facultades extraordinarias del Ejecutivo mediante la figura de la declaración de la Patria en peligro, cuya titularidad retenía el Congreso. Junto a tal declaración y a tales facultades, empero, la Constitución de 1860 había regulado, con espíritu restrictivo, la suspensión de garantías, indicando explícitamente un elenco reducido susceptible de ser suspendidas.

La Constitución de 1920 venía ahora a extremar esta vocación limitadora del poder y protectora de los derechos de las personas, reconocida en los enunciados constitucionales, ya que no en la práctica, durante las últimas seis décadas⁷⁵¹. Así, de manera escueta, estatuyó: «Las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad» (artículo 35)⁷⁵². Y complementaba esta disposición con otra que

Tomo IX, pp. 219-233; Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, op. cit., Tomo XII, pp. 15-41.

749 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., p. 140; Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., p. 97; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, op. cit., p. 231.

750 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo V, pp. 40 y 66; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 262; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 104-105.

751 La Constitución de 1920 rigió del 18 de enero de 1920 al 9 de abril de 1933. Véase Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 35 (nota 11); José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 3. Véase también *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, op. cit., p. XV.

752 Los diversos artículos de la Constitución de 1920 que se citan aquí y en los párrafos que siguen pueden ser consultados en *Constituciones Políticas del Perú*, ed. Juan F. Olivo, op. cit., pp. 347-383; *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, op. cit., pp. 461-494; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., pp. 497-520.

facultaba al Congreso a emitir «en casos extraordinarios, en que peligre la seguridad interior o exterior del Estado, las leyes y resoluciones especiales que demande su defensa», admitiendo la realización de «juicios de excepción», pero sin que en ellos pudiesen ser sentenciados los inculpadados (artículo 36). Para mayor rotundidad, esta última disposición explicitaba que tales leyes y resoluciones «no pueden estar en desacuerdo con el artículo 35». Correlativamente, el artículo 83, inciso 21 previó entre las atribuciones del Congreso la de «dictar las leyes y resoluciones a que se refiere el artículo 36».

Por lo demás, estas normas no hacían sino materializar lo establecido en el Decreto de 9 de julio de 1919, que convocaba a votación plebiscitaria para la reforma de la Constitución. En efecto, el presidente Leguía, al inicio de su segundo mandato, impulsó esta consulta popular y entre los diecinueve puntos sobre los que el pueblo habría de pronunciarse, se hallaba uno que rezaba: «Las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad»⁷⁵³ (recogido de manera literal en el texto finalmente aprobado, como acaba de indicarse). Para mayor seguridad del régimen, la Asamblea Nacional aprobó la Ley Constitucional 4000, de 2 de octubre de 1919, la cual sancionaba la entrada en vigor de las reformas constitucionales aprobadas por el plebiscito, lo que efectivamente ocurrió con la cláusula de intangibilidad de las garantías, como con los demás puntos consultados directamente al soberano⁷⁵⁴.

1.2. La propuesta de la Comisión presidida por Javier Prado: introducción subrepticia del estado de sitio

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la opción del constituyente de 1919 supuso dejar de lado la propuesta elaborada por la Comisión de Constitución de la Asamblea, la cual fue presidida por Javier Prado Ugarteche. Y es que, de manera subrepticia, la Comisión, tras establecer que «las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni autoridad», lo que era conforme con el plebiscito celebrado poco tiempo antes, añadió que algunas de ellas podrían serlo «en los casos de agresión o guerra exterior o de conmoción interior», siempre y cuando mediara declaración del

⁷⁵³ Véase transcrito el Decreto de 9 de julio de 1919, que convocó a plebiscito sobre la reforma de la Constitución, como primer anexo, en Carlos Ramos Núñez, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015), pp. 257-260. Véase también José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 115-116.

⁷⁵⁴ Véase Carlos Ramos Núñez, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*, op. cit., pp. 57-59; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo IX, pp. 235-236 y 243-244. Véase también Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., p. 496.

Congreso (artículo 74)⁷⁵⁵. Las garantías susceptibles de suspensión eran las previstas en los artículos 32, 39, 40 y 43, esto es, las relativas a la prohibición de arresto arbitrario, la prohibición de expatriación y confinamiento, la inviolabilidad de domicilio y el derecho de reunión. El plazo máximo fijado para la suspensión era de 30 días.

Esta misma disposición del proyecto llamaba a la institución «estado de sitio» y admitía que podía tener alcance «general o local», introduciendo empero una restricción importante, a saber, que durante la suspensión de las garantías no podría condenarse a los inculpadados, ni tampoco aplicarse penas, quedando habilitada solamente la imposición de «las limitaciones de la libertad personal en suspenso». No obstante, para el caso de «guerra exterior», el artículo 74 del proyecto admitía que la representación nacional podría dictar «restricciones extraordinarias de las garantías individuales y sociales reclamadas por la defensa nacional».

La Exposición de Motivos del proyecto de reforma constitucional elaborado por la Comisión brinda importantes argumentos con el objeto de defender la propuesta. Ante todo, debe advertirse que la Comisión procura introducir con sigilo el estado excepcional, ya que subraya que respeta la opción plebiscitaria de prohibir la suspensión de garantías individuales, pese a lo cual de inmediato implanta y expone un completo régimen de emergencia. Para ello, la Exposición de Motivos indica que establece «solo la excepción consignada en la actual Constitución»⁷⁵⁶. Sin embargo, la Constitución entonces en vigor, la de 1860, regulaba la declaración de la Patria en peligro y la suspensión de determinadas garantías constitucionales —sólo tres, no cuatro, las cuales eran: libertad y seguridad personales (artículo 18), libertad de residencia y prohibición de destierro salvo sentencia ejecutoriada (artículo 20) y derecho de asociación pacífica, en público o en privado, sin comprometer el orden público (artículo 29)—, mas no la institución del estado de sitio.

En segundo lugar, la Exposición de Motivos echa mano de dos argumentos. De un lado, sostiene que todos los países reconocen el régimen excepcional y las facultades extraordinarias ante situaciones de especial gravedad; lo que, como se sabe, es inexacto desde el punto de vista histórico (véase el acápite 3.2.4, *supra*). Y, de otro lado, afirma que en la reciente «guerra europea» —esto es, la Primera Guerra Mundial— las potestades

755 Véase transcrito el artículo 74 del proyecto en Asamblea Nacional de 1919, *Proyecto de Reforma de la Constitución del Perú presentado por la Comisión de Constitución* (Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2017), pp. 51-52. En lo que sigue, se cita el artículo 74 del proyecto tomando como referencia esta fuente.

756 Véase la parte de la Exposición de Motivos correspondiente al artículo 74 del proyecto, en Asamblea Nacional de 1919, *Proyecto de Reforma de la Constitución del Perú presentado por la Comisión de Constitución, op. cit.*, pp. 25-26. En lo que sigue, se cita la Exposición de Motivos relativa al artículo 74 del proyecto tomando como referencia esta fuente.

extraordinarias han sido aplicadas «en la forma más ilimitada y rigurosa, afectando todas las garantías individuales, comprendidas la de la prensa y la de la correspondencia epistolar y telegráfica»; argumento efectista que, sin entrar a discutir su exactitud histórica, no parece tener punto de comparación con la realidad peruana de entonces.

En tercer lugar, el mencionado documento de fundamentación argumenta que en otros países se emplea la «ley marcial» y la justicia militar, lo que sin embargo el proyecto desestima, pues considera que ello «sería en nuestro país de muy graves consecuencias». Luego realza, en cuarto lugar, que el proyecto consagra una salvaguarda «valiosísima», al prohibir la imposición de condenas y penas durante la suspensión de garantías. Finalmente, en quinto lugar, la Exposición de Motivos, como si tratara de restarle importancia al punto, asevera, sin mayor explicación o desarrollo, que «solo permite al Congreso poder dictar aún mayores restricciones de las libertades individuales y sociales, en caso de guerra exterior, cuando así lo reclame la defensa nacional».

La sustentación del proyecto concluye con la idea general de que no permitir ningún caso de excepción ni limitación de las garantías individuales «sería ir contra la realidad y contra el principio de la defensa de la seguridad exterior e interior del Estado, reconocido por todos los pueblos y en todos los tiempos».

Así pues, es del todo evidente que la Comisión que redactó el proyecto de Constitución de 1919 intentó eludir el mandato plebiscitario que prohibía la suspensión de garantías constitucionales, proponiendo y defendiendo, más bien, un complejo régimen de excepción bajo la figura del estado de sitio, novedosa en el ordenamiento constitucional peruano. A la vez, un análisis objetivo muestra que diversas características de este modelo serían más tarde acogidas por el constitucionalismo nacional. En particular, conviene hacer notar que el proyecto amplía las garantías susceptibles de suspensión, incluyendo la inviolabilidad del domicilio, así como que el plazo máximo admisible es de treinta días. También es relevante que, en el supuesto de guerra exterior, cabía establecer «restricciones extraordinarias» ya no sólo sobre las garantías individuales, sino además sobre las garantías sociales. Por último, es de observar igualmente que la potestad de declarar el estado excepcional —estado de sitio, en este modelo— sigue correspondiendo al Congreso de la República, así como que se consagraba la imposibilidad de condenar y sancionar con penas a los inculpadados durante el estado de excepción. Estas dos últimas características serían recogidas en el Texto Fundamental de 1920, como se expondrá en seguida.

1.3. El modelo original de la Carta de 1920: prohibición de suspensión de garantías y protección extraordinaria del Estado mediante leyes y resoluciones del Congreso de la República. Peculiaridad de los juicios de excepción

La propuesta de la Comisión de Constitución, sin embargo, fue desestimada, eligiendo la Asamblea respetar la prohibición aprobada mediante el plebiscito. Sólo más adelante, en el año 1926, sería acogida mediante una ley de enmienda constitucional, como también se explicará luego (véase el acápite 4.1.4, *infra*). En cualquier caso, las regulaciones de la Carta de 1920 merecen ser comentadas (artículos 35 y 36, ya citados). Y es que, a nivel enunciativo, la Constitución de 1920 destaca, ante todo, por disciplinar por separado dos instituciones de naturaleza jurídica distinta, a saber, de un lado, la suspensión de garantías constitucionales (prohibida), y, de otro lado, la defensa del Estado en casos extraordinarios de peligro mediante la aprobación de leyes y resoluciones especiales por el Congreso (admitida y desarrollada en sus lineamientos básicos por la misma Carta, como parte de las instituciones propias de la normalidad constitucional).

En relación a este último punto, es de señalar que la representación nacional retiene la potestad de realizar la declaración, como también que se establece el carácter «extraordinario» de la situación o hecho habilitante. La hipótesis normativa o causal es la de «peligro para la seguridad del Estado», en sus dos dimensiones, tanto la interior como la exterior. Especial relevancia tiene el que se legitime el recurso a los «juicios de excepción», aunque con la prohibición expresa de dictar sentencia, lo que entronca directamente con la propuesta de la Comisión presidida por Javier Prado.

En lo que se refiere a la cláusula prohibitiva de la suspensión de garantías, ésta alcanza sólo a las garantías «individuales», lo que excluye a las «nacionales» y «sociales» (básicamente, las garantías y libertades económicas: tributación, empleos públicos, propiedad, asociación, libertad de contratar, etcétera). Debe ser resaltado igualmente que la fórmula empleada («toda autoridad») proyecta la prohibición sobre todos los órganos del poder público, incluyendo en lugar principal al Gobierno y la Administración Central.

Ahora bien, cerca de cumplirse el centenario de la primera Constitución del Perú, la cual no previó el estado de excepción, según ha sido expuesto aquí, la Carta del leguismo intentaba una variante que admitía la concesión de ciertas facultades extraordinarias por el Congreso al Ejecutivo, pero dentro del régimen de la normalidad constitucional y, por ende, con la radical exclusión de la potestad de suspender las garantías constitucionales de naturaleza individual⁷⁵⁷. Si bien hay autores que han elogiado esta opción

⁷⁵⁷ Véase Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 231.

del constituyente como un importante avance a nivel declarativo⁷⁵⁸, parece discutible que el Estado pueda defenderse frente a amenazas existenciales, en especial si provienen de ataques a la seguridad interior, sin afectar las libertades fundamentales. Por tal razón, Pareja Paz Soldán considera que se trató de un «lírico exceso liberal», que además resultó «grotesco» debido a que, en la realidad de la práctica política y constitucional, las garantías fueron «ininterrumpidamente violadas»⁷⁵⁹.

1.3.1. Resistencia del Poder Judicial ante el régimen tiránico del presidente Leguía: persecución política, la ley contra los «extranjeros perniciosos», la defensa de los fueros judiciales y de la normalidad constitucional por el Dr. Carlos Erasquin

El régimen de Augusto Leguía, prolongado por once años mediante reelecciones sucesivas fraudulentas, incurrió, pese a sus esfuerzos modernizadores, en constantes abusos contra los opositores políticos y devino en un gobierno despótico que infringió de manera repetida la Constitución que él mismo elaboró⁷⁶⁰. Las violaciones de los derechos fundamentales fueron constantes y en especial debe ponerse de relieve la manera cómo el Gobierno se enfrentó a la judicatura, debido a que jueces y tribunales cumplieron con celo admirable su misión de tutelar las libertades públicas, brindándoles protección mediante los procesos de habeas corpus⁷⁶¹. Los procesos tuvieron que ver con encarcelamientos y expatriaciones arbitrarios, y entre los más célebres se cuentan los que se desarrollaron a favor de Luis Pardo y Barreda y Juan Durand⁷⁶².

También merece mención especial la defensa del fuero judicial realizada por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de entonces, el Dr. Carlos Erasquin, quien enfrentó con valentía las medidas arbitrarias del

758 Véase Carlos Ramos Núñez, «Estudio Preliminar», en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, *op. cit.*, pp. 61-62; Carlos Ramos Núñez, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*, *op. cit.*, p. 64; Lizardo Alzamora Silva, *Estudios Constitucionales*, *op. cit.*, pp. 230-231.

759 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, p. 128. Véase también Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo IX, p. 238.

760 Véase Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, *op. cit.*, p. 13; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, pp. 113-115.

761 Véase Carlos Ramos Núñez, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*, *op. cit.*, pp. 132-163; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, p. 127; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, *op. cit.*, p. 231.

762 Véase Carlos Ramos Núñez, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*, *op. cit.*, pp. 210-227; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo IX, pp. 250-251 y 257-258.

ministro de Gobierno, Germán Leguía y Martínez⁷⁶³. Éste, a quien se apodaba «El Tigre» en razón de su impetuosidad, era magistrado del máximo tribunal y había sido convocado a ejercer el puesto ministerial por su primo, el presidente de la República⁷⁶⁴. A tanto llegó el desvarío autoritario del ministro Leguía y Martínez, que emitió el Decreto Supremo de 27 de mayo de 1920 (*El Peruano*, 4 de junio de 1920), contra los así llamados «extranjeros perniciosos», el cual prohibía a las autoridades y funcionarios de policía «obedecer y cumplir las órdenes de soltura, orales o escritas, expedidas por los tribunales o jueces, como consecuencia de cualesquiera recursos, así fueren de habeas corpus, interpuestos por los presuntos extrañados» (artículo 2)⁷⁶⁵. Frente a la alegación del ministro Leguía y Martínez en el sentido de que «las necesidades son anteriores a las leyes», el Dr. Erasquin sostuvo que el Gobierno carecía de la potestad de suspender las garantías constitucionales y que en ningún caso podía afectar la independencia del Poder Judicial⁷⁶⁶.

En un oficio fechado el 24 de noviembre de 1920, el presidente de la Corte Suprema de Justicia se dirigió a la Cámara de Diputados, solicitándole que el Parlamento garantice la eficacia de las decisiones jurisdiccionales y cese la detención de varios jueces y vocales superiores, en cuya ocasión expuso una ponderada defensa de la normalidad constitucional, la intangibilidad de las garantías individuales y el rol de una judicatura independiente, que merece ser citada con cierta extensión, como ejemplo perdurable:

En el conflicto de la fuerza con la ley, el Poder Judicial afirma su independencia y la integridad de sus funciones, ampara la respetabilidad de los magistrados, procura que sean efectivas las garantías individuales, defiende el régimen constitucional y protege los intereses permanentes de la Nación, que se hallan vinculados al funcionamiento normal de los poderes públicos y la administración oportuna y eficaz de la justicia. La fuerza debe ceder. El poder sólo existe cuando el imperio de la ley es efectivo. Se altera no solo cuando los gobernados la quebrantan, sino cuando los gobernantes la atropellan⁷⁶⁷.

763 Véase Carlos Ramos Núñez, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*, op. cit., pp. 177-180; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo IX, pp. 255-256 y 259-260.

764 Véase Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 431; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 127.

765 Véase transcrito el Decreto Supremo de 27 de mayo de 1920, contra los extranjeros perniciosos, como anexo, en Carlos Ramos Núñez, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*, op. cit., pp. 264-266. Véase también Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo IX, p. 255.

766 Véase Carlos Ramos Núñez, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*, op. cit., pp. 152-155; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo IX, pp. 259-260; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 432.

767 Véase Carlos Ramos Núñez, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*, op. cit., pp. 179-180. Véase también Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo IX, p. 259;

1.4. La reforma constitucional de 1926: consagración del estado de sitio

Como quiera que fuere, el intento de eliminar la suspensión de garantías constitucionales de la Carta Fundamental duró poco. Al cabo de unos años, mediante Ley 5470, promulgada el 28 de septiembre de 1926, se reformó la Constitución de 1920, modificándose los dos artículos que regulaban centralmente esta materia⁷⁶⁸, y acogiendo la institución del «estado de sitio» mediante una sustitución operada en el artículo 83, inciso 21⁷⁶⁹. Así, se adicionó un párrafo al artículo 35 de la Carta, el cual estableció lo siguiente: «Sólo en los casos en que peligre la seguridad interior o exterior del Estado, podrán suspenderse por el término máximo de treinta días las garantías consignadas en los artículos 24, 30, 31 y 33» (artículo 1, Ley 5470)⁷⁷⁰. Las garantías constitucionales susceptibles de suspensión eran: la libertad y seguridad personales (artículo 24); la libertad de residencia y prohibición de destierro, salvo sentencia ejecutoriada o aplicación de la ley de extranjería (artículo 30); la inviolabilidad del domicilio (artículo 31); y el derecho de reunión pacífica (artículo 33).

La ley 5470 modificó a la vez el artículo 36 de la Constitución de 1920, redactándolo en los siguientes términos: «En caso de guerra exterior, el Congreso podrá dictar leyes y resoluciones especiales, restringiendo las garantías individuales y sociales, como lo requiera la defensa nacional» (artículo 2). La cláusula suponía, adicionalmente, que quedaba suprimida la prohibición de sentenciar a los inculcados en los «juicios de excepción» a que eventualmente hubiese lugar. Con esto, el régimen jurídico previsto en el artículo 36 de la Carta dejaba de ser un mecanismo defensivo propio de la Constitución de la normalidad, para convertirse, más bien, en un dispositivo legal de la Constitución de emergencia.

De gran importancia también es que la ley de reforma constitucional introdujera la institución del «estado de sitio» como el marco jurídico en el cual habrían de ser ejercidas las facultades extraordinarias previstas en los artículos 35 y 36 de la Carta, incluyendo la atribución de suspender las

Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 140-141. Según Luis Pásara, ésta fue la última oportunidad, al menos hasta inicios de los años ochenta del siglo XX, en que el Poder Judicial se muestra capaz de corregir excesos del Ejecutivo y de enfrentársele por ello. Véase Luis Pásara, *Jueces, justicia y poder en el Perú* (Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, 1982), pp. 90-92.

768 Véase Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, op. cit., Tomo IV, pp. 464-465.

769 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., pp. 89, 94 y 99.

770 Véase la Ley 5470, de 28 de septiembre de 1926, en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>). En lo sucesivo se cita los artículos de la Ley 5470 tomando como referencia esta fuente.

garantías constitucionales (artículos 3 y 4). Es de notar que el concepto de estado de sitio abarcaba entonces tanto la suspensión de garantías ante supuestos de peligro contra la seguridad interior o exterior del Estado (artículo 35), como las situaciones de guerra exterior (artículo 36); algo que sería modificado posteriormente, en las Cartas de 1979 y 1993. También debe repararse en que la ley de enmienda constitucional, significativamente, utiliza como sinónimas las expresiones «suspensión» y «restricción», para referirse al mismo fenómeno de afectación de las garantías constitucionales durante el régimen de excepción.

La nueva regulación trajo otra novedad de gran trascendencia, y es que por primera vez se admitía en una Constitución peruana que el Ejecutivo tendría la potestad de autoinvestidura en relación al estado excepcional. En efecto, el artículo 3 de la Ley 5470, al modificar el artículo 83, inciso 21 de la Constitución, permitió esta decisión del Gobierno en aquellos casos en que el Congreso estuviera en receso, si bien la Carta reformada estatuyó también que entonces la representación nacional debería «aprobar o suspender el estado de sitio declarado» por el Ejecutivo, lo que ha de entenderse que ocurriría al reanudar el Parlamento sus sesiones.

De manera complementaria, la Ley 5470 enmendó el artículo 121, inciso 3 de la Constitución, adicionando una cláusula que otorgaba al presidente de la República la atribución de declarar «el estado de sitio en uno o varios puntos de la República, con sujeción al artículo 35». Para ello, el Jefe de Estado debería contar con el voto consultivo del Gabinete Ministerial, y además la medida debería ser requerida por las circunstancias y el Congreso no estar en funciones. Con todo, se prohibió al Ejecutivo instaurar el estado de sitio «durante el período fijado para los procesos electorales», sin duda como un reconocimiento a los imperativos que impone el principio democrático en un Estado de Derecho auténtico.

Con la reforma constitucional introducida mediante la Ley 5470 llegó a su término, entonces, el breve intento de excluir de la Carta Fundamental la suspensión de las garantías constitucionales, retornándose a lo que había sido (y seguiría siendo) la tendencia claramente prevaleciente en el constitucionalismo peruano, es decir, la consagración de instituciones de emergencia para enfrentar los desafíos existenciales, en especial aquellos causados por factores políticos. Con las enmiendas a la Carta de 1920, por lo demás, alcanzaban a la postre estatus constitucional las propuestas sobre el régimen excepcional contenidas en el proyecto de la Comisión que encabezara Javier Prado durante la Asamblea Constituyente de 1919, las mismas que, como se ha expuesto aquí (véase el acápite 4.1.2, *supra*), fueron inicialmente desestimadas.

2. LA DIMENSIÓN PRÁCTICA: USO Y APLICACIÓN DEL ESTADO DE SITIO (Y LA LEY MARCIAL) ENTRE LOS AÑOS 1929 Y 1939

Unos años después, tras la caída del prolongado régimen autoritario del presidente Augusto Leguía, el estado de sitio y, sorprendentemente, también la ley marcial, fueron aplicados en el Perú frente a diversos supuestos de perturbación del orden público. Como es sabido, al Manifiesto de Arequipa, del 22 de agosto de 1930, que acompañó el derrocamiento de Leguía y encumbró al poder a Luis Miguel Sánchez Cerro⁷⁷¹, siguió un período de gran desorden político y luchas facciosas. Jorge Basadre se ha referido al semestre posterior a la caída del régimen como «los desorientados seis meses que siguieron al colapso del leguismo y la iniciación del tercer militarismo»⁷⁷². Significativamente, al ocurrir el alzamiento armado, Sánchez Cerro se proclamó como «jefe supremo militar y político»⁷⁷³, lo que recuerda la etapa de las guerras por la independencia de España y la tradición autoritaria y militarista que entonces se forjó (véase los acápites 3.1.3 y 3.2, *supra*). Una vertiginosa sucesión de gobiernos carentes de legitimidad constitucional, en los que aparece de manera continua la sombra del nuevo caudillo nacido en Piura, hace rememorar las etapas de enorme inestabilidad política y violentas disputas por el poder que fueron moneda corriente durante el agitado siglo XIX⁷⁷⁴. El siguiente cuadro 6 da cuenta de los gobiernos peruanos habidos entre la deposición de Augusto Leguía y el magnicidio de Luis Miguel Sánchez Cerro.

Cuadro 6
Gobiernos en el Perú, 1930-1933

Período	Presidente	Naturaleza del Gobierno
[...] - 22 de agosto de 1930	Augusto Leguía	De fachada constitucional

771 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 49; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., pp. 458-459; Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., p. 13. Véase el Manifiesto de Arequipa, redactado por el joven José Luis Bustamante y Rivero, transcrito en Pedro Planas Silva, *Democracia y tradición constitucional en el Perú*, op. cit., pp. 562-567.

772 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 63.

773 Véase Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, op. cit., Tomo XII, p. 82; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 459.

774 Véase Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, op. cit., p. 253; Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, op. cit., Tomo XII, pp. 89-91; Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., p. 14.

Período	Presidente	Naturaleza del Gobierno
22-25 de agosto de 1930	Luis Miguel Sánchez Cerro	<i>De facto</i>
25-27 de agosto de 1930	Manuel María Ponce	<i>De facto</i>
27 de agosto de 1930–1 de marzo de 1931	Luis Miguel Sánchez Cerro	<i>De facto</i>
1 de marzo de 1931	Mariano Holguín	De transición
1-5 de marzo de 1931	Ricardo Leoncio Elías	Provisorio
5-11 de marzo de 1931	Gustavo Jiménez	<i>De facto</i>
11 de marzo–8 de diciembre de 1931	David Samanez Ocampo	<i>De facto</i>
8 de diciembre de 1931–30 de abril de 1933	Luis Miguel Sánchez Cerro	Constitucional
30 de abril de 1933–[...]	Óscar Benavides	<i>De facto*</i>

* El presidente Benavides fue elegido por el Congreso, pero de acuerdo con el artículo 137, inciso 1 de la Constitución de 1933 estaba impedido de asumir la Presidencia de la República (establecía la inelegibilidad de los ministros de Estado y de los militares en servicio activo que no dejaran el cargo un año antes de la elección).

Fuente: elaboración propia con base en Basadre, Jorge, *Historia de la República del Perú* (Lima: Editorial Universitaria, séptima edición corregida y aumentada, 1983), Tomo X.

En los años iniciales de la década del treinta del siglo XX, la lucha política alcanzó gran encono, instaurándose un clima de violencia entre diciembre de 1931 y marzo de 1932, y una situación de franca rebelión y guerra civil durante los años 1932 y 1933, lo que incluyó el cruento y doloroso episodio de la sublevación de Trujillo y las matanzas que ocasionó⁷⁷⁵, fruto de las cuales fue la manifiesta hostilidad entre el Partido Aprista y las Fuerzas Armadas mantenida en las décadas siguientes, hasta fines de los años setenta⁷⁷⁶. Desde el punto de vista constitucional, es de especial relevancia que, en medio de este ambiente de turbulencia política y social, fuera primero elegida y luego instaurada una Asamblea Constituyente, la misma que aprobó una nueva Carta Fundamental para el país, promulgada

⁷⁷⁵ Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, pp. 195, 229-230 y 233-240; Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, op. cit., p. 259; Margarita Giesecke Sara-Lafosse, *La Insurrección de Trujillo* (Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2010), pp. 229-235, 249 y ss.

⁷⁷⁶ Véase Nelson Manrique, *Historia de la República* (Lima: Corporación Financiera de Desarrollo, 1995), p. 246; Margarita Giesecke Sara-Lafosse, *La Insurrección de Trujillo*, op. cit., pp. 337-338.

el 9 de abril de 1933⁷⁷⁷. La Constitución de 1933 es la segunda en duración en el Perú, tras la Carta de 1860, habiendo alcanzado una vigencia formal cercana a los cincuenta años⁷⁷⁸, pues estuvo en vigor hasta el 28 de julio de 1980⁷⁷⁹.

Ahora bien, antes de comentar la regulación del estado de excepción en la Carta de 1933, conviene presentar los resultados de una indagación realizada en el Archivo Digital de la Legislación Peruana (ADLP) sobre el uso y aplicación práctica del estado de sitio en aquellos años de tránsito entre la Norma Fundamental de 1920 y la de 1933, indagación apoyada en la consulta de la *Historia de la República* de Jorge Basadre (Tomo X) y algunas otras fuentes especializadas. El estudio corresponde al período que va del 1o de enero de 1929 al 31 de diciembre de 1939, y ha permitido identificar una serie de trece casos de puesta en vigor y aplicación de disposiciones legales (Decretos Leyes, Leyes y Resoluciones Legislativas) relativas al «estado de sitio».

Como se puede apreciar de las fechas, el período estudiado comprende la vigencia de la Constitución de 1920, reformada por la Ley 5470 en el año 1926, la cual contempló la institución del estado de sitio, y la vigencia de la Carta de 1933, que sin embargo no reguló esta figura, sino que optó simplemente por la «suspensión de garantías constitucionales», según se expondrá luego (véase el acápite 4.3, *infra*). Los resultados de la indagación permiten conocer la materialización o puesta en práctica de las instituciones de la emergencia constitucional en esta etapa convulsa de la vida política del país, cuando recién aparece la figura del estado de sitio en el Derecho Constitucional peruano. Aunque el lapso de tiempo estudiado es de once años (1929-1939), sólo fue posible encontrar normas sobre la declaración del estado de sitio, la ley marcial y la suspensión de las garantías, en los primeros años, entre 1930 y 1935. El siguiente cuadro 7 sintetiza los hallazgos.

Cuadro 7
Estados de sitio en Perú, enero de 1929-diciembre de 1939

Norma	Fecha de promulgación	Contenido
DL 6927	12/11/1930	Estado de sitio en departamentos de Lima y Junín

777 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 151; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., p. 531.

778 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 151-152; Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., p. 24.

779 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 3.

DL 6988	31/12/1930	Suspende estado de sitio en departamento de Junín
DL 7031	20/02/1931	Estado de sitio en la provincia constitucional del Callao y en la provincia de Lima
DL 7060	24/03/1931	Disposiciones para el cumplimiento del estado de sitio en la provincia constitucional del Callao y en el departamento de Lima (suspensión de garantías constitucionales, uso de armas frente a manifestaciones y reuniones, juicios sumarios en cortes marciales, pena de muerte)
DL 7161	26/05/1931	Deroga todos los decretos leyes que crearon los estados de sitio y la ley marcial en la República
DL 7166	28/05/1931	Establece que toda huelga suspende automáticamente las garantías constitucionales (restablecimiento también es automático con la desaparición de la causa)
DL 7187	11/06/1931	Estado de sitio en toda la República y suspensión de garantías constitucionales
DL 7240	02/08/1931	Excluye el derecho de reunión del estado de sitio (y deroga artículo 2 DL 7187)
Ley 7491	07/03/1932	Autoriza al Ejecutivo a adoptar medidas extraordinarias y suspende las garantías constitucionales
RL 7521	09/05/1932	Congreso Constituyente ratifica decreto de estado de sitio por 15 días dictado por el Ejecutivo
RL 7541	07/07/1932	Congreso Constituyente aprueba decreto de estado de sitio por 30 días dictado por el Ejecutivo
Ley 7746	30/04/1933	Estado de sitio en la república y suspensión de las garantías constitucionales
RL 8101	09/08/1935	Congreso Constituyente aprueba decreto de estado de sitio por 30 días en el departamento de Arequipa, dictado por el Ejecutivo

Fuentes: elaborado con base en Basadre, Jorge, *Historia de la República del Perú*, (Lima, Editorial Universitaria, séptima edición corregida y aumentada, 1983), Tomo X; Archivo Digital de la Legislación Peruana (ADLP)⁷⁸⁰ (www.congreso.gob.pe).

⁷⁸⁰ Revisión en el ADLP: desde el 1o de enero de 1929 hasta el 31 de diciembre de 1939. Primera disposición del período: Resolución Legislativa 6411, reconociendo servicios a don Aurelio Mena, promulgada el 2 de enero de 1929; última disposición del período: Ley 9040, confiriendo la jerarquía de Mariscal del Perú al General de División Óscar Benavides, promulgada el 21 de diciembre de 1939.

2.1. Uso de la Constitución de emergencia para fines represivos contra los derechos de los trabajadores y la disidencia política

El período se abre con el Decreto Ley (DL) 6927, promulgado el 12 de noviembre de 1930, bajo la segunda presidencia *de facto* de Sánchez Cerro (véase el cuadro 6, *supra*)⁷⁸¹. La disposición, muy escueta, se limita a declarar en «estado de sitio» los departamentos de Lima y Junín, y a encarregar a los Ministerios de Guerra, Gobierno y Policía «el cumplimiento» del Decreto. Al parecer, era la primera vez que se declaraba el estado de sitio en el Perú mediante una disposición de nivel legal⁷⁸². La parte considerativa brinda importantes elementos para comprender el alcance del estado de excepción instaurado y la concepción que lo inspiraba. En efecto, a la vez de enunciar el deber estatal de garantizar la vida y la propiedad de las personas (primer considerando), el DL 6927 se refiere a una «acción disolvente» realizada por «elementos extraños a la clase trabajadora», la cual vendría instigando y propulsando actos ilegales, «que no son el ejercicio libre del derecho de reunión y petición que el Gobierno reconoce» (segundo considerando). Por último, la fundamentación del Decreto explicita la que parece ser la verdadera causa de la aplicación del estado de excepción, al sostener que el «paro general» convocado por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), tanto en la capital como en los asientos mineros del centro del país, es un «acto subversivo» que está «condenado por las leyes del Estado» (tercer considerando).

En ese momento ya había sido reformada la Carta de 1920, y por lo tanto se había recogido constitucionalmente la institución del estado de sitio, de suerte que, si el Gobierno *de facto* hubiese querido ceñirse a las pautas contenidas en el Texto Fundamental, habría tenido que indicar las garantías que serían suspendidas y las facultades extraordinarias con que contaría el Ejecutivo, además de estipular el plazo de la suspensión, el mismo que no podía exceder de treinta días; todo ello, de conformidad con el artículo 35 de la Constitución, enmendado por la Ley 5470. Lejos de tal sujeción a la Carta, el DL 6927 omitió tales regulaciones, y en particular dejó en total indeterminación el plazo del estado de sitio decretado. De hecho, el mismo recién sería levantado de manera formal el 31 de diciembre de aquel año —es decir, habiéndose superado el plazo máximo constitucional—, y únicamente en el departamento de Junín, sin que se dijera nada acerca de la situación del departamento de Lima, que en consecuencia siguió bajo es-

781 Véase el DL 6927, así como las demás disposiciones normativas incluidas en el cuadro 6, en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>). En lo sucesivo se cita tales disposiciones normativas tomando como referencia esta fuente.

782 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, p. 102.

tado de sitio sin término de culminación formal. En efecto, el DL 6988, promulgado el 31 de diciembre de 1930, siempre bajo el segundo Gobierno *de facto* de Luis Miguel Sánchez Cerro (véase el cuadro 6, *supra*), estableció, con gran laconismo, que se suspendía el estado de sitio en el departamento de Junín, «a las veinticuatro horas del día de la fecha». Invocó como razón, meramente, el que «han desaparecido las causas que motivaron la declaración del estado de sitio en el departamento de Junín».

Queda claro, entonces, que el uso del estado de sitio en esta primera ocasión careció de legitimidad constitucional. Y no sólo porque lo aplicaba un Gobierno *de facto*, sino porque el motivo aducido era meramente ideológico y represivo contra los derechos de los trabajadores a protestar y a exigir mejoras laborales, a lo que se agregaba la ausencia de precisiones sobre las garantías suspendidas y las facultades extraordinarias asumidas por el Ejecutivo, así como el incumplimiento de un requisito tan esencial como el señalamiento del plazo del régimen de excepción aplicado, el cual, por lo demás, en ningún caso podía exceder de 30 días. Peor aún, el DL 6927 estuvo acompañado de un conjunto de medidas represivas contra la clase trabajadora y contra toda disidencia política, entre las cuales se contó no sólo la disolución de la CGTP (DL 6926, promulgado el 12 de noviembre de 1930) y la militarización de los servicios de transporte, luz y energía (DL 6930, promulgado el 13 de noviembre de 1930), sino también el sometimiento al Código de Justicia Militar y a un Consejo de Guerra Especial de todos aquellos que atentaren «contra la seguridad del orden público, ya sea por vías de hecho o alentando la sublevación de palabra o por medio de publicaciones» (artículo 1 del DL 6929, promulgado el 13 de noviembre de 1930). Tanto el DL 6930 como el DL 6929 invocaron de modo expreso el estado de sitio declarado mediante el DL 6927 como uno de los fundamentos de las medidas represivas que contenían⁷⁸³.

No debe perderse de vista, por cierto, el contexto socio-político y económico que rodeaba a estas acciones. Y es que, en medio de los efectos iniciales de la crisis económica y financiera mundial de 1929⁷⁸⁴, en el Perú se producían serios enfrentamientos entre las organizaciones sindicales de la clase trabajadora y los representantes de las empresas y el Gobierno. En especial, desde septiembre de 1930 se venían intensificando los conflictos laborales en los asientos mineros del centro del país, lo que condujo a la reacción violenta del Estado, con un alto costo en muertos y heridos, prin-

783 Sobre las severas limitaciones y los abusos cometidos mediante el estado de sitio declarado en noviembre de 1930 y sus medidas complementarias, véase también Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, pp. 102-104; Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción» (Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980), pp. 38-39.

784 Véase Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, *op. cit.*, p. 251; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, *op. cit.*, pp. 466 y 469.

principalmente entre los asalariados⁷⁸⁵. Jorge Basadre aclara que los reclamos de los mineros de la compañía norteamericana Cerro de Pasco Corporation consistían en pedir «el salario mínimo de cuatro soles, el doble salario a quienes trabajaban en las guardias nocturnas permanentes, el pleno cumplimiento de la ley de accidentes del trabajo, la abolición del descuento por hospital y escuela, la dotación de estufas o cañerías eléctricas a las secciones de superficie que funcionaban de noche, la entrega de herramientas en perfecto estado y otras cosas más»⁷⁸⁶. No obstante, hubo también un intento de grupos de extrema izquierda por aprovechar la coyuntura de conflictividad para promover la revolución⁷⁸⁷. Fue así como, en el mes de noviembre de aquel año 1930, las autoridades estatales decidieron adoptar el conjunto de medidas represivas que giraron en torno a la declaración del estado de sitio y que incluyeron, como se ha visto, la suspensión de garantías y aun la aplicación de la ley marcial (tribunales militares).

Aparecían así, en la práctica, mezclados elementos de tres instituciones de la Constitución de emergencia distintos, como son el estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales y la ley marcial. Esta combinación, fuertemente represiva y contraria al ejercicio y defensa de las libertades fundamentales, no respetaba las características canónicas de cada una de estas instituciones (conducción de autoridad civil, lectura del bando en público y a viva voz, avisos y requerimientos reiterados, plazos razonables, uso proporcionado de la fuerza, etcétera) (véase los acápite 2.2.1.1, 2.3.3 y 2.3.4, *supra*), sino que incluso iba contra el diseño del modelo de «estado de sitio» imaginado por la Comisión de Constitución presidida por Javier Prado en la Asamblea de 1919, según se ha expuesto antes (véase el acápite 4.1.2, *supra*).

2.2. Estado de sitio y ley marcial frente a sublevaciones, nuevos abusos represivos: Cortes Marciales para juzgar a civiles. El factor electoral

El tercer caso de disposición normativa relativa al estado de sitio en el período bajo estudio es el del DL 7031⁷⁸⁸, promulgado el 20 de febrero de 1931, el cual declara este régimen excepcional en «la Provincia Cons-

785 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, pp. 91-93; Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, op. cit., pp. 251 y 253; Nelson Manrique, *Historia de la República*, op. cit., pp. 239-240; Alberto Flores Galindo, *Los mineros de la Cerro de Pasco 1900-1930* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda edición, 1983), pp. 80-83.

786 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 91.

787 Véase Alberto Flores Galindo, *Los mineros de la Cerro de Pasco 1900-1930*, op. cit., pp. 76-83; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, pp. 91-93.

788 Cuenta como segundo caso el ya mencionado DL 6988, que suspende el estado de sitio en el departamento de Junín.

titucional del Callao y la Provincia de Lima» (artículo 1), al tiempo que encomienda a los «ministros de Gobierno y Policía, de Guerra y de Marina y Aviación» su debido cumplimiento (artículo 2). Eran aún los días del segundo Gobierno *de facto* de Luis Miguel Sánchez Cerro (véase el cuadro 6, *supra*). La norma, tan lacónica como su antecesora, el DL 6927, repetía sus defectos, al no precisar los alcances del estado excepcional. En efecto, el DL 7031 también omitió indicar las garantías que quedaban suspendidas, las potestades que se confería al Ejecutivo y la duración que habría de tener el gobierno de crisis⁷⁸⁹.

En esta oportunidad, la adopción de medida tan extrema tuvo por causa la rebelión producida en El Callao, bajo el mando del general Pedro Pablo Martínez, quien ocupó el Castillo del Real Felipe, pero solo por breve lapso de tiempo, ya que la sublevación, a la que se plegaron efectivos militares y policiales, fue debelada poco después⁷⁹⁰. En tal sentido, la parte considerativa del DL 7031 señaló, de modo directo, que «los sucesos ocurridos en la madrugada de hoy en la Provincia Constitucional del Callao, exigen la adopción de medidas extraordinarias para el restablecimiento del orden».

Dos rasgos merecen ser destacados en el DL 7031, además de las omisiones ya advertidas. En primer lugar, llama la atención que, estando focalizada la emergencia en El Callao, la declaración del estado de sitio se extienda también a la provincia de Lima, lo que no aparece justificado. En segundo lugar, debe indicarse que el estado de sitio instaurado en el departamento de Lima mediante el DL 6927, del 12 de noviembre de 1930, no había sido formalmente levantado —al menos, no mediante una disposición legal—, ya que, como se ha dicho, el DL 6988, del 31 de diciembre de 1930, sólo ordenó tal levantamiento en el departamento de Junín. Cabe entender, en consecuencia, desde un punto de vista jurídico-constitucional, que el DL 7031 modificó al DL 6927, reduciendo el ámbito territorial del régimen excepcional, el cual ya no abarcaría todo el departamento de Lima, sino sólo la provincia del mismo nombre. Desde luego, también si se considerara que el DL 7031 instauraba un nuevo estado de sitio, no puede sino convenirse en que su ámbito de aplicación territorial era, además de la Provincia Constitucional del Callao, la provincia de Lima. Lo que sí no parece admisible, desde el punto de vista jurídico-constitucional, es que ambos decretos leyes coexistieran, superponiendo su vigencia y por ende sus regulaciones, ya que éstas tenían diverso alcance⁷⁹¹.

789 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, p. 104.

790 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo X, pp. 103-105; Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, *op. cit.*, Tomo XII, pp. 87-88.

791 Por cierto, la interpretación jurídico-constitucional más progresista y acorde con el espíritu de la Carta Magna, que siempre procura limitar el ejercicio del poder y proteger los derechos fundamentales de las personas, consiste en entender que el estado de sitio, de

Un mes más tarde, La Junta Nacional de Gobierno, presidida por David Samanez Ocampo, emitió el DL 7060, promulgado el 24 de marzo de 1931. El nuevo gobernante *de facto*, bajo cuyo mandato habrían de celebrarse las elecciones presidenciales y quien habría de transferir el poder a Sánchez Cerro, investido como presidente constitucional del Perú el 8 de diciembre de 1931⁷⁹², no corrigió los defectos de los primeros decretos de estado de sitio. Por el contrario, empeoró las cosas. Y es que el DL 7060, que se propuso regular la aplicación del estado de sitio entonces en vigor⁷⁹³, al establecer que éste conllevaba la suspensión de las garantías constitucionales, incurrió en dos graves irregularidades. De un lado, no sólo suspendió todas las garantías susceptibles de suspensión conforme al artículo 35 de la Constitución reformada en 1926, sino que, por extraño que pueda parecer, también pretendió incluir en este régimen excepcional a la garantía prevista en el artículo 25 de la Carta (garantía relativa a la prohibición de prisión por deudas) (artículo 1). Se trataba, empero, de un derecho no susceptible de suspensión, por lo que cabe también que su inclusión se haya debido a un mero error. Por lo demás, no respetaba tampoco la prohibición de suspender las garantías durante los períodos electorales (artículo 121, inciso 3 de la Constitución reformada), ya que en ese momento se hallaba en vigor el DL 7036, que había sido promulgado el 23 de febrero de aquel año, el cual había convocado a elecciones para la Asamblea Constituyente, la misma que devendría luego en Parlamento ordinario (artículos 2 y 3). De otro lado, el DL 7060 asumió que el estado de sitio comprendía, junto a la Provincia Constitucional del Callao, al departamento de Lima, lo que era incorrecto, pues, como se ha indicado, el DL 7031, además de incluir a la Provincia Constitucional del Callao, sólo se refería a la provincia de Lima, no a todo el departamento homónimo (artículo 1).

Mucho más grave que este desliz resultó, sin embargo, que el DL 7060 permitiera a las autoridades y fuerzas a cargo del control del orden público emplear sus armas, durante el estado de sitio, «para reprimir cualquier manifestación pública que se intentare o para disolver cualquier grupo de más de cuatro personas que no se dispersase a una primera intimación» (artículo 2). Así, esta cláusula legal consagraba una versión draconiana

plazo indeterminado, cesaba de manera automática apenas se cumplieran los treinta días señalados como máximo por la misma Constitución. Infortunadamente, no ha sido posible indagar si tal interpretación hubiera sido admisible en aquella época —tal indagación excedería con mucho el ámbito de esta investigación—, por lo que no puede sino ser formulada como una posibilidad o hipótesis de trabajo desde el punto de vista de la investigación académica, a fin de no incurrir en un indeseable anacronismo.

792 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 195; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 143.

793 Según Humberto Sheput, el DL 7060 constituía una suerte de reglamentación del estado de sitio declarado mediante el DL 7031. Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., p. 105.

de ley marcial, desprovista de mínimas garantías y, ciertamente, bastante alejada de las características canónicas de sus precedentes europeos, tanto en Inglaterra como en Francia, que al menos preveían ciertos recaudos en beneficio y protección de los derechos de las personas, según se acaba de recordar (véase los acápites 2.2.1.1, 2.3.3 y 2.3.4, *supra*). Todavía más, el Decreto Ley bajo análisis creó Cortes Marciales que podrían juzgar no sólo a militares sino también a civiles, por «delitos flagrantes de rebelión o sedición o motín o contra la seguridad y tranquilidad públicas», en plazos sumarisimos de 48 horas, con la potestad de aplicar pena de muerte, la cual sería de ejecución inmediata (artículos 3 y 4).

Este régimen legal, tan manifiestamente abusivo, estuvo en vigor durante dos meses y dos días, hasta que el DL 7161, promulgado el 26 de mayo de 1931, determinó que «quedan derogados todos los decretos-leyes que crearon los estados de sitio y la ley marcial en la República» (artículo único)⁷⁹⁴. Invocó para ello la reciente aprobación del Estatuto Electoral y la conveniencia de «restablecer un estado de amplia libertad que permita el ejercicio de todos los derechos cívicos» (parte considerativa)⁷⁹⁵. De este modo, la necesidad de favorecer un clima adecuado para la realización de las elecciones llevó al Gobierno a suprimir el estado de sitio y la ley marcial, y por consiguiente a poner fin a la suspensión de garantías constitucionales⁷⁹⁶. Se acataba así, además, el mandato constitucional, ya comentado, según el cual estaba prohibido suspender las garantías durante los períodos electorales (artículo 121, inciso 3 de la Constitución reformada). Como veremos más adelante, en posteriores coyunturas históricas se observa una actitud semejante de las autoridades estatales, en el sentido de relajar la dureza del régimen excepcional o aun levantarlo del todo, con la finalidad de permitir a los ciudadanos «el mejor y más ordenado uso» de sus derechos cívicos en un contexto eleccionario, como sostiene la parte considerativa del DL 7161 (véase los capítulos 5 a 7, *infra*).

794 Ha de considerarse que, al menos desde el segundo semestre de 1930, habían sido expedidas varias otras disposiciones relativas a la ley marcial y la intervención de los tribunales militares: DL 6881 y DL 6882, del 30 de septiembre de 1930; DL 6929, del 13 de noviembre de 1930; DL 6948, del 28 de noviembre de 1930; DL 7059 y DL 7060, del 24 de marzo de 1931. Véase Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>).

795 El Estatuto Electoral, elaborado sobre la base de un anteproyecto redactado por una Comisión plural, integrada sobre todo por profesionales jóvenes (entre ellos, Jorge Basadre, Luis Alberto Sánchez y Alberto Arca Parró), fue oficializado mediante DL 7177, del 26 de mayo de 1931. Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo X, pp. 149-150.

796 Véase Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», *op. cit.*, pp. 41-42; Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, p. 105.

2.3. Endurecimiento de la aplicación del régimen de excepción frente a los reclamos de los trabajadores: suspensión automática de garantías al declararse una huelga

El DL 7161 tuvo una vida por demás efímera, puesto que tan sólo dos días después la Junta Nacional de Gobierno emitió el DL 7166, promulgado el 28 de mayo de 1931. Dice Carrillo Thorne que aquél no llegó a ser aplicado efectivamente y que las Cortes Marciales siguieron expidiendo sentencias en las que aplicaron las disposiciones legales formalmente derogadas⁷⁹⁷. Como quiera que fuere, el DL 7166 muestra cómo el estado de sitio es empleado por el Gobierno como herramienta para suprimir reclamos legítimos de los trabajadores, bajo la apariencia engañosa de la legalidad. Así, su artículo único estatuye que toda declaración de huelga «producirá automáticamente el efecto de dejar en suspenso las garantías» contempladas en el artículo 35 de la Carta Fundamental, pero con el añadido, carente de sustento constitucional, del artículo 29 de la Norma Fundamental. El artículo 29 estaba referido a la libertad de ingreso, tránsito y salida de la República, y por lo tanto su suspensión, efectuada contra el claro mandato de la Constitución, permitía al Gobierno la expatriación y confinamiento de las personas detenidas por las autoridades. En cuanto a su ámbito territorial de aplicación, el DL 7166 estableció que éste sería el del departamento en que la paralización laboral se produjera, no figurando tampoco una justificación para ello. En fin, el Decreto bajo análisis agregó que las garantías objeto de suspensión recobrarían «su imperio», igualmente de modo automático, en el momento en que hubiera desaparecido la causa.

En la parte considerativa del DL 7166 llaman la atención tres ideas. La primera es la identificación entre las «paralizaciones obreras» y la afectación del «orden público y social» (primer considerando). La segunda es que, además de definir tal situación como una de «violencia», se afirme que ella no sólo contraviene el orden legal, sino que impide que puedan funcionar «las instituciones sobre garantías individuales, porque entrabarían la acción de las autoridades, obligadas a resguardar la tranquilidad pública» (segundo considerando). Y la tercera es que nuevamente aparece el proceso electoral como motivación, pero esta vez en sentido opuesto al otorgado en el anterior DL 7161, es decir, el inicio de las actividades electorales no lleva ahora a ablandar al régimen y favorecer las libertades —este es el espíritu del artículo 121, inciso 3 de la Constitución reformada, ya citado—, sino que sirve de pretexto para imposibilitar el ejercicio de los derechos de los trabajadores a protestar y a reclamar mejoras en sus condiciones laborales.

En definitiva, entonces, el estado de sitio sirve en esta oportunidad como instrumento para encadenar las libertades, y el DL 7166, en una regu-

⁷⁹⁷ Véase Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», *op. cit.*, p. 42.

lación insólita, estipula que las paralizaciones laborales, por sí mismas, sin necesidad de que medie siquiera declaración de la autoridad, determinan la suspensión de las garantías individuales, de modo automático⁷⁹⁸. Se trata, pues, de un exceso represivo, que se vale de manera ilegítima del estado de excepción, contraviniendo el Texto Constitucional. A la distancia de los años transcurridos, el contenido y la justificación del DL 7166 no dejan de causar asombro, erigiendo un precedente muy negativo.

2.4. Nuevo movimiento pendular en la aplicación del régimen de excepción: estado de sitio y ley marcial a nivel nacional contra los derechos de los trabajadores y la disidencia política

Durante el año 1931, el Gobierno todavía emitió dos Decretos Leyes más. Nuevamente se observa en ellos un movimiento pendular. Y es que el primero, el DL 7187, promulgado el 11 de junio de dicho año, tiene carácter muy represivo, mientras el segundo, el DL 7240, del 2 de agosto, muestra cierta moderación y apertura a las libertades. En efecto, el DL 7187 declara el estado de sitio «en toda la República» y suspende todas las garantías constitucionales susceptibles de ser suspendidas (artículo 1), marcando un hito en el período histórico bajo estudio, pues es la primera vez que se instaura el régimen excepcional a nivel nacional⁷⁹⁹. Adicionalmente, y de modo similar a lo estatuido antes por el DL 7060, el DL 7187 permitió expresamente que las autoridades y fuerzas encargadas de cautelar el orden público pudieran usar sus armas durante la vigencia del estado de sitio, a fin de «reprimir» manifestaciones públicas o «disolver cualquier grupo de más de cuatro personas que no se dispersare a una primera intimación» (artículo 2). Se trataba, en consecuencia, de la reedición de la ley marcial, asociada al estado de sitio, en versión ultrarepresiva peruana. Vale aquí, por lo tanto, lo ya dicho antes sobre el DL 7060.

Debe repararse, empero, que la justificación exhibe una variante de interés, al mencionar un supuesto de «amenaza», no de transgresión efectiva, del «orden público», y al referir la existencia de ciertos vagos «planes revolucionarios», de los que, curiosamente, se afirma que las autoridades «conocen y controlan» sus «conexiones» (primer considerando). Es de notar, igualmente, que la fundamentación del Decreto no invoca las causales previstas en la Constitución —como se sabe, «casos en que peligro la seguridad

798 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 119.

799 Humberto Sheput sostiene que el motivo que provocó la declaración del estado de sitio fue una rebelión ocurrida en El Callao y Lima, por lo que no se justificaba la declaración a nivel nacional. Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., pp. 105-106. Véase también Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 119.

interior o exterior del Estado», según el artículo 35 de la Carta reformada—, sino que alude sólo al «orden público». Habría que entender, por tanto, que el Decreto identifica una situación de amenaza al orden público con una de peligro a la seguridad interior del Estado. En fin, la motivación remata con una generalidad, diciendo que «en tal virtud, es urgente y necesario adoptar las medidas de emergencia requeridas por las circunstancias» (segundo considerando).

Pese a este impulso que recortaba las libertades personales, poco después el DL 7240 restableció la plenitud de ejercicio del derecho de reunión pacífica sin comprometer el orden público, y a la vez derogó el artículo 2 del DL 7187, esto es, la autorización a usar las armas para disolver reuniones (una modalidad de ley marcial, como se ha dicho). La justificación para esta medida de moderación parcial e incompleta fue que no era posible levantar el estado de sitio «mientras subsista la amenaza de huelga general que auspician organizaciones comunistas» (primer considerando). Sin embargo, las autoridades gubernativas estimaron que resultaba posible dictar medidas para favorecer «el libre desenvolvimiento de los partidos y grupos políticos interesados en el proceso electoral» (segundo considerando), lo que explica el contenido del Decreto. No obstante, debe insistirse en que la Constitución enmendada en 1926 había prohibido la suspensión de garantías durante los procesos electorales, como el que en ese momento estaba en curso. En otras palabras, no era suficiente con permitir el ejercicio del derecho de reunión, sino que resultaba ilegítimo mantener la suspensión de las demás garantías incluidas en el DL 7187. El estado de sitio se seguía utilizando para reprimir los derechos de los trabajadores y para perseguir a los grupos políticos comunistas, considerados revolucionarios o subversivos.

2.5. La Constitución de emergencia como instrumento de la reacción represiva (arbitraria y desmesurada) frente al atentado contra el presidente Sánchez Cerro

Ocho meses más tarde, el estado de excepción vuelve a aparecer, con renovada dureza, a través de la Ley 7491, del siete de marzo de 1932. Es una reacción al atentado contra la vida del presidente Luis Miguel Sánchez Cerro, ocurrido el día anterior y al cual sobrevivió por fortuna, aunque resultó herido de gravedad⁸⁰⁰. El intento de magnicidio lo perpetra el joven militante aprista José Melgar Márquez, en el momento en que Sánchez Cerro salía de escuchar misa en la Iglesia Matriz de Miraflores. El Congreso Constituyente, en funciones desde el día de la asunción del mando por el presidente —esto es, desde el 8 de diciembre de 1931—, sostiene que el

800 Véase Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 483; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 215; Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, op. cit., p. 258.

crimen impone el deber de facilitar al Gobierno los medios indispensables para «aplicar la sanción que tan execrable hecho reclama» (primer considerando), y que el país está ante el inicio de un plan que apunta a «destruir la organización social y política de la República» (segundo considerando). En consecuencia, invocando sus «facultades constituyentes» (tercer considerando), el Congreso autoriza al Ejecutivo a adoptar «medidas extraordinarias», dentro de las leyes y decretos leyes vigentes, con la finalidad de resguardar «la subsistencia del orden social y de las instituciones democráticas existentes» (artículo 1).

La Ley 7491 también suspende todas las garantías susceptibles de suspensión conforme al artículo 35 de la Carta Fundamental, por el plazo de 30 días (artículo 5). Se trata de una novedad, ya que es la primera vez que se indica un plazo determinado del estado de excepción, en el período bajo estudio. No obstante, la referida cláusula legal también estipula que tal limitación temporal no afecta a la Ley 7479, Ley de Emergencia, entonces ya en vigor y que será comentada más adelante (véase acápite 4.3.4, *infra*). De este modo, las medidas represivas habrían de mantenerse más allá de la vigencia formal del estado excepcional.

La Ley 7491 incurrió, empero, en otros excesos tanto o más graves. Y es que pretendió hacer una asombrosa «ratificación» del DL 7060, si bien aparentando moderación al declarar que limitaba su aplicación «a las facciones o a los individuos disociadores que traten de subvertir el orden público y de trastornar la paz social» (artículo 2). La Ley 7491 declaraba, además, que los efectos del DL 7060 se extenderían «a todo el territorio de la República» (artículo 4) y contenía ciertas disposiciones sobre la conformación de las Cortes Marciales (artículo 3).

Al declarar la ratificación del DL 7060, la Ley 7491 pretendía en realidad permitir la aplicación de la pena de muerte, mediante la actuación de Cortes Marciales, a quienes fueran autores de los delitos de rebelión, sedición o motín. De hecho, José Melgar Márquez, autor del atentado, y Juan Seoane, comprometido en el crimen, fueron condenados de manera sumaria a sufrir la pena capital⁸⁰¹. El problema, sin embargo, radicaba en que la Ley 7491 pretendía una acción imposible desde el punto de vista jurídico-constitucional, en la medida en que el DL 7060 había sido derogado mediante el DL 7161, según ha sido expuesto antes (véase el acápite 4.2.2, *supra*). Por su parte, el DL 7187, también ya comentado (véase el acápite 4.2.4, *supra*), no revivió al DL 7060, ni previó la pena de muerte ni instituyó Cortes Marciales. En consecuencia, la Ley 7491 fue utilizada para juzgar un hecho ocurrido antes de su entrada en vigor, es decir, tenía carácter retroactivo, en manifiesta vulneración de uno de los principios más importantes

801 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, pp. 216-217; Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, op. cit., Tomo XII, p. 103.

consagrados en la Constitución (artículo 20)⁸⁰². No extraña por ello el comentario de Sheput Stucchi en el sentido de que queda así demostrado el empleo ilegítimo del estado de excepción con fines políticos y como medio de venganza personal⁸⁰³. Hubo, pues, una fuerte oposición a tan flagrante arbitrariedad, lo que incluyó un oficio del Colegio de Abogados de Lima, suscrito por su decano, Diómedes Arias-Schreiber, el cual iba dirigido al Congreso Constituyente el 15 de marzo de 1932⁸⁰⁴. Finalmente, Sánchez Cerro conmutó la pena capital por internamiento conforme al Código Penal⁸⁰⁵.

Debe también advertirse que la Ley 7491 hizo un uso incorrecto del estado de excepción por dos razones adicionales. En primer lugar, como señala su parte considerativa, ella pretendió habilitar al Ejecutivo con los medios para sancionar el atentado contra el presidente de la República, una finalidad espuria a la luz de la Constitución. En segundo lugar, el señalamiento de que el país se hallaba ante el comienzo de la ejecución de un plan de desestabilización política y destrucción institucional no era más que una motivación genérica y vaga que no resultaba suficiente para fundamentar la concesión de «potestades extraordinarias» y la suspensión de las garantías.

2.6. Validación por el Congreso de estados de excepción represivos ante rebeliones, con Cortes Marciales e imposición de pena capital: la sublevación de Trujillo de julio de 1932 y el magnicidio del presidente Sánchez Cerro, entre otros eventos

Las siguientes cuatro normas sobre estado de excepción en el período bajo estudio (enero de 1929 – diciembre de 1939) fueron también expedidas por el Congreso, el cual, como ha sido ya anticipado, estaba en funciones desde el 8 de diciembre de 1931. En tres casos se trató de Resoluciones Legislativas ratificatorias de decretos declarativos del estado de sitio dictados por el Poder Ejecutivo: Resolución Legislativa (RL) 7521, promulgada el 9 de mayo de 1932; RL 7541, del 7 de julio del mismo año; y RL 8101, del 9 de agosto de 1935. En tanto, el cuarto caso es la Ley 7746, promulgada el 30 de abril de 1933.

802 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, pp. 106-107; Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», *op. cit.*, p. 55.

803 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, p. 108.

804 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo X, p. 216; Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», *op. cit.*, pp. 57-59.

805 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo X, pp. 217-218; Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, *op. cit.*, Tomo XII, pp. 103-104.

La RL 7521, sumamente breve, tan sólo señala: «El Congreso ha resuelto ratificar el decreto dictado por el Poder Ejecutivo, con fecha de ayer, declarando el estado de sitio por quince días en toda la República». Es meritorio que se indique un plazo, así como que éste no sea el máximo, sino más bien un término breve que apenas llega a la mitad de dicho plazo máximo. Sin embargo, es preocupante el alcance de la medida, cuyos efectos se extienden a todo el territorio nacional. Lamentablemente, la Resolución Legislativa carece de fundamentación o parte considerativa, limitándose a remitir al Decreto dictado en la víspera por el Gobierno, de suerte que no es posible apreciar del propio texto de la Resolución Legislativa si había causa suficiente para la instauración del estado excepcional y para su extensión a todo el país. El Archivo Digital de la Legislación Peruana (ADLP) no incluye, por desgracia, los Decretos y otras disposiciones normativas emitidas por el Ejecutivo. Tampoco hemos visto reproducido el Decreto declaratorio del estado de sitio en las fuentes bibliográficas consultadas. Todo parece indicar, empero, que la drástica medida tuvo relación con la sublevación de la marinería de los buques de la Armada «Grau» y «Bolognesi», surtos en la rada del Callao, la cual ocurrió el 7 de mayo de 1932 y fue calificada como comunista, aunque su origen verdadero parece haber sido aprista⁸⁰⁶.

Teniendo como marco el estado de sitio proclamado por el Ejecutivo y ratificado por el Parlamento, una Corte Marcial sesionó en la base naval de la isla San Lorenzo y, en aplicación de la Ley 7491, condenó a muerte a ocho marineros, humildes hombres de pueblo que reclamaban mejores condiciones de servicio, y a quienes no se reconoció el derecho de nombrar a sus propios abogados defensores⁸⁰⁷. Las ejecuciones fueron cumplidas el 11 de mayo, pese a la fuerte corriente de opinión adversa y pese a un nuevo y valiente pronunciamiento del Colegio de Abogados de Lima⁸⁰⁸. En consecuencia, una vez más, el estado de excepción fue empleado para fines punitivos, de manera desproporcionada e injusta, y con violación de garantías elementales, contra personas débiles y sin poder, con propósito de escarmiento⁸⁰⁹.

Se llega así al caso de la aciaga sublevación de Trujillo, por cuya causa el Congreso emitió la RL 7541, promulgada el 7 de julio de 1932, día en el que comenzó el levantamiento armado del partido aprista⁸¹⁰. De manera

806 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, pp. 229-230; Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, op. cit., Tomo XII, pp. 104-105.

807 Véase Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 484; Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», op. cit., p. 63; Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, op. cit., Tomo XII, p. 104.

808 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, pp. 229-230; Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, op. cit., Tomo XII, p. 105; Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», op. cit., pp. 63-66.

809 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 229.

810 Véase Margarita Giesecke Sara-Lafosse, *La Insurrección de Trujillo*, op. cit., pp. 249 y

lacónica, como ya se iba convirtiendo en costumbre, la Resolución estatuyó que aprobaba el Decreto del Ejecutivo, emitido en la misma fecha, el cual declaraba el estado de sitio en toda la República durante el plazo de treinta días, «con motivo del movimiento revolucionario de carácter comunista que se ha producido en el departamento de La Libertad, tratando de subvertir el orden social y la paz de la República». La gravedad de los hechos, incluyendo numerosas ejecuciones extrajudiciales y crueles masacres perpetradas por ambas partes del conflicto, no puede ser puesta en duda, a tal punto que autores acreditados han calificado la situación como «guerra civil»⁸¹¹.

Como quiera que fuere, en cuanto al objeto de la presente investigación, dadas las ramificaciones del levantamiento en diversos lugares del país (Trujillo, Cajabamba, Huaraz, Huari, Lima)⁸¹², bien puede aceptarse que la declaración se extendiese a toda la República, sobre todo en los momentos iniciales. Lamentablemente, no se cuenta tampoco aquí con el texto del Decreto mediante el cual el Gobierno proclamó el régimen de excepción. Debe indicarse que el mismo día de la insurrección en Trujillo, en simultáneo con la RL 7541 que validaba el estado de sitio, el Parlamento promulgó la Ley 7542, que instauró Cortes Marciales, las mismas que habrían de operar inclusive más allá de la vigencia del régimen excepcional⁸¹³. La actuación de estos tribunales produjo una gran cantidad de sentencias condenatorias a pena capital, las que fueron cumplidas sin dilación mediante fusilamientos inmisericordes de numerosos militantes apristas en las ruinas de Chan Chan⁸¹⁴. Más allá del propósito legítimo de permitir la acción estatal para conjurar un movimiento insurreccional de gran magnitud, se reeditaba el uso del estado de excepción también para fines de represión violenta y expeditiva de personas consideradas por el Gobierno como subversivos, esta vez a escala de cientos, si no miles, de personas⁸¹⁵.

263-265; Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, op. cit., p. 259; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 484.

811 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, pp. 229 y ss.; Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, op. cit., p. 259; Margarita Giesecke Sara-Lafosse, *La Insurrección de Trujillo*, op. cit., p. 223; Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, op. cit., Tomo XII, pp. 111 y 114.

812 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, pp. 238-240; Margarita Giesecke Sara-Lafosse, *La Insurrección de Trujillo*, op. cit., pp. 293-294 y 308-311; Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, op. cit., p. 259.

813 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., pp. 108-109; Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», op. cit., pp. 66-68.

814 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, pp. 238-239; Margarita Giesecke Sara-Lafosse, *La Insurrección de Trujillo*, op. cit., pp. 314-321; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 485.

815 Véase Margarita Giesecke Sara-Lafosse, *La Insurrección de Trujillo*, op. cit., pp. 321-322; Víctor Villanueva, *El militarismo en el Perú* (Lima: Empresa Gráfica T. Scheuch, 1962), pp. 75-76.

El siguiente caso, el penúltimo del período bajo estudio, es el estado de sitio declarado en toda la República por el Congreso Constituyente mediante Ley 7746, promulgada el 30 de abril de 1933, lo que incluía asimismo la suspensión de las garantías susceptibles de ser suspendidas. Estaba ya en vigor entonces, desde el 9 de dicho mes de abril, la nueva Carta Fundamental, la cual regulaba la institución de la suspensión de garantías en el artículo 70. La causa del régimen excepcional, no mencionada en la ley, fue esta vez que ese mismo día había caído asesinado el presidente Luis Miguel Sánchez Cerro a manos de un militante aprista, Abelardo Mendoza Leyva, en el momento en que se retiraba de un desfile patriótico realizado en el hipódromo de Santa Beatriz⁸¹⁶. La acción del Congreso Constituyente, el cual carecía de competencia constitucional para declarar el estado de excepción⁸¹⁷, quizá se explica por el desconcierto provocado por el magnicidio apenas ocurrido éste. En todo caso, más temprano durante aquel trágico día, el Consejo de Ministros, presidido por José Matías Manzanilla, ya había declarado el estado de sitio y la suspensión de garantías constitucionales, al asumir el ejercicio del Poder Ejecutivo⁸¹⁸.

La Ley 7746 incurrió en cuatro errores gruesos. En primer lugar, no existía una amenaza existencial que justificara la medida, mucho menos su ámbito territorial, el cual se extendía a toda la República, como se ha indicado. Lo que hubo fue un hecho criminal aislado, por más que fuera uno de máxima relevancia política, ya que se trataba de un magnicidio. En segundo lugar, como ya se dejó anotado, el Congreso carecía de la competencia para proclamar el estado de excepción, conforme al flamante artículo 70 de la Constitución, que será objeto de análisis poco después (véase el acápite 4.3.1, *infra*). En tercer lugar, la nueva Norma Suprema no preveía la institución del estado de sitio, sino que había optado por consagrar solamente la posibilidad de suspender determinadas garantías. En cuarto lugar, la Ley 7746 no estipuló el plazo del estado de sitio ni de la suspensión de garantías, el cual no debía exceder de 30 días a tenor de lo dispuesto en la regulación constitucional. De este conjunto de yerros, que no deja de sorprender a la distancia de los años, surge con nitidez una idea general subyacente, a saber, la identificación que hacían las autoridades estatales del estado de sitio con la suspensión de garantías.

El último caso de disposición legal relativa al estado de excepción en el período bajo análisis viene dado por la RL 8101, promulgada el 9 de agosto

816 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 358; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., pp. 489-490; Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, op. cit., Tomo XII, pp. 111-112.

817 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., pp. 110-111.

818 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 358; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 490.

de 1935. Gobernaba entonces Óscar Benavides (1933-1939)⁸¹⁹, quien había sucedido al asesinado presidente Sánchez Cerro mediante elección a cargo del Congreso, si bien ésta estuvo viciada de inconstitucionalidad, al infringir la norma que prohibía ascender a la primera magistratura de la nación a los militares que no dejaran las armas un año antes de la elección (artículo 137, inciso 1 de la Constitución de 1933)⁸²⁰. La RL 8101, ante todo, muestra una saludable práctica que luego se ha perdido con el transcurrir del tiempo, y es que, si bien el Ejecutivo recibió de la Constitución la potestad de instaurar el régimen excepcional, se entendía entonces que el ejercicio de esta potestad habilitaba de manera automática la intervención de la representación nacional, la cual podía confirmar o no la decisión del Gobierno. Es lo que muestra el caso bajo análisis. De allí que el Congreso Constituyente, mediante la RL 8101, se pronunciara en el mismo día en el que el Ejecutivo había suspendido las garantías individuales en el departamento de Arequipa por treinta días. Resulta claro que en ese momento el Parlamento no se hallaba en receso, sino en funciones, de suerte que no era necesario que el Gobierno le diera cuenta de la aplicación del artículo 70 de la Carta; el Congreso podía actuar de oficio, como en efecto hizo. Hay que insistir en que, desventuradamente, esta forma de entender el control político del Parlamento sobre la proclamación del estado excepcional, que optimiza la intervención oportuna y diligente de la representación nacional, se ha diluido en fecha posterior, hasta la actualidad.

Ahora bien, debe notarse asimismo que la RL 8101 incurre en descuidos y errores, de modo similar a sus predecesoras. El más grave es que convalida la declaración de «estado de sitio» hecha por el Ejecutivo, cuando esta figura, como ya ha sido advertido, no existía más al ser aprobada la Constitución de 1933. Y ahora, a diferencia de lo que pasaba con la Ley 7746, no había transcurrido menos de un mes desde la entrada en vigor de la Carta Fundamental, sino que ésta había cumplido largamente un año de vigencia. De otro lado, la RL 8101 omite señalar expresamente cuáles son las garantías que suspende —algo que sí había indicado la Ley 7746, en armonía con el artículo 70 de la Constitución—, aunque puede entenderse que, al referir que se ciñe a lo preceptuado en la Carta, dichas garantías suspendidas serían precisamente las que regulaba el artículo 70 ya mencionado. Finalmente, la RL 8101 aduce como causa del estado de excepción un genérico y vago propósito de «mantener el orden público», lo que es del todo insuficiente como fundamentación del advenimiento de una amenaza existencial.

819 Véase Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., p. 9.

820 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 362; Margarita Guerra, *Historia General del Perú*, op. cit., Tomo XII, p. 114; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., pp. 490-491.

2.7. Lecciones de una praxis histórica (1929-1939): ¿consolidación de una Constitución de emergencia lesiva de principios y derechos fundamentales?

En definitiva, el examen de la aplicación del estado de excepción en el Perú, en el período que va de enero de 1929 a diciembre de 1939, pese a su relativa brevedad y a referirse principalmente a las disposiciones legales (decretos leyes y leyes) que materializaron los casos de emergencia, con prescindencia de otros elementos jurídicos, tales como Decretos y Resoluciones administrativas y jurisprudencia de los tribunales, resulta de indudable interés. Y es que el estudio realizado, apoyado asimismo en la consulta de bibliografía relevante de Historia del Perú y de Derecho Constitucional, permite observar la existencia y consolidación de prácticas que distorsionan el régimen excepcional, en una lógica represiva, arbitraria y contraria al ejercicio de los derechos fundamentales. En diversas ocasiones, el recurso al estado de excepción fue el cuestionable manto legal de la violencia ejercida por el Estado contra protestas legítimas de la clase trabajadora, o permitió la persecución de grupos políticos disidentes y minoritarios, o también fue la tenue cobertura jurídica para medidas de represión draconiana e injusta que llegaron a la imposición de la pena capital en Cortes Marciales sin respeto a las mínimas garantías del debido proceso.

Por lo demás, se observa igualmente una indebida comprensión de las exigencias que impone el marco constitucional para el empleo del estado de excepción, exigencias que son a menudo incumplidas: no indicación de las garantías que se suspende, suspensión de garantías no susceptibles de ser suspendidas, no señalamiento del plazo, incumplimiento de las causales admitidas por la Carta Fundamental, etcétera. Ciertamente, una dificultad mayor parece estar en el equivocado entendimiento del régimen excepcional como uno de «estado de sitio», inclusive en los casos en que éste ya no tiene acogida constitucional. Es claro, en fin, que el estado de sitio viene asociado a una visión del mismo como institución fuertemente militarizada, lo que acarrea inclusive la instauración de Cortes Marciales. El desarrollo histórico posterior, bajo las Cartas de 1979 y 1993, habrá de mostrar cómo varias de estas perniciosas características perdurarán bajo esquemas constitucionales nominalmente más restrictivos de los poderes extraordinarios y más tutelares de los derechos fundamentales de las personas durante el gobierno de crisis.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1933: ENTRE LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS Y EL ESTADO DE SITIO

3.1. El artículo 70 de la Carta peruana de 1933: suspensión de garantías bajo el influjo de la Constitución española de 1931. Potestad de autoinvestidura del Ejecutivo

Antes de abordar las Constituciones de 1979 y 1993, es necesario exponer la regulación del estado excepcional en la Carta de 1933, la misma que introdujo varias innovaciones en el constitucionalismo peruano. En efecto, el constituyente de 1933 optó por reducir el régimen de excepción a la figura de la «suspensión de garantías», la cual, como se ha visto, había aparecido por primera vez en un texto constitucional peruano, vinculada con la potestad de declarar la República o la Patria en peligro, en la Norma Fundamental de 1860, había sido eliminada en las Constituciones de 1867 y 1920, y había resurgido, asociada de modo expreso al estado de sitio, en la Ley 5470, de enmienda constitucional, promulgada el 21 de septiembre de 1926. Ahora, más de seis años después de este último cambio, bajo el influjo del artículo 42 de la Constitución de la República española de 1931⁸²¹, la Carta peruana de 1933 establecía que el régimen de excepción consistiría en la suspensión total o parcial, y en todo o en parte del territorio nacional, de determinadas garantías expresamente mencionadas (artículo 70)⁸²².

Las garantías susceptibles de suspensión fueron: libertad y seguridad personales (artículo 56), inviolabilidad del domicilio (artículo 61), derecho de reunión (artículo 62), libre entrada, tránsito y salida del territorio de la República (artículo 67) y libertad de residencia y prohibición de destierro salvo sentencia ejecutoriada o aplicación de la ley de extranjería (artículo 68). Por su parte, el supuesto habilitante o causal quedaba definido en términos preocupantemente amplios e indeterminados —«cuando lo exija la seguridad del Estado»—, de tal suerte que podía dar lugar a arbitrariedades y abusos⁸²³, como en efecto ocurrió numerosas veces en los casi cincuenta años de vigencia formal de la Constitución de 1933⁸²⁴. El plazo máximo del

821 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 142-143. Para una consulta directa de la Constitución española de 1931, véase «Constitución de la República española, de 9 de diciembre de 1931», en *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*, ed. Joaquín Varela Suanzes, op. cit., pp. 446-476 (el artículo 42 puede verse transcrito en pp. 456-457).

822 El artículo 70 de la Constitución de 1933 que se cita aquí y en los párrafos que siguen puede ser consultado en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, op. cit., p. 509; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., p. 566.

823 Véase Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., pp. 63-64; Marcial Rubio Correa y Enrique Bernalles Ballesteros, *Constitución y Sociedad política* (Lima: Mesa Redonda Editores, segunda edición, 1983), p. 217.

824 Véase Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», op. cit.,

estado excepcional se fijó en treinta días, aunque se admitió la prórroga mediante «nuevo decreto». Asimismo, el artículo 70 de la Constitución estipuló que una ley había de determinar «las facultades del Poder Ejecutivo durante la suspensión de garantías», ley muy necesaria pero que infortunadamente nunca llegó a ser aprobada⁸²⁵.

Novedad de especial relevancia fue que, por primera vez, una Constitución peruana reconoció al Poder Ejecutivo la potestad de autoinvestidura, esto es, la facultad de instaurar por sí mismo el estado de excepción y suspender las garantías, aun cuando el Parlamento estuviera en funciones. En consecuencia, la intervención del Congreso dejaba de ser la tradicional, heredada del siglo XIX, y ya no consistiría en declarar la emergencia, conferir potestades extraordinarias al presidente de la República y suspender las garantías. Si la ley de reforma constitucional de 1926 había permitido al Poder Ejecutivo instaurar el estado de sitio durante el receso del Congreso, ahora la Carta de 1933 relegaba a la representación nacional y otorgaba este rol decisivo al Gobierno, aun cuando la Legislatura estuviera reunida. Las Cartas de 1979 y 1993 mantendrían dicha característica, de manera que nunca más se volvería al esquema que prevaleció durante el siglo XIX e inicios del siglo XX, en el que la proclamación del estado excepcional correspondía al Parlamento.

Al respecto, el artículo 70 de la Constitución de 1933 únicamente dispuso que, si el Ejecutivo decretaba la suspensión de garantías durante el funcionamiento del Congreso, entonces debía darle cuenta inmediata de ella. De este modo, quedaba habilitado el control político a cargo de la corporación legislativa, que podía expresar con prontitud su aquiescencia o, por el contrario, su voluntad de modificación o revocación de la medida adoptada por el Ejecutivo. A diferencia de la Constitución española de 1931, empero, la Norma Suprema peruana no regulaba por separado los supuestos en que el Parlamento estuviese reunido o en receso. En esta última hipótesis, la solución ibérica consistía en que el Gobierno debería convocar a las Cortes dentro de ocho días, para que resolvieran sobre la suspensión acordada por la autoridad gubernativa, y en caso de omisión de ésta, las Cámaras se reunirían automáticamente al noveno día, con la misma finalidad; es más, la Carta hispánica estipulaba que las Cortes no podrían ser disueltas antes de resolver mientras subsistiera la suspensión de garantías⁸²⁶.

pp. 96-97; Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, op. cit., p. 217; Alberto Ruiz-Eldredge, *La Constitución comentada* (Lima: Editora Atlántida, 1979), p. 289.

825 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 278; Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», op. cit., p. 106; Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, op. cit., p. 217; Alberto Ruiz-Eldredge, *La Constitución comentada*, op. cit., p. 289.

826 Véase «Constitución de la República española, de 9 de diciembre de 1931», en *Textos Básicos*.

3.2. El Anteproyecto Villarán y el debate constituyente como antecedentes del artículo 70 de la Carta de 1933: una concepción restrictiva de los poderes de emergencia y un entendimiento adecuado de la naturaleza jurídica de la suspensión de garantías

Es importante saber que el Anteproyecto de Constitución elaborado por la Comisión que presidiera Manuel Vicente Villarán (Anteproyecto Villarán)⁸²⁷, antecedente directo del que a la postre fue el artículo 70 de la Carta de 1933, contenía reglas más precisas y perentorias sobre el rol del Congreso como contralor político del estado de excepción, si bien no indicaba plazos, a diferencia de la Constitución española de 1931. En efecto, el segundo párrafo del artículo 204 del Anteproyecto Villarán estatuyó lo siguiente:

El decreto de suspensión de garantías requiere el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y debe ser sometido al Congreso y, si éste se halla en receso, a la Comisión Permanente. Si cualquiera de las Cámaras o la Comisión Permanente, en su caso, desaprueba el decreto, se restablecerán las garantías suspendidas⁸²⁸.

La misma Exposición de Motivos del Anteproyecto Villarán defendió la propuesta, sosteniendo la inevitabilidad de conceder al Ejecutivo la potestad de intervenir «sin previa decisión del Congreso», en razón de la urgencia de las medidas a adoptar⁸²⁹. A la vez previó, sin embargo, que la corporación legislativa, o la Comisión Permanente durante el receso, debían contar con la facultad de «aprobar o desaprobar la suspensión», a lo que añadió que «en caso de desaprobala las garantías serán restablecidas»⁸³⁰.

cos de la Historia Constitucional Comparada, ed. Joaquín Varela Suanzes, *op. cit.*, p. 456. Véase también Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, p. 143.

827 El Anteproyecto Villarán y su notable Exposición de Motivos han sido elogiados, muy merecidamente, por diversos autores, y si bien no fueron acogidos en todo por el Congreso Constituyente, ejercieron sobre éste un indudable influjo en diversos asuntos, como ocurre en materia de régimen de excepción, además, por cierto, de servir como un documento clave para entender el estado y la evolución del constitucionalismo peruano en la primera mitad del siglo XX. Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, *op. cit.*, Tomo X, pp. 251-253; Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, *op. cit.*, p. 23; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, pp. 142-143; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, *op. cit.*, pp. 527-528.

828 Véase Manuel Vicente Villarán *et al.*, *Ante-proyecto de Constitución del Estado* (Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1931), p. 50.

829 Véase Manuel Vicente Villarán *et al.*, *Anteproyecto de Constitución del Estado de 1931: Exposición de Motivos* (Lima: P. L. Villanueva, 1962), p. 119.

830 *Ibíd.*

El punto generó polémica también en la Asamblea Constituyente⁸³¹. Hubo representantes que se opusieron al establecimiento de un régimen de excepción constitucional para enfrentar las amenazas existenciales, como Hildebrando Castro Pozo y Ricardo Feijóo Reyna, y hubo también quienes, como Luciano Castillo y Víctor Andrés Belaunde, respaldaron la alternativa de que el Congreso se pronunciara de inmediato sobre la decisión que correspondería adoptar al Gobierno, para aprobarla o desestimarla⁸³². Todavía más, la opinión de Víctor Andrés Belaunde era que el decreto de suspensión debía ser sometido a conocimiento del Parlamento de manera automática, mecánica, y que no bastaba ni resultaba idóneo estipular el deber del Ejecutivo de «dar cuenta» de la instauración del estado excepcional, ya que en este caso el Congreso intervendría sobre «un hecho consumado», cuando lo conveniente era más bien que «tome cuenta del pedido de suspensión de garantías antes de verificarse este hecho»⁸³³. Al tomar la palabra en el debate constituyente para alentar un control parlamentario fuerte sobre el estado de excepción, Víctor Andrés Belaunde invocó la Constitución alemana de Weimar (1919), de la que dijo que era «la más perfecta de las Constituciones modernas»⁸³⁴, lo que muestra una visión idealizada de esta Carta constitucional y, en particular, del estado de excepción aplicado en la práctica. Como se sabe, la propuesta de la minoría fue finalmente desestimada por el Congreso Constituyente.

Mención aparte merece la concepción del régimen de excepción y en particular del estatus de las garantías individuales durante su vigencia, recogida en la Exposición de Motivos del Anteproyecto Villarán. Y es que el celebrado documento ya enunciaba que la suspensión de garantías «no significa que los derechos individuales correspondientes queden suprimidos», sino apenas que «ciertas formas de la protección legal que normalmente se les otorga son disminuidas o alteradas»⁸³⁵. En consecuencia, concluye la

831 Según Jorge Basadre, el capítulo constitucional dedicado a las garantías individuales casi no provocó discusión en la Asamblea, salvo en lo atinente a la potestad de suspenderlas, siendo de notar que, a tenor de lo que afirma Luis Alarcón, el artículo 70 fue aprobado con 42 votos a favor y 15 en contra. Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 267; Luis Alarcón Quintana, *Origen y proceso de la Constitución de 1933: los debates de la Constituyente* (Lima: Editorial Científica, 1978), p. 231.

832 Véase Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», op. cit., p. 75; Luis Alarcón Quintana, *Origen y proceso de la Constitución de 1933: los debates de la Constituyente*, op. cit., pp. 226-229.

833 Véase Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», op. cit., p. 77.

834 Véase Víctor Andrés Belaunde, *Obras Completas, Tomo IV (El Debate Constitucional)* (Lima: Comisión Nacional del Centenario, tercera edición, 1987), p. 136.

835 Véase Manuel Vicente Villarán et al., *Anteproyecto de Constitución del Estado de 1931: Exposición de Motivos*, op. cit., p. 119.

Exposición de Motivos, los derechos caen bajo «un nuevo régimen más restrictivo y severo, pero no se pierden del todo, ni son abandonados al absoluto y arbitrario poder del gobierno»⁸³⁶. La misma Comisión de Constitución, que presentó el proyecto por la mayoría ante la Asamblea Constituyente hizo suya esta concepción, señalando que «en determinados momentos de crisis es preciso robustecer las facultades del Poder Ejecutivo, sin que ello implique la supresión de los derechos individuales»⁸³⁷.

Así, pues, aparece ya aquí defendida la idea de que la suspensión de derechos no equivale a su supresión o eliminación temporal, sino que consiste tan sólo en un régimen legal distinto, en el que la protección de las libertades fundamentales se debilita pero no desaparece, de conformidad con las exigencias que impone la situación de anormalidad constitucional, lo que no autoriza acciones arbitrarias de los poderes públicos. Se trataba, sin duda, de una visión adecuada y sumamente progresista sobre la protección de los derechos constitucionales durante el estado de excepción, la misma que alcanzaría plena aceptación y desarrollo en el DIDH —en especial, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)— y en el constitucionalismo peruano sólo décadas después, como será expuesto más adelante (véase los capítulos 5 y 6, *infra*).

3.3. La nunca promulgada ley de desarrollo del artículo 70 de la Constitución de 1933: ¿estado de sitio, Ley de Orden Público?

Un punto que también debe ser abordado es el relativo a la ley referida en el artículo 70 de la Constitución de 1933. Ya se ha anticipado que esta ley, que debía regular las atribuciones del Gobierno durante la suspensión de garantías, no llegó a ser emitida por el Parlamento. Ahora conviene poner de relieve un detalle que parece menor pero que puede ser bastante revelador, en la medida en que arroja luces sobre la manera cómo se entendía la institución del estado excepcional en el momento en que fue elaborada y puesta en vigor la Carta de 1933. En efecto, vale la pena reparar en que el Anteproyecto Villarán aludía a la disposición legal a expedir por el Congreso como «una ley sobre estado de sitio» (artículo 204, cuarto párrafo)⁸³⁸, lo que es confirmado por la Exposición de Motivos⁸³⁹. Se evidenciaba así que los autores de la propuesta original, que con leves modificaciones después se convertiría en el artículo 70 de la Carta, seguían considerando la suspensión de garantías como equivalente al estado de sitio, de modo

⁸³⁶ *Ibíd.*

⁸³⁷ Véase Luis Alarcón Quintana, *Origen y proceso de la Constitución de 1933: los debates de la Constituyente*, op. cit., p. 217.

⁸³⁸ Véase Manuel Vicente Villarán et al., *Ante-proyecto de Constitución del Estado*, op. cit., p. 50.

⁸³⁹ Véase Manuel Vicente Villarán et al., *Anteproyecto de Constitución del Estado de 1931: Exposición de Motivos*, op. cit., p. 119.

similar a lo que ocurría bajo la vigencia de la Constitución de 1920, reformada en 1926. En el propio debate constituyente, Víctor Andrés Belaunde defendió esta propuesta y leyó en voz alta, ante toda la Asamblea, el texto redactado por la Comisión Villarán⁸⁴⁰, de la que por cierto formó parte⁸⁴¹. A su turno, la Comisión de Constitución, que presentó el proyecto por la mayoría, aseveró que «una ley de Orden Público debe regular el ejercicio por el Presidente de la República de la autorización que le confiere la Constitución del Estado»⁸⁴².

Quizá, pues, los principales actores del debate constituyente, incluyendo a los insignes miembros de la Comisión Villarán, compartían la idea de que, al consagrar la Carta la suspensión de garantías, ella mantenía la institución del estado de sitio, el cual empero debía ser regulado y precisado mediante una ley de desarrollo constitucional, la que podía ser una Ley de Orden Público⁸⁴³. A la luz de las fuentes consultadas para la presente Investigación, cabe formular esta conjetura, a manera de hipótesis de trabajo, la misma que la investigación histórica deberá corroborar o descartar.

Como quiera que fuere, lo cierto es que no se aprobó nunca una ley regulatoria de la suspensión de garantías, como tampoco se aprobó la ley homóloga, que debía disciplinar el artículo 48 de la Constitución alemana de 1919, durante los años de la República de Weimar (véase el acápite 2.4, *supra*). En el Perú, todo lo más, se expidió el ya comentado DL 7060,

840 Véase Luis Alarcón Quintana, *Origen y proceso de la Constitución de 1933: los debates de la Constituyente*, op. cit., p. 228.

841 Véase la Resolución Suprema (RS) del 7 de agosto de 1931, de creación de la Comisión y nombramiento de sus integrantes, transcrita en Manuel Vicente Villarán *et al.*, *Ante-proyecto de Constitución del Estado*, op. cit., p. III. Véase también Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 251; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 142; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., p. 527.

842 Véase Luis Alarcón Quintana, *Origen y proceso de la Constitución de 1933: los debates de la Constituyente*, op. cit., p. 217.

843 Es de observar sin embargo que, cuando entró en vigor la Constitución peruana, en abril de 1933, la Ley de Orden Público vigente en España era la aprobada el 23 de abril de 1870, en desarrollo del artículo 31 de la Carta ibérica de 1869, que previó una amplia suspensión de garantías. Así, la Ley de Orden Público española de 1870 configuró dos regímenes de excepción, uno militar, denominado «estado de guerra», y uno civil, llamado «estado de prevención y alarma». Véase Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*, op. cit., pp. 399-400 y 411-414. Recién el 28 de julio de 1933 las Cortes promulgaron la nueva Ley de Orden Público, en el marco de la Constitución republicana de 1931, la cual Ley, a diferencia de su predecesora decimonónica, procuraba contener las alteraciones del orden público, pero sin recurrir para ello a la suspensión de garantías constitucionales, sino tan sólo a supuestas «medidas cuasi-excepcionales», que sin embargo desbordaron los «estados» contemplados por la ley (un estado innominado previo a la suspensión de garantías, el estado de prevención y el estado de guerra). Véase Francisco Fernández Segado, *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, op. cit., pp. 130-137.

del 24 de marzo de 1931, que reglamentaba el estado de sitio instaurado en la Provincia Constitucional del Callao y en la provincia de Lima mediante el DL 7031, del 20 de febrero de aquel año, el cual el Congreso, contraviendo elementales principios jurídico-constitucionales, pretendería luego prorrogar a través de la Ley 7491, del 7 de marzo de 1932, para permitir la imposición de la pena de muerte por medio de Cortes Marciales tras el atentado fallido contra la vida del presidente Luis Miguel Sánchez Cerro (véase los acápites 4.2.2 y 4.2.5, *supra*).

3.4. La temprana «Ley de Emergencia» del régimen de Sánchez Cerro (enero de 1932) y posteriores leyes de excepción

En rigor, tampoco se aprobó entonces en el Perú una «Ley de Orden Público». Más bien, en aquellos años de gran convulsión social y política, el mismo Congreso consideró tempranamente una repentina propuesta del Ejecutivo, enviada el 28 de diciembre de 1931⁸⁴⁴, y mediante un procedimiento expeditivo y fuertemente cuestionado⁸⁴⁵, emitió la Ley 7479, promulgada el 9 de enero de 1932, con la denominación de «Ley de Emergencia»⁸⁴⁶. La nueva normativa seguía muy de cerca a la altamente represiva «Ley de Defensa de la República» de España⁸⁴⁷, promovida por el Gabinete presidido por Manuel Azaña y promulgada por las Cortes el 21 de octubre de 1931, tras una muy breve deliberación⁸⁴⁸.

La Ley de Emergencia estableció delitos políticos, definidos como «actos contrarios a la estabilidad de las instituciones y al bienestar social» (artículo 1), con grave vulneración de los derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, la libertad personal, el derecho de reunión y manifestación, y el derecho de asociación. La Ley permitía al Ejecutivo,

844 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, pp. 201-202; Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», op. cit., p. 45.

845 Véase el cuestionamiento de quien entonces presidía el Congreso Constituyente, en Luis Antonio Eguiguren, *En la selva política* (Lima: Sanmartí y Cía. Editores, 1933), pp. 63 y 118. Véase también Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 202; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 144; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 481.

846 Véase la Ley 7479 en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>). En lo sucesivo se citan sus disposiciones tomando como referencia esta fuente.

847 Véase Víctor Andrés Belaunde, *Obras Completas, Tomo IV (El Debate Constitucional)*, op. cit., p. 164; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 144; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, op. cit., p. 481.

848 Véase Francisco Fernández Segado, *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, op. cit., pp. 122-123.

sin intervención judicial, la imposición de penas de multa y aun la pena sustitutiva de prisión (artículo 2). La Ley 7479 era, pues, manifiestamente inconstitucional y parece muy significativo que fuera aprobada por la Asamblea elegida para redactar la nueva Norma Fundamental, que de ese modo contrariaba la esencia misma de su misión. Uno de los principales problemas de la ley fue que establecía reglas excepcionales, que suponían una suspensión *de facto* de derechos constitucionales, con carácter permanente⁸⁴⁹. En la práctica, la ley fue utilizada para reprimir la disidencia política y la protesta social⁸⁵⁰, llegando el Gobierno de Sánchez Cerro al extremo de vulnerar la inmunidad e inviolabilidad que protegía a los congresistas, para proceder a arrestar y luego enviar al exilio a 22 congresistas del APRA y uno del partido descentralista, todos de oposición al Gobierno e integrantes de la minoría en el Congreso⁸⁵¹.

Posteriormente, durante los largos años de vigencia formal de la Carta de 1933, fueron emitidas otras leyes de excepción. Entre las más importantes se encuentra la Ley 8505, denominada «Ley de Defensa Social y Seguridad Interior de la República», que ampliaba la Ley de Emergencia⁸⁵². Promulgada el 19 de febrero de 1937 —bajo el gobierno del presidente Benavides⁸⁵³—, la Ley 8505 define «delitos contra la tranquilidad política y social de la República» y «delitos contra la organización y la paz interna de la República», estableciendo penas severas, lo que incluía expatriación y confinamiento, así como pena capital, las cuales habían de ser aplicadas en procedimientos sumarios y muy restrictivos del debido proceso⁸⁵⁴.

849 Véase Víctor Andrés Belaunde, *Obras Completas, Tomo IV (El Debate Constitucional)*, op. cit., pp. 136 y 143; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 144; Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, p. 203.

850 Véase Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», op. cit., p. 51; Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», op. cit., pp. 97-98; Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, op. cit., p. 231.

851 Véase Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, op. cit., Tomo X, pp. 207-210; Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., p. 114; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, op. cit., pp. 529-530.

852 Véase la Ley 8505 en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>). En lo sucesivo se citan sus disposiciones tomando como referencia esta fuente.

853 Véase Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., p. 14.

854 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., pp. 115-117; Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», op. cit., pp. 78-82; Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», op. cit., p. 98 (nota 4).

También merece mención el DL 11049, cuyo título es «Ley de Seguridad Interior de la República», promulgado el 1 de julio de 1949⁸⁵⁵, esto es, durante el Gobierno *de facto* del general Manuel Odría⁸⁵⁶. El DL 11049 fue una suerte de reedición de la Ley 8505, la cual había sido derogada al llegar al poder el presidente José Luis Bustamante y Rivero, elegido en comicios democráticos⁸⁵⁷. Triunfante el golpe de Estado de Odría en 1948, el régimen aprobó poco después el referido DL 11049 como instrumento de persecución política y social, para lo que se valió nuevamente de la tipificación de delitos político-sociales e introdujo, a nivel procesal, la potestad de los prefectos, funcionarios del Poder Ejecutivo, de asumir funciones jurisdiccionales⁸⁵⁸.

Las mencionadas leyes de excepción tuvieron larga vigencia y supusieron flagrantes vulneraciones de normas constitucionales de primera importancia⁸⁵⁹. En la práctica, constituyeron estados de emergencia *de facto*, con el agravante de establecer regímenes legales permanentes, lo que podría ser calificado como supuestos de «emergencia institucionalizada», de conformidad con la tipología de estados de emergencia propuesta por la Asociación de Derecho Internacional (ILA por sus siglas en inglés) (véase el acápite 1.6.2, *supra*). A manera de síntesis, cabe citar la opinión de Marcial Rubio y Enrique Bernal, sobre los rasgos que distinguieron a esta legislación excepcional:

En general, estos cuerpos legales tienen tres características invariables: crean tipos delictivos “político-sociales” que son incompatibles con diversas garantías constitucionales; imponen durísimas penas; otorgan amplios poderes dictatoriales al Poder Ejecutivo (atribuyéndole inclusive funciones jurisdiccionales); y,

855 Véase el DL 11049 en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>). En lo sucesivo se citan sus disposiciones tomando como referencia esta fuente.

856 Véase Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, *op. cit.*, p. 15; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, p. 148.

857 Véase Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, *op. cit.*, p. 289; Nelson Manrique, *Historia de la República*, *op. cit.*, pp. 270-271; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República: 1821 - Perú - 1982*, *op. cit.*, p. 506.

858 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, pp. 119-122; Enrique Carrillo Thorne «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», *op. cit.*, pp. 99-103.

859 La Ley 7479, «Ley de Emergencia», estuvo en vigor de 1932 a 1945, mientras el DL 11049, «Ley de Seguridad Interior de la República», se mantuvo en vigor desde 1949 a 1956. Véase Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después* (Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989), p. 262 (nota 1); Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, p. 65; Eloy Espinoza-Saldaña, «Estados de excepción, control jurisdiccional y hábeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano», en Eloy Espinoza-Saldaña, *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso* (Lima: ARA Editores, 2003), p. 171 (nota 3).

eventualmente, crearon jurisdicciones excepcionales carentes de imparcialidad o de vigencia del derecho de defensa (cortes marciales, tribunales militares, procedimientos sumarios, etc.)⁸⁶⁰.

3.5. Aplicación de la Constitución de emergencia durante los años sesenta y setenta del siglo XX, surgimiento del «estado de emergencia» en la praxis peruana

Durante los años sesenta y setenta del siglo XX, todavía bajo el marco formal de la Constitución de 1933, se acudió igualmente al estado de excepción en numerosas oportunidades⁸⁶¹. Ya no se empleaban más las leyes de emergencia tras la caída del régimen de Manuel Odría y el inicio del segundo mandato del presidente Manuel Prado (1956-1962), pero se echó mano con frecuencia al artículo 70 de la Carta vigente para decretar la suspensión de garantías. El mecanismo fue utilizado no sólo para combatir a los movimientos guerrilleros, sino también para perseguir a los opositores políticos y para reprimir las legítimas manifestaciones de protesta sindical o social, tanto en el campo como en las ciudades⁸⁶².

En particular, debe repararse en que durante el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (1968-1980) aparecería una nueva figura, no prevista en la Carta Fundamental, a saber, el así denominado «estado de emergencia». El régimen militar recurrió a la flamante institución, la cual se fue perfilando y asentando en la práctica, para suspender las garantías constitucionales, a la vez que confería poderes de intervención y control a las Fuerzas Armadas⁸⁶³. Así, también en aquella época las garantías constitucionales estuvieron suspendidas en todo el país por extensos períodos de tiempo, como instrumento para reprimir crecientes olas de protestas populares y manifestaciones contra el Gobierno: de julio de 1976 a septiembre de 1977, de mayo a julio de 1978 y de enero a marzo de 1979⁸⁶⁴.

860 Véase Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, op. cit., p. 221. Véase también Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., p. 112; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., p. 64.

861 Según Diego García-Sayán, entre 1960 y 1980 fueron decretados más de cincuenta estados de excepción. Véase Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», op. cit., p. 96. Véase también Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, op. cit., pp. 217-218.

862 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., pp. 122-126; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., p. 65.

863 Véase Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», op. cit., pp. 99-111; Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, op. cit., p. 217.

864 Véase Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos hu-

3.6. La jurisprudencia sobre habeas corpus bajo régimen de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1933: obsecuencia judicial ante el poder y denegación de derechos fundamentales

Una palabra final debe decirse sobre la jurisprudencia en materia de habeas corpus bajo estado de excepción, emitida durante los años de vigencia formal de la Constitución de 1933. Al respecto, pese a que la Carta de 1933 consagró el proceso de habeas corpus para la protección de «todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución» (artículo 69), la pionera investigación de Domingo García Belaunde encontró que los tribunales de justicia interpretaron que, al quedar suspendidas las garantías individuales, la acción de habeas corpus resultaba «improcedente», tal como había sido previsto en la antigua Ley de 21 de octubre de 1897 (artículo 21)⁸⁶⁵. Todavía más, mientras estuvieron en vigor las leyes de excepción, «los habeas corpus no prosperaron en los estrados judiciales», no obstante que hubo ciertos casos aislados que se apartaron de esta regla⁸⁶⁶. Recién a partir de 1956, con el segundo gobierno de Manuel Prado, mejoran de manera incipiente las condiciones para el desarrollo procesal de la protección de urgencia proporcionada por el habeas corpus⁸⁶⁷.

Dos casos judiciales alcanzaron un relieve singular en el período bajo análisis, a saber, el de Felipe Barreda Laos y el de José Luis Bustamante y Rivero, ambos resueltos por la Corte Suprema de Justicia en sentido adverso a los derechos de las personas, vulnerados de manera flagrante por el Gobierno⁸⁶⁸. Felipe Barreda y Laos era propietario y director del diario capitalino *La República*, el cual se había permitido criticar, en su edición de 18 de noviembre de 1949, ciertas medidas financieras adoptadas por la Junta Militar de Gobierno que presidía Manuel Odría. Por esta razón, el Prefecto de Lima, en aplicación del DL 11049 —denominado «Ley de Seguridad Interior de la República»— impuso al diario una multa ascendente a diez mil soles, contra la cual precisamente se presentó la demanda de habeas corpus, que, en ese momento, antes de la creación del proceso de amparo, protegía una amplia gama de derechos constitucionales, incluyendo la libertad de expresión y la libertad de prensa, no sólo la libertad personal.

manos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, p. 66. Véase también Henry Pease y Gonzalo Romero, *La Política en el Perú del Siglo XX*, *op. cit.*, p. 268.

865 Véase Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en el Perú*, *op. cit.*, p. 78.

866 *Ibíd.*, p. 140.

867 Véase Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus Interpretado (1933-1970)*, *op. cit.*, pp. 18-19; Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en el Perú*, *op. cit.*, p. 140.

868 Véase el dictamen fiscal y la resolución de la Corte Suprema de ambos casos (incluyendo, en el caso Bustamante y Rivero, la resolución del Tribunal de la Corte Superior, con el voto singular de Domingo García Rada), en Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus Interpretado (1933-1970)*, *op. cit.*, pp. 110-116 y 167-172.

Pues bien, contra el parecer del fiscal supremo, quien dictaminó que el recurso presentado por el reclamante debía ser declarado fundado⁸⁶⁹, el máximo tribunal de justicia del Perú resolvió confirmando el auto recurrido, que había considerado sin lugar el habeas corpus. Los argumentos expuestos por los jueces impresionan por su obsecuencia ante el poder y por su pobre concepción del rol de la judicatura en la tutela de las libertades fundamentales. Así, la ejecutoria suprema no sólo reconoce al DL 11049 valor y eficacia jurídicas, aduciendo que la Junta Militar de Gobierno está investida de funciones legislativas, sino que además asevera que no puede acogerse la demanda de habeas corpus, ni debatirse en el consiguiente proceso judicial la inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior de la República, debido a que la Carta de 1933 sólo permite apreciar la inconstitucionalidad de las normas reglamentarias —esto es, inferiores a la ley en rango jurídico— mediante la acción popular, infortunadamente no regulada en la ley procesal, mas no otorga a la Corte Suprema, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos constitucionales, «la facultad de enjuiciar y condenar determinadas leyes, dada la independencia en que se han mantenido los Poderes Públicos»⁸⁷⁰. Parece, pues, el colmo del cinismo que la judicatura invoque el principio de separación de poderes no precisamente para controlar las arbitrariedades del Ejecutivo, sino para inclinar la cerviz ante él.

En el caso del Dr. Bustamante y Rivero, el Gobierno denegaba la visa necesaria para que regresara al país, tras un prolongado exilio iniciado con su derrocamiento de la presidencia mediante el golpe de Estado que encumbró al poder a Manuel Odría⁸⁷¹. Tanto la Corte Superior como la Corte Suprema declararon improcedente el habeas corpus presentado por el abogado Luis Bedoya Reyes en favor del ex presidente Bustamante y Rivero, validando la Ley de Seguridad Interior de la República y sosteniendo que carecían de la potestad de examinar la inconstitucionalidad de las leyes. Según el máximo tribunal de justicia del país, «para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesario que ella emergiera consignada en forma expresa o inequívoca de la propia Constitución, formando parte del Derecho Constitucional positivo como acontece en los contados países cuyas Cartas Fundamentales consagran tal prerrogativa»⁸⁷². La Corte Suprema llegó al extremo de argumentar que resultaba inaplicable al caso el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936,

869 *Ibíd.*, pp. 111 y 114.

870 *Ibíd.*, pp. 115-116.

871 Véase Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en el Perú*, *op. cit.*, p. 62; Marcial Rubio Correa y Enrique Bernalles Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, *op. cit.*, pp. 98-99; Luis Pásara, *Jueces, justicia y poder en el Perú*, *op. cit.*, p. 94.

872 Véase Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus Interpretado (1933-1970)*, *op. cit.*, p. 171.

entonces en vigor, el cual reconocía precisamente la potestad jurisdiccional de control difuso de la inconstitucionalidad de las leyes⁸⁷³. El razonamiento del alto tribunal era tan burdo y complaciente con los abusos de un gobernante arbitrario y aun despótico, que Rubio y Bernalles opinan que «es probable que haya habido en nuestra jurisprudencia otras afirmaciones jurídicamente aberrantes, pero difícilmente alguna superará a ésta»⁸⁷⁴.

Inclusive el voto disidente del magistrado Domingo García Rada respecto de la decisión de improcedencia adoptada por el tribunal de la Corte Superior —el voto de García Rada fue por declarar fundado el habeas corpus—, si bien defendió la tesis de la inaplicabilidad de la Ley de Seguridad Interior de la República, lo hizo sobre la base de consideraciones de mera legalidad, rehuyendo pronunciarse sobre la cuestión clave de la notoria vulneración de la Carta por la ley objeto de la controversia⁸⁷⁵. Esta actitud renuente a confrontar de manera directa al poder en un caso de claras implicancias políticas se ve confirmada por las memorias del magistrado, quien reconoce haber conversado sobre el sentido de su voto con el mismo presidente Odría, a quien reprocha por no haberse ceñido al procedimiento establecido en la ley —el cual atribuía potestades de resolución a la autoridad política, en sustitución de la judicatura—, lo que le hubiera permitido rechazar legalmente el habeas corpus, añadiendo que tuvo especial cuidado en no pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley para evitar ingresar al terreno político⁸⁷⁶. Luis Pásara ha criticado, con severidad, no sólo las decisiones jurisdiccionales en mayoría, sino también el voto singular del magistrado García Rada, pues es equivocado proponerlo como ejemplo de ejercicio independiente de la función judicial⁸⁷⁷.

873 *Ibíd.*

874 Véase Marcial Rubio Correa y Enrique Bernalles Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, op. cit., p. 99. Véase también Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en el Perú*, op. cit., pp. 62-63; Luis Pásara, *Jueces, justicia y poder en el Perú*, op. cit., p. 94.

875 Véase el voto de Domingo García Rada transcrito en Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus Interpretado (1933-1970)*, op. cit., pp. 168-169.

876 Véase Domingo García Rada, *Memorias de un juez* (Lima: Editorial San Marcos, segunda edición, 2004), pp. 187-191. Muchos años más tarde, en el marco de una exposición ante la Comisión de Constitución y de Reglamento, del Congreso Constituyente Democrático que elaboró la Carta de 1993, Domingo García Belaunde dio también un testimonio personal, en el cual confirmó esta actuación de su padre. En efecto, refirió aquella vez que, al percatarse de que su padre «no había tocado el problema de la inconstitucionalidad», sino que «se había ido por una serie de vericuetos legales muy interesantes», pero sin abordar el problema, le inquirió por qué había desarrollado esta argumentación evasiva, obteniendo por respuesta la siguiente: «Para no rozar con el poder político». Véase Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993* (Lima: Congreso de la República del Perú, Tomo III, 2001), p. 1773.

877 Véase Luis Pásara, *Jueces, justicia y poder en el Perú*, op. cit., pp. 94-95; Luis Pásara, *Derecho y sociedad en el Perú*, op. cit., pp. 178-179.

CAPÍTULO 5

CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL ESTADO DE EMERGENCIA I:

LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y EL SISTEMA DE DOBLE RÉGIMEN EXCEPCIONAL, EN EL MARCO DE LA PRIMERA OLA DE RECEPCIÓN DEL DIDH

La configuración actual de la Constitución de emergencia en el Perú se debe a las regulaciones contenidas en las Cartas de 1979 y 1993, las cuales son en esencia iguales entre sí, pese a algunas importantes diferencias específicas que serán comentadas en los acápite siguientes. En realidad, puede decirse que el nuevo régimen de excepción, propio del constitucionalismo peruano posterior a la Segunda Guerra Mundial, quedó establecido en el Texto Fundamental de 1979, el cual fue luego perfeccionado en la Carta que lo reemplazó en los primeros años de la última década del siglo XX. Como también podrá verse en seguida, diversas características de dicho régimen de excepción son herederas de la tradición constitucional local y extranjera, expuesta en los capítulos precedentes.

Ahora bien, tanto los enunciados abstractos como la aplicación práctica de la Constitución de emergencia peruana, vigente durante las convulsas dos décadas finales de la pasada centuria y durante los también desafiantes casi dos decenios del presente siglo XXI, muestran limitaciones y deficiencias al enfrentar amenazas políticas, las cuales es necesario corregir y superar, tarea a la que procuran contribuir este capítulo y los dos siguientes.

1. UNA CARTA INNOVADORA Y NECESARIA

La Carta Fundamental de 1979 marcó un hito en la evolución del constitucionalismo peruano. No sólo habían transcurrido casi cinco décadas de vigencia formal de la Constitución de 1933, sino que las transformaciones institucionales y socio-económicas en el mundo y en el país eran muy amplias y profundas. Así, la finalización de la Segunda Guerra Mundial dio lugar a la formación de un nuevo sistema de relaciones internacionales, presidido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en el cual, tras los horrores del nazismo y los desastres de la guerra, la promoción y protección de los derechos humanos ocupaba un lugar preponderante⁸⁷⁸.

878 Véase Giuseppe de Vergottini, *Las transiciones constitucionales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), pp. 18-20; Antônio Augusto Cançado Trindade, *El Derecho*

Junto con el movimiento internacional en favor de los derechos humanos, surgió también en diversos países occidentales un importante esfuerzo de renovación constitucional, que alumbró nuevas Cartas Fundamentales en Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958), Portugal (1976) y España (1978), entre otros países. Aparecieron, igualmente, nuevas corrientes de pensamiento jurídico con el propósito de superar la vieja dicotomía entre iusnaturalismo y positivismo, y con vistas a forjar un constitucionalismo vigoroso, fundado primordialmente en el respeto de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales⁸⁷⁹.

Por lo que se refiere a la situación nacional, el inicio de la transición democrática en 1977, cuando el Gobierno militar anunció el traspaso del poder a los civiles y convocó a una Asamblea Constituyente⁸⁸⁰, exigía tener en cuenta los cambios estructurales experimentados por el país en las últimas décadas. Entre tales cambios se hallaban la creciente importancia de atender la cuestión social y la marginación de amplias mayorías de la población, por mucho tiempo excluidas de los beneficios del desarrollo y de una más justa distribución de la riqueza, la intervención del Estado en la economía, el fortalecimiento de las atribuciones del Ejecutivo para un gobierno eficaz y estable, la necesidad de crear nuevas instituciones públicas, entre otros. Todas estas transformaciones hacían imperativa la adopción de un nuevo texto constitucional⁸⁸¹.

Desde el punto de vista jurídico-constitucional, la Carta peruana de 1979 se distingue por una serie de características especiales: su generoso catálogo de derechos fundamentales, que sitúa en lugar preeminente el principio de dignidad de la persona humana, el cual irradia sobre todo el texto constitucional; un reconocimiento más completo de los derechos sociales,

Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), pp. 61-62; Antonio Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo* (Barcelona: Ariel, 1993), pp. 7-8, 28-30 y 55-57; Germán Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991), pp. 415-417.

879 Véase Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico* (Lima: Palestra Editores, 2011), pp. 65-74; Carlos Bernal Pulido, «Refutación y defensa del neoconstitucionalismo», en ed. Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid: Editorial Trotta - IJ - UNAM, 2007), pp. 289-291 y 301.

880 Mediante DL 21949, del 4 de octubre de 1977, el Gobierno de las Fuerzas Armadas convocó a elecciones de representantes a la Asamblea Constituyente, las que se llevaron a cabo el 4 de julio de 1978, instalándose la Asamblea e iniciando sus sesiones el 28 de ese mes, las mismas que concluyeron con la promulgación de la nueva Carta el 12 de julio de 1979. Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 170; Henry Pease y Gonzalo Romero, *La Política en el Perú del Siglo XX*, op. cit., pp. 271-274. Véase también Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., pp. 17 y 26.

881 Véase Pedro Planas Silva, *Democracia y tradición constitucional en el Perú*, op. cit., pp. 403 y 405; Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., p. 20.

en continuidad con una línea evolutiva iniciada por la Constitución de 1920 y proseguida por la de 1933; la consagración de todo un Título al «Régimen Económico», regulatorio de los recursos naturales, la propiedad, la empresa, la hacienda pública, la moneda y la banca, el régimen agrario y las comunidades campesinas y nativas, bajo el principio de economía social de mercado; el tratamiento separado y sistemático de los convenios internacionales y la posición preeminente concedida a los que versan sobre materia de derechos humanos, incluyendo el reconocimiento de órganos de supervisión internacional de su cumplimiento, tales como la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); el fortalecimiento del régimen político presidencialista, luego del debilitamiento experimentado con la Constitución de 1933 como reacción frente al autoritarismo del Oncenio del presidente Augusto Leguía; el diseño de medios procesales para la protección de los derechos fundamentales y la preservación de la constitucionalidad de las leyes (el habeas corpus, el amparo, la acción de inconstitucionalidad), así como la creación de una jurisdicción constitucional autónoma (el Tribunal de Garantías Constitucionales); el reconocimiento de otras instituciones autónomas (el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Banco Central de Reserva)⁸⁸².

2. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN LA CARTA FUNDAMENTAL

También en materia de estado excepcional o gobierno de crisis la Carta de 1979 trae innovaciones importantes. La primera de todas es de orden sistemático, y consiste en que el legislador constituyente optó por dedicar a esta temática una sección separada, el Capítulo VIII, que lleva el epígrafe «Del Régimen de Excepción», dentro del Título IV, dedicado a la «Estructura del Estado». En la Asamblea Constituyente, el punto relativo a la ubicación del estado de excepción fue abordado tanto en la Comisión Principal de Constitución como en el Pleno. La propuesta inicial, que seguía muy de cerca la redacción del artículo 70 de la Carta de 1933 —era igual en todo, salvo que hablaba de suspensión de «derechos», en vez de «suspensión de garantías», diferencia conceptual relevante—, fue elaborada por la Comisión Especial No 3, como parte de la ponencia relativa al Título I, denominado «Derechos y Deberes Fundamentales. Garantías». En este documento, el artículo, aún sin numeración, llevaba por epígrafe «Suspensión de garantías» y era

882 Véase Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 107; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., pp. 182-185; Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, op. cit., pp. 28-29; Carlos Ramos Núñez, «Estudio Preliminar», en *Las Constituciones del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, op. cit., pp. 70-72.

el último del Título sobre «Garantías», viniendo a continuación del artículo dedicado a la «jurisdicción supranacional»; fue leído en la décimo quinta sesión, del 7 de diciembre de 1978⁸⁸³. Luego, durante el debate en la Comisión Principal de Constitución, sostenido en la Vigésima Sesión, del 29 de enero de 1979, el artículo llevó el número 37 y mantuvo su ubicación sistemática, teniendo todavía por epígrafe «Suspensión de garantías», pese a referirse en su contenido a «derechos», y así fue aprobado, con la adición de dar cuenta a la Comisión Permanente en caso se declarase el estado excepcional durante el receso parlamentario⁸⁸⁴.

Por último, en el debate integral y de conjunto sostenido sobre el proyecto en la Comisión Principal (Septuagésima Sesión, del 19 de junio de 1979), apareció de manera expresa la preocupación por la ubicación sistemática del artículo bajo análisis, el cual ya entonces estaba referido al «Régimen de Excepción», denominación que acogía una regulación bastante más compleja y elaborada de la institución, la misma que era en esencia la que aprobaría después la Constituyente. El artículo era ahora el número 306 y el representante Mario Polar (del Partido Popular Cristiano, PPC) inquirió si sería materia de un «capítulo independiente», considerando en especial que ya no regulaba la suspensión de garantías, sino el «Régimen de Excepción»⁸⁸⁵. Enrique Chirinos Soto (en ese momento, del Partido Aprista Peruano, PAP) sugirió entonces que debía ir en capítulo separado y luego de las normas sobre el Poder Ejecutivo, ya que se trataba de una atribución del presidente de la República, lo que fue aprobado por la Comisión Principal⁸⁸⁶.

Por su parte, en el Pleno de la Asamblea, durante la Trigésimo Tercera Sesión, celebrada el 15 de junio de 1979 bajo la presidencia de Ernesto Alayza Grundy (PPC), se acordó proceder a un «debate general», esto es, darle al artículo 306 (Título V, sobre «Garantías Constitucionales») el mismo tratamiento que correspondía a un capítulo, «en razón de la gravedad e importancia del asunto tratado», el cual era definido aún, sin embargo, como «suspensión de garantías»⁸⁸⁷. Fue el asambleísta Roberto Ramírez del Villar (PPC), de gran influencia en asuntos de Derecho Constitucional⁸⁸⁸, quien

883 Véase Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, *Diario de los Debates* (Lima: Congreso de la República, s.f., Tomo I), pp. 200 y 225. Véase también Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, p. 67.

884 Véase Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, *Diario de los Debates*, *op. cit.*, Tomo III, pp. 23 y 25-26.

885 *Ibíd.*, Tomo VIII, pp. 283, 285-286 y 288.

886 *Ibíd.*, Tomo VIII, p. 288.

887 Véase Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates* (Lima: Congreso de la República, s.f., Tomo VIII), p. 196.

888 Rosa María Palacios ha hecho notar que todas las modificaciones recomendadas por

en esta instancia del Pleno formuló explícitamente la cuestión de orden sistemático relativa al estado de excepción. En efecto, junto a una serie de observaciones de fondo, Ramírez del Villar sostuvo que no era «pertinente» la ubicación del artículo dentro de un capítulo referido a las garantías y al control jurisdiccional de constitucionalidad, sino que más bien le correspondía ir al capítulo sobre el presidente de la República o sobre el Poder Ejecutivo, o, en todo caso, figurar en un capítulo especial y exclusivo⁸⁸⁹.

Así, pues, la Constitución de 1979 dedicó por primera vez un capítulo separado al «régimen de excepción», como muestra de su relevancia, y contuvo regulaciones de mucha mayor elaboración que todas las Cartas Fundamentales anteriores en la Historia Constitucional del Perú. Puede decirse, en consecuencia, que se trataba en cierto modo del punto culminante de un largo proceso histórico, el cual había sido iniciado con la fundación republicana y constitucional misma. Desde luego, nadie anticipaba, en aquella Asamblea preocupada por la transición a la democracia y la necesaria reingeniería institucional, los trágicos acontecimientos que muy pronto desencadenaría la insurgencia de Sendero Luminoso y el frecuente uso del estado de excepción que acompañaría a este fenómeno desde el año 1980, coincidiendo con la reanudación de la vida democrática y constitucional del país. El rediseño institucional de la Constitución de emergencia llevado a cabo en 1979, empero, aportaría tanto confirmaciones como cambios relevantes que serían aprovechados por los sucesivos Gobiernos democráticos para enfrentar el desafío de la subversión y el terrorismo, evidenciando así las oportunidades ofrecidas, pero también las limitaciones impuestas por el nuevo modelo.

3. EL CONTEXTO POLÍTICO Y SOCIAL DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE: SESIONES BAJO ESTADO DE EXCEPCIÓN

Ahora bien, antes de ingresar a las cuestiones sustantivas del debate y de las normas incluidas en la nueva Carta Fundamental, conviene destacar un elemento contextual y práctico que parece altamente significativo, a saber, el hecho que la Asamblea Constituyente sesionó muchas veces bajo estado de excepción, lo que no pudo dejar de influir en sus deliberaciones. Y es que quizá tan importante como lo discutido por los asambleístas era lo que ocurría mientras ellos intercambiaban opiniones, y que fue repetidamente denunciado, en especial por los representantes de los grupos de izquierda, ya que no pudo dejar de prefigurar los sucesos que

Ramírez del Villar fueron acogidas por la Asamblea. Véase Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, p. 68.

889 Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, *op. cit.*, Tomo VIII, p. 211.

se desarrollarían poco después, con el inicio de la lucha armada que desataría Sendero Luminoso. En tal sentido, a todo lo largo del período durante el que funcionó la Asamblea, aparecen numerosas referencias a estados de emergencia y decretos de suspensión de garantías puestos en vigor y, todavía más importante, aplicados en la práctica por el Gobierno Militar, como mecanismos para controlar el orden público supuestamente perturbado.

No es del caso hacer un recuento minucioso de los muchos episodios relativos a los estados de excepción acaecidos mientras sesionaba la Asamblea y que aparecen registrados en los voluminosos tomos del *Diario de Debates*, pero sí es conveniente reparar, a manera de ejemplo, en algunos de los hechos y discusiones más significativos. Así, en la Tercera Sesión, del 22 de agosto de 1978, en el marco del examen de una Moción de Orden del Día dirigida a revisar los poderes de la Asamblea Constituyente, en especial respecto de la Junta Militar de Gobierno, el representante Enrique Fernández Chacón (Frente Obrero Campesino Estudiantil y Popular, FOCEP) menciona que los «asientos mineros» se hallan bajo «estado de emergencia» y que «están ocupados por las tropas»; también se refiere a las «tanquetas» que «posiblemente» han ingresado a dichos asientos mineros, así como a las «fuerzas represivas»⁸⁹⁰. Y en la siguiente Sesión, celebrada el 25 de agosto de 1978, Ricardo Napurí Shapiro, también del FOCEP, recuerda que las elecciones a la Asamblea fueron llevadas a cabo bajo «suspensión de garantías» y otras medidas represivas y de recorte de derechos a los grupos de izquierda, pese a lo cual —asevera— «el pueblo trabajador derrotó una vez más al gobierno»⁸⁹¹.

Poco después, en la Quinta Sesión, del viernes 8 de septiembre de 1978, el asambleísta Antonio Meza Cuadra (Partido Socialista Revolucionario, PSR) señala que es un «asunto de interés nacional» el que, en diversos lugares del país, especialmente en asientos mineros, se haya dado la suspensión de garantías —«en los hechos concretos y con promulgaciones»—, por lo que plantea «exigir la restitución de las garantías constitucionales en aquellos lugares en donde han sido suspendidas»⁸⁹².

Un incidente mayor se produjo en el mes de enero de 1979, cuando las principales organizaciones sindicales del país convocaron a un paro nacional de 72 horas, a ser realizado del 9 al 11 de ese mes. Según dice el representante Carlos Malpica Silva Santisteban (Unidad Democrático-Popular, UDP), en la Vigésimo Primera Sesión, del 8 de enero, el Gobierno ha dictado la «suspensión de garantías» y «ha declarado al país en emergencia», además de ordenar la clausura de revistas de distinta orientación política (principalmente de izquierda, pero también una revista belaudista y otra aprista) y de realizar la detención de Alfonso Barrantes Lingán, presidente

890 *Ibíd.*, Tomo I, p. 444.

891 *Ibíd.*, Tomo I, p. 494.

892 *Ibíd.*, Tomo II, pp. 36 y 39.

de UDP, detención que además se produjo un día antes de que fueran suspendidas las garantías⁸⁹³.

Carlos Malpica lee entonces una moción para que la Asamblea Constituyente se pronuncie. En ella se dice que el régimen ha lanzado «una brutal arremetida antipopular», enmarcando sus medidas «dentro de un operativo militar de carácter “antisubversivo” contra el pueblo», por lo que la moción propone que la Asamblea acuerde rechazar las medidas del régimen, así como:

Declarar la nulidad de los D.S. 001-79-IN [sic], del D.L. 22414 y de los otros decretos que disponen el alza de la gasolina y arroz, establecen la suspensión de las garantías constitucionales e instauran el Estado de Emergencia, y suspenden la edición de las revistas independientes. Por lo tanto, declarar la no aplicabilidad de dichos dispositivos⁸⁹⁴.

Malpica sostiene que la Asamblea Constituyente no es «una isla», por lo que, siendo sus miembros los legítimos representantes del pueblo, deben pronunciarse sobre los graves problemas que aquejan en ese momento al país, dejando para un momento de mayor calma la fundamentación del proyecto de Constitución⁸⁹⁵.

Tras pasar a sesión secreta por disposición del presidente de la Asamblea Constituyente, Víctor Raúl Haya de la Torre, y con el retiro del recinto por los grupos de izquierda como manifestación de protesta, fue aprobada una moción que no recusa la suspensión de garantías ni el estado de emergencia, como tampoco las detenciones de dirigentes políticos y sindicales; únicamente se opone a la clausura de medios de prensa, recalcando que no debe hacerse el juego a intentos de utilizar los «justos reclamos populares [...] como medio de provocar el caos y propiciar, de ese modo, golpes reaccionarios que impedirían la transferencia del poder al pueblo»⁸⁹⁶.

En ese mismo mes de enero de 1979, se produce otro grave suceso, y es que el asambleísta Miguel Echeandía —miembro del PSR e integrante de la Comisión de Violación de Derechos Humanos y Enriquecimientos Ilícitos— sufre en su casa un atentado con artefactos explosivos o incendiarios, que se sospecha ha sido cometido por fuerzas estatales actuando de manera subrepticia, en un contexto en el que el Gobierno efectúa numerosos arrestos de dirigentes sindicales, sociales y políticos. De entre varias intervenciones en el Pleno, destaca la realizada por Javier Diez Canseco (UDP) el 16 de enero (Vigésimo Segunda Sesión), en el marco de la discusión del

893 *Ibíd.*, Tomo IV, pp. 133-134.

894 *Ibíd.*, Tomo IV, p. 134.

895 *Ibíd.*, Tomo IV, p. 136.

896 *Ibíd.*, Tomo IV, pp. 138-142.

atentado sufrido por el constituyente Echeandía y otras acciones represivas adoptadas por el gobierno. Diez Canseco recuerda que existe un estado de «suspensión de garantías», ante el cual «esta Asamblea Constituyente no ha producido demanda alguna por su inmediato levantamiento». Menciona que la detención de Alfonso Barrantes Lingán se produjo «en circunstancias en las cuales las garantías constitucionales ni siquiera estaban suspendidas». Afirma que existe la intención de «justificar la suspensión de garantías, el plan de emergencia del gobierno militar y la práctica de ocupación militar del país» [sic]. Demanda un pronunciamiento claro de la Asamblea Constituyente contra la «suspensión de garantías» y el «estado de emergencia». Pide que se declare «la nulidad de los dispositivos que sostienen este estado de sitio, este estado de emergencia y esta suspensión de garantías...»⁸⁹⁷.

También merece ser resaltado lo dicho aquel mismo día por Antonio Meza Cuadra (PSR), al momento de exponer el «proyecto integral de Constitución» presentado por su partido. Y es que el representante de izquierda hace ver lo difícil que resulta participar en un debate constitucional «en circunstancias en que se encuentran suspendidas las garantías constitucionales», se ha prohibido la circulación de revistas y han sido detenidos dirigentes políticos y sindicales. Demanda por ello el restablecimiento de las garantías y la liberación de los detenidos. Critica que ningún Congreso haya fijado antes las atribuciones del Ejecutivo bajo suspensión de garantías, «a pesar de que el artículo 70 de la Constitución así lo exigía»⁸⁹⁸.

En la Vigésimo Quinta Sesión, del 6 de febrero de 1979, Jorge del Prado (Partido Comunista del Perú, PCP) sostiene que la toma policial de la fábrica CROMOTEX fue efectuada mediante un operativo de «guerra anti-subversiva», apoyado por el Ejército y que empleó tanquetas y helicópteros. Afirma que la suspensión de garantías afecta principalmente a los partidos de izquierda y que pende «como una espada de Damocles» sobre estos partidos y sobre los trabajadores. Hace ver, en fin, que la prolongación del estado de emergencia y la suspensión de garantías, con la perspectiva de elecciones prontas, supone un sesgo, ya que hay «una opinión pública mutilada», en razón de que no es posible escuchar las voces de la izquierda, ya que sus órganos de prensa han sido clausurados⁸⁹⁹.

En la Vigésimo Octava Sesión, del 27 de febrero de 1979, se lee una Moción de Orden del Día presentada por los grupos de izquierda para

897 Véanse las citas de la intervención de Diez Canseco en Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, op. cit., Tomo IV, pp. 155-158. Desde luego, es muy llamativa la identificación que hace el asambleísta Diez Canseco de las tres figuras de estado de sitio, estado de emergencia y suspensión de garantías.

898 Véanse las citas de la intervención de Meza Cuadra en Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, op. cit., Tomo IV, pp. 168-172.

899 Véanse las citas de la intervención de Jorge Del Prado en Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, op. cit., Tomo IV, pp. 356-357.

que la Asamblea no inicie el debate del articulado constitucional mientras subsista el estado de emergencia, la suspensión de las garantías constitucionales y la clausura de las revistas independientes, postura que es ratificada más adelante cuando interviene Javier Diez Canseco en el mismo sentido⁹⁰⁰.

En el mes de marzo de aquel año 1979, ocurre otro incidente de envergadura vinculado con el estado de excepción, el cual es nuevamente aplicado con una lógica represiva y de sometimiento de las libertades fundamentales que grupos de oposición al Gobierno pretenden ejercer en beneficio de los trabajadores. En efecto, en la Trigésimo Primera Sesión (Extraordinaria), del lunes 19 de marzo de 1979, se examina la cuestión de la detención del representante Víctor Paredes Cuadros (UDP), a quien se acusa de flagrante delito en la «zona de emergencia del sur». En el Pleno, se da cuenta del arresto y puesta a disposición del representante ante la Asamblea, la misma que determina su libertad. La detención se había producido en el marco de la huelga de los trabajadores mineros de la compañía Southern Perú, de cuyo sindicato Paredes era dirigente. En su intervención, Javier Diez Canseco refiere la existencia de un «Comando Político Militar», cuyo jefe es el general Díaz Wendorf⁹⁰¹.

Ante el Plenario de la Asamblea Constituyente son leídas las conclusiones de los atestados policiales elaborados, lectura que permite apreciar que se acusa a Paredes de «agitación laboral y subversiva tendiente a materializar una huelga general indefinida con la finalidad de desestabilizar la economía nacional, creando el caos y el desconcierto popular, campo propicio para el inicio de la subversión armada». Como fundamento normativo, se menciona el DL 21462, que había declarado en emergencia la actividad minera en el país desde 1976. También se invoca el DS 009-79-IN, declaratorio del estado de emergencia en los departamentos de Moquegua y Tacna, con la consiguiente suspensión de las «garantías individuales». Se cita asimismo el Decreto Supremo del 13 de marzo de 1947, sobre agitación laboral, y se habla de «sabotaje a la producción». El documento de ampliación del atestado policial recuerda que está suspendido el artículo 56 de la Constitución, que prohíbe la detención arbitraria⁹⁰².

Al día siguiente, martes 20 de marzo de 1979, continuando la Trigésimo Primera Sesión (Extraordinaria), se aprueba una Moción de Orden del Día redactada por el APRA y el PPC, que sustituye a la presentada por los grupos políticos de izquierda, protestando por la detención y vejámenes sufridos por el representante Víctor Cuadros (aunque la propuesta de Mo-

900 *Ibíd.*, Tomo IV, pp. 521 y 531-533.

901 Véase el debate sobre el arresto del asambleísta Paredes Cuadros y los temas conexos acerca del estado de excepción, incluyendo las citas que se acaba de hacer, en Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, *op. cit.*, Tomo V, pp. 141-147.

902 Véanse las citas de los atestados policiales relativos al arresto de Víctor Paredes Cuadros en *ibíd.*, Tomo V, pp. 154-155.

ción de la izquierda era más específica e incluía una protesta contra el jefe Político-Militar de Moquegua, general de brigada Díaz Wendorf)⁹⁰³. Una semana más tarde, en la Trigésimo Segunda Sesión, del martes 27 de marzo de 1979, se aprueba una Moción de Orden del Día sustitutoria, que reitera la demanda de plena vigencia de las garantías suspendidas y de la libertad de expresión en los medios de comunicación social, como condición mínima para el retorno al régimen constitucional; también se aprueba una Moción de Orden del Día que protesta por el mantenimiento de la clausura de varias revistas de Lima, mantenimiento que se produce contra el voto unánime de la Asamblea Constituyente⁹⁰⁴. Luego de esto, en la Trigésimo Tercera Sesión, del lunes 2 de abril de 1979, es presentado ya el proyecto de Constitución que ha elaborado la Comisión Principal de Constitución y se da inicio al debate del mismo⁹⁰⁵. Curiosamente, el dictamen que acompaña al proyecto no menciona para nada al estado de excepción⁹⁰⁶.

Este es, pues, el clima político y social en el que tienen lugar las deliberaciones de la Asamblea que alumbró la Carta Fundamental de 1979, y, en lo que concierne a la presente investigación, que debatió y formuló el nuevo «régimen de excepción» constitucional. Como se puede apreciar, se vivían aún momentos de agitación en el país, con protestas sociales y sindicales, las cuales fueron respondidas por las autoridades públicas mediante acciones represivas y la aplicación de las instituciones de emergencia. Impresiona conocer que, todavía entonces, aparecían mezcladas o confundidas figuras como el estado de sitio, el estado de emergencia y la suspensión de garantías, como ocurría en las décadas de 1920 y 1930, según ha sido ya indicado (véase el acápite 4.2, *supra*): los mismos hechos eran caracterizados indistintamente con cualquiera de estas categorías o con todas ellas.

También es muy impactante saber que, al igual que cuarenta o cincuenta años antes (y como todavía ocurre ocasionalmente ahora), a fines de la década del setenta del siglo XX se seguía empleando la retórica de la perturbación del orden público y la amenaza subversiva para descalificar, mediante el recurso a los estados excepcionales, la disidencia política y las protestas populares⁹⁰⁷. Algunos detalles específicos son igualmente significativos, tales como por ejemplo la conformación de Comandos Político-Militares y Zonas de Emergencia, la intervención de las Fuerzas Armadas para tareas de control que de ordinario corresponden a la Policía, los arrestos

903 *Ibíd.*, Tomo V, pp. 157 y 196-198.

904 *Ibíd.*, Tomo V, p. 225.

905 *Ibíd.*, Tomo V, pp. 290 y ss.

906 *Ibíd.*, Tomo V, pp. 291-299.

907 Véase también Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente* (Lima: Comisión Andina de Juristas - Fundación Friedrich Naumann, 1990), p. 69; Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», *op. cit.*, p. 106.

arbitrarios y la conculcación de derechos fundamentales no susceptibles de suspensión constitucional, tales como la libertad de expresión, incluyendo la libertad de prensa. Por desgracia, pese a ciertas mejoras introducidas en los enunciados constitucionales relativos al régimen de excepción, en las décadas siguientes gran parte de estas prácticas nocivas y carentes de sustento constitucional se mantendrían, y aun se potenciarían, bajo nuevas circunstancias históricas.

4. EL MODELO DUAL DE RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

Además de la ubicación sistemática del estado de excepción en la Carta Fundamental de 1979 y del contexto que rodeó a las deliberaciones de la Asamblea Constituyente, influenciando en los contenidos de las regulaciones a aprobar y en las prácticas que más adelante se mantendrían, se adaptarían y se consolidarían en las nuevas circunstancias de violencia política que viviría el país a partir de la insurgencia senderista; además de todo esto, es necesario poner de relieve que la Constitución de 1979 consagró un modelo dual de «régimen de excepción». Y es que los ordenamientos constitucionales de los diversos países pueden diferir mucho en esta materia, fluctuando entre los que simplemente no admiten las instituciones de emergencia y los que, admitiéndolas, optan por una disciplina consistente tan sólo en suspender la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales durante las situaciones de crisis, o, más bien, optan por proveer un régimen jurídico especial que puede constar de una o varias modalidades de estado de excepción⁹⁰⁸.

Constituciones que no reconocen el estado excepcional son las de Bélgica, Italia y Japón⁹⁰⁹, las cuales se afilian a la tesis de Benjamin Constant según la que ni siquiera ante situaciones de amenaza existencial las autoridades públicas han de contar con la potestad de suspender la Carta Fundamental, ni tampoco con la de suspender sólo los derechos constitucionales. Es lo que Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin denominan «Modelo de lo Usual» (*«Business as Usual Model»*) o «Derecho para Todas las Estaciones»

908 Para una primera aproximación a este tema, véase Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *op. cit.*, pp. 134-137. Véase también Oren Gross, «Constitutions and emergency regimes», en eds. Tom Ginsburg y Rosalind Dixon, *Comparative Constitutional Law* (Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2014), pp. 336-339.

909 Véase Antonella Benazzo, *L'Emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, *op. cit.*, pp. 10 (nota 10) y 12-13 (nota 15); Giuseppe de Vergottini, «La difícil convivencia entre libertad y seguridad», *op. cit.*, p. 24; Pedro Tenorio Sánchez, *Constitución, derechos fundamentales y seguridad. Panorama comparativo* (Pamplona: Civitas - Thomson Reuters, 2010), pp. 154-157; Oren Gross, «Constitutions and emergency regimes», en eds. Tom Ginsburg y Rosalind Dixon, *Comparative Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 336.

(«*Law for All Seasons*»), y que una traducción no literal podría quizá llamar «Modelo de la Normalidad Inalterada», esto es, un modelo en el cual el surgimiento de un estado de emergencia «no justifica una desviación del sistema legal “normal”»⁹¹⁰.

En la Asamblea Constituyente peruana de 1978-1979, fueron representantes de la izquierda quienes defendieron la tesis de que la Carta no debería admitir la suspensión de garantías o derechos, argumentando que la institución se había usado históricamente para conculcar las libertades del pueblo, oprimir a los trabajadores y perseguir a la oposición política, y aun en aquellos momentos venía siendo aplicada de manera abusiva por el Gobierno militar⁹¹¹. Como expresivamente indicó Genaro Ledesma (FOCEP), «las garantías constitucionales deben siempre estar incólumes»⁹¹². Esta posición, sin embargo, fue criticada por Javier Ortiz de Zevallos (Partido Movimiento Democrático Peruano, PMDP), quien sostuvo que el estado de excepción estaba reconocido en el PIDCP y en la flamante Constitución española de 1978, y por Roberto Ramírez del Villar (PPC), quien opinó que no prever la Constitución de emergencia daría pie a una actuación ilimitada y eventualmente arbitraria del Gobierno⁹¹³.

De otro lado, como ejemplo de Constitución que se limita a permitir la desprotección jurisdiccional de los derechos fundamentales durante las situaciones excepcionales, debe mencionarse a la de Estados Unidos de América, la muy longeva de 1787, todavía en Vigo. Como se sabe, ella estipula con gran laconismo que «el privilegio del mandato de hábeas corpus no será suspendido, salvo cuando en casos de rebelión o invasión la seguridad pública lo requiera» (artículo I, sección novena, párrafo segundo)⁹¹⁴.

Por su parte, ejemplo de ordenamiento que consagra un régimen simple o unimodal de estado de excepción es el contenido en la Constitución de Argentina (de 1853, revisada en 1994), la cual es una de las primeras Cartas latinoamericanas en estatuir el «estado de sitio», hacia mediados del siglo XIX, manteniéndolo hasta la actualidad. Al respecto, la Constitución argentina estipula que «en caso de conmoción interior o de ataque exterior

910 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, «Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice», *op. cit.*, pp. 86-87 (traducción propia).

911 Véase las intervenciones de Genaro Ledesma, Ricardo Napurí, Saturnino Paredes y Jesús Véliz (FOCEP), Alejandro Olivera (Partido Comunista Peruano, PCP), y Miguel Echeandía y Alberto Ruiz-Eldredge (Partido Socialista Revolucionario, PSR), en Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, *op. cit.*, Tomo VIII, pp. 196-208 y 215-220.

912 *Ibíd.*, Tomo VIII, p. 197.

913 *Ibíd.*, Tomo VIII, pp. 204-206 y 212-213.

914 Véase la Constitución de Estados Unidos de América en el sitio web del «*Constitute Project*» (https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en) (traducción propia).

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 suspendas allí las garantías constitucionales...» (artículo 23)⁹¹⁵.

Países en los que el legislador constituyente ha optado por una disciplina de varias modalidades de gobierno de crisis son, entre otros, España, Colombia y Venezuela. Así, la Constitución española de 1978 (revisada en el año 2011) regula los estados de alarma, de excepción y de sitio (artículo 116)⁹¹⁶, en tanto que la Carta colombiana de 1991 (revisada en 2013) recoge las figuras de estado de guerra exterior, estado de conmoción interior y estado de emergencia (artículos 212-215)⁹¹⁷, y la Constitución de Venezuela de 1999 (revisada en 2009) consagra el estado de alarma, el estado de emergencia económica y el estado de conmoción interior o exterior (artículos 337-339)⁹¹⁸. Como es obvio, la Carta española es anterior a la Norma Fundamental peruana de 1979, mientras las Constituciones de Colombia y Venezuela son posteriores. De cualquier modo, los tres ordenamientos ejemplifican la existencia de regímenes de excepción que albergan distintas variantes o modalidades (tres en cada Constitución), habiendo desestimado los asambleístas peruanos de 1978-1979 el modelo español, como será expuesto en el siguiente acápite.

Ante tan diversas posibilidades de diseño institucional, el Constituyente peruano de 1979 eligió una alternativa intermedia, ya que contempló una regulación compleja, pero no de tres modalidades, sino sólo de dos. Tales modalidades, que más tarde serían mantenidas por la Constitución de 1993, fueron el estado de emergencia, para casos de «perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación», y el estado de sitio, para supuestos de «invasión, guerra exterior o guerra civil o peligro inminente de que se produzcan» (artículo 231). Frente al Texto Fundamental de 1933, que contenía únicamente la institución de la suspensión de garantías, el modelo dual de la Constitución de 1979 se revelaba como un avance, en razón de su mayor complejidad y de su mayor precisión al definir las causales o supuestos habilitantes de los estados excepcionales⁹¹⁹.

915 Véase la Constitución de Argentina en el sitio web del Senado de este país (<http://www.senado.gob.ar/deInteres>).

916 Véase la Constitución española de 1978 en el sitio web del Tribunal Constitucional de España (<http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Documents/ConstitucionCASTELLANO.pdf>).

917 Véase la Constitución de Colombia de 1991 en el sitio web de la rama judicial de este país (<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/1525553/colombia91.pdf/dbb9187c-29b7-463e-9816-84a7b40678a3>).

918 Véase la Constitución de Venezuela de 1999 en la «Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela», 19 de febrero de 2009.

919 Véase Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», *op. cit.*,

4.1. Necesidad de configurar un estado de excepción especial para catástrofes

Un problema relevante surge, sin embargo, debido a que el «estado de emergencia» en realidad contiene dos situaciones distintas que justificaban un tratamiento también diferente. En efecto, las crisis provocadas por las catástrofes (típicamente, los desastres naturales) hubieran podido ser reguladas de un modo diverso al tratamiento constitucional que recibirían aquellas otras causadas por actos de violencia política grave (como subversión, terrorismo o guerra). La diferencia entre estas situaciones no es meramente cuantitativa o de grado, como sugirió en la Asamblea Constituyente el representante Roberto Ramírez del Villar (PPC)⁹²⁰, sino que, contra lo que asimismo opinan algunos autores⁹²¹, es de naturaleza cualitativa o esencial, de tal suerte que lo idóneo era contar con regímenes constitucionales diferentes, a aplicar en cada caso. Así ocurre, de hecho, en los ordenamientos de otros países. En efecto, España y Venezuela prevén en sus Textos Fundamentales el «estado de alarma» (artículo 116 y artículo 338, respectivamente), mientras Colombia consagra el «estado de emergencia» (artículo 215), confiriendo a las respectivas autoridades públicas potestades adecuadas para lidiar con situaciones críticas desprovistas en principio de componentes de orden político, tales como las catástrofes naturales (sismos, maremotos, aludes, heladas, etcétera), las crisis sanitarias y el desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Adoptar regulaciones ajustadas a cada tipo de situación era, pues, lo ideal —lo sigue siendo, en la medida en que la Carta peruana de 1993 conserva esta deficiencia—, ya que hubiera permitido establecer requisitos diferentes para instaurar el estado de excepción y para otorgar poderes extraordinarios a las autoridades del Estado encargadas de conjurar la emergencia. También hubiera permitido una regulación distinta en aspectos de tanta relevancia como el estatus de los derechos fundamentales, la intervención de las Fuerzas Armadas, el plazo de duración y su prórroga,

pp. 105-107; Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, op. cit., p. 217; Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., p. 265; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., pp. 63-64.

920 Véase Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, op. cit., Tomo VIII, p. 213. Véase también Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., pp. 68-69.

921 Véase Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., pp. 264-265; Enrique Chirinos Soto, *La nueva Constitución al alcance de todos* (Lima: AFA Editores, tercera edición, 1984), pp. 261-262; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., p. 88.

entre otros. Se entiende así que autores como Eguiguren Praeli y Power Manchego-Muñoz censurasen la opción de la Carta peruana de 1979, en el sentido de regular de manera uniforme unas y otras crisis, tanto las que conllevaban elementos de violencia política como las que no mostraban esta característica. En efecto, Eguiguren Praeli consideró que el estado de emergencia seguía una «lógica represiva» que procuraba de modo exclusivo conservar o restablecer el orden público, lo que no necesariamente resultaba adecuado a emergencias «ajenas al campo estrictamente político y social», como aquellas relacionadas con catástrofes naturales o crisis económicas, para las que, más bien, se requerirían «facultades especiales de tipo normativo, administrativo o económico» que, infortunadamente, la Constitución no preveía⁹²².

Por su parte, Power Manchego-Muñoz encontró equivocado que la Norma Fundamental de 1979 regulara bajo el mismo régimen legal los desafíos de orden «político-social» y los provocados por «hechos naturales», y tomó como modelo de referencia el Derecho Constitucional español, que como se ha dicho contempla tres estados de excepción, uno de ellos, el estado de alarma para hacer frente a las catástrofes de la naturaleza⁹²³. Power Manchego-Muñoz propuso entonces la realización de una reforma constitucional que estableciera tres estados excepcionales, en vez de solo dos, los cuales tendrían, desde luego, distinto alcance en cuanto a los poderes extraordinarios a otorgar a las autoridades y en lo referido a los efectos que produciría cada uno de ellos. Una primera modalidad se aplicaría para catástrofes naturales, mientras la segunda correspondería a los casos de perturbación de la paz o del orden interno por actos de índole político-social, incluyendo acciones terroristas o guerrilleras, y la tercera serviría para los supuestos que la Constitución reservaba al estado de sitio, esto es, invasión, guerra externa, guerra civil o peligro inminente de que se produjeran⁹²⁴.

Ambos autores, en consecuencia, coincidían en la necesidad de una reforma integral del régimen de excepción, que permitiera la superación del carácter predominantemente represivo de la institución y que facilitara regulaciones más ajustadas a las necesidades de situaciones críticas diferentes en términos cualitativos y que por ello requerían diversas modulaciones en los poderes excepcionales a conceder a las autoridades del Estado, en los efectos sobre los derechos fundamentales de las personas, en la eventual participación de las Fuerzas Armadas y en otros aspectos específicos, tales

922 Véase Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., p. 266. Véase también Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., pp. 138-139.

923 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 169-170.

924 *Ibíd.*, pp. 275-276.

como las exigencias para proclamar cada estado excepcional, para fijar el plazo y las condiciones de su extensión temporal, etcétera. No cabe sino coincidir con estos criterios, cuya aceptación hubiera favorecido sin duda una mejor regulación y, más valioso aún, también una mejor aplicación de los estados de excepción.

Como se expondrá más adelante en capítulo separado (véase el capítulo 7, *infra*), desde el inicio mismo de la aplicación de la Carta de 1979, el Estado recurrió a la declaración del estado de emergencia frente a los desastres naturales, los que obviamente se configuran de manera muy diferente a las crisis de orden político-social. Por lo demás, el desarrollo posterior del fenómeno global del cambio climático y la intensificación de las catástrofes naturales, cada vez más presentes en la vida de las sociedades contemporáneas⁹²⁵, no han hecho sino confirmar la conveniencia de regulaciones excepcionales adecuadas a sus circunstancias particulares.

5. CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO DE EMERGENCIA EN LA CARTA DE 1979

El estado de emergencia, que por primera vez alcanza estatuto constitucional en el Perú con la Carta de 1979⁹²⁶, reúne en su régimen legal una serie de características singulares y debe ser distinguido en particular del estado de sitio, la segunda variante de régimen de excepción en el modelo «bimodal» peruano⁹²⁷. Antes de comentar tales características singulares, empero, conviene recordar que el surgimiento de la figura del estado de emergencia en el país se produjo en los hechos, esto es, sin que ella hubiera sido reconocida en la Constitución o en las leyes, durante el así denominado «Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada» (1968-1980)⁹²⁸. En efecto, según indica Diego García-Sayán, fue durante los primeros años de la dé-

925 Véase Didier Fassin y Mariella Pandolfi, «Introduction: Military and Humanitarian Government in the Age of Intervention», en eds. Didier Fassin y Mariella Pandolfi, *Contemporary States of Emergency* (New York: Zone Books, 2010), pp. 9-10.

926 Véase Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», *op. cit.*, pp. 107-108; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 66 y 72-73.

927 Véase Abraham Siles y Marco Rodríguez, «Evaluación del Estado de Emergencia Constitucional en el «Corredor Minero del Sur»: Breve Estudio de Caso», en ed. César Landa, *Derechos Fundamentales. Actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales* (Lima: Palestra Editores, 2018), p. 241.

928 Véase Henry Pease y Gonzalo Romero, *La Política en el Perú del Siglo XX*, *op. cit.*, pp. 240-241. Véase también Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, *op. cit.*, pp. 326-348; Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, *op. cit.*, pp. 16-17.

cada del setenta del siglo pasado que las autoridades públicas, con la finalidad de controlar protestas populares, movilizaciones y paros, declararon no sólo la suspensión de las garantías, conforme a la previsión del artículo 70 de la Carta de 1933, entonces formalmente en vigor, sino también el «estado de emergencia», en determinados ámbitos territoriales donde el orden público presuntamente se veía perturbado (los departamentos de Puno y Cusco, en los años 1972 y 1973, respectivamente; todo el territorio nacional, desde julio de 1976 hasta agosto de 1977)⁹²⁹.

Al parecer, de este modo, el Gobierno militar procuraba dotar de mayor legitimidad a la intervención de las Fuerzas Armadas en acciones de represión contra las manifestaciones con que el pueblo expresaba su descontento hacia diversas medidas de orden económico o político-social adoptadas por el régimen *de facto*. Debe repararse, en todo caso, en la operación conjunta de la suspensión de garantías constitucionales (derechos, en realidad), la declaración de estado de emergencia y la intervención de la corporación militar, como mecanismo institucional complejo para reprimir las protestas sociales, recurriendo al régimen de excepción constitucional. Así sería luego consagrada formalmente en la Carta de 1979 y mantenida en la de 1993, y, desde luego, así sería aplicada a menudo en los años sucesivos, hasta el día de hoy.

Como quiera que fuere, debe también apuntarse que el estado de emergencia plasmado en la Constitución de 1979 es una figura derivada o, si se quiere, una evolución de la «suspensión de garantías constitucionales» que, como se ha dicho antes, fuera recogida por primera vez en el Perú mediante la Carta de 1860 (véase el acápite 3.3.3, *supra*) y cuyo antecedente inmediato, en las postrimerías del Gobierno comandado por el general Francisco Morales Bermúdez, estuviera en el artículo 70 de la Norma Fundamental de 1933⁹³⁰. De allí que Marcial Rubio y Enrique Bernalles afirmaran que el estado de emergencia constitucionalizado en 1979 «en sustancia es igual» a la suspensión de garantías prevista en el Texto Constitucional de 1933, con el añadido del derecho del presidente de la República a disponer que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno⁹³¹. En el mismo sentido, Enrique Chirinos Soto consideró que una y otra figura «se parece[n] en todo», ya que «son los mismos derechos o las mismas garantías

929 Véase Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», *op. cit.*, p. 107. Véase también Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 72-73.

930 Véase José Coloma Marquina, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979 y Derechos Humanos» (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, tesis de bachiller en Derecho, 1985), p. 76; Daniel Rojas Ampuero, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979» (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, tesis de bachiller en Derecho, 1985), p. 33.

931 Véase Marcial Rubio Correa y Enrique Bernalles Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, *op. cit.*, p. 217. Véase también Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, pp. 139-140.

los que se suspenden», aunque con una diferencia importante a favor de la institución consagrada en la Carta de 1979, y es que ésta, por contraste con su predecesora de 1933, incluyó de manera expresa la prohibición de destierro aun bajo régimen excepcional⁹³².

En fin, también es preciso aclarar aquí, antes del examen de los rasgos distintivos del marco jurídico-constitucional del estado de emergencia consagrado en la Carta de 1979, una cuestión que atañe a la misma naturaleza jurídica de la institución, en especial al ser comparada con el estado de sitio. Y es que, en cuanto modalidad del régimen de excepción constitucional, no existe diferencia cuantitativa o de grado entre una y otra variante de gobierno de crisis. Es decir, no es que el estado de emergencia sea una forma o modalidad menos grave o menos severa que el estado de sitio⁹³³. Es claro, por cierto, que el estado de emergencia, por comparación con el estado de sitio, supone en principio un eventual menor impacto sobre los derechos fundamentales, así como un probable rol menor de las Fuerzas Armadas para conjurar la amenaza existencial que se cierne sobre el país. De allí que la misma Constitución de 1979 (como luego su sucesora de 1993) estipule un plazo máximo más dilatado y menores salvaguardas de control institucional en el primer caso que en el segundo.

No obstante, ha de insistirse en que ello no significa que el estado de emergencia revista menor gravedad o menor severidad que el estado de sitio, como han sostenido algunos autores⁹³⁴. En realidad, si se observa con cuidado las causales o hechos habilitantes previstos en uno y otro caso, se aprecia que también los supuestos de perturbación de la paz o del orden interno, catástrofe y graves circunstancias (artículo 231.a) pueden (deben) configurar situaciones extremas de peligro para la continuidad de la vida en comunidad, como ocurre en los supuestos de amenazas bélicas (artículo 231.b). En consecuencia, ambas instituciones pueden alcanzar un nivel de gravedad o intensidad muy alto y en todo semejante en uno y otro caso, de suerte que ha de admitirse que la distinción entre estado de emergencia y estado de sitio es de orden cualitativo, no cuantitativo o de gradación⁹³⁵.

932 Véase Enrique Chirinos Soto, *La nueva Constitución al alcance de todos*, op. cit., p. 261. Véase también Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», op. cit., p. 108.

933 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., p. 169. Véase también Abraham Siles y Marco Rodríguez, «Evaluación del Estado de Emergencia Constitucional en el “Corredor Minero del Sur”: Breve Estudio de Caso», op. cit., p. 241.

934 Véase Enrique Chirinos Soto, *La nueva Constitución al alcance de todos*, op. cit., p. 261; José Coloma Marquina, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979 y Derechos Humanos», op. cit., p. 76; Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., p. 128; Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., p. 264.

935 Durante el debate constituyente, el asambleísta Roberto Ramírez del Villar (PPC) sos-

En los siguientes acápite se abordará algunas características que distinguen al régimen jurídico-constitucional del estado de emergencia bajo la Carta de 1979, relacionadas con la titularidad de la potestad de declarar este régimen de excepción, las causales o supuestos normativos habilitantes, los derechos susceptibles de suspensión o restricción especial, la intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno, el plazo a establecer y sus eventuales prórrogas, y los controles jurisdiccionales. Para ello se tomará en cuenta, asimismo, la normativa y la jurisprudencia y doctrina del DIDH vigente entonces en el país y su incidencia en el ordenamiento jurídico nacional, en lo que se considera aquí como la primera ola de recepción del DIDH en el constitucionalismo peruano.

5.1. La titularidad de la potestad de declarar los estados de excepción: el mecanismo de la autoinvestidura

La Carta peruana de 1979, siguiendo las huellas trazadas por la ley de enmienda constitucional de 1926 y la posterior Norma Fundamental de 1933, estableció que correspondería al Poder Ejecutivo la potestad de proclamar el estado de emergencia (como también el estado de sitio). Se consolidaba así un cambio de gran relevancia en la regulación del estado de excepción a lo largo de la historia constitucional del Perú. En efecto, durante el siglo XIX y el primer cuarto del siglo XX, las Constituciones nacionales estipularon que sería el Congreso el ente encargado de decidir si existía una crisis extrema y, por consiguiente, si debía conceder poderes extraordinarios al presidente de la República. Como ya ha sido indicado aquí, la situación comenzó a cambiar con la aprobación de la Ley 5470, del 28 de septiembre de 1926, que modificó la Carta leguista de 1920 para permitir la asunción directa de los poderes de emergencia por el primer mandatario de la nación cuando el Parlamento estuviera en receso. Esta regulación fue luego ampliada en la Constitución aprobada durante el régimen del presidente Luis Miguel Sánchez Cerro, cuyo artículo 70 otorgó al Ejecutivo la facultad de autoinvestidura en todas las situaciones que exigían la implantación del gobierno de crisis, ya no sólo en aquellas hipótesis de receso parlamentario.

El modelo de la autoinvestidura del Ejecutivo, que parece estar más cerca de la prerrogativa regia inglesa, adaptada por John Locke a fines del siglo XVII, que del constitucionalismo europeo continental derivado de la

tuvo en el Pleno que el régimen de excepción, el cual habría de dividirse en estado de emergencia y estado de sitio, suponía «dos grados». Véase Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, *op. cit.*, Tomo VIII, p. 213. Véase también Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 68-69; Enrique Carrillo Thorne, «La Constitución de 1933 y las Leyes de Excepción», *op. cit.*, pp. 135-136.

obra de Montesquieu⁹³⁶, viene a ser una necesidad impuesta por la vida contemporánea sobre los regímenes de excepción diseñados por las Constituciones⁹³⁷. Y es que los procedimientos y deliberaciones del Parlamento, intrincados y lentos por propia naturaleza, desaconsejan ahora más que nunca una intervención inicial de la representación nacional para determinar la existencia de la crisis y la concesión de los poderes excepcionales. Es el Gobierno, más bien, el mejor dotado para una respuesta rápida y efectiva frente a la emergencia, en particular considerando los desafíos de la vida actual, tales como los planteados por el terrorismo global o internacional, cuya prevención y contención exigen contar con equipos profesionales y técnicos capaces de responder de inmediato a distintas eventualidades, incluyendo ataques brutales de alcance masivo contra población civil inerme.

En consecuencia, no parece posible apelar en la actualidad a un sistema como el ideado por la República romana clásica, cuando el genio jurídico y político de aquella gran nación tuvo el cuidado de diferenciar netamente entre la autoridad encargada de declarar la emergencia (los cónsules, con participación del Senado) y aquel otro magistrado al que se encomendaba ejercer los poderes extraordinarios para conjurar el peligro que se cernía sobre la patria (el dictador) (véase el acápite 2.1.3, *supra*). Y ello, pese a que hasta fecha reciente distintos autores han sostenido la relevancia de hacer esta diferenciación. En tal sentido, el segundo criterio o principio enunciado por Clinton Rossiter para conservar la constitucionalidad del gobierno de crisis estatuye que la decisión de proclamar la «dictadura constitucional» no puede estar en manos de la persona que habrá de ejercer los poderes excepcionales⁹³⁸, opinión con la que, más cerca de nosotros en el tiempo, coincide Javier Pérez-Royo, quien estima que «la declaración del estado de excepción debe ser una operación distinta orgánica y funcionalmente de la ejecución del derecho de excepción aplicable a dicho estado», agregando que «la primera debe corresponder al Parlamento», mientras «la segunda al Gobierno»⁹³⁹.

Al respecto, no puede perderse de vista que, en algunos ordenamientos contemporáneos que distinguen entre diversas modalidades de Constitución de emergencia, aún se otorga a la representación nacional un rol en la etapa de proclamación de la crisis, etapa que es regulada como un mecanismo complejo con intervención tanto del Ejecutivo como del Legis-

936 Véase Abraham Siles, «El pensamiento de Locke y Montesquieu como antecedente de la configuración constitucional de poderes de excepción ante emergencias políticas», *op. cit.*, pp. 20-21 y 34-35.

937 Para una primera aproximación a este tema, véase Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *op. cit.*, pp. 141-144.

938 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.*, p. 299.

939 Véase Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 1040.

lativo. Así, por ejemplo, en la Constitución española de 1978, únicamente la proclamación del «estado de alarma» corresponde al Gobierno con acuerdo del Consejo de Ministros, mientras que en el «estado de excepción» el Ejecutivo podrá hacer la declaración, pero siempre que cuente con autorización previa del Congreso de los Diputados, y en el estado de sitio la actuación directa de las autoridades gubernativas queda excluida, pues la declaración es competencia única de la Cámara Baja (artículo 116). De modo similar, en el caso colombiano, las tres modalidades de régimen excepcional prevén que el presidente de la República es quien tiene la facultad de hacer la declaración, pero en el «estado de guerra exterior» se requiere que el Senado autorice de manera previa la declaración de guerra (artículos 212-215 de la Constitución de 1991).

Ahora bien, si en el Perú de los tiempos actuales, por distintas razones, ya no resulta posible mantener un sistema de heteroinvestidura al menos para los casos más desafiantes, lo que en cambio sí parece viable, y es además una exigencia derivada tanto del principio de separación de poderes como del principio democrático, ambos esenciales al Texto Constitucional, es reservar un papel relevante al Congreso de la República, de contrapeso institucional a la autoinvestidura del Ejecutivo. Tal papel, si bien debido al propio diseño constitucional no podría consistir en autorizar previamente la acción del Gobierno, sí podría radicar en prestar consentimiento o anuencia posterior a ella (y eventualmente en modificarla o aun desestimarla), apenas existan condiciones para la deliberación y el pronunciamiento del Parlamento, lo que debiera ocurrir muy poco después de la iniciativa del Ejecutivo en defensa de la nación. Como se ha dicho antes, esta fue la manera de entender la función del Congreso todavía bajo la Constitución de 1933 (véase el acápite 4.3.1, *supra*).

Es más, en el debate sostenido en la Asamblea Constituyente de 1978-1979, el representante Jesús Véliz (FNTC) insistió en la necesidad de que hubiese un pronunciamiento ratificatorio inmediato del Parlamento o la Comisión Permanente, en su caso, sobre los poderes de emergencia que asumiera el Ejecutivo, exigiendo para ello una votación calificada de dos tercios para mantener las medidas de excepción adoptadas⁹⁴⁰. El mismo Roberto Ramírez del Villar (PPC) era partidario de una pronta actuación del Legislativo para ejercer control político sobre los poderes excepcionales del Gobierno⁹⁴¹. Como se sabe, finalmente la Constitución optó por no incluir normas específicas o de detalle al respecto, habiendo favorecido con ello la lamentable omisión parlamentaria que se consolidaría como práctica posterior hasta hoy.

940 Véase Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, op. cit., Tomo VII, p. 530, y Tomo VIII, p. 208.

941 *Ibíd.*, Tomo VIII, pp. 213-214.

5.1.1. Control parlamentario de la asunción de poderes extraordinarios por el Ejecutivo a la luz del DIDH, bajo la Constitución de 1979

Desde un punto de vista analítico, es posible acudir a las normas y a la jurisprudencia del DIDH en vigor en el Perú bajo el marco de la Constitución de 1979, a fin de construir un argumento interpretativo, concurrente con las razones de Derecho Constitucional, que permita defender la tesis de que ya entonces era una obligación jurídica del Estado peruano el conferir un rol importante al Parlamento, como contrapeso al Ejecutivo en el momento en que éste asumía poderes de emergencia⁹⁴². En efecto, puede sostenerse esta tesis precisamente en virtud del principio de separación de poderes y de la cláusula de Estado democrático, ambos consagrados en los dos tratados generales de derechos humanos vigentes en el país desde aquella época: la CADH en el sistema interamericano (Organización de Estados Americanos, OEA) y el PIDCP en el sistema universal (ONU)⁹⁴³. Se trata, desde luego, del control de naturaleza política, a cargo de la representación nacional, sobre el titular de los poderes extraordinarios durante el estado de excepción.

Ante todo, debe tenerse en cuenta que, por lo que se refiere a la autoridad competente para proclamar la emergencia, tanto el artículo 27 de la CADH como el artículo 4 del PIDCP estatuyen que será cada «Estado parte» el que ha de decidir en esta esfera. En consecuencia, son los ordenamientos internos de los Estados, y principalmente sus Constituciones, los que han de determinar el órgano particular que recibirá dicha competencia jurídica⁹⁴⁴. Ahora bien, como indica Claudio Grossman, desde la perspectiva del Derecho Internacional, están en condición de representar (y obligar) a un Estado parte, de acuerdo con un tratado como la CADH, las autoridades que pueden generar la responsabilidad internacional de dicho Estado, es decir, el Poder Ejecutivo, el Parlamento y la judicatura⁹⁴⁵. Se sigue de ello

942 Para una primera aproximación a este tema, véase Abraham Siles, «The Peruvian State of Constitutional Emergency in the Light of International Law of Human Rights: Three Relevant Aspects», en ed. César Landa, *Challenges of Human Rights in Latin America* (Cambridge: Cambridge Publishing Scholars, 2019), pp. 27-48.

943 La CADH fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978, mientras el PIDCP fue aprobado el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. Ambos tratados internacionales iniciaron su vigencia en el Perú en la misma fecha: el 28 de julio de 1978. Véase Fabián Novak y Elizabeth Salmón, *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000), pp. 173 y 233.

944 Véase Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004), pp. 95-96.

945 Véase Claudio Grossman, «Algunas Consideraciones sobre el Régimen de Situaciones de Excepción bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en AA. VV., *Derechos*

que la opción de la Carta peruana de 1979 resultaba armoniosa con el ordenamiento internacional de los derechos humanos, puesto que era el Poder Ejecutivo quien contaba con esta atribución de conformidad con el Texto Fundamental (regulación que, por cierto, se mantiene en la Carta de 1993, todavía en vigor).

Más difícil es establecer la función del Poder Legislativo al momento de la proclamación de la situación de crisis existencial, ya que al respecto la CADH y el PIDCP carecen de estipulaciones expresas. No obstante, la actividad pionera de la CIDH, los trabajos preparatorios de la CADH y la jurisprudencia inicial de la Corte IDH, elaborada a través de algunas de sus primeras Opiniones Consultivas, a todo lo cual ha de sumarse la temprana doctrina del DIDH, permiten esclarecer el punto. Y es que, ya en el año 1963, Daniel Hugo Martins, miembro de la CIDH, fue nombrado por este organismo regional como relator especial con el encargo de redactar un estudio sobre los estados de excepción en el hemisferio americano⁹⁴⁶. En su Informe Final, fechado el 11 de octubre de 1966, el Dr. Martins aseveró que, entre las diferentes posibilidades de elección del «órgano competente» para declarar la situación de crisis, debía dejarse de lado aquella en la cual el Ejecutivo se auto-investía sin que la representación nacional tuviera ninguna participación⁹⁴⁷. Por lo tanto, el Informe Martins estimó que lo adecuado era que el Poder Ejecutivo decretara la suspensión, pero sometiendo inmediatamente ante el Parlamento las medidas adoptadas, de suerte que en definitiva fuera el Parlamento nacional el órgano llamado a decidir si tales medidas debían de mantenerse, modificarse o cesar en sus efectos⁹⁴⁸.

Es de notar que, como han indicado varios autores, el estudio del relator especial Martins fue un importante precedente en la redacción del Anteproyecto y aun del texto definitivo de la CADH⁹⁴⁹, por lo que ha podido contribuir de manera importante a dar sentido a las cláusulas del tratado regional americano.

Humanos en las Américas: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunsbee de Abranches (Washington, D. C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984), p. 123.

946 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe sobre la Labor Desarrollada durante el Séptimo Período de Sesiones (7-25 de Octubre de 1963)» (Washington, D. C.: Secretaría General de la OEA, 1964), p. 15 (documento OEA/Ser.L/V/III.8, Doc. 35 [español], párrafo 61).

947 Véase Daniel Hugo Martins, «La protección de los derechos humanos frente a la suspensión de las garantías constitucionales o “Estado de Sitio”», *op. cit.*, pp. 122 y 140.

948 *Ibíd.*, p. 142.

949 Véase Robert E. Norris y Paula Desio Reiton, «The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties», *American University Law Review*, 30.1 (1980), pp. 192-193; Claudio Grossman, «Algunas Consideraciones sobre el Régimen de Situaciones de Excepción bajo la Convención Americana Sobre Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 123.

Continuando con esta línea evolutiva, dos años más tarde, en un pronunciamiento público de singular importancia, emitido el 16 de abril de 1968, la CIDH sostuvo que una condición indispensable para que la proclamación del estado de excepción sea compatible con el «régimen de gobierno democrático representativo» es que «no suponga la restricción de la vigencia del Estado de Derecho ni de las normas constitucionales, ni la alteración de las competencias de los Poderes del Estado o el funcionamiento de los medios de contralor»⁹⁵⁰. Aunque se trata de un enunciado de carácter genérico, parece claro que él comprende, entre otros aspectos, el rol que debe cumplir el Parlamento nacional en la defensa del Estado de Derecho y el orden constitucional, así como en el mantenimiento de la función de los poderes públicos y, en especial, de los mecanismos de control institucional, en el momento de la proclamación del estado de excepción.

Estas primeras manifestaciones correspondieron a la Comisión Interamericana y tuvieron lugar antes de la elaboración y puesta en vigencia del Pacto de San José. No obstante, una vez que la Convención Americana entró en vigor y comenzó a operar la Corte IDH, ésta emitió su decisiva Opinión Consultiva No 8, de fecha 30 de enero de 1987, la cual lleva por título «El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías». En ella, la Corte subraya que no puede «hacer abstracción de los abusos» a los que de hecho ha dado lugar en el hemisferio la aplicación de medidas de excepción injustificadas, por lo que considera su deber observar que «la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa” a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA» y que tal aplicación «carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático...»⁹⁵¹.

Poco más adelante, en esta misma decisión, la Corte IDH establece los siguientes principios orientadores:

Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe,

950 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de las Garantías Constitucionales o Estado de Sitio», en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Labor Desarrollada durante el Decimotercero Período de Sesiones (1-17 de Abril de 1968)* (Washington, D. C.: Secretaría General de la OEA, 1968), párrafo 79, pp. 46-48 (documento OEA Ser.L/ V/ II.19, Doc. 30 [español]).

951 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 8/87: El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos humanos), 30 de enero de 1987, párrafo 20. Las Opiniones Consultivas de la Corte IDH se hallan disponibles para todos, con acceso libre, en el sitio web de la institución: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es.

en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables (cf. La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 32)⁹⁵².

En la posterior Opinión Consultiva No 9, titulada «Garantías Judiciales en Estados de Emergencia», emitida el 6 de octubre de ese mismo año 1987, la Corte Interamericana confirmó estas consideraciones⁹⁵³.

En definitiva, entonces, es claro que, de conformidad con el SIDH, al menos desde la década de los años sesenta del siglo pasado, queda proscrito que se configure un régimen de gobierno absolutista en manos del Ejecutivo y sin ningún rol contralor del Parlamento, en virtud de la asunción de poderes extraordinarios mediante la declaración de un estado de excepción. Por el contrario, incluso en estas situaciones extremas, los Estados deben respetar los límites establecidos por el principio de legalidad, el Estado de Derecho y las instituciones democráticas, incluyendo por ende el papel esencial a jugar por el Congreso, como institución de control político, sobre la misma proclamación de la crisis, elementos todos que integran una unidad inseparable.

De allí que Claudio Grossman proponga entender el artículo 27 de la CADH, en cuanto atañe al alcance de los poderes otorgados al órgano que ha de enfrentar la emergencia y al papel de la representación nacional como entidad de control, en conjunto con el artículo 29 del mismo tratado internacional, relativo a las «normas de interpretación». Esta última disposición, en efecto, señala que ninguna de las cláusulas de la Convención Americana debe ser interpretada de modo de «excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno». Sostiene por ello el profesor Grossman que «en las “formas democráticas representativas de gobierno” se confiere normalmente al Legislativo un rol de importancia en la declaración de emergencia, ya sea por la necesidad de autorización previa o de confirmación de una declaración anterior del Ejecutivo cuando no ha sido posible que el Parlamento se reúna para considerar tal declaración»⁹⁵⁴.

952 *Ibíd.*, párrafo 24.

953 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 9/87: Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 6 de octubre de 1987, párrafos 35 y 36.

954 Véase Claudio Grossman, «Algunas Consideraciones sobre el Régimen de Situaciones de Excepción bajo la Convención Americana Sobre Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 124.

5.1.2. La Ley 25397 y el control parlamentario sobre la declaración del estado de excepción bajo la Carta de 1979

Mediante Ley 25397, titulada «Ley de Control Parlamentario sobre los Actos Normativos del Presidente de la República» (*El Peruano*, 9 de febrero de 1992)⁹⁵⁵, el Congreso estableció un procedimiento para la supervisión del ejercicio de la potestad de autoinvestidura otorgada por la Constitución al Ejecutivo en materia de régimen de excepción⁹⁵⁶. Las disposiciones eran pocas y se limitaban a estipular solamente las reglas esenciales, quizá en el entendido de que luego podrían ser aprobados cuerpos normativos de desarrollo reglamentario. Así, el artículo 23 de la Ley 25397 estatuyó que el Decreto Supremo mediante el cual se introdujera alguno de los estados de excepción debía precisar: el ámbito territorial de aplicación, el tiempo de vigencia, las garantías constitucionales suspendidas bajo estado de emergencia, o las garantías personales que continuarían en vigor bajo estado de sitio, y, por último, el marco de competencia de las Fuerzas Armadas cuando les hubiera sido asignada la función de hacerse cargo del control del orden interno.

La Ley también señaló un plazo para que el Gobierno cumpliera con su deber de «dar cuenta» al Parlamento, o a la Comisión Permanente durante el receso congresal, de los estados de excepción decretados o prorrogados, plazo que habría de ser de 24 horas, a contar desde la publicación del correspondiente Decreto Supremo (artículo 24). En fin, la Ley previó el trámite que habría de seguirse para materializar el control parlamentario, a saber (artículo 25):

- 1) El presidente del Congreso o de la Comisión Permanente debía requerir, máximo dentro del primer día útil siguiente, el dictamen de la Comisión de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y de la Comisión de Defensa Nacional y Orden Interno de las dos cámaras legislativas.
- 2) Las Comisiones habían de emitir dictamen, si acaso consideraran que el decreto excedía los marcos constitucionales o los «requisitos formales» previstos en la misma ley.

955 Véase la Ley 25397 en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>). En lo sucesivo se citan sus disposiciones tomando como referencia esta fuente.

956 Véase César Delgado-Guembes, *Manual del Parlamento: Introducción al Estudio del Congreso Peruano* (Lima: Congreso de la República, 2012), pp. 551-553; Defensoría del Pueblo, «Restricción de Derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia» (Informe Defensorial No 76) (Lima, Defensoría del Pueblo, 2003), pp. 104-109. Véase también Eloy Espinoza-Saldaña, «Estados de excepción, control jurisdiccional y hábeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano», *op. cit.*, pp. 177-178.

En tales casos, el dictamen había de recomendar dejar sin efecto el Decreto bajo examen, de suerte que si el Congreso, o la Comisión Permanente en su caso, compartieran este parecer, entonces se pronunciarían en tal sentido.

- 3) El acuerdo congresal debía ser publicado en el diario oficial, con lo que el Decreto bajo control perdería efecto desde el día siguiente.
- 4) La Ley también dispuso que, si acaso el Gobierno no cumplía con el mandato de dar cuenta del estado excepcional, el Parlamento siempre podría llevar a cabo su tarea de control aplicando estas mismas reglas del artículo 25.

El marco normativo aprobado muestra algunas dificultades en su propio texto. En primer lugar, exigía el examen por tres Comisiones ordinarias en cada Cámara, lo que podía acarrear indeseables demoras y además dar lugar a pareceres muy diversos, generando una deliberación intrincada y farragosa. En segundo lugar, los dictámenes sólo deberían ser expedidos en caso las Comisiones estimaran que había infracción constitucional o legal en el Decreto bajo estudio. El control se configuraba entonces como uno de naturaleza jurídica (colisión con la Constitución o la Ley), quedando descartadas, por lo menos a nivel literal, intervenciones basadas en consideraciones de orden político (criterios de conveniencia u oportunidad). En tercer lugar, la Ley no indicaba plazo para la revisión del Decreto y la eventual emisión de los dictámenes. En cuarto lugar, los problemas de legalidad quedaban confinados a aquellos de índole «formal», sin que la propia Ley aclarara qué entendía por esto, lo que causaba confusión acerca de una eventual e indebida exclusión de infracciones jurídicas de naturaleza material o sustantiva. En quinto lugar, la cesación de efectos del Decreto que eventualmente la representación nacional cuestionara se produciría mediante un acuerdo congresal, no mediante una determinada norma jurídica.

Aspectos positivos, en cambio, fueron la brevedad de los plazos para una intervención parlamentaria que había que reputar de urgencia, así como la potestad del Congreso de efectuar el control pese a que el Ejecutivo no cumpliera con su obligación constitucional y legal de «dar cuenta» al cuerpo legislativo de la instauración del régimen excepcional.

No obstante las deficiencias y riesgos que pudieran observarse en el enunciado y en la eventual aplicación de la Ley 25397, debe admitirse que ésta cumplía con desarrollar el mandato constitucional que obligaba al Ejecutivo a «dar cuenta» al Parlamento de la instauración de un estado de excepción⁹⁵⁷, habilitando de ese modo la función contralora encomendada

957 Véase César Delgado-Guembes, *Manual del Parlamento: Introducción al Estudio del Congreso Peruano*, op. cit., pp. 551-553; Defensoría del Pueblo, «Restricción de Derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia» (Informe Defensorial No 76), op. cit.,

al Parlamento tanto por la Constitución peruana de 1979 como por los tratados de derechos humanos vigentes ya en aquella época (la CADH y el PIDCP, como ha sido señalado). Ciertamente, la Ley llegaba a destiempo, puesto que habían transcurrido ya largos años de la guerra interna que asolaba a la patria desde 1980, la cual, como se sabe, fue acompañada por estados de emergencia sucesivos y de cada vez mayor ámbito geográfico desde 1981, con un gran número de víctimas, muchas de ellas personas inocentes atrapadas en una inusitada espiral de violencia política⁹⁵⁸.

A pesar del carácter incipiente y la debilidad formal y material del control sobre los regímenes de excepción establecido en la Ley 25397, ésta fue recibida con fuertes críticas por el Gobierno del entonces presidente de la República, Alberto Fujimori. En efecto, éste la observó señalando que el Congreso carecía de la potestad constitucional de controlar los actos normativos emanados del primer mandatario de la nación y alegando que, conforme a la Carta Fundamental, el «dar cuenta» era apenas un «trámite de comunicación»⁹⁵⁹.

Pocas semanas después de la aprobación de la Ley 25397, el presidente Fujimori invocó su existencia como uno de los factores que impedían la gobernabilidad del país, usándola como pretexto para el aciago golpe de Estado del 5 de abril de 1992. En tal sentido, por ejemplo, Carlos Torres y Torres Lara, conspicuo representante del régimen fujimorista, opina que «el rompimiento de la constitucionalidad» fue «un proceso que se inició el 9 de febrero de 1992 al publicarse la ley 25397», ya que supuestamente desde ese momento la Policía y las Fuerzas Armadas ya no podrían enfrentar el desafío subversivo, al contar apenas con «apoyo político intermitente en el momento más grave de la historia del Perú»⁹⁶⁰.

pp. 104-105; Francisco Eguiguren, «El Actual Estado de Emergencia: Justificación, Alcances, Imprecisiones y Riesgos», *Foro Jurídico*, 2 (2002), pp. 230-231.

958 Véase Marcial Rubio Correa, «Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú: 1979-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después* (Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989), pp. 235-250 y 259; Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, pp. 270-271; Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VI, pp. 494 y ss., y Tomo VIII, pp. 364-366; Salomón Lerner Febres, «¿Se aprendió la lección del conflicto armado interno?», *op. cit.*, p. 60. Véase también Abraham Siles, «La Lucha Antiterrorista en el Perú: Agujeros Negros Legales, Agujeros Grises y el Arduo Camino Constitucional. Lecciones Peruanas para la Guerra Contra el Terrorismo Global», *Derecho PUCP*, 75 (2015), pp. 76-77.

959 Véase César Delgado-Guembes, «El Debate Parlamentario de La Ley No 25397», *Pensamiento Constitucional*, 2.2 (1995), p. 273. Véase también Defensoría del Pueblo, «Restricción de Derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia» (Informe Defensorial No 76), *op. cit.*, p. 104.

960 Véase Carlos Torres y Torres Lara, «Perú: 5 de Abril. De Cómo se Produce un Golpe, un Autogolpe o un Contragolpe», en Carlos Torres y Torres Lara, *Los Nudos del Poder* (Lima: Desarrollo y Paz, 1992), p. 92. Véase también Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos

La Ley 25397, no obstante que no fue objeto de derogación expresa, no fue aplicada en la práctica y, con el transcurrir de los años, cayó en desuso. Debe indicarse sin embargo que, desde un punto de vista jurídico-constitucional, puede sostenerse que la mencionada ley sigue en vigor, pues además de no haber sido derogada explícitamente, tampoco nuevos cuerpos normativos —tales como el Reglamento del Congreso y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo— han regulado de manera integral la materia relativa a los regímenes de excepción⁹⁶¹.

5.2. Las causales del estado de emergencia: problemas interpretativos y solución a la luz del DIDH

5.2.1. El carácter abierto de las causales

La Carta Fundamental de 1979, en fórmula más tarde repetida por su sucesora de 1993, previó que el presidente de la República, siempre que contara con el acuerdo del Consejo de Ministros, podía decretar el estado de emergencia «en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación» (artículo 231.a). A la vez, el primer mandatario podía instaurar el estado de sitio, igualmente con la aprobación del gabinete ministerial, «en caso de invasión, guerra exterior o guerra civil o peligro inminente de que se produzcan» (artículo 231.b).

Esta enunciación de las causales o supuestos habilitantes para la proclamación de alguna de las modalidades de estado de excepción fue considerada un avance por diversos estudiosos, en razón de que suponía mayor precisión respecto de la regla anterior recogida en la Constitución de 1933⁹⁶². En efecto, el artículo 70 de la Carta aprobada durante la presidencia

Soto, *La Constitución: Lectura y Comentario* (Lima: Editorial Rhodas, quinta edición, 2006), p. 358. La Defensoría del Pueblo ha refutado esta tesis como tendenciosa e interesada en justificar la introducción de un régimen autoritario e inconstitucional. Véase Defensoría del Pueblo, «Restricción de Derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia» (Informe Defensorial No 76), *op. cit.*, pp. 104-105.

961 Véase César Delgado-Guembes, *Manual del Parlamento: Introducción al Estudio del Congreso Peruano*, *op. cit.*, pp. 551-552; Francisco Eguiguren, «El Actual Estado de Emergencia: Justificación, Alcances, Imprecisiones y Riesgos», *op. cit.*, p. 231; Eloy Espinoza-Saldaña, «Estados de excepción, control jurisdiccional y hábeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano», *op. cit.*, p. 177. Véase también Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *op. cit.*, p. 133.

962 Véase José Coloma Marquina, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979 y Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 86; Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, p. 265; Marcial Rubio Correa y Enrique Bernalles Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, *op. cit.*, pp. 217-218.

de Luis Miguel Sánchez Cerro establecía, de manera escueta y ambigua, que el Ejecutivo tendría la potestad de autoinvestidura «cuando lo exija la seguridad del Estado». De allí que Palacios McBride haya advertido la excesiva amplitud del fraseo y el riesgo que conllevaba, al permitir a un gobierno autoritario realizar recortes ilimitados sobre los derechos de las personas⁹⁶³. De allí también que, durante el mismo debate en el Pleno de la Asamblea Constituyente de 1978-1979, Roberto Ramírez del Villar (PPC) haya criticado este lenguaje como «bastante vago» y opinara que «bajo el término seguridad del Estado cabe todo»⁹⁶⁴.

A pesar de la mayor precisión que, puede admitirse, trae la Carta de 1979 por comparación con su antecesora de 1933, debe reconocerse, empero, que los supuestos habilitantes de la crisis seguían consistiendo en conceptos indeterminados, y por ello sujetos a interpretación y controversia, con el riesgo de favorecer la comisión de arbitrariedades y abusos⁹⁶⁵. Así, Coloma Marquina, al analizar el estado de emergencia en la Carta de 1979, considera que ésta no tiene el cuidado de definir «qué se entiende por perturbación de la paz interna, o a qué tipo de graves circunstancias se hace referencia»⁹⁶⁶. En el mismo sentido, Rubio Correa y Bernalles Ballesteros estiman que, si bien existen ciertas causales «objetivables con relativa facilidad» —como la de catástrofe, en el estado de emergencia, y las de invasión y guerra exterior, en el estado de sitio—, otras, por el contrario, adolecen de gran indeterminación y pueden dar lugar a un régimen de abuso y opresión, como ocurre con el caso de «perturbación de la paz o del orden interno» y con las «graves circunstancias que afecten la vida de la Nación», bajo estado de emergencia, y con las hipótesis de «guerra civil» y «peligro inminente», bajo estado de sitio⁹⁶⁷.

De hecho, el temperamento que prevaleció entre los asambleístas que elaboraron la Carta de 1979 parece haber sido el señalado por el tantas veces persuasivo Roberto Ramírez del Villar, quien sostuvo ante el Pleno que los supuestos habilitantes de las distintas clases de estados de excepción son por lo general «de orden político» y, por tal razón, no susceptibles de

963 Véase Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 63-64. Véase también Marcial Rubio Correa y Enrique Bernalles Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, *op. cit.*, p. 217.

964 Véase Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, *op. cit.*, Tomo VIII, p. 211.

965 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, p. 140; Óscar Aliaga Abanto, «Constitución Peruana, Derechos Humanos y Libertad Física», en *La Constitución Peruana de 1979 y sus Problemas de Aplicación*, ed. Francisco Eguiguren (Lima: Cultural Cuzco Editores, 1987), pp. 85-86.

966 Véase José Coloma Marquina, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979 y Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 77.

967 Véase Marcial Rubio Correa y Enrique Bernalles Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, *op. cit.*, pp. 218-219.

«definición jurídica», sino sometidos a «apreciación política»⁹⁶⁸. Concluyó el representante de la mayoría que las causales habían de ser estipuladas «en forma bastante general, pero no con una precisión rigurosa» que estableciera límites claros para impedir los abusos⁹⁶⁹. El propósito ulterior era, como es de imaginar, «no entorpecer la defensa del Estado»⁹⁷⁰.

5.2.2. El requisito de afectar la vida de la nación y las fuentes del DIDH

Una de las cuestiones más polémicas y difíciles de dilucidar es la relativa al nivel de gravedad que deben tener los supuestos habilitantes del estado de emergencia bajo la Carta de 1979, cuestión que, por cierto, se extiende a la Norma Fundamental de 1993, cuyas regulaciones repiten las de su predecesora, como ha sido ya indicado aquí. Ni la legislación ni la jurisprudencia, como tampoco la doctrina constitucional, abordaron el tema de manera consistente en el Perú, generando un vacío normativo y la consiguiente incertidumbre jurídica. No obstante, debe repararse en que el DIDH ofrecía elementos para resolver la cuestión, los cuales infortunadamente no fueron tenidos en cuenta por los operadores jurídicos del país (en especial, por los legisladores y los jueces).

La situación es particularmente dramática ya que, mientras estuvo en vigor la Carta de 1979 (como después, bajo la vigencia de la Constitución de 1993), el estado de emergencia fue proclamado y prorrogado innumerables veces, sin que en todos los casos el Perú estuviera enfrentando una amenaza existencial (para un análisis detallado, véase el Capítulo 7, *infra*). Ello, como ha señalado la CVR, fue ocasión para la perpetración de graves violaciones de los derechos humanos y aun para la comisión de crímenes de lesa humanidad, en el contexto de la guerra interna que sufrió el país durante las dos décadas finales del siglo XX (véase el acápite 1.4.1, *supra*).

La cuestión jurídico-constitucional puede ser planteada en los siguientes términos: ¿cuál es el alcance de la exigencia de afectar la vida de la nación, incluida en la enumeración de causales que contiene el artículo 231.a del Texto Fundamental de 1979? Sobre este particular, caben dos distintas interpretaciones. En primer lugar, es posible entender que el mencionado requisito califica sólo a la frase «graves circunstancias», la cual por lo tanto debe ser considerada como un supuesto habilitante diferente y separado de aquellos otros referidos a «perturbación de la paz o del orden interno» y a «catástrofe». La segunda alternativa de interpretación consiste, más bien, en estimar que la exigencia de afectar la vida nacional no sólo alcanza a la

968 Véase Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, *op. cit.*, Tomo VIII, p. 213.

969 *Ibíd.*

970 Véase Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 68-69.

expresión «graves circunstancias», sino que se refiere también a los casos de «perturbación de la paz o del orden interno» y de «catástrofe». Las consecuencias de asumir una u otra interpretación son de enorme significación, como se verá en seguida.

Desde luego, la literalidad de la fórmula constitucional parece indicar que la interpretación correcta sería la primera. Según este criterio, existirían por lo tanto tres causales del estado de emergencia, a saber, «perturbación de la paz o del orden interno», «catástrofe» y «graves circunstancias que afecten la vida de la Nación». Sólo en la última de estas causales sería exigible que estuviera en juego la vida nacional, no así en las dos primeras. No obstante, una actividad interpretativa más elaborada y profunda lleva a una conclusión diferente, que favorece por el contrario a la segunda de las opciones de interpretación enunciadas. De conformidad con este segundo criterio, los casos serían «perturbación de la paz o del orden interno», «catástrofe» y «graves circunstancias», resultando aplicable a los tres mencionados casos el requisito de afectar la vida de la nación. Ante el dilema de cuál de estas interpretaciones preferir, debe advertirse ante todo que la doctrina y la jurisprudencia de Derecho Constitucional han dejado claramente establecido que la interpretación literal tiene serios límites e insuficiencias, de manera que no puede convertirse en el único canon interpretativo o en el que ha de prevalecer entre varios, en aquellos casos en que debe determinarse el contenido y alcance de una cláusula constitucional⁹⁷¹. Según una interpretación sistemática, finalista y *pro homine*, debe acogerse la segunda lectura de las cláusulas constitucionales, por ser la que mejor controla el poder y protege los derechos fundamentales.

Pero, además de las pautas interpretativas de orden general existentes en el Derecho Constitucional, hay un elemento de gran relevancia que contribuye a inclinar la solución del dilema en sentido favorable a la segunda interpretación. Es el deber de acatar las obligaciones impuestas en esta materia por diversas fuentes de DIDH. Como se sabe, los dos principales tratados de derechos humanos vigentes en el Perú durante el período en que operó la Constitución de 1979 (y hasta ahora en vigor) admiten la suspensión o derogación de ciertas obligaciones que ellos mismos estipulan, en los casos en que los Estados partes instauren un régimen de excepción, a condición de que se configure lo que se denomina una «amenaza existencial» (véase el acápite 1.5.1, *supra*). Así, el PIDCP indica que los supuestos habilitantes son los de «situaciones excepcionales que pongan en peligro la

971 Véase César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho* (Lima: Palestra Editores, 2003), pp. 486, 488 y 495-496; Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), pp. 61-63 y 67-69; Riccardo Guastini, «¿Peculiaridades de la Interpretación Constitucional?», en Riccardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional* (México, D. F.: Fontamara, 2001), pp. 263-264. También STC 5854-2005-PA/TC (caso Lizana Puelles), fundamentos jurídicos 12, 17, 32 y 36.

vida de la nación» (artículo 4.1), en tanto la CADH prevé que la situación ha de ser un «caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte» (artículo 27.1).

Parece claro, por cierto, que las cláusulas constitucionales sobre estados de excepción debían haber sido interpretadas en armonía con los tratados internacionales de derechos humanos, como fue señalado oportunamente por algunos autores⁹⁷². Al respecto, debe recordarse que la misma Constitución de 1979 ratificó el PIDCP y la CADH (decimosexta de las disposiciones finales y transitorias) y otorgó rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos (artículo 105).

Ahora bien, qué debía (qué debe) entenderse por amenaza existencial o crisis extrema que se cierne sobre la vida nacional mediante una guerra u otro peligro semejante, venía determinado por las mismas reglas del DIDH. Desde luego, al intentar usar como referente los tratados internacionales de derechos humanos entonces en vigor en el Perú, surge de inmediato una dificultad, pues se constata la distinta redacción de las causales en la CADH y en el PIDCP. En efecto, es notorio que mientras el Pacto Internacional de la ONU habla de circunstancias excepcionales que hagan peligrar «la vida de la nación», el Pacto de San José enumera los casos de guerra, peligro público u otra emergencia que constituya una amenaza contra «la independencia o seguridad del Estado», esto es, opta por una regulación «casuística»⁹⁷³, sin mencionar la eventual afectación de la vida nacional.

Diversos autores han resaltado esta heterogeneidad en las fórmulas lingüísticas empleadas por el Pacto Internacional y la Convención Americana. Así, René Provost sostiene que la excepción es «más amplia» en la CADH que en el PIDCP y en el CEDH⁹⁷⁴, en tanto Joan Fitzpatrick apunta que la redacción «difiere notablemente» y que, visto el punto de manera superficial, la Convención Americana puede parecer que tiene «un umbral más bajo» que el PIDCP y el CEDH⁹⁷⁵. En fin, Thomas Buergenthal coincide en que una primera aproximación al fraseo («wording») del artículo 27.1 de la CADH puede dar la impresión de ser «sustancialmente diferente» de sus

972 Véase Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, p. 93; Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia* (Lima: Comisión Andina de Juristas - Fundación Friedrich Naumann, 1988), p. 18. Véase también Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VI, p. 510.

973 Véase Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, *op. cit.*, p. 99.

974 Véase René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 272 (traducción propia).

975 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 56 (traducción propia).

pares en el PIDCP y en el CEDH, de tal manera que pareciera que estos dos últimos tratados «prevén emergencias de mayor magnitud» que las reguladas en la CADH⁹⁷⁶.

5.2.2.1. Los trabajos preparatorios de la CADH

No obstante, una revisión cuidadosa de las fuentes disipa cualquier duda y deja firmemente establecido que, en realidad, no existen diferencias sustanciales entre los estándares establecidos en los distintos tratados internacionales mencionados. Es decir, a pesar de la diversidad de fórmulas empleadas, la CADH y el PIDCP, como también el CEDH, contienen exigencias similares en esencia. En todos los casos, las condiciones que autorizan a proclamar el estado de excepción han de suponer un peligro actual o inminente, de especial gravedad, a la vida nacional. La consulta de los trabajos preparatorios de la CADH y del PIDCP, así como de la jurisprudencia y la doctrina del DIDH, confirma esta aseveración⁹⁷⁷.

Ante todo, ha de tenerse en cuenta la evolución de las condiciones de habilitación del estado excepcional en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, y aún antes, en las primeras aproximaciones al tema en el SIDH. Y es que, ya en su Informe de 1966, el Relator de la CIDH, Daniel Hugo Martins, abordó la cuestión de la «causal» para la declaración del estado de sitio o la suspensión de las garantías constitucionales y, además de cuestionar el uso de palabras de «generalidad» inconveniente, «muy débiles limitaciones» o «exagerada latitud», opinó que podía tenerse por adecuada la fórmula «Cuando así lo exija la seguridad del Estado», muy en boga en el constitucionalismo americano de entonces, pero en la medida en que se la considerase como referida tan sólo a «los casos graves en que se amenace la integridad o existencia de los tres elementos constitutivos del Estado: población, territorio, orden jurídico»⁹⁷⁸.

Para mayor precisión, el Informe Martins agregó que la fórmula lingüística bajo examen abarcaba «exclusivamente» unas pocas situaciones, desde luego de notoria gravedad:

- 1) Un peligro actual o inminente para la existencia del pueblo como nación.

976 Véase Thomas Buergenthal, «The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences», *American University Law Review*, 30 (1980-1981), p. 161 (note 32) (traducción propia). Véase también Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos* (Lima: Comisión Andina de Juristas, segunda edición, 1989), p. 398.

977 Para una primera aproximación a este tema, véase Abraham Siles, «The Peruvian State of Constitutional Emergency in the Light of International Law of Human Rights: Three Relevant Aspects», *op. cit.*, pp. 27-48.

978 Véase Daniel Hugo Martins, «La protección de los derechos humanos frente a la suspensión de las garantías constitucionales o "Estado de Sitio"», *op. cit.*, p. 141.

- 2) Para la supervivencia del Estado como entidad política soberana e independiente.
- 3) Para la integridad del territorio.
- 4) Para el acatamiento de la Constitución política vigente.
- 5) Para el ejercicio de los poderes legítimos por parte de las autoridades constitucionales.
- 6) Un peligro grave e inminente de perturbación profunda de la paz social, el orden público, que haga peligrar la seguridad interior del Estado⁹⁷⁹.

Ahora bien, en el momento en el que, poco más tarde durante aquel mismo año 1966, la CIDH debió abocarse a la tarea de estudiar la cláusula suspensiva o derogatoria (artículo 19) del «Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos» para las Américas que elaboró el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (CIJ) y de los correspondientes Proyectos redactados por los Estados de Uruguay y Chile, la Comisión Interamericana adoptó de manera expresa las consideraciones y los criterios expuestos por el Informe Martins, remitiéndose a él en los siguientes términos:

A propósito del Artículo 19 del Proyecto del CIJ y de los textos correspondientes de los Proyectos de Uruguay y de Chile, la Comisión se permite sugerir al Consejo de la Organización [de la OEA] que tome en consideración la parte correspondiente del Segundo Informe titulado “La Protección de los Derechos Humanos Frente a la Suspensión de Garantías Constitucionales o Estado de Sitio”, preparado por el Dr. Daniel Hugo Martins, Miembro de la Comisión⁹⁸⁰.

El problema con la regulación de las «circunstancias operativas»⁹⁸¹ del estado de excepción conforme a los proyectos del CIJ y de los Gobiernos de Uruguay y Chile es que empleaban fórmulas que fueron consideradas de extrema vaguedad y que otorgaban una amplia discrecionalidad a los propios Estados Partes para, de acuerdo a sus respectivos Derechos internos, proceder a declarar la emergencia. Así, las tres propuestas normativas se

979 *Ibid.* Véase también Abraham Siles, «El Estado de Emergencia Constitucional Peruano a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Tres Aspectos Relevantes», *op. cit.*, p. 17.

980 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe sobre la Labor Desarrollada durante el Décimocuarto Período de Sesiones (3-21 de Octubre de 1966)» (Washington, D. C.: Secretaría General de la OEA, 1966), párrafo 56, p. 18 (documento OEA/Ser.L/V/II.15, Doc. 29 [español]).

981 La expresión es de Héctor Faúndez Ledesma. Véase Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, *op. cit.*, p. 99.

valían del enunciado abierto «situaciones excepcionales», pero, más problemático aún, su determinación quedaba remitida a cada Estado de modo unilateral, sin mayores limitaciones⁹⁸². La Comisión Interamericana, sin embargo, se mostró altamente crítica y ejerció un liderazgo vigoroso para consagrar una fórmula más exigente, que redujera el margen de acción de los Estados y, en cuanto al umbral de severidad, se asemejara en contenido sustantivo a lo estipulado, con distinto fraseo, en el PIDCP y en el CEDH.

Así, en la ya antes citada «Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de las Garantías Constitucionales o Estado de Sitio», emitida el 16 de abril de 1968, la Comisión Interamericana ratificó la exigencia de un alto umbral de gravedad para que fuera posible la instauración de un régimen de emergencia. En efecto, el pronunciamiento público de la Comisión sostuvo que, para ser compatible con el sistema de gobierno de «democracia representativa», valor fundamental del SIDH, se requiere que la «suspensión de garantías» sea introducida únicamente «en caso de guerra u otra emergencia pública grave que pongan en peligro la vida de la Nación o la seguridad del Estado»⁹⁸³.

Como puede apreciarse, la Resolución de la CIDH optaba por un enunciado similar en parte al consagrado por el artículo 15.1 del CEDH, el cual a su vez era muy parecido a aquel recogido, desde muy temprano durante los trabajos preparatorios, en las versiones iniciales de lo que luego fue el artículo 4 del PIDCP⁹⁸⁴. Con la diferencia, ciertamente notable, de que el artículo

982 Véase Robert E. Norris y Paula Desio Reiton, «The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties», *op. cit.*, pp. 191-192; Claudio Grossman, «Algunas Consideraciones sobre el Régimen de Situaciones de Excepción bajo la Convención Americana Sobre Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 125; Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 58. Los proyectos del CIJ, Chile y Uruguay pueden ser consultados en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968* (Washington, D. C.: General Secretariat of the Organization of American States, 1973), pp. 236-274, 275-297 y 298-317, respectivamente (las cláusulas derogatorias de cada proyecto pueden ser consultadas en *ibíd.*, pp. 244, 285 y 301, respectivamente).

983 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de las Garantías Constitucionales o Estado de Sitio», en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Labor Desarrollada durante el Decimoctavo Período de Sesiones (1-17 de Abril de 1968)*, *op. cit.*, párrafo 79, p. 47.

984 El CEDH se refiere al «caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación» (artículo 15.1). Véase el texto del artículo 15 del CEDH en Consejo de Europa, *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Estrasburgo: European Court of Human Rights - Council of Europe, s.f.), p. 13. En lo sucesivo, las disposiciones del CEDH se citan de esta fuente. Sobre la manera cómo los redactores del artículo 15 del CEDH tomaron como modelo a los primeros borradores del artículo 4 del PIDCP, véase European Commission of Human Rights Secretariat, «Preparatory Work on Article 15 of the European Convention on Human Rights» (Estrasburgo, 1956), p. 10; Peter Kempees, *Thoughts on Article 15 of the*

4.1 del PIDCP no incluyó la mención a la guerra, debido a que sus redactores no quisieron aludir de manera expresa a una circunstancia que la propia Organización de las Naciones Unidas deseaba desterrar de las relaciones internacionales entre Estados⁹⁸⁵.

Como quiera que fuere, lo cierto es que la redacción del pronunciamiento de la CIDH se asemejaba parcialmente a la adoptada por el CEDH y el PIDCP, en la medida en que dicho pronunciamiento se refería a una «emergencia pública» que pusiera en grave peligro «la vida de la Nación», aunque añadiendo a ello el riesgo para «la seguridad del Estado». En consecuencia, al margen de matizaciones y singularidades, parece más allá de toda discusión el hecho que, precisamente sobre la base de los importantes estudios especializados llevados a cabo y de la experiencia institucional adquirida en los años de trabajo en el hemisferio americano, la Comisión Interamericana defendía, ya entonces, la tesis de que la amenaza susceptible de dar lugar a la introducción de un estado de excepción había de ser no una leve o por motivos de orden menor, sino una de especial importancia o gravedad⁹⁸⁶.

Este criterio claro y rotundo de especial gravedad —que alude a lo que Joan Fitzpatrick denomina el «umbral de severidad de la causa»⁹⁸⁷— fue recogido luego en el «Anteproyecto de Convención Americana sobre Protección de los Derechos Humanos» que la CIDH elaboró, por encargo

European Convention on Human Rights (Países Bajos: Wolf Legal Publishers, 2017), p. 13; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, pp. 12 y 14. Véase también Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 286 y 289; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), «Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations» (Estrasburgo: Council of Europe, 2006), párrafo 11, p. 5.

985 Véase UN Secretary-General, «Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights» (New York: United Nations General Assembly, 1955), párrafo 39, p. 23. Véase también Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, *op. cit.*, p. 89; Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *Derecho* 38, (1984), p. 171; Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 509; Dominic McGoldrick, «The Interface between Public Emergency Powers and International Law», *International Journal of Constitutional Law*, 2.2 (2004), p. 393; Florentín Meléndez, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (San Salvador: Imprenta Criterio, 1999), p. 149.

986 Véase Robert E. Norris y Paula Desio Reiton, «The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties», *op. cit.*, p. 192; Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 58; Claudio Grossman, «Algunas Consideraciones sobre el Régimen de Situaciones de Excepción bajo la Convención Americana Sobre Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 123.

987 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 55 (traducción propia).

del Consejo de la OEA, durante su Decimonoveno Período de Sesiones (Extraordinario), que celebró en julio de 1968. En tal sentido, el artículo 24 del Anteproyecto prescribió que «en caso de guerra u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte», éste podría ejercer su potestad de adoptar disposiciones que suspendieran sus obligaciones relativas a los derechos humanos⁹⁸⁸. Si bien el nuevo texto prescindía ahora de la mención expresa a la afectación de la vida nacional, ello no significaba, de ninguna manera, una disminución en la exigencia de configuración de una amenaza existencial, a juzgar tanto por el significado ordinario de la fórmula elegida como por los antecedentes aquí examinados.

Por lo demás, al ceñirse a la redacción empleada en su Resolución de abril de 1968, la CIDH dejaba de lado la opción consagrada en el Documento de Trabajo redactado de manera previa por su Secretaría Ejecutiva. En efecto, el artículo 19 de la propuesta de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH, inspirado en el modelo contenido en el PIDCP, que en ese momento ya había sido aprobado pero aún no entraba en vigencia, se refería a «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente»⁹⁸⁹. Es decir, ni más ni menos que la misma expresión acogida en el artículo 4.1 del PIDCP.

El Anteproyecto elaborado por la CIDH, ya con el título de «Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos»⁹⁹⁰, fue utilizado como «documento de trabajo» durante la Conferencia Especializada que, sesionando en San José de Costa Rica, aprobó la CADH entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969⁹⁹¹. De ese modo, pese a que Carlos Dunshee de Abranches, representante de Brasil en la Conferencia Especializada de San José y destacado miembro de la CIDH, dijera durante los debates de la Comisión I —dedicada a la «materia de la protección», esto es, a los aspectos sustantivos de la regulación de los derechos— que el origen del artículo 24 del Proyecto de Convención Americana era el CEDH⁹⁹², lo cierto

988 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe sobre la Labor Desarrollada durante el Decimonoveno Período de Sesiones (Extraordinario) (1-11 de Julio de 1968)» (Washington, D. C., Secretaría General de la OEA, 1968), párrafo 57, p. 51 (documento OEA/Ser.L/V/II.19, Doc. 51 [español]).

989 *Ibíd.*, párrafo 57, p. 50.

990 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos», en *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968* (Washington, D. C.: General Secretariat of the Organization of American States, 1973), pp. 388-419.

991 Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 15; Claudio Grossman, «Algunas Consideraciones sobre el Régimen de Situaciones de Excepción bajo la Convención Americana Sobre Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 123; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 250.

992 Véase Organización de Estados Americanos, «Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos» (Washington, D. C.: Secretaría General

es que el documento de trabajo o texto de referencia que examinaron los delegados presentes en la capital de Costa Rica había ya prescindido de la fórmula «amenaza a la vida de la Nación».

Es sin duda un «hecho intrigante», como lo llama Anna-Lena Svensson-McCarthy⁹⁹³, el que la Comisión Interamericana no haya mantenido esta frase tomada del PIDCP y del CEDH, cambio de parecer de cuyos motivos o fundamentos, además, no han quedado trazos en los trabajos preparatorios⁹⁹⁴. Hay que insistir, empero, en que éstos indican con claridad que el sentido otorgado a la cláusula suspensiva o derogatoria finalmente consagrada en el artículo 27.1 de la CADH es el de un alto umbral de gravedad, similar a aquel reconocido en el PIDCP y también en el CEDH⁹⁹⁵. En consecuencia, las particularidades de la redacción en el instrumento americano, por contraste con los tratados de ámbito universal y europeo, parecen deberse a factores de conveniencia o necesidad específicos de la realidad hemisférica entonces considerada. Como señala Joan Fitzpatrick, «el especial interés desarrollado dentro de la OEA en proteger los derechos humanos durante los estados de emergencia puede ayudar a explicar la forma bastante diferente que el artículo de derogación toma en la Convención Americana, por comparación con la Convención Europea y con el Pacto [PIDCP]»⁹⁹⁶. Es sólo una cuestión de forma, empero. Se cambió la manera de enunciar la regla, pero no su espíritu ni su contenido sustantivo.

También debe ser señalado aquí, en cuanto al umbral de severidad exigido por la CADH, que las cosas no son distintas por el hecho que durante la Conferencia Especializada de San José los delegados de los países hayan añadido al Proyecto de la CIDH el supuesto de «peligro público» como habilitante de la declaración de emergencia⁹⁹⁷. Y es que, aunque

de la OEA, 1969), p. 264. Véase también Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 203.

993 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 246 (traducción propia).

994 Véase Robert E. Norris y Paula Desio Reiton, «The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties», *op. cit.*, pp. 192-193; Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 204. Véase también Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, pp. 14-15.

995 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 249; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, pp. 15-16; Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 205 y 208.

996 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 55 (traducción propia).

997 Norris y Reiton destacan que se trata de una causal que sólo existe en la CADH, no así en el PIDCP ni en el CEDH. Véase Robert E. Norris y Paula Desio Reiton, «The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and

ciertamente se trata de una expresión vaga e imprecisa, las actas del debate muestran que el propósito perseguido por los redactores de la CADH no fue otro que prever la posibilidad de instaurar el régimen de excepción ante desastres naturales. Así, el representante de El Salvador propuso incluir la frase «u otra calamidad pública» —reemplazada al final por «u otro peligro público»—, alegando que las catástrofes de la naturaleza suelen estar desprovistas de características políticas, de suerte que no quedarían cubiertas por la cláusula relativa a amenazas sobre la seguridad interna o externa del Estado concernido⁹⁹⁸. Como quiera que fuere, la razón del añadido no estaba, como se ve, en una (inexistente) intención de disminuir el nivel de gravedad de los supuestos habilitantes de la excepción, sino en admitir una hipótesis normativa de distinta índole o calidad, no relacionada con factores de orden político, sino con eventuales contingencias derivadas de desastres naturales.

Un elemento adicional, que debe tenerse en cuenta por su innegable importancia teórica y práctica, es que las exigencias relativas al «peligro público» y a la «seguridad del Estado» como condiciones de habilitación del estado de excepción imponen la obligación de evaluar si existe una emergencia a la luz de las cláusulas de restricción ordinaria de ciertos derechos (por ejemplo, libertad de conciencia y religión, libertad de pensamiento y expresión, derecho de reunión, derecho de asociación, derecho de circulación y de residencia), ya que tales cláusulas restrictivas —«*clawback clauses*», a decir de Norris y Reiton⁹⁹⁹— regulan los mismos supuestos. Se sigue de ello que, cuando están disponibles las limitaciones regulares de derechos humanos por presunta afectación del orden público o de la seguridad estatal bajo situación de normalidad constitucional, no es posible, conforme al DIDH —ni conforme al Derecho Constitucional, desde luego—, recurrir al régimen derogatorio¹⁰⁰⁰. En definitiva, entonces, el contraste entre la cláusula suspensiva y las cláusulas restrictivas de derechos, por lo que hace al peligro público y a la seguridad estatal, confirma que

the Constitutions of the States Parties», *op. cit.*, p. 198.

998 Véase Organización de Estados Americanos, «Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos», *op. cit.*, pp. 264-265. Véase también Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, *op. cit.*, p. 102.

999 Véase Robert E. Norris y Paula Desio Reiton, «The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties», *op. cit.*, p. 193. Véase también Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *Harvard International Law Journal*, 22.1 (1981), p. 6.

1000 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 205; Claudio Grossman, «Algunas Consideraciones sobre el Régimen de Situaciones de Excepción bajo la Convención Americana Sobre Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 125-126. También Peter Kempees, *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 7.

el umbral de gravedad de la crisis debe ser singularmente alto: sólo cabe recurrir a la derogación de derechos humanos si es que puede anticiparse que las medidas de restricción ordinarias han de ser inefectivas.

5.2.2.2. El proceso de elaboración del PIDCP

Los trabajos preparatorios del PIDCP apuntan en la misma dirección que los de la CADH, esto es, revelan que la intención de los redactores del tratado de ámbito universal también fue consagrar un umbral de severidad especialmente alto, vinculado al requisito de afectar la vida nacional. Al respecto, debe recordarse que la propuesta inicial, presentada por el Reino Unido en junio de 1947 ante el Comité de Redacción («*Drafting Committee*») nombrado por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, establecía un estándar bastante bajo. En efecto, el primer proyecto británico permitía a los Estados partes en el Pacto derogar sus obligaciones en materia de derechos humanos «en caso de guerra u otra emergencia nacional», condicionando las medidas a adoptar a los límites estrictos planteados por «las exigencias de la situación», pero excluyendo otros requisitos¹⁰⁰¹. Si bien, en el marco del largo proceso de elaboración del Pacto Internacional (de 1947 a 1966), la discusión sobre los aspectos esenciales de la cláusula derogatoria se concentró en los primeros años (entre 1947 y 1952)¹⁰⁰², en distintos momentos y ante diferentes órganos o instancias se produjeron debates sustantivos durante aquel período inaugural, fruto de los cuales la primera redacción pudo ser mejorada de manera considerable, al punto que Svensson-McCarthy opina que el artículo 4.1 del PIDCP «probablemente está tan bien redactado como sería posible que lo estuviera una cláusula de emergencia»¹⁰⁰³.

Como se sabe, la disposición finalmente consagrada en el artículo 4.1 del Pacto de la ONU se refiere a «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación». Las diferencias más notorias con el primer proyecto son el haber suprimido cualquier mención a la guerra, como también el haber eliminado la frase «u otra emergencia nacional», incluyendo más bien el requisito crucial de que la emergencia debía poner en

1001 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 200-201 (nota 3) (traducción propia). Véase también Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, p. 8; Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, *op. cit.*, p. 88; A. W. B. Simpson, «Britain and the European Convention», *Cornell International Law Journal*, 34 (2001), p. 533.

1002 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 53; Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», *op. cit.*, p. 96.

1003 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 216-217 (traducción propia).

peligro la vida de la nación. Para llegar a esta fórmula, sin embargo, hubo de transitarse un camino no exento de peripecias. Así, en cuanto concierne a la gravedad de la crisis, los puntos principales del proceso de elaboración son dos: en primer lugar, el debate relativo a si debía adoptarse una cláusula suspensiva o derogatoria, o, más bien, una cláusula restrictiva general o varias específicas; y, en segundo lugar, la cuestión atinente a la «calificación» de la causal, con vistas a asegurar el carácter verdaderamente excepcional de la emergencia.

En cuanto al primer punto, el Reino Unido defendió desde el comienzo la necesidad de que el Pacto contuviera una cláusula de derogación. Esta fue concebida en términos en exceso amplios, de tal suerte que permitiera a los Estados apartarse virtualmente de todas las obligaciones impuestas por el tratado. En tal sentido, el representante británico, de modo un tanto despectivo, sostuvo que el artículo propuesto significaba un vacío o laguna («*loophole*») que autorizaba a no cumplir el tratado ante una situación de emergencia nacional o por razones similares¹⁰⁰⁴, esto es, casi una suspensión del tratado mismo, a semejanza de la suspensión del imperio de la Constitución, de tradición napoleónica (véase el acápite 2.3.6, *supra*). Como quiera que fuere, Estados Unidos de América expresó su oposición, argumentando que lo mejor era estatuir una única cláusula de limitación general¹⁰⁰⁵, o sea, un modelo semejante a aquel contenido en la DUDH, instrumento que carece de disposición suspensiva o derogatoria de derechos y recoge sólo una cláusula limitativa general (artículo 29.2)¹⁰⁰⁶.

Se suscitó así, de manera parecida a lo que ya había ocurrido durante los debates del CEDH, una discrepancia entre dos concepciones o perspectivas sobre el diseño de las suspensiones y restricciones de derechos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, las cuales Joan Fitzpatrick denomina «enumeración general» y «definición precisa»¹⁰⁰⁷. Los defensores del primer enfoque favorecían la inclusión de definiciones de derechos positivas y deseaban que no hubiera excepciones o restricciones distintas de las consideradas en la cláusula general de limitación, mientras,

1004 *Ibid.*, pp. 201 y 213 (traducción propia).

1005 Véase Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, p. 8; Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, *op. cit.*, p. 88.

1006 Véase Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, pp. 505-506; Abraham Siles, «The Peruvian State of Constitutional Emergency in the Light of International Law of Human Rights: Three Relevant Aspects», *op. cit.*, pp. 27-48.

1007 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 52 (traducción propia). Véase también Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, p. 8; UN Secretary-General, «Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights», *op. cit.*, párrafo 36, p. 23.

a su turno, los partidarios de la «definición precisa» —encabezados por los representantes de su Majestad, algo preocupados por los efectos que el Pacto pudiera tener en los dominios coloniales¹⁰⁰⁸— se inclinaban, más bien, no sólo por cláusulas limitativas en diversas disposiciones que defnieran derechos particulares, sino además por un artículo derogatorio que fuera aplicable en casos de emergencia, para lo que arguyeron que ello impediría el abuso de la suspensión o la violación de derechos¹⁰⁰⁹.

Terminó por prevalecer la tesis de la definición precisa, es decir, triunfaron quienes propugnaban la necesidad de consagrar la potestad derogatoria de los Estados ante las emergencias. Es más, la disposición suspensiva pronto coexistiría en el proyecto con cláusulas restrictivas específicas para determinados derechos, lo que a la postre quedó consagrado en el Pacto Internacional. De cualquier modo, cuando la tesis de la definición precisa fue aceptada como una alternativa por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el año 1948¹⁰¹⁰, la discusión se focalizó entonces, con especial intensidad, sobre los medios adecuados para establecer límites a los poderes de excepción y para evitar los abusos a los que, a través de la historia y aun en época reciente, habían tendido los Estados¹⁰¹¹.

Desde ese momento, cobra singular relieve la segunda cuestión anotada aquí, a saber, la relativa a cómo debían ser calificados los supuestos habilitantes a fin de garantizar la naturaleza excepcional de la crisis y evitar, por ende, el mal uso de las facultades de emergencia y la vulneración de las libertades fundamentales de las personas.

Sobre este particular, se observa en el proceso de elaboración del PIDCP una mejora paulatina, puesto que la propuesta inicial del Reino Unido, según se ha dicho ya, simplemente establecía como supuestos operativos los de «caso de guerra u otra emergencia nacional», lo que poco después fue modificado, pero únicamente para sustituir «emergencia nacional» por «emergencia pública»¹⁰¹². Así, ambas fórmulas carecían de la exigencia adicional, desde luego necesaria, de calificar de algún modo las causales con el propósito de introducir limitaciones sobre los poderes de excepción a ejercer

1008 Véase A. W. B. Simpson, «Britain and the European Convention», *op. cit.*, pp. 532-533.

1009 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, pp. 52-53; UN Secretary-General, «Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights», *op. cit.*, párrafo 37, p. 23; Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», *op. cit.*, pp. 96-97.

1010 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 203; Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 53 (nota 13).

1011 Véase UN Secretary-General, «Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights», *op. cit.*, párrafo 37, p. 23.

1012 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 200-201.

por los Estados partes del Pacto. Durante los debates fueron consideradas diversas fórmulas, entre las que se contaron, además de las ya indicadas, las siguientes: «caso de guerra u otra emergencia pública que amenace los intereses del pueblo», «en el caso de un estado de emergencia oficialmente proclamado por las autoridades o en el caso de desastre público», o también «emergencia pública que amenace la seguridad, protección y bienestar general del pueblo» o «en caso de peligro excepcional hecho evidente por un acto público o desastre público»¹⁰¹³.

Por curioso que pueda parecer, la frase finalmente elegida lo fue, al menos en parte, debido al deseo de los redactores del Pacto de emplear una fórmula similar a la consagrada en el artículo 15.1 del CEDH¹⁰¹⁴, que, como ha sido advertido, se inspiró en los primeros borradores del artículo 4.1 del PIDCP. Sólo que ahora, como ha sido dicho antes, el tratado de la ONU, por contraste con sus proyectos iniciales y con el Convenio Europeo, ya no contenía la referencia expresa a la guerra como causal. Surge, pues, una nota de ironía que tiñe el intrincado proceso histórico, de préstamos y mutuas influencias, durante la redacción de las cláusulas derogatorias del PIDCP y el CEDH, proceso en el que, tanto en el ámbito universal como en la esfera regional, desempeñaron roles protagónicos los representantes del Reino Unido¹⁰¹⁵. Lo cierto, en todo caso, es que quedó consagrada en el Pacto Internacional, de modo semejante a lo prescrito en el instrumento europeo, la necesidad de que la emergencia fuera de tal magnitud que estuviese comprometida la vida de la nación, estándar que Joan F. Hartman denomina, con singular acierto, «medida cualitativa de severidad»¹⁰¹⁶.

Sin analizar aquí el contenido del concepto, lo que se hará en el siguiente acápite, resulta claro que se trataba de un estándar de elevada exigencia, orientado a imponer limitaciones sobre el accionar de los Estados partes en el Pacto Internacional, con el propósito ulterior de asegurar de manera razonable el respeto de los derechos humanos. Como señala Joan

1013 Véase UN Secretary-General, «Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights», *op. cit.*, párrafo 39, p. 23 (traducción propia). Véase también Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 13; Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, pp. 9-10.

1014 Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, pp. 13-14. Véase también Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, *op. cit.*, p. 90.

1015 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 200-217; Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 53 (notas 12-13); Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, pp. 506; A. W. B. Simpson, «Britain and the European Convention», *op. cit.*, pp. 531-533, 540 y 553-554.

1016 Véase Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», *op. cit.*, p. 98 (traducción propia).

F. Hartman, la preocupación primordial de los redactores fue lograr una precisión tal en el fraseo del artículo, que impidiera su transformación en una «cláusula de evasión» (*«escape clause»*)¹⁰¹⁷.

5.2.2.3. El contenido del concepto de peligro para la vida de la nación: la jurisprudencia y la doctrina del DIDH

Los acápites anteriores muestran cómo los trabajos preparatorios de la CADH y el proceso de elaboración del PIDCP confirman que, pese a las diferencias de fraseo, las causales del estado de excepción suponen en ambos instrumentos un alto umbral de gravedad, el cual puede compendiarse en la fórmula relativa al peligro para la vida nacional. Toca ahora examinar el contenido del concepto en la jurisprudencia y en la doctrina del DIDH aplicable en el Perú bajo la Constitución de 1979. Pues, bien, tanto en el sistema universal como en el sistema americano la jurisprudencia y la doctrina de entonces corroboraban igualmente la necesidad de que se configurase una amenaza existencial para la proclamación y el mantenimiento del estado de emergencia. Para ello, sin embargo, jurisprudencia y doctrina hubieron de tener en cuenta la actividad interpretativa desarrollada, en primer lugar, por los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos en el ámbito europeo.

5.2.2.3.1. El concepto en la jurisprudencia y la doctrina del sistema europeo de derechos humanos

Fueron la Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión EDH) y la Corte (Corte EDH) quienes formularon, tempranamente, la doctrina fundamental en la materia, la cual subsiste en sus aspectos esenciales hasta el día de hoy¹⁰¹⁸. La primera decisión es la relativa al denominado «Caso de Chipre» (o también «Primer Caso de Chipre»¹⁰¹⁹), surgido a mediados de la década de 1950, cuando el Reino de Grecia presentó una queja interestatal contra el Reino Unido de Gran Bretaña, por supuestas infracciones a los deberes derivados del CEDH. El contexto general era el de la aparición de un movimiento político (EOKA, por sus siglas en griego) que buscaba unir

1017 Véase Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, p. 10 (traducción propia).

1018 Véase Directorate of the Jurisconsult of European Court of Human Rights, «Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights» (Estrasburgo, 2018), párrafos 6-8, p. 6; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), «Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations», *op. cit.*, párrafos 9-10, p. 4.

1019 Véase Peter Kempees, *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 37 y 41 (traducción propia). Véase también Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 16 (nota 30); Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 313.

Chipre a Grecia mediante acciones de lucha armada. Como respuesta, el Gobierno inglés impuso medidas represivas en su entonces colonia chipriota, incluyendo la aprobación de leyes de emergencia y la deportación del líder del movimiento contestatario, arzobispo Makarios III, y otros seguidores hacia las islas Seychelles¹⁰²⁰.

La Comisión EDH adoptó su Informe sobre el caso el 26 de septiembre de 1958. El extenso documento —dos gruesos volúmenes, que no fueron publicados sino años más tarde debido a que el caso recibió una «solución diplomática» o «política»¹⁰²¹— abordaba ya en aquel momento, y por primera vez, algunas de las cuestiones cruciales relativas a los estados de emergencia. Así, al determinar si existía o no un peligro público que amenazara la vida nacional, la Comisión EDH comenzó por interpretar el concepto de nación previsto en el artículo 15.1 del CEDH. En tal sentido, la Comisión consideró que, en el caso concreto, la expresión se refería a la Isla de Chipre y no al Reino Unido ni a la Mancomunidad británica («*Commonwealth*»), agregando, ya en términos generales, que ella misma (la Comisión) debía orientarse por la noción de «Estado» tal como la define el Derecho Internacional, por lo que debía entenderse que «nación» significa «el pueblo y sus instituciones», es decir, «la sociedad organizada, incluyendo a las autoridades responsables de mantener la ley y el orden bajo el Derecho doméstico e internacional»¹⁰²².

Tras examinar las cifras de la violencia provocada por EOKA (muertos, heridos, explosiones de bombas, ataques contra las fuerzas policiales y de seguridad), la Comisión Europea rechazó el planteamiento del Gobierno griego, para quien no se configuraban los elementos exigidos por el artículo convencional. El órgano de supervisión desestimó una aproximación meramente cuantitativa al problema, y tuvo en consideración que los incidentes violentos fueron causados por una «organización militante y en rápido crecimiento», que procuraba lograr la independencia de Chipre «por todos los medios posibles, incluyendo la fuerza y la violencia», por lo que, examinando ambos factores, aseveró que era «al menos plausible» asumir

1020 Véase Peter Kempees, *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 37. Para un completo y detallado análisis crítico del caso, véase A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, *op. cit.*, pp. 924-987.

1021 Véase Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, p. 24 (nota 117) (traducción propia); Joseph Zand, «Article 15 of the European Convention on Human Rights and the Notion of State of Emergency», *Journal of the Faculty of Law of İnönü University*, 5 (2014), p. 168 (traducción propia). Véase también Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 312.

1022 Véase European Commission of Human Rights, «Greece v. The United Kingdom» (Estrasburgo, Council of Europe, 1958, Volume I), párrafo 130, p. 133 (traducción propia).

que se produjo una situación de amenaza a la vida nacional¹⁰²³. La Comisión afirmó que «la evaluación de si existió o no un peligro público es una cuestión de apreciación», y que tal evaluación había sido hecha por el Gobierno británico en el sentido de que dicha amenaza efectivamente existía, lo que había sido corroborado posteriormente por el «gran incremento» de la violencia producido entre noviembre de 1955 y marzo de 1957¹⁰²⁴. Finalmente, a modo de conclusión de su razonamiento, el Informe suscrito por el Pleno de los comisionados terminó de perfilar la primera formulación de su pronto célebre «doctrina del margen de apreciación», en los siguientes términos:

La Comisión de Derechos Humanos está autorizada por la Convención para expresar una opinión concluyente sobre las derogaciones bajo el Artículo 15, pero el Gobierno concernido retiene, dentro de ciertos límites, su discrecionalidad para apreciar la amenaza a la vida de la nación. En el presente caso el Gobierno de Chipre no ha ido más allá de tales límites de apreciación¹⁰²⁵.

Como se ve, en este primer pronunciamiento de la Comisión EDH sobre las condiciones exigidas por el Convenio Europeo para proclamar un estado de emergencia ya se establece que la amenaza debe recaer sobre la «sociedad organizada», lo que comprende a las instituciones del pueblo y a las autoridades encargadas de mantener el orden público¹⁰²⁶, a la vez que se reconoce a los Estados, empero, un grado de discrecionalidad para decidir sobre la existencia de una amenaza grave, discrecionalidad definida como una «cuestión de apreciación», sujeta a «ciertos límites» bajo supervisión internacional¹⁰²⁷. Las siguientes decisiones de la Comisión y de la Corte EDH sobre la materia —Caso Lawless vs. República de Irlanda, Caso

1023 *Ibíd.*, párrafo 132, p. 135 (traducción propia).

1024 *Ibíd.*, párrafo 132, p. 136 (traducción propia).

1025 *Ibíd.*, párrafo 136, p. 138 (traducción propia).

1026 Algunos autores se equivocan al sostener que la doctrina del margen de apreciación, formulada por la Comisión EDH en el Primer Caso de Chipre, sólo alcanzaba a la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Estado para conjurar la emergencia, pero no a la declaración misma de la crisis, como se puede apreciar de lo aquí dicho. Véase Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 530; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, «From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights», *op. cit.*, p. 631. Véase también Joseph Zand, «Article 15 of the European Convention on Human Rights and the Notion of State of Emergency», *op. cit.*, p. 171.

1027 Véase Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, p. 24; Joseph Zand, «Article 15 of the European Convention on Human Rights and the Notion of State of Emergency», *op. cit.*, p. 168.

Griego, Caso de Irlanda vs. Reino Unido— complementarán y precisarán el esbozo trazado en el Primer Caso de Chipre.

En «*Lawless Case*», el segundo reclamo sobre la materia en llegar al sistema europeo y el primero en ser resuelto por la Corte EDH¹⁰²⁸, la controversia giró en torno a la detención gubernativa, sin autorización judicial, de miembros del Ejército Republicano Irlandés (IRA, por sus siglas en inglés), que realizaban actividades terroristas en Irlanda del Norte (parte del Reino Unido, como se sabe). Las detenciones se produjeron en el ejercicio de poderes excepcionales conferidos mediante ley, bajo un estado de emergencia proclamado oficialmente por el Gobierno de Irlanda, invocando el artículo 15 del CEDH¹⁰²⁹. Tanto la Comisión como la Corte respaldaron al Estado irlandés en lo que se refiere a la existencia de una amenaza a la vida nacional, aunque en el seno de la Comisión hubo controversia, expresada en varios votos disidentes, mientras que los magistrados de la Corte resolvieron el punto por unanimidad¹⁰³⁰.

En efecto, la mayoría de los miembros de la Comisión apelaron a un supuesto «significado natural y ordinario» de la expresión normativa «emergencia pública que amenace la vida de la nación», y estipularon que por ella habría de entenderse lo siguiente: «una situación de excepcional e inminente peligro o crisis que afecta al público general, como distinto de grupos particulares, y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad que compone el Estado en cuestión»¹⁰³¹. No obstante, tras aseverar que el concepto es «suficientemente claro», la Comisión reconoció que de

1028 Véase Alan Greene, «Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights», *German Law Journal*, 12.10 (2011), p. 1776; Virginia Helen Henning, «Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: Has the United Kingdom Made a Valid Derogation from the European Convention on Human Rights?», *American University International Law Review*, 17 (2002), p. 1275; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, «From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights», *op. cit.*, p. 631.

1029 Véase Peter Kempees, *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 42-43; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 291; Richard Burchill, «When Does an Emergency Threaten the Life of the Nation? Derogations from Human Rights Obligations and the War on International Terrorism», *Yearbook of New Zealand Jurisprudence*, 8.1 (2005), pp. 107-108. Para un resumen analítico detallado del Caso Lawless, en idioma español, véase Eduardo García de Enterría (coord.), *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos* (Madrid: Editorial Civitas, 1983, segunda edición), pp. 249-257.

1030 Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 17; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 291; Alan Greene, «Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights», *op. cit.*, p. 1777.

1031 Véase European Commission of Human Rights, «Lawless v. The Republic of Ireland» (Estrasburgo: Council of Europe, 1959), párrafo 90, p. 84 (traducción propia).

ninguna manera es «tarea fácil» el «determinar si los hechos y condiciones» de una crisis calzan con el concepto, por lo que afirmó que, considerando la «alta responsabilidad» gubernamental de proteger al pueblo, «es evidente que una cierta discrecionalidad —un cierto margen de apreciación— debe ser otorgada al Gobierno» para decidir si existe la amenaza extraordinaria y qué medidas tomar a fin de conjurarla¹⁰³².

La mayoría de los comisionados sostuvo que tres elementos eran especialmente importantes para admitir el poder de detener a personas sin juicio bajo la orden de un ministro de Estado durante la emergencia declarada, a saber: 1) la existencia de organizaciones ilegales que se valen de la violencia para obtener sus objetivos; 2) la realización de sus actividades, tanto en territorio de la República como en suelo de Irlanda del Norte; y 3) la amenaza que la existencia de dichas organizaciones y sus actividades pudiera representar para la vida de la República irlandesa¹⁰³³. Los argumentos con los que la mayoría defendió la decisión, sin embargo, resultan harto discutibles. Y es que, a pesar de verse obligada a admitir que los tribunales ordinarios continuaban funcionando como en tiempos normales y que la vida de la población no se había visto afectada en general, la Comisión estimó que la mera existencia de un grupo como el IRA constituiría una amenaza a la democracia y que sus actividades de violencia en la frontera podrían configurar un peligro para las relaciones externas de la República, por lo que juzgó que se alcanzaba el umbral de gravedad establecido por el artículo 15.1 del CEDH¹⁰³⁴.

No extraña, entonces, que importantes analistas hayan criticado la construcción argumentativa de la Comisión. Así, Joan F. Hartman opina que el énfasis de la mayoría sobre el margen de apreciación estatal la lleva a «minimizar» la necesidad de una amenaza a la vida nacional¹⁰³⁵, mientras Daniel O'Donnell observa que no existían pruebas de «una verdadera interrupción de la vida de la nación» y que la misma Comisión reconocía que durante diez años no se había realizado ni un disparo por razones políticas en suelo irlandés, por lo que surge un «profundo abismo» entre la conclusión de la mayoría, afirmando que estaba en peligro la continuidad de la vida irlandesa, y el significado usual o corriente de los términos empleados por el artículo 15.1 del CEDH¹⁰³⁶. En fin, Anna-Lena Svensson-McCarthy, tras un análisis pormenorizado de la decisión mayoritaria, afirma que ésta limitó su «poder de revisión» a un examen de si el Gobierno había actuado «dentro

1032 *Ibíd.*, párrafo 90, pp. 84-85 (traducción propia).

1033 *Ibíd.*, párrafo 90, p. 85.

1034 *Ibíd.*, párrafo 90, pp. 87-93.

1035 Véase Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, p. 24 (traducción propia).

1036 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 184-185.

de su margen de discrecionalidad», evitando, de este modo, pronunciarse sobre «la cuestión más delicada de si, *desde su perspectiva*, la situación era de tal gravedad como para caer dentro del ámbito del Artículo 15»¹⁰³⁷.

El estándar demasiado laxo establecido por la Comisión y su actitud deferente hacia la República de Irlanda abrían un campo excesivamente amplio para eventuales abusos que pudieran cometer las fuerzas del orden durante una emergencia pública. En particular, resultaba (resulta) preocupante la posibilidad de un traslado mecánico y acrítico de dicho estándar a la realidad latinoamericana, y, en lo que concierne a la presente investigación, especialmente a la realidad peruana. De allí que el mismo Daniel O'Donnell haya indicado que, en vista de los problemas de orden social y político que aquejaban a todos los países de América Latina, problemas que causaban de manera permanente perturbaciones del orden público, la adopción de las normas fácticas empleadas en el Caso Lawless podría muy bien acarrear la supresión de todo límite a la discrecionalidad de los Gobiernos en materia de instauración de regímenes de excepción¹⁰³⁸.

Por contraste con la decisión adoptada en mayoría, los votos disidentes en el Informe de la Comisión Europea coincidieron en una concepción mucho más rigurosa y restrictiva, conforme a la cual era injustificada la declaración de emergencia y la derogación de las obligaciones estatuidas por el CEDH. Como señala Joan F. Hartman, los «hilos comunes» en los votos en discordia fueron la voluntad de efectuar «una evaluación independiente de la evidencia», una «visión estricta del nivel de gravedad» necesario y, todo lo más, «un reconocimiento de la discrecionalidad del Gobierno» para definir si existe una crisis constitucional¹⁰³⁹.

Interesa, empero, destacar algunas de las razones particulares esgrimidas en las opiniones en minoría¹⁰⁴⁰. Así, el voto del profesor C. Th. Eustathiades recalcó los siguientes aspectos: 1) la situación de crisis debía ser «de tal magnitud que afectara no sólo a una parte de la población, sino a la nación como un todo»; 2) los hechos mostraban que el Parlamento, el Gobierno y los tribunales de justicia funcionaban normalmente, sin que se hubiera registrado un incremento anormal del crimen o de las víctimas del IRA; 3) debía descartarse las «predicciones subjetivas» sobre desarrollos

1037 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 297 (traducción propia).

1038 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 185.

1039 Véase Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, p. 25 (traducción propia).

1040 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 249; Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 190; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 18.

futuros de la violencia o «temores unilaterales» de que la situación pudiera degenerar y la amenaza aumentara; 4) debía tenerse en cuenta la «clara distinción» hecha en el Convenio Europeo entre artículos que permiten «restricciones» de ciertos derechos por amenazas al orden público o a la seguridad pública y la clase de situaciones referidas en el artículo 15 del instrumento internacional, que es «una de excepcional gravedad», que justifica no sólo restricciones, sino la «derogación» de ciertos artículos, interpretación además avalada por los trabajos preparatorios del CEDH¹⁰⁴¹.

Por su parte, el voto disidente del profesor A. Süsterhenn consideró que la gravedad de la crisis debía de ser medida por referencia a un concepto de guerra muy exigente, equiparable a la noción de «guerra total», lo que, en su opinión, venía apoyado por los trabajos preparatorios del Convenio Europeo¹⁰⁴². Además, el profesor Süsterhenn hizo notar que no había controversia entre las partes acerca de que «la vida en todos los sectores» del país —la política, la economía, el transporte, la educación y la prensa, así como la administración de justicia— marchaba como de costumbre y con toda normalidad en la República irlandesa¹⁰⁴³. En fin, el voto discrepante del catedrático alemán desestimó la valoración de los hechos del caso realizada por el Gobierno demandado, y, aunque reconoció que debía concederse al Estado «un cierto margen de apreciación» para decidir sobre la existencia de la situación crítica, juzgó sin embargo que, en el caso concreto, la emergencia era sólo «potencial», había permanecido casi inalterada durante años y no había perturbado el orden público ni las relaciones exteriores de la República, por lo que no podía ser tenida como de «excepcional gravedad», sino apenas como «una emergencia latente de menor grado»¹⁰⁴⁴.

Del voto en minoría del señor Dominedo debe ser resaltado, sobre todo, su búsqueda de una «evaluación cuidadosa de los hechos», para lo cual debe entenderse previamente que la exigencia del artículo 15 del Convenio Europeo no es la de «cualquier emergencia inespecífica», sino la de una «particular clase de emergencia», a saber, una «extremadamente grave», que debe amenazar la «vida misma» de la nación, es decir, su «existencia»¹⁰⁴⁵. Habida cuenta de ello, sostuvo Dominedo, «no es posible, si deseamos mantenernos dentro de los límites de la realidad, decir que la vida misma de Irlanda está en juego», ni por referencia al Estado ni a la nación¹⁰⁴⁶. Y

1041 Véase European Commission of Human Rights, «Lawless v. The Republic of Ireland», *op. cit.*, párrafo 92, pp. 94 y 97 (traducción propia).

1042 *Ibíd.*, párrafo 93, p. 98 (traducción propia).

1043 *Ibíd.*, párrafo 93, p. 99 (traducción propia).

1044 *Ibíd.*, párrafo 93, p. 101 (traducción propia).

1045 *Ibíd.*, párrafo 94, p. 102 (traducción propia).

1046 *Ibíd.* (traducción propia).

remató el razonamiento indicando la necesidad de un test objetivo: «Tal parece que cualquier persona ordinaria o de responsabilidad, sea irlandés o no, que considere objetivamente las presentes condiciones de vida en Irlanda, está obligada a arribar a esta conclusión fundamental»¹⁰⁴⁷.

Por último, cabe poner de relieve el voto disidente del profesor F. Ermacora. En efecto, el académico austriaco hizo una remarcable referencia al estado de excepción, al señalar que «de acuerdo a los principios del Derecho Público interno, un “Notstand” (estado de emergencia) existe si las reglas del Derecho Constitucional ya no pueden ser aplicadas, en otras palabras, cuando la Legislatura, la Judicatura y la Administración ya no funcionan», lo que, asevera Ermacora, ciertamente no era el caso durante el período bajo examen¹⁰⁴⁸. El breve voto singular de la señora G. Jansen-Pevtschin incidió en las razones esgrimidas en las otras disidencias, en especial, en aquella expuesta por el profesor A. Süsterhenn¹⁰⁴⁹.

Como se puede observar, los miembros en minoría de la Comisión Europea formularon agudas críticas a la decisión mayoritaria, tanto por lo que concierne a la determinación de los hechos como por lo que atañe a la aplicación del Derecho. Sus argumentos son, ciertamente, perdurables¹⁰⁵⁰. En particular, los disidentes defendieron la necesidad de utilizar un test objetivo para la evaluación de la existencia de una amenaza a la vida de la nación. Si bien admitieron, lo mismo que la mayoría, la necesidad de otorgar al Estado un margen de apreciación —el cual debía ser sólo «cierto margen», en opinión del profesor Süsterhenn, según se ha indicado ya—, afirmaron igualmente la potestad de la Comisión EDH de revisar la decisión estatal. De otro lado, los votos en minoría insistieron en que el artículo 15.1 del Convenio de Roma exige un alto umbral de gravedad en relación a la emergencia, consistente en afectar a toda la población, en el no funcionamiento normal de las instituciones del Estado, en la imposibilidad de recurrir a las restricciones ordinarias de derechos (antes que a su derogación), en descartar las predicciones subjetivas o los meros temores del Gobierno, así como en dejar de lado amenazas solo potenciales o latentes.

Esta visión más estricta y rigurosa, sin embargo, no fue aceptada por la Corte de Estrasburgo, la cual resolvió el punto relativo al nivel de severidad de la emergencia, concediendo la razón al Estado demandado y apoyándose para ello en la argumentación elaborada por la mayoría de la Comisión¹⁰⁵¹. Así, la Corte sostuvo que el «significado natural y corriente» de

1047 *Ibíd.* (traducción propia).

1048 *Ibíd.*, párrafo 96, p. 105 (traducción propia).

1049 *Ibíd.*, párrafo 95, p. 104.

1050 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 190.

1051 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 201; Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los

la fórmula del tratado europeo era «suficientemente claro», y que él aludía a «una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta a toda la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad de la cual el Estado está compuesto»¹⁰⁵². En consecuencia, los elementos fundamentales de la definición canónica de «emergencia pública» prevista en el artículo 15.1 del Convenio Europeo, conforme a la jurisprudencia de la Corte EDH establecida en el Caso Lawless (1 de julio de 1961), son los siguientes: 1) debe existir un peligro excepcional; 2) debe ser inminente (o efectivo, por cierto); 3) debe afectar a toda la población; y 4) sus consecuencias deben alcanzar a la vida organizada de la comunidad¹⁰⁵³.

A continuación, el alto tribunal europeo se avocó a determinar si «los hechos y circunstancias» que condujeron a la proclamación del estado de excepción llenaban este concepto, arribando a la conclusión de que efectivamente tal era el caso¹⁰⁵⁴. Para ello, estimó que el Gobierno de Irlanda hizo una «deducción razonable» a partir de una «combinación» de tres factores principales: 1) la presencia en suelo irlandés de un «ejército secreto» involucrado en «actividades inconstitucionales» y que se valía de medios violentos; 2) la operación de dicho ejército fuera del territorio de la República de Irlanda, «amenazando seriamente» las relaciones exteriores del país; y 3) el «incremento sostenido y alarmante» de las «actividades terroristas»¹⁰⁵⁵.

Ninguno de estos argumentos parecía tener el respaldo de la realidad, como quedaba claro del acucioso análisis realizado en los votos disidentes al interior de la Comisión EDH. La Corte, empero, fue mucho menos

Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 187; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, pp. 249 y 270.

1052 Véase European Court of Human Rights, «Case of Lawless vs. Ireland» (Estrasburgo, Council of Europe, 1961), Section «The Law», párrafo 28, p. 28 (traducción propia).

1053 Véase Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 399. Véase también Evan J. Criddle y Evan Fox-Decent, «Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law», *op. cit.*, p. 48; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), «Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations», *op. cit.*, párrafo 10, p. 4; Alan Greene, «Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights», *op. cit.*, p. 1777; Iain Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights* (Upsala: Iustus Förlag, 2006), p. 153.

1054 Véase European Court of Human Rights, «Case of Lawless vs. Ireland», *op. cit.*, Sección «The Law», párrafo 28, p. 28.

1055 *Ibid.*, Section «The Law», párrafo 28, p. 28 (traducción propia). Véase también Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 293; Virginia Helen Henning, «Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: Has the United Kingdom Made a Valid Derogation from the European Convention on Human Rights?», *op. cit.*, p. 1277; Joseph Zand, «Article 15 of the European Convention on Human Rights and the Notion of State of Emergency», *op. cit.*, p. 170.

exhaustiva y severa. Su revisión, carente de un análisis realista y en profundidad de los distintos componentes del caso¹⁰⁵⁶, eludió la cuestión decisiva de determinar el umbral de gravedad exigido por el artículo 15.1 del CEDH y, sin mencionarla de modo expreso, parece haber descansado ampliamente en la doctrina del «margen de apreciación» formulada antes por la Comisión¹⁰⁵⁷. Como quiera que fuere, lo cierto es que la decisión jurisdiccional de la Corte consagró, como señala Joan F. Hartman, una definición «factible, aunque esquemática» de emergencia pública como «una situación excepcional que afecta a toda la población y amenaza la vida nacional organizada», si bien no dilucidó con la precisión requerida el «nivel de escrutinio» a ser aplicado por los órganos de supervisión¹⁰⁵⁸. Es claro en consecuencia que, más allá de los debates que no cesan, tanto la Corte como la mayoría de la Comisión respaldaron en el Caso *Lawless* un «estándar factible y flexible», en vez de uno «extremadamente restrictivo», según dice Jaime Oraá, sobre qué ha de entenderse por emergencia pública que pone en peligro la vida de la nación¹⁰⁵⁹. La práctica de observar una amplia deferencia hacia el Estado que declara el régimen de excepción, en virtud de la imprecisa y elusiva doctrina del margen de apreciación, se había impuesto.

La posterior jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos no haría sino confirmar y perfeccionar los criterios fijados en el Caso *Lawless*. Es lo que ocurrió, ante todo, en el «Caso Griego», el cual surgió como derivación del golpe de Estado perpetrado en el Reino de Grecia el 21 de abril de 1967, cuando un grupo de coroneles derrocó al Gobierno constitucional, instaló un régimen *de facto* y, entre otras medidas, derogó obligaciones constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos, decretando el estado de sitio y la ley marcial, ordenando la disolución de partidos políticos, asumiendo amplios poderes de arresto, detención y allanamiento de domicilio, censurando a la prensa e imponiendo

1056 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 293. Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin llaman la atención acerca de la brevedad de la sección de la sentencia dedicada a la cuestión específica de la existencia de una emergencia pública que amenace la vida nacional, cuya extensión es menor a dos páginas. Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 271.

1057 Véase Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, pp. 26-27; Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 531; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 294.

1058 Véase Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, p. 27 (traducción propia).

1059 Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 18.

juicios por delitos políticos en cortes militares¹⁰⁶⁰. Para ello, el autodenominado «Gobierno Revolucionario» invocó los poderes derogatorios previstos en el artículo 15.1 del CEDH y sostuvo que existía una emergencia pública que amenazaba la vida nacional.

El Caso Griego llegó ante la Comisión EDH mediante una queja interestatal promovida por Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda¹⁰⁶¹. La Comisión, a través de su Informe del 5 de noviembre de 1969, acogió el reclamo de los Estados demandantes y, entre los diversos puntos abordados, consideró que no existía una amenaza pública a la vida de la nación en el sentido del artículo 15.1 del Convenio Europeo¹⁰⁶². La causa no fue objeto de revisión por el Tribunal de Estrasburgo, debido a que ninguno de los sujetos legitimados se valió de su derecho a solicitar el pronunciamiento jurisdiccional¹⁰⁶³. Únicamente mereció la intervención del Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano que emitió la Resolución DH (70) 1, de fecha 15 de abril de 1970, mediante la cual hizo suyo el parecer de la Comisión¹⁰⁶⁴.

En una aproximación de carácter general, es de notar que el Informe aprobado ahora por la mayoría de la Comisión EDH es bastante más exigente que el expedido en el anterior Caso Lawless¹⁰⁶⁵. De hecho, la

1060 Véase European Commission of Human Rights, «Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece», en *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 12 (La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1972), párrafo 40, pp. 19-20. También Peter Kempees, *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 44; James Becket, «The Greek Case Before the European Human Rights Commission», *Human Rights*, 1.1 (1970), p. 93; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 300; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, pp. 273-274.

1061 Véase James Becket, «The Greek Case Before the European Human Rights Commission», *op. cit.*, pp. 94-95; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 300; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 19.

1062 Véase European Commission of Human Rights, «Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece», *op. cit.*, párrafo 165, p. 76. Véase también Directorate of the Jurisconsult of European Court of Human Rights, «Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights», *op. cit.*, párrafo 12, p. 7.

1063 Véase A. H. Robertson, «Introduction», en *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 12 (La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1972), p. vi; Peter Kempees, *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 46.

1064 Véase Committee of Ministers of the Council of Europe, «Resolution DH (70) 1», en *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 12 (La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1972), pp. 511-515. Véase también James Becket, «The Greek Case Before the European Human Rights Commission», *op. cit.*, p. 91; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 19.

1065 Hubo diez votos a favor del Informe, de un total de quince miembros de la Comisión. Véase Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International

Comisión recalcó que la carga de la prueba correspondía al Estado demandado¹⁰⁶⁶, a pesar de que, al menos a nivel retórico, reiteraba que dicho Estado gozaba de un «margen de apreciación» para declarar la emergencia¹⁰⁶⁷. Asimismo, la Comisión aplicó un test «objetivo» y evaluó con todo rigor y cuidado los tres elementos de la emergencia señalados por el Gobierno griego, a saber, el peligro comunista, la crisis del Gobierno constitucional y la crisis del orden público¹⁰⁶⁸. En esta oportunidad, la Comisión se ocuparía de cuestiones sustantivas, con escasa deferencia hacia el Estado que se valía de los poderes derogatorios, y haría una ponderación independiente de las pruebas, a menudo contradictorias. El resultado final de tal evaluación, como se sabe, fue la expedición de un dictamen desfavorable al Gobierno acusado de usar indebidamente los poderes derogatorios previstos en el artículo 15 y de vulnerar el Convenio, caso único en la historia del sistema europeo de derechos humanos¹⁰⁶⁹. Ello parece explicarse, principalmente, por la desconfianza de la Comisión hacia un Gobierno que no revestía carácter democrático, sino que, por el contrario, había depuesto al Gobierno constitucional y erigido un régimen *de facto*¹⁰⁷⁰.

Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 533; Richard Burchill, «When Does an Emergency Threaten the Life of the Nation? Derogations from Human Rights Obligations and the War on International Terrorism», *op. cit.*, pp. 108-109; James Becket, «The Greek Case Before the European Human Rights Commission», *op. cit.*, p. 108. Para una crítica de las disidencias de los señores Eustathiades y Süsterhenn en el «*Greek Case*», por su sorprendente contraste con las opiniones expresadas por estos comisionados en el Caso Lawless, véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 305.

1066 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 195; Joseph Zand, «Article 15 of the European Convention on Human Rights and the Notion of State of Emergency», *op. cit.*, p. 173; James Becket, «The Greek Case Before the European Human Rights Commission», *op. cit.*, p. 108.

1067 Véase Iain Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 153; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 302; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 19. Según Joan F. Hartman, la mayoría en el Caso Griego hizo un reconocimiento al «margen de apreciación» sólo de boca para afuera («*paid only lip service*»), reduciendo la doctrina a un «mínimo casi imperceptible». Véase Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, p. 27 (traducción propia).

1068 Véase European Commission of Human Rights, «Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece», *op. cit.*, párrafo 89, p. 45. Véase también Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 274; Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 195.

1069 Véase Peter Kempees, *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 47.

1070 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and*

Aunque una mirada superficial a lo decidido por la Comisión en el Caso Griego puede dar la impresión errónea de ser una mera reiteración de los criterios sentados en el Caso Lawless, en verdad supuso un avance respecto de la jurisprudencia anterior, en la medida en que precisa su significado y amplía su alcance en varios aspectos¹⁰⁷¹. Dos de ellos son de especial relevancia. En primer lugar, la Comisión aclara que la definición de emergencia enunciada en «*Lawless Case*» incluye como componente esencial el que la amenaza sea inminente, como muestra sin lugar a dudas la versión francesa del Informe, que es la auténtica, lo que había quedado parcialmente oscurecido en la versión en idioma inglés¹⁰⁷². Es más, al respecto, la Comisión se formula una «pregunta concreta» sobre si existía una «amenaza inminente» al momento del *coup d'État* en Grecia, señalando que dicha amenaza debía ser «de tal inestabilidad política y desorden, que la vida organizada de la comunidad no podría ser llevada a cabo»¹⁰⁷³. De esta manera, el razonamiento del órgano de supervisión europeo muestra con claridad que el peligro requerido por el CEDH había de ser «concreto, grave e inmediato»¹⁰⁷⁴.

En segundo lugar —y, desde luego, es éste un elemento de enorme importancia—, la Comisión Europea adoptó el parecer expresado a su interior en las disidencias del Caso Lawless¹⁰⁷⁵ y aseveró que sólo existe un peligro excepcional, tal como lo exige el artículo 15.1 del CEDH, si es que las medidas de restricción ordinaria de derechos son «completamente inadecuadas»¹⁰⁷⁶. De manera que fue adoptado, esta vez por la mayoría

States of Exception, op. cit., p. 306; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., pp. 274-275; Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», op. cit., p. 29.

1071 Véase Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 399; Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», op. cit., p. 195; Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», op. cit., pp. 532-533.

1072 Véase European Commission of Human Rights, «Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece», op. cit., párrafo 152, pp. 71-72. Véase también Richard Burchill, «When Does an Emergency Threaten the Life of the Nation? Derogations from Human Rights Obligations and the War on International Terrorism», op. cit., p. 108; Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», op. cit., p. 195.

1073 Véase European Commission of Human Rights, «Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece», op. cit., párrafo 164, p. 75 (traducción propia).

1074 Véase Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 400.

1075 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», op. cit., p. 196.

1076 Véase European Commission of Human Rights, «Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece», op. cit., párrafo 153, p. 72 (traducción propia). Véase también Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Excep-*

de la Comisión, el criterio que Daniel O'Donnell, siguiendo el voto del profesor Süsterhenn en «*Lawless Case*», denomina «la vida sigue igual», lo que equivale a decir que no se cruza el umbral de gravedad si la supuesta crisis puede ser conjurada valiéndose el Gobierno de las cláusulas restrictivas de derechos y los instrumentos propios de la normalidad, y si las actividades de los distintos sectores de la vida nacional se siguen desarrollando sin interferencias significativas¹⁰⁷⁷. Por lo demás, el criterio sirve como parámetro de evaluación de la legitimidad de la declaración del estado de emergencia, permitiendo evidenciar abusos flagrantes¹⁰⁷⁸.

De cualquier modo, en una formulación de especial valor por su sencillez y claridad, la cual perdura hasta hoy, la Comisión consignó las características que debe tener la «emergencia pública» prevista en el artículo 15.1 del Convenio Europeo:

- 1) Debe ser actual o inminente.
- 2) Sus efectos deben involucrar a toda la nación.
- 3) La continuidad de la vida organizada de la comunidad debe estar amenazada.
- 4) La crisis o peligro debe ser excepcional, en el sentido que las medidas normales o restricciones, permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad, salud y orden públicos, son completamente inadecuadas¹⁰⁷⁹.

El último caso que se expone aquí es el de «Irlanda vs. Reino Unido», ya que completa el conjunto de primeros litigios a través de los cuales que-

tion, *op. cit.*, p. 302; Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 399-400; Evan J. Criddle y Evan Fox-Decent, «Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law», *op. cit.*, p. 48 (nota 39).

1077 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 196-197. También Directorate of the Jurisconsult of European Court of Human Rights, «Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights», *op. cit.*, párrafo 8, p. 6; Richard Burchill, «When Does an Emergency Threaten the Life of the Nation? Derogations from Human Rights Obligations and the War on International Terrorism», *op. cit.*, p. 108. Svensson-McCarthy, empero, observa que el criterio de «la vida continúa como es habitual» no puede ser siempre el parámetro para decidir si hay o no una emergencia, ya que pueden existir perturbaciones de cierta entidad al orden público sin que ello «necesariamente signifique» que se cumple el estándar exigido por el artículo 15.1 del CEDH. Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 305 (traducción propia).

1078 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 196-197.

1079 Véase European Commission of Human Rights, «Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece», *op. cit.*, párrafo 153, p. 72 (traducción propia). También Joseph Zand, «Article 15 of the European Convention on Human Rights and the Notion of State of Emergency», *op. cit.*, p. 173; Iain Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 153; Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 400.

daron establecidas las líneas básicas de la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos en lo que se refiere al concepto de emergencia que amenaza la vida nacional. El caso alcanzó celebridad debido a la controversia suscitada en torno a la cuestión de si las «cinco técnicas» de interrogatorio policial —permanencia de pie contra un muro en posición de gran tensión, encapuchamiento, ruido permanente muy agudo, privación de sueño y privación de alimento— aplicadas por el Gobierno británico a los sospechosos de terrorismo constituían tortura o si, más bien, calificaban sólo como tratos inhumanos y degradantes, que fue lo que finalmente resolvió el Tribunal de Estrasburgo¹⁰⁸⁰. A pesar de que la atención de los órganos de supervisión europeos estuvo centrada en esta cuestión, un importante elemento de la disputa legal en el caso fue el referido a si existía una emergencia en los términos exigidos por el artículo 15.1 del CEDH.

La Comisión EDH adoptó su Informe el 25 de enero de 1976, mientras la sentencia de la Corte de Estrasburgo fue emitida dos años después, el 18 de enero de 1978¹⁰⁸¹. Ahora bien, en realidad, el punto relativo a si había o no una emergencia que pusiera en peligro la vida de la nación no fue examinado en profundidad ni por la Comisión ni por la Corte europeas. Ello se debió a que ambas partes estuvieron de acuerdo en que tal emergencia efectivamente existió, sin que fuera materia de cuestionamiento la correspondiente decisión del Estado demandado¹⁰⁸². Así, la Comisión puso de relieve que el «grado de violencia» fue de una escala «bastante más allá de lo que podría ser llamado desorden civil menor» y que las fuerzas de seguridad, objeto en gran medida de tal violencia, se vieron «severamente impedidas en su función de mantener o restaurar la paz pública»¹⁰⁸³. Por su parte, la Corte, además de insistir en las dramáticas cifras de la «violencia organizada

1080 Véase Eduardo García de Enterría (coord.), *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 436-437, 441 y 448-449; Iain Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, op. cit., pp. 77-78.

1081 Véase Florentín Meléndez, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 349-350; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 276. Para un resumen analítico detallado del Caso de Irlanda, en idioma español, véase Eduardo García de Enterría (coord.), *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 430-451.

1082 Véase European Commission of Human Rights, «Ireland vs. United Kingdom» (Estrasburgo, Council of Europe, 1976), pp. 1, 75, 85, 86 y 95; European Court of Human Rights, «Case of Ireland vs. The United Kingdom» (Estrasburgo, Council of Europe, 1978), párrafo 205, p. 70. Véase también Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», op. cit., p. 533; Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», op. cit., p. 201; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 276.

1083 Véase European Commission of Human Rights, «Ireland vs. United Kingdom», op. cit., p. 95 (traducción propia).

con fines políticos», concluyó que la existencia de la crisis era «completamente clara» a partir de los hechos del caso bajo revisión¹⁰⁸⁴.

Es claro, por lo demás, que tanto la Comisión como la Corte hicieron un «examen independiente» de la situación de crisis¹⁰⁸⁵. No obstante, tal examen se ve mellado y pierde fuerza debido a su «aproximación formalista»¹⁰⁸⁶. Y es que, en esta ocasión, el Tribunal de Estrasburgo vuelve con renovado ímpetu sobre la doctrina del margen de apreciación y termina de perfilar algunas de sus características más relevantes. Conviene transcribir *in extenso* el pasaje fundamental, el cual se halla al inicio del acápite relativo a la cuestión del principio de estricta necesidad, a pesar de referirse a la naturaleza de la emergencia y los poderes de revisión de la Corte:

Corresponde en primer lugar a cada Estado contratante, con su responsabilidad por “la vida de [su] nación”, determinar si esa vida está amenazada por una “emergencia pública” y, si así fuera, cuán lejos es necesario ir en el intento de superar la emergencia. En razón de su contacto directo y continuo con las necesidades apremiantes del momento, las autoridades nacionales están en principio en una mejor posición que el juez internacional para decidir tanto sobre la presencia de tal emergencia como sobre la naturaleza y el alcance de las derogaciones necesarias para evitarla. En este asunto, el Artículo 15 párrafo 1 (art. 15.1) deja a esas autoridades un amplio margen de apreciación¹⁰⁸⁷.

Son tres los componentes de esta especial concepción de la Corte EDH sobre la cuestión de decidir acerca de la situación de crisis constitucional. En primer lugar, la Corte se muestra deferente con el Estado concernido y afirma que él es el titular de la potestad de instaurar el régimen derogatorio, como parte de su tarea de defensa de la nación. En segundo lugar, la Corte sostiene que el fundamento de su actitud de deferencia es la «mejor posición» que ocupan las autoridades nacionales, por contraste con el órgano de la jurisdicción internacional, a causa de su conocimiento inmediato de

1084 Véase European Court of Human Rights, «Case of Ireland vs. The United Kingdom», *op. cit.*, párrafos 12 y 205, pp. 6 y 70 (traducción propia). Véase también Richard Burchill, «When Does an Emergency Threaten the Life of the Nation? Derogations from Human Rights Obligations and the War on International Terrorism», *op. cit.*, p. 109; European Court of Human Rights, «Derogation in Times of Emergency» (Estrasburgo: Court's Press Unit, 2016), p. 3.

1085 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 307 (traducción propia).

1086 Véase Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 277 (traducción propia).

1087 Véase European Court of Human Rights, «Case of Ireland vs. The United Kingdom», *op. cit.*, párrafo 207, pp. 70-71 (traducción propia). Véase también Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, «From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights», *op. cit.*, pp. 632-633.

las «necesidades apremiantes» que plantea la situación concreta. En tercer lugar, y ciertamente se trata de un asunto significativo, la Corte, llevando las cosas más lejos que en la jurisprudencia anterior, afirma que la cláusula convencional otorga a las autoridades estatales, antes que un margen de apreciación reducido o estricto, uno más bien «amplio»¹⁰⁸⁸.

A renglón seguido, sin embargo, el Alto Tribunal europeo advierte que el poder de los Estados no es «ilimitado» y que la Corte y la Comisión son responsables de asegurar el cumplimiento de los compromisos estatales, de tal manera que «el margen de apreciación doméstico es así acompañado por una supervisión europea»¹⁰⁸⁹. De este modo, al menos a nivel declarativo y simbólico, la Corte recalca la existencia de límites jurídicos y se reserva la última palabra en la materia.

Finalmente, es necesario destacar un nuevo contenido en los pronunciamientos de los órganos del sistema europeo en el «*Irish Case*», y es el relativo al alcance de la emergencia. Como se ha expuesto, las decisiones iniciales en «*Lawless Case*» y «*Greek Case*» señalaron que tal alcance había de comprender a toda la nación. En «*Irlanda vs. Reino Unido*», empero, la Comisión y la Corte modificaron esta línea jurisprudencial y admitieron que la crisis podía afectar solamente a una parte o sección del cuerpo nacional o del territorio del Estado, como era, en el caso concreto, Irlanda del Norte¹⁰⁹⁰. Como consecuencia de este entendimiento, desde luego, la declaración de la crisis, lo mismo que las medidas a adoptar, habían de tener efectos limitados al ámbito de la emergencia, y no extenderse a toda la comunidad estatal, siempre y cuando fueran cumplidos los demás requisitos normativos, por cierto.

5.2.2.3.2. *El concepto en la jurisprudencia y la doctrina del sistema universal de derechos humanos*

Tras haber revisado con cierto detalle la jurisprudencia y la doctrina iniciales del sistema europeo de derechos humanos sobre el concepto de peligro

1088 Véase Joseph Zand, «Article 15 of the European Convention on Human Rights and the Notion of State of Emergency», *op. cit.*, p. 174; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, pp. 277-278; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 308. Véase también Joan F. Hartman, «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency», *op. cit.*, pp. 34-35.

1089 Véase European Court of Human Rights, «Case of Ireland vs. The United Kingdom», *op. cit.*, párrafo 207, p. 71 (traducción propia). Véase también Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 308; Evan J. Criddle y Evan Fox-Decent, «Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law», *op. cit.*, p. 71.

1090 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 309; Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 533.

público que amenace la vida nacional (artículo 15.1 del CEDH), corresponde ahora detenerse a examinar el desarrollo operado bajo el marco del PIDCP, durante los años en que estuvo en vigor en el Perú la Constitución de 1979. Ha de recordarse que lo que aquí se procura es interpretar el contenido de las causales del estado de emergencia constitucional a la luz de la primera ola de recepción del DIDH en el país. La exposición de los criterios jurisprudenciales de la Comisión y la Corte europeas, así como de la correspondiente doctrina, ha sido necesaria no sólo porque tales criterios fueron los primeros en ser elaborados, sino porque dejaron establecido el concepto canónico, que luego sería adoptado en sus rasgos esenciales en los ámbitos universal y americano. En efecto, como ha sido ya señalado en esta investigación, la cláusula del CEDH y la del PIDCP son virtualmente iguales, lo que se explica por el peculiar proceso de elaboración de cada tratado internacional, proceso que permitió influencias y préstamos recíprocos. Más allá del enunciado o fraseo y más allá de los trabajos preparatorios, sin embargo, la aplicación de la cláusula recogida en el artículo 4.1 del Pacto Internacional confirma que el estándar universal es similar al europeo.

Con todo, ha de tenerse en cuenta la complejidad y las singularidades de lo avanzado al amparo del instrumento de las Naciones Unidas. Y es que la misma naturaleza del Comité de Derechos Humanos como órgano de supervisión y control del cumplimiento del PIDCP impone ciertas limitaciones y características. Sin embargo, además de lo actuado por el Comité DD. HH., es preciso considerar el desarrollo impulsado por los Relatores Especiales de las Naciones Unidas Nicole Questiaux y Leandro Despouy, así como la aprobación de los Principios de Siracusa, redactados por un grupo de expertos en la materia, y los Estándares Mínimos de París, propuestos por la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés).

Por lo que se refiere al Comité del PIDCP, son de sobra conocidas las dificultades para su acción debidas a que no se trata de un órgano jurisdiccional y a que carece de mecanismos vigorosos de control de la implementación del Pacto¹⁰⁹¹, sin contar la inicial actitud muy reticente y concesiva con los Estados en materia de regímenes de excepción, quizá fundada, al menos en parte, en diferencias de opinión al interior del órgano internacional¹⁰⁹². Una muestra de ello es la Observación General No 5,

1091 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, op. cit., pp. 82-84; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, op. cit., pp. 20 y 48; Dominic McGoldrick, «The Interface between Public Emergency Powers and International Law», op. cit., pp. 390 y 392.

1092 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, op. cit., p. 96; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, op. cit., p. 49; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 219; Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, op. cit., pp. 103-104.

emitida en el año 1981, la primera que el Comité dedica al artículo 4 del Pacto de la ONU. Objeto de fuertes críticas a causa de su brevedad y por reducirse a reiterar las normas consagradas en la cláusula derogatoria¹⁰⁹³, el documento recalca, al menos, el «carácter excepcional y temporal» de las medidas susceptibles de ser adoptadas de conformidad con el instrumento universal, las cuales «sólo pueden durar mientras corra peligro la vida de la nación interesada»¹⁰⁹⁴.

Ciertamente, el Comité perdió aquí una oportunidad para brindar orientaciones más precisas sobre el concepto de emergencia y, en particular, sobre el umbral de severidad exigido por el artículo 4.1 del PIDCP, máxime considerando que la Comisión EDH y la Corte de Estrasburgo habían ya consolidado entonces su jurisprudencia sobre la materia. Por contraste con lo ocurrido en el sistema europeo, el Comité del Pacto de las Naciones Unidas se rehusó a adoptar una definición de la emergencia prevista en el tratado¹⁰⁹⁵, algo que no sería modificado ni siquiera con la aprobación, veinte años más tarde, de la Observación General No 29, en reemplazo de la No 5.

Tampoco en sus Observaciones Finales a los Informes de países, ni en sus pronunciamientos sobre quejas individuales presentadas de conformidad con el Protocolo No 1 del Pacto, el Comité DD. HH. se aventuró a esbozar una definición de emergencia o a indicar sus elementos esenciales, pese a lo cual evidenció cierta preocupación por que los Estados concernidos cumplieran no sólo las obligaciones formales estipuladas en el Pacto, lo que enfatizó durante sus primeros años de funcionamiento, sino también ciertos aspectos sustantivos relacionados con el nivel de gravedad y la naturaleza excepcional de la crisis¹⁰⁹⁶. Sin ánimo de exhaustividad,

1093 Véase Dominic McGoldrick, «The Interface between Public Emergency Powers and International Law», *op. cit.*, p. 425; Sarah Joseph, «Human Rights Committee: General Comment 29», *Human Rights Law Review*, 2.1 (2002), p. 81; Richard Burchill, «When Does an Emergency Threaten the Life of the Nation? Derogations from Human Rights Obligations and the War on International Terrorism», *op. cit.*, p. 112; Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 529.

1094 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.) Observación General No 5, «Suspensión de las obligaciones» (artículo 4), *op. cit.*, párrafo 3. Véase también Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 249; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 20.

1095 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 209; Dominic McGoldrick, «The Interface between Public Emergency Powers and International Law», *op. cit.*, p. 392; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 218-219.

1096 Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, pp. 21-22; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers*

únicamente con el propósito de registrar estos avances incipientes del Comité, se revisará aquí de manera sumaria algunos casos que atañen a países de Latinoamérica, a saber, los casos de Chile y Bolivia, además de Perú, en lo que concierne a la presentación de sus Informes en virtud del artículo 40 del PIDCP, y las quejas individuales en los casos de Jorge Landinelli Silva y otros vs. Uruguay y Consuelo Salgar de Montejó vs. Colombia, por su carácter ilustrativo.

En el caso de Chile, el Comité mostró una actitud firme, tanto en sus comentarios al Informe Inicial del Estado como en sus observaciones al segundo Informe, en lo relativo a la calificación del régimen de excepción, mantenido en el país por largos años desde el golpe militar que, en septiembre de 1973, llevó al general Augusto Pinochet al poder, y aun cuando, en el momento del examen del segundo Informe, había ya entrado en vigor la Constitución de 1980. Así, con ocasión del Informe Inicial (1979), varios miembros del Comité señalaron que la Junta Militar «constituía el verdadero estado de emergencia para el pueblo chileno y que el artículo 4 del Pacto no tenía por objeto justificar los actos de personas que por sí mismos hubieran creado la emergencia»¹⁰⁹⁷. Poco después, al solicitar más información sobre las restricciones de derechos por aplicación del estado de emergencia, los miembros del Comité sostuvieron que ellas «habían sido transformadas en restricciones institucionales vigentes en todo el país por tiempo indeterminado»¹⁰⁹⁸, lo que remite al concepto de «estado de emergencia permanente», luego devenido en «institucionalizado» (véase el acápite 1.6, *supra*). Cinco años más tarde, al someter a escrutinio el segundo Informe de país (1984), el Comité fue más claro y rotundo, ya que esta vez observó, a título institucional (no sólo mediante preguntas de algunos de sus integrantes), que «desde 1973 no había pasado un solo día sin que

in theory and practice, *op. cit.*, pp. 298-299.

1097 Véase Comité de Derechos Humanos, «Observaciones Finales al Primer Informe del Estado de Chile», en *Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)* (Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y OHCHR, s.f.), párrafo 78, p. 149. Este señalamiento al Gobierno chileno de ser la causa del estado excepcional y por ello estar impedido de valerse del régimen derogatorio previsto en el instrumento internacional resulta tributario de la idea similar formulada por el señor Ermacora, miembro de la Comisión EDH, en el Caso Griego. En efecto, Félix Ermacora sostuvo en su voto disidente que el Gobierno de Grecia, «siendo responsable por una situación que él mismo ha creado, no puede invocar el artículo 15 de la Convención [EDH] como una defensa válida de sus restricciones de los derechos humanos y libertades fundamentales garantizados bajo la Convención». Véase European Commission of Human Rights, «Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece», *op. cit.*, párrafo 215, p. 103 (traducción propia). Véase también Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 306-307.

1098 Véase Comité de Derechos Humanos, «Observaciones Finales al Primer Informe del Estado de Chile», *op. cit.*, párrafo 78, p. 149.

estuviera en vigencia el estado de excepción en Chile y que esta situación no podía justificarse»¹⁰⁹⁹.

En el caso de Bolivia, también en la oportunidad de revisar su Informe inicial (1989) presentado en virtud del artículo 40 del Pacto, los integrantes del Comité fueron enfáticos en descartar que meros disturbios políticos y sociales llenasen las exigencias de la crisis prevista en el instrumento de ámbito universal. Al respecto, los integrantes observaron que «en la notificación recibida por el Secretario General respecto del estado de sitio proclamado en 1986, las autoridades bolivianas habían invocado como justificación los graves desórdenes de carácter político y social, y señalaron que los movimientos de protesta o de huelga general no respondían a las condiciones necesarias para la proclamación de un estado de sitio tal como se enuncian en el párrafo 1 del artículo 4 del Pacto»¹¹⁰⁰.

En el caso de Perú, el Informe inicial (1983) provocó en los miembros del órgano de supervisión del PIDCP preguntas acerca de la posibilidad de interponer recursos de habeas corpus y amparo durante los estados de emergencia y sobre si se habían investigado eventuales abusos, así como sobre si el régimen excepcional dejaba en suspenso el derecho de las personas a ser informadas sin dilación y por escrito de los motivos de su arresto, entre otros puntos relevantes¹¹⁰¹. De cualquier modo, el Comité dejó pasar la ocasión de cuestionar al representante del Gobierno peruano por aseverar que un estado de emergencia proclamado en Lima por un desastre natural tenía carácter preventivo, pues, a decir del alto funcionario estatal, su finalidad era «evitar cualquier desorden público que hubiera podido contribuir a empeorar aún más la situación»¹¹⁰². Ahora bien, al revisar el segundo Informe presentado por el Perú (1992), habiéndose producido en fecha reciente el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, el Comité condenó sin ambages la situación existente por lo que hace al cumplimiento del Pacto: «El Comité considera que la violencia y el desorden internos existentes en el Perú, tanto antes como después del 5 de abril de 1992, han privado de eficacia al Pacto y, en algunos casos, han impedido su aplicación»¹¹⁰³. No

1099 Véase Comité de Derechos Humanos, «Observaciones Finales al Segundo Informe del Estado de Chile», en *Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, op. cit., párrafo 449, p. 132.

1100 Véase Comité de Derechos Humanos, «Observaciones Finales al Primer Informe del Estado de Bolivia», en *Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, op. cit., párrafo 413, p. 80.

1101 Véase Comité de Derechos Humanos, «Observaciones Finales al Primer Informe del Estado de Perú», en *Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, op. cit., párrafo 261, pp. 457-458, y párrafo 266, p. 459.

1102 *Ibíd.*, párrafo 277, p. 465.

1103 Véase Comité de Derechos Humanos, «Observaciones Finales al Segundo Informe del

obstante, en materia específica de régimen de excepción, el Comité prefirió referirse al incumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 4 del Pacto, sin mencionar los estándares sustantivos, incluyendo en la omisión la cuestión relativa a la noción de emergencia y su nivel de gravedad:

El Comité se siente muy preocupado por la aplicación del estado de emergencia en el Perú. El Secretario General no ha recibido ninguna notificación oficial de suspensión en relación con este período. No se han cumplido los requisitos de procedimiento. Aunque la delegación del Perú dijo al Comité que no se había suspendido ningún derecho que no pudiera serlo en virtud del artículo 4, no se informó al Comité de qué artículos del Pacto o de la Constitución se consideraban suspendidos¹¹⁰⁴.

Como quiera que fuere, es en el examen de comunicaciones individuales que el Comité DD. HH. llegó más lejos en la época en que estuvo en vigencia la Constitución peruana de 1979, como se puede apreciar en los casos Landinelli Silva y otros vs. Uruguay y Salgar de Montejó vs Colombia, ambos resueltos en 1985. En la primera de estas reclamaciones, la cuestión consistía en la privación de derechos políticos a un grupo de personas por un lapso de quince años, sanción que el Gobierno uruguayo pretendía justificar en una situación de emergencia comunicada con anterioridad al Secretario General de la ONU, en cumplimiento del requisito estipulado en el artículo 4.3 del PIDCP¹¹⁰⁵. El Comité, sin embargo, dijo «sentirse imposibilitado de aceptar que los requisitos establecidos en el Artículo 4.1 del Pacto hubieran sido cumplidos»¹¹⁰⁶. El Comité observó que el Estado no le había proporcionado «detalles fácticos» y que no había intentado indicar «la naturaleza y alcance» de las derogaciones, como tampoco había procurado «mostrar que tales derogaciones fueron estrictamente necesarias»¹¹⁰⁷.

Guardando siempre una actitud cautelosa y, en el fondo, deferente con el Estado concernido, el Comité insistió en las omisiones de índole formal,

Estado de Perú», en *Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, op. cit., párrafo 5, p. 452.

1104 *Ibíd.*, párrafo 10, p. 453.

1105 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, op. cit., p. 99; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., pp. 298-299; Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», op. cit., p. 527; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 234.

1106 Véase Human Rights Committee, «Case of Jorge Landinelli Silva *et al.* vs. Uruguay», en *Selected Decisions under the Optional Protocol* (New York: United Nations, 1985), párrafo 8.1, p. 66 (traducción propia).

1107 *Ibíd.*, párrafo 8.2, p. 66 (traducción propia).

tales como la falta de información detallada sobre la emergencia, información que Uruguay había ofrecido entregar. En opinión del Comité, tal omisión no le permitía una evaluación adecuada del asunto y por lo tanto le impedía aceptar las tenues razones justificativas, todas de orden general, alegadas por el Gobierno uruguayo. En tal sentido, el Comité sostuvo que «aunque el derecho soberano del Estado parte a declarar un estado de emergencia no es cuestionado», sin embargo, un Estado «mediante la mera invocación de la existencia de circunstancias excepcionales, no puede evadir las obligaciones que ha asumido al ratificar el Pacto»¹¹⁰⁸. Y añadió pocas líneas después que, si el Gobierno demandado no brinda por sí mismo la justificación requerida, entonces el Comité «no puede concluir que existan razones válidas para legitimar un apartamiento del régimen legal normal prescrito por el Pacto»¹¹⁰⁹.

En el caso *Consuelo Salgar de Montejo vs. Colombia*, la cuestión en debate era la sentencia de prisión impuesta a la directora de un diario de Bogotá por un tribunal militar, pretendidamente violatoria de derechos humanos protegidos por el PIDCP; el Estado colombiano se defendió invocando una perturbación del orden público dentro del significado del artículo 4.1 del Pacto¹¹¹⁰. El Comité se pronunció en parecidos términos a lo hecho en el caso *Landinelli Silva y otros vs. Uruguay*:

En el contexto específico de la presente comunicación, no hay información que muestre que el artículo 14.5 fue derogado en armonía con el artículo 4 del Pacto; por lo tanto, el Comité es de la opinión que el Estado parte, «mediante la mera invocación de la existencia de un estado de sitio, no puede evadir las obligaciones que ha asumido al ratificar el Pacto»¹¹¹¹.

Remató el Comité su raciocinio sobre esta cuestión, indicando que el Estado parte está obligado, cuando invoca el artículo 4.1 en procedimientos seguidos en virtud del Protocolo No 1 del Pacto, a «brindar una explicación suficientemente detallada de los hechos relevantes para mostrar que una situación de la clase descrita en el artículo 4.1 del Pacto existe en el país concernido»¹¹¹².

1108 *Ibíd.*, párrafo 8.3, p. 66 (traducción propia).

1109 *Ibíd.* (traducción propia).

1110 Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 51; Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 528; Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 210; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 237.

1111 Véase Human Rights Committee, «Case of Consuelo Salgar de Montejo vs. Colombia», en *Selected Decisions under the Optional Protocol*, *op. cit.*, párrafo 10.3, p. 129 (traducción propia).

1112 *Ibíd.* (traducción propia).

Como puede apreciarse, los pronunciamientos del Comité DD. HH. en sus años iniciales, mientras estuvo en vigor en el Perú la Carta de 1979, brindaban ciertas orientaciones genéricas en cuanto al concepto de emergencia pública y el correlativo nivel de gravedad previstos por el artículo 4.1 del Pacto, pero es claro que tales orientaciones, aunque más nítidas y rotundas en ciertos casos, eran todavía embrionarias y vacilantes, mostrando a menudo el deseo de los miembros del Comité de privilegiar los aspectos formales sobre los sustantivos. No obstante, las tareas desempeñadas en aquella misma época por los Relatores Especiales de las Naciones Unidas, Nicole Questiaux y Leandro Despouy, así como por los expertos que elaboraron los Principios de Siracusa y los Estándares Mínimos de París, todos trabajando bajo el amparo del instrumento universal, revelan una plena sintonía con la jurisprudencia desarrollada por los órganos del sistema europeo de derechos humanos, y un mayor rigor y precisión al conceptualizar el estado de excepción y su umbral de severidad.

En efecto, el pionero Informe de la Relatora Especial Nicole Questiaux, presentado en el año 1982 y ya referido en esta investigación (véase el acápite 1.6.1, *supra*), tuvo en cuenta expresamente las decisiones de la Comisión y la Corte europeas¹¹¹³, y estableció como elementos esenciales de lo que denominó el «principio de amenaza excepcional» los siguientes:

- 1) La crisis debe ser «actual» o «inminente», lo que equivale a decir que no cabe invocar la cláusula derogatoria por razones meramente «preventivas».
- 2) Las restricciones y medidas para tiempos de normalidad deben ser «manifiestamente insuficientes» para mantener el «orden público».
- 3) La situación de peligro debe afectar a «toda la población», así como a «todo el territorio» o a «ciertas partes» de él.
- 4) «Debe haber una amenaza a la propia existencia de la nación, es decir, a la vida organizada de la comunidad que constituye la base del Estado, si esto significa la integridad física de la población, la integridad territorial o el funcionamiento de los órganos del Estado»¹¹¹⁴.

1113 Daniel O'Donnell llama asimismo la atención acerca de la influencia del Informe redactado el año 1966 por Daniel Hugo Martins, Relator de la CIDH, sobre la definición adoptada por la Relatora Nicole Questiaux. Véase Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 400.

1114 Véase Nicole Questiaux, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, op. cit., párrafo 55, pp. 15-16 (traducción propia). Véase también Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, op. cit., pp. 28-29; Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», op. cit., p. 93; Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, op. cit., p. 48.

El caso del relator especial para Estados de Emergencia es también significativo. Nombrado por la Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, estuvo en funciones durante doce años y llegó a emitir diez Informes Anuales¹¹¹⁵. Tanto en el Segundo Informe Anual como en el Tercero se mostró cauto y mesurado, enunciando comentarios genéricos sobre la noción de emergencia y su nivel de severidad, pero ya en el Cuarto Informe Anual defendió una noción sustantiva, no meramente procesal, y perfiló sus elementos esenciales en un sentido similar al desarrollado por los órganos del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Así, en el Segundo Informe Anual, el relator especial se limitó a señalar que las circunstancias debían de ser «suficientemente serias y excepcionales» para justificar la proclamación de la crisis, con lo que quedaba excluida la posibilidad de emergencias perennes y se apuntaba principalmente a impedir estados de emergencia por simples «disturbios internos» y «tensiones internas»¹¹¹⁶. Y en el Tercer Informe Anual, el relator apenas sí indicó que la «situación de emergencia» debía estar «claramente definida y delimitada» en la Constitución, la ley o la jurisprudencia, de tal suerte que, al margen del lenguaje empleado, «la existencia de un peligro público real e inminente debe estar claramente especificada»¹¹¹⁷.

No obstante, en su Cuarto Informe Anual, el relator especial de las Naciones Unidas incluyó un documento titulado «Directrices para el Desarrollo de Legislación sobre Estados de Emergencia» (Anexo 1), con el que procuraba colaborar con los Estados a la adopción de marcos normativos nacionales compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos. En tal sentido, las «Directrices» del Relator Especial, invocando de manera explícita los antecedentes jurisprudenciales de la Comisión y la

1115 Véase Special Rapporteur for States of Emergency, «First Annual Report and List of States which, since 1 January 1985, Have Proclaimed, Extended or Terminated a State of Emergency» (New York, United Nations, 1987) (Document E/CN.4/ Sub.2/1987/19, 18 August 1987), párrafo 1.5, p. 3. Véase también Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, pp. 168-173; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 244; Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, pp. 523-524; Florentín Meléndez, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 187-193.

1116 Véase Special Rapporteur for States of Emergency, «Second Annual Report and List of States which, since 1 January 1985, Have Proclaimed, Extended or Terminated a State of Emergency» (New York, United Nations, 1988) (Document E/CN.4/Sub.2/1988/18/Rev.1, 6 December 1988), párrafo 77, p. 16 (traducción propia).

1117 Véase Special Rapporteur for States of Emergency, «Third Annual Report and List of States which, since 1 January 1985, Have Proclaimed, Extended or Terminated a State of Emergency» (New York, United Nations, 1990) (Document E/CN.4/Sub.2/1989/30/Rev.2, 18 December 1990), párrafo 34.a, p. 12 (traducción propia).

Corte europeas, aunque con ciertas diferencias de matiz o énfasis, formulan una noción de emergencia semejante a la consagrada en el Caso Lawless y en el Caso Griego:

Un grave quebrantamiento de la vida organizada de la comunidad que haga peligrar los intereses vitales de la población, que las medidas normalmente compatibles con la Constitución y las leyes en vigor son del todo inadecuadas para aliviar, o una amenaza actual o inminente de tal quebrantamiento, y sólo a fin de salvaguardar los derechos y seguridad de la población y el funcionamiento de las instituciones públicas dentro del Estado de Derecho¹¹¹⁸.

También en el seno de la sociedad civil diversas instituciones desplegaron esfuerzos para elaborar estándares relativos al respeto de los derechos humanos durante los estados de excepción, incluyendo los elementos esenciales de la noción de emergencia y su nivel de gravedad, en el marco del PIDCP. Dos de estos esfuerzos merecen especial atención debido a su relevancia. El primero es el que dio a luz los «Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»¹¹¹⁹, redactados por un grupo de expertos en DIDH reunidos en 1984 en la ciudad italiana mencionada, con el solo objeto de contribuir a la mejor interpretación del artículo 4 del Pacto de las Naciones Unidas¹¹²⁰.

El concepto de emergencia adoptado en los Principios de Siracusa bebe en las fuentes del Sistema Europeo de Derechos Humanos y en el pionero Informe Questiaux, y postula lineamientos precisos y concretos sobre la naturaleza de la crisis. En tal sentido, los Principios de Siracusa exigen que la situación sea de «peligro excepcional y real o inminente que amenace la vida de la nación», entendiendo por tal amenaza una que «afecte a toda la población» y a «todo o parte del territorio del Estado», y que se cierna sobre «la integridad física de la población, la independencia política o la

1118 Véase Special Rapporteur for States of Emergency, «Fourth Annual Report and List of States which, since 1 January 1985, Have Proclaimed, Extended or Terminated a State of Emergency» (New York, United Nations, 1991) (Document E/CN.4/Sub.2/1991/28, 24 June 1991), Anexo 1, párrafo 2.a, p. 31 (traducción propia).

1119 Véase AA. VV., «The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant for Civil and Political Rights», *Human Rights Quarterly*, 7.1 (1985), p. 3 (traducción propia).

1120 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, pp. 69-70; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, pp. 313-314; Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», *op. cit.*, pp. 90-91; Dominic McGoldrick, «The Interface between Public Emergency Powers and International Law», *op. cit.*, pp. 392-393.

integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de las instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto»¹¹²¹.

Adicionalmente, los Principios de Siracusa, juzgados tempranamente por Diego García-Sayán como «la más consistente interpretación de las normas del Pacto [PIDCP] sobre régimen de excepción»¹¹²², estipulan que «el conflicto interno y los disturbios que no constituyan una amenaza grave e inminente a la vida de la nación no pueden justificar las derogaciones bajo el artículo 4», y que «las dificultades económicas *per se* no pueden justificar las medidas de derogación»¹¹²³.

El segundo esfuerzo de la sociedad civil que merece ser destacado es el plasmado en los «Estándares Mínimos de París sobre Normas de Derechos Humanos en un Estado de Emergencia»¹¹²⁴, desarrollados durante varios años de trabajo al interior de la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés)¹¹²⁵ y cuyo texto final fue aprobado en el mismo año 1984, poco antes de la Conferencia de Siracusa¹¹²⁶. El concepto de estado de excepción y la magnitud que debe alcanzar son en esencia los mismos que ya habían sido establecidos por la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Europeas de Derechos Humanos y por el Informe Questiaux, y que poco después serían también recogidos, con algunos matices y precisiones, por los Principios de Siracusa. En efecto, los Estándares Mínimos de París estipulan que por emergencia pública debe entenderse «una situación excepcional de crisis o peligro público, real o inminente, que afecta a toda la población o a toda la población del área a la cual la declaración se aplica, y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad de la cual el Estado está compuesto»¹¹²⁷.

1121 Véase AA. VV., «The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant for Civil and Political Rights», *op. cit.*, párrafo 39, p. 7 (traducción propia).

1122 Véase Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, *op. cit.*, p. 108.

1123 Véase AA. VV., «The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant for Civil and Political Rights», *op. cit.*, párrafo 40, p. 8 (traducción propia). Véase también Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *op. cit.*, pp. 150-151.

1124 Véase International Law Association (ILA), «Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-First Conference of ILA» (París, 1984, vol. 1), p. 56 (traducción propia).

1125 Véase Richard B. Lillich, «The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency», *American Journal of International Law*, 79 (1985), p. 1072; Subrata Roy Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency*, *op. cit.*, pp. 1-7; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, pp. 310-311.

1126 Véase Subrata Roy Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency*, *op. cit.*, p. 8.

1127 Véase International Law Association (ILA), «Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-First Conference of ILA», *op. cit.*, párrafo 5, p.

5.2.2.3.3. *El concepto en la jurisprudencia y la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos*

En lo que atañe al SIDH, los órganos de supervisión también alcanzaron cierto desarrollo sobre las circunstancias que justifican la declaración y mantenimiento de un estado de excepción y, en particular, sobre su nivel de gravedad, durante los años en que estuvo en vigencia la Constitución peruana de 1979. Los mayores avances se debieron a la Comisión Interamericana, antes que a la Corte de San José. En efecto, a pesar de algunas omisiones y deficiencias¹¹²⁸, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ocupó de esta cuestión en sus Informes Anuales y en sus Informes de Países. Sin ánimo de exhaustividad, sino sólo a manera de ejemplo, cabe indicar que en ciertos casos la Comisión Interamericana tuvo una aproximación cautelosa y reservada, limitándose a hacer señalamientos de orden general, mientras en otros se mostró más resuelta y acuciosa, desplegando análisis cuidadosos de las situaciones concretas, de suerte de evaluar si estaba justificado o no el acudir al régimen de emergencia¹¹²⁹.

Ejemplo de la primera actitud es el Informe Anual 1980-1981, en el cual la CIDH, además de evaluar someramente las condiciones de las emergencias decretadas en diez países del hemisferio y de lamentar la frecuencia con que tales regímenes trajeron como consecuencia violaciones reiteradas de los derechos humanos, sostuvo que «en la práctica, muchas veces, estos estados de emergencia han sido dictados sin que las circunstancias lo justifiquen, como un simple medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público», a lo que agregó que las medidas excepcionales «sólo pueden encontrar justificación frente a amenazas reales al orden público o a la seguridad del Estado»¹¹³⁰. En la misma línea, en su Informe

58 (traducción propia). Véase también Richard B. Lillich, «The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency», *op. cit.*, p. 1073; Subrata Roy Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency*, *op. cit.*, pp. 11 y 26-27.

1128 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 207-208; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 254 y 281; Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 185.

1129 Véase Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, *op. cit.*, p. 136; Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 402-403; Claudio Grossman, «Algunas Consideraciones sobre el Régimen de Situaciones de Excepción bajo la Convención Americana Sobre Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 123.

1130 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe Anual 1980-1981» (Washington, D. C., Organización de Estados Americanos, 1981) (Documento OEA/Ser.L/V/II.54, doc.9 rev.1, del 16 de octubre de 1981), Capítulo V.4. Véase también Inter-American Commission on Human Rights, *Ten Years of Activities 1971-1981* (Washington, D. C.: General Secretariat of the Organization of American States, 1982), p. 338.

sobre la Situación de los Derechos Humanos en Bolivia, emitido en el año 1981, concluyó que las medidas adoptadas por las autoridades *de facto* bolivianas habían vulnerado las restricciones impuestas por la CADH «en cuanto a la gravedad de la situación», al igual que «en cuanto a su permanencia en el tiempo»¹¹³¹. Algo similar se aprecia en el Informe del mismo año respecto de lo sucedido en Colombia, donde el estado de sitio llevaba varias décadas de aplicación y había devenido «endémico», por lo que recomendó levantarlo «tan pronto las circunstancias lo permitan» y «cumplir con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», de manera que en lo sucesivo el artículo 121 de la Constitución, regulatorio del estado de excepción, «se aplique únicamente en casos excepcionalmente graves»¹¹³².

En los tres Informes citados la CIDH realiza pronunciamientos enfáticos contra la trivialización del estado de emergencia y expresa la necesidad de respetar un alto umbral de gravedad. Sin embargo, no explicita su interpretación del concepto de emergencia previsto en la CADH ni analiza sus componentes de cara a dicho umbral de gravedad, con vistas al examen de las realidades concretas.

Ejemplo de la segunda actitud, dispuesta a abordar la noción de emergencia y a evaluar las circunstancias justificativas a la luz de los elementos de tal noción, incluyendo su nivel de severidad, son los informes emitidos en el caso de los indígenas de origen miskito en Nicaragua en el año 1983 y en el caso de Paraguay en el año 1987¹¹³³. Así, al examinar si el traslado forzoso de los pueblos miskitos —desde sus comunidades situadas a orillas del río Coco hacia los cinco campamentos ubicados en la localidad de Taba Pri— era conforme al artículo 27.1 de la CADH, la Comisión Interamericana no sólo invocó la jurisprudencia de la Comisión y la Corte europeas y la doctrina del Comité DD. HH., sino que sostuvo que los tratados internacionales bajo los que actuaban tales órganos de supervisión coincidían con

1131 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Bolivia» (Washington, D. C., Organización de Estados Americanos, 1981) (Documento OEA/Ser.L/V/II.53, doc.6 rev.2, del 13 de octubre de 1981), Capítulo I.G.

1132 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia» (Washington, D. C.: Organización de Estados Americanos, 1981) (Documento OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 22, del 30 de junio de 1981), Conclusión 2 y Recomendaciones 1 y 2.

1133 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., pp. 257-263; Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, op. cit., pp. 143-147; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, op. cit., p. 24; Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 402; Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, op. cit., p. 185.

la CADH en la exigencia de que exista una «grave emergencia nacional»¹¹³⁴. En tal virtud, la Comisión Interamericana interpretó el artículo 27.1 del Pacto de San José en el sentido de que la emergencia había de revestir «carácter grave» y ser motivada por una «situación excepcional», la cual debía importar verdaderamente «una amenaza a la vida organizada del Estado»¹¹³⁵. Luego, al revisar lo acaecido en los hechos, la Comisión concluyó que la seguridad del Estado de Nicaragua estaba «realmente amenazada» por las constantes incursiones de grupos armados que atravesaban la frontera con Honduras y se internaban en territorio nicaragüense, lo que «justificaba la declaración de estado de emergencia y su mantenimiento»¹¹³⁶.

De otro lado, en el Informe de 1987 sobre los derechos humanos en Paraguay, la Comisión Interamericana examinó a la luz de la CADH la forma en la que el Gobierno del país había aplicado las disposiciones constitucionales y legales que disciplinaban el estado de sitio. El examen incluyó, entre otros, el criterio relativo a las causales del régimen de excepción, en particular, por lo que se refería a su gravedad. Pues, bien, la práctica del Gobierno de Paraguay en cuanto a las causales de implantación del estado de sitio mostraba que éste venía siendo prorrogado, una y otra vez, mediante la reproducción de dos viejos decretos de diez y doce años de antigüedad, respectivamente, en los que se invocaba como razones justificativas la existencia de organizaciones de fines subversivos y dispuestas a valerse de la violencia para obtener sus objetivos políticos, así como se afirmaba que la existencia de tales organizaciones resultaba «comprobada por hechos que son de dominio público»¹¹³⁷. En consecuencia, la CIDH recusó «la repetición de causales durante lapso tan prolongado, empleando los mismos conceptos y hasta el mismo lenguaje», y advirtió que «en ningún momento se especifican detalles que permitan evaluar de manera seria la gravedad de la amenaza invocada por el Gobierno pues no se definen las acciones emprendidas por los grupos que menciona, los cuales tampoco son identificados ni localizados»¹¹³⁸.

Cabe anotar que estas consideraciones son, por cierto, perfectamente trasladables a la realidad peruana, tanto por lo que concierne a la aplicación del estado de sitio y la ley marcial en el Perú entre los años 1929

1134 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito» (Washington, D. C.: Organización de Estados Americanos, 1983) (Documento OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10 rev. 3, del 29 de noviembre de 1983), Segunda Parte, acápite E, párrafos 4-8.

1135 *Ibíd.*, Segunda Parte, acápite E, párrafo 9.

1136 *Ibíd.*, Segunda Parte, acápite E, párrafo 12.

1137 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay» (Washington, D. C.: Organización de Estados Americanos, 1987) (Documento OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 19 rev. 1, del 28 de septiembre de 1987), Capítulo I.3.

1138 *Ibíd.*

y 1939, tema ya expuesto (véase el acápite 4.2, *supra*), como al empleo del estado de emergencia bajo las Cartas peruanas de 1979 y 1993, que se presentará más adelante en capítulo separado (véase el capítulo 7, *infra*).

Por su parte, la Corte IDH, aunque dedicó dos tempranas e importantes Opiniones Consultivas a temas vinculados a los estados de excepción¹¹³⁹, no abordó específicamente el concepto de emergencia ni el umbral de severidad requerido por el artículo 27.1 de la CADH¹¹⁴⁰. Se enfocó, más bien, en los mecanismos de protección o garantías de los derechos humanos durante las crisis extremas. No obstante, en la Opinión Consultiva 8, denominada «El habeas corpus bajo suspensión de garantías», emitida en enero de 1987, la Corte de San José recalcó que las causales previstas en el artículo 27.1 de la Convención Americana aluden sólo a «situaciones excepcionales» y que la suspensión del ejercicio de ciertos derechos, admitida en el tratado, únicamente está justificada ante «circunstancias muy especiales»¹¹⁴¹.

5.2.2.3.4. Las causales de la Carta de 1979 interpretadas a la luz del DIDH

Queda claro de lo expuesto en los acápites precedentes que, mientras estuvo en vigor la Constitución peruana de 1979, tanto los trabajos preparatorios del PIDCP y de la CADH como la jurisprudencia y la doctrina desarrolladas en su aplicación —siguiendo, para ello, el camino trazado por el CEDH y sus órganos de supervisión—, exigían que la instauración del estado de emergencia se hiciera únicamente en casos extremos, en los que existiera una crisis excepcional que hiciera peligrar la vida de la nación. Debía tratarse de una situación de peligro actual o inminente, en la que estuviera en juego la continuidad de la vida organizada de la colectividad, esto es, la integridad física de la población, la integridad territorial del país o el funcionamiento de los órganos del Estado. Por lo demás, la crisis debía

1139 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 8/87: El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos humanos), *op. cit.*; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 9/87: Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *op. cit.*

1140 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 253; Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, *op. cit.*, pp. 155-167.

1141 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 8/87: El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos humanos), *op. cit.*, párrafos 19 y 21. Véase también Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 250; Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, *op. cit.*, pp. 110-111; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 23; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 253.

afectar a todo el territorio del país o a una parte de él, pero siempre a toda la población.

Quiere decir que el «umbral de severidad» estipulado entonces (y aún ahora) por el DIDH, según las diversas fuentes que lo conforman, era (es) especialmente alto, lo que parece del todo razonable y resulta explicado precisamente por la necesidad de evitar la comisión de abusos, que con facilidad degeneran en graves y masivos, en el ejercicio de los poderes de excepción que la emergencia otorga a las autoridades estatales. Se derivaba de ello también que los remedios disponibles en tiempos de normalidad constitucional debían ser insuficientes, de tal suerte que eran inaplicables las cláusulas restrictivas de los derechos fundamentales o derechos humanos, y devenía necesario acudir a la cláusula derogatoria del artículo 4 del PIDCP y del artículo 27 de la CADH.

Así pues, estos son los estándares del DIDH con los que debió interpretarse la regulación de las causales del estado de emergencia contenida en el artículo 231.a de la Carta peruana de 1979. En definitiva, tras el análisis realizado aquí, parece indiscutible que la interpretación adecuada de los supuestos constitucionales que habilitan la emergencia es aquella según la cual la exigencia de afectar la vida de la nación no califica sólo a la frase «graves circunstancias», sino también a los casos de «perturbación de la paz o del orden interno» y de «catástrofe». Dicho en otras palabras, conforme a la Constitución de 1979, interpretada a la luz del DIDH, en todos los casos en que es posible introducir un estado de emergencia debe estar afectada la vida de la nación. No se trata de una cuestión meramente histórica, sino que la conclusión propuesta mantiene todo su valor hermenéutico ya que la normativa de esta cuestión en la Carta peruana de 1993 es la misma que la de su antecesora de 1979.

Como se sabe, los estudiosos del Derecho Constitucional peruano de aquella época, lo mismo que las instituciones de defensa de los derechos humanos de ese entonces, advirtieron la importancia de los instrumentos internacionales de derechos humanos para dotar de contenido a las cláusulas constitucionales y para auxiliar en la aplicación práctica de las mismas en el marco de la guerra interna padecida por la patria durante las dos décadas finales del siglo pasado. No obstante, la atención principal estuvo puesta, como no podía ser de otra manera, en la protección y garantía de los derechos fundamentales, en particular de aquellos no susceptibles de suspensión en virtud de lo dispuesto por el artículo 27.2 de la CADH y el artículo 4.2 del PIDCP, sin que se discutiera el alcance de las causales¹¹⁴².

1142 Véase Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., pp. 265, 278 y 281; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 181-182; Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, op. cit.,

En la bibliografía nacional consultada para esta investigación, empero, ha sido posible encontrar al menos un caso en el que los estándares del DIDH fueron referidos de manera directa como pauta interpretativa constitucional de las causales del estado de emergencia, a saber, el trabajo de Palacios McBride, quien considera que tales causales deben ser entendidas tomando como pauta lo estatuido al respecto por los Principios de Siracusa¹¹⁴³. Como quiera que fuere, el solitario y valioso esfuerzo académico de Palacios McBride permite sostener que la cuestión de las causales constitucionales del estado de emergencia y los condicionantes impuestos por el DIDH para su comprensión fue planteada en el Perú de aquellos años. Contribuía así la academia, de modo perdurable, al mejor entendimiento de las circunstancias que justifican la implantación del régimen de excepción constitucional en el Perú.

5.3. El estatus de los derechos fundamentales: ¿suspensión, derogación? Naturaleza y alcances

Una de las cuestiones centrales del régimen jurídico del estado de excepción constitucional es, sin duda, la relativa a los derechos fundamentales. Y es que, entre las principales medidas a las que suelen recurrir los Estados que afrontan amenazas existenciales se halla la imposición de límites extraordinarios sobre determinados derechos de personas bajo sospecha de contribuir a causar o mantener la crisis. En consecuencia, tanto las Constituciones nacionales como los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén, por lo común, disposiciones que reconocen a las autoridades públicas la potestad de afectar los derechos fundamentales durante la emergencia.

En ciertos ordenamientos constitucionales, como por ejemplo el argentino, la incidencia sobre los derechos de las personas opera de manera automática, con la sola proclamación del estado de excepción («estado de sitio», de conformidad con el artículo 23 de la Constitución de 1853, revisada en 1994, actualmente en vigor). En otros, sin embargo, la suspensión de los derechos es sólo una potestad concedida al titular de los poderes de excepción, la cual puede por consiguiente ser o no ejercida en cada oportunidad. Tal es el caso peruano, tanto de acuerdo con la Constitución

pp. 53-62; Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», *op. cit.*, pp. 110-111; Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, pp. 236-243; Daniel Rojas Ampuero, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979», *op. cit.*, pp. 35-36; Amnistía Internacional, *Perú: tortura y ejecuciones extrajudiciales. Carta de Amnistía Internacional al Presidente Fernando Belaunde Terry*, *op. cit.*, pp. 2-3; Amnistía Internacional, «Perú: derechos humanos en un clima de terror» (Madrid: Amnistía Internacional, 1991), p. 20.

1143 Véase Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 94-95. Véase también Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, *op. cit.*, pp. 107-108.

de 1979 como según la de 1993, en vigencia todavía hoy. Allí donde es posible la instauración del régimen excepcional sin incidencia sobre los derechos de las personas cabe, sin embargo, el incremento de los poderes del Ejecutivo —autorizando, por ejemplo, la intervención de las Fuerzas Armadas— y, desde luego, aparece incólume el innegable valor simbólico de proclamar el estado de emergencia constitucional.

Los principales asuntos vinculados con el estatus de los derechos fundamentales durante el estado de emergencia son varios, comenzando con la determinación del concepto de suspensión (o derogación), lo que comprende dos aspectos, a saber, dejar establecido si lo que se suspende son los derechos o las garantías constitucionales, y aclarar qué ha de entenderse por tal suspensión. Además de ello, es necesario abordar la clasificación de los derechos fundamentales en suspendibles y no suspendibles; y el régimen legal específico de ciertos derechos no incluidos explícitamente como no susceptibles de suspensión bajo el gobierno de crisis. Todo ello, desde luego, a la luz de la articulación entre la Carta peruana de 1979 y el DIDH entonces vigente.

5.3.1. El concepto de suspensión de derechos o garantías constitucionales

5.3.1.1. Sobre qué recae la suspensión: ¿derechos o garantías?

La cuestión de si lo que se suspende bajo el estado de excepción son los derechos o las garantías fue objeto de reflexión y debate intensos en el constitucionalismo peruano, bajo el marco establecido por la Constitución de 1979. Aunque hubo autores que consideraron la discusión como bizantina o superflua¹¹⁴⁴, lo cierto es que esclarecer el punto tenía ribetes teóricos no desprovistos de interés y, más importante aún, indudables repercusiones de orden práctico, en la medida en que las diversas opciones en juego habrían de incidir de distinta manera sobre la protección (mayor o menor) de los derechos fundamentales durante el estado de emergencia o el estado de sitio a ser eventualmente aplicados.

La dificultad en la interpretación constitucional surgió, en primer lugar, del propio texto de la Carta, al referirse a la suspensión de las «garantías constitucionales» bajo el estado de emergencia y a la de las «garantías personales» bajo el estado de sitio (artículo 231, incisos a y b). No se trataba de un mero error del constituyente, que fuera inadvertido por seguir acrítica-

1144 Véase Enrique Chirinos Soto, *La nueva Constitución al alcance de todos*, op. cit., p. 262; Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», op. cit., pp. 106 (nota 12); Germán Bidart Campos, *Derecho Constitucional* (Buenos Aires: EDIAR, 1966, Tomo II), pp. 552-553. Véase también Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., pp. 80 y 136; Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, op. cit., p. 27.

mente la regulación contenida en el artículo 70 de la precedente Constitución de 1933 (aunque sin duda hubo descuido formal). Esta explicación no resultaría admisible, en la medida en que los asambleístas de 1978-1979 en realidad optaron de manera consciente por la fórmula que al final consagró la Constitución. En efecto, durante la deliberación del Pleno, Javier Valle Riestra (PAP) cuestionó la redacción adoptada, para lo que invocó el pensamiento de los constitucionalistas argentinos Carlos Sánchez Viamonte y Germán Bidart Campos, muy influyentes en aquel entonces, y sostuvo que «en Derecho la facultad es la que es suspendida; el habeas corpus y el amparo no son suspendidos, podrán ser restringidos en el momento que hay una suspensión de un derecho»¹¹⁴⁵. No obstante, tras haber escuchado la defensa de la tesis de la suspensión de las garantías, intentada por Enrique Chirinos Soto (también del PAP), la Asamblea se inclinó en definitiva por el dictamen en mayoría de la Comisión, habiendo votado 46 representantes por la expresión «garantías» y tan solo 8 por «derechos»¹¹⁴⁶.

Por su parte, la doctrina constitucional peruana estuvo dividida acerca de la materia ahora bajo examen. Así, no sólo Enrique Chirinos Soto¹¹⁴⁷, sino también autores como Alberto Ruiz-Eldredge, Marcial Rubio Correa, Enrique Bernal Ballesteros y Óscar Aliaga Abanto afirmaron que la suspensión no podía recaer sobre los derechos, sino únicamente sobre las garantías, entendidas como los instrumentos procesales para la defensa de aquéllos, esto es, como las acciones o procesos de habeas corpus y amparo, las cuales reconocía el artículo 295 de la novísima Constitución de 1979. Ruiz-Eldredge invocó para ello la doctrina iusnaturalista de los derechos fundamentales como inherentes al ser humano¹¹⁴⁸, mientras Rubio Correa y Bernal Ballesteros razonaron que admitir la suspensión de los derechos acarrearía una mayor desprotección de las personas, pues éstas se verían imposibilitadas de ejercer tales derechos¹¹⁴⁹. Aliaga Abanto también expuso razones de orden práctico, relacionadas con el favorecimiento de un mejor ejercicio de los derechos¹¹⁵⁰.

1145 Véase Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, op. cit., Tomo VIII, pp. 476-477. Sobre las dos posturas principales que surgieron en el debate constituyente, véase también Domingo García Belaunde, «Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)», op. cit., pp. 279-281; Francisco Egui-guren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., p. 266; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 163-164.

1146 Véase Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, op. cit., Tomo VIII, pp. 477 y 479.

1147 Véase Enrique Chirinos Soto, *La nueva Constitución al alcance de todos*, op. cit., p. 262.

1148 Véase Alberto Ruiz-Eldredge, *La Constitución comentada*, op. cit., p. 290.

1149 Véase Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, op. cit., pp. 219-220.

1150 Véase Óscar Aliaga Abanto, «Constitución Peruana, Derechos Humanos y Libertad

Pese al disenso doctrinal apuntado, una importante y mayoritaria corriente de autores terminaría por hacer prevalecer en la doctrina constitucional peruana la tesis de la suspensión de los derechos. Así lo afirmaron José Pareja Paz Soldán, Domingo García Belaunde, Diego García-Sayán, Francisco Eguiguren y Alberto Borea Odría, entre otros estudiosos¹¹⁵¹. Los argumentos principales fueron de orden histórico y sistemático. En tal sentido, se adujo de un lado que, por largas décadas, bajo la notable influencia de las tradiciones constitucionales de Francia y España, se había empleado en el país la expresión «garantía constitucional» como sinónimo de «derecho constitucional», en correspondencia con el desarrollo dogmático constitucional alcanzado hasta la primera mitad del siglo XX, y, de otro lado, que la nueva Carta de 1979, por contraste con su predecesora de 1933, distinguía entre las categorías de derechos fundamentales y garantías o acciones constitucionales, de suerte que la incorrección terminológica en que incurría el artículo 231 era un lamentable error, pero no afectaba a la diferencia conceptual, que era nítida e incontestable desde el punto de vista de una interpretación de la Constitución como cuerpo normativo integral y coherente.

La opción del constituyente peruano por la suspensión de las garantías se vio confirmada por la Ley 23506, denominada «Ley de Habeas Corpus y Amparo» (*El Peruano*, 8 de diciembre de 1982), cuyo original artículo 38 estipuló la improcedencia de estas acciones o procesos «respecto de las garantías y derechos señalados específicamente en el artículo 231 de la Constitución Política, durante el tiempo de su suspensión»¹¹⁵². Así, a pesar de que la disposición incluía los términos «derechos» y «garantías» como sinónimos, lo que venía ratificado por el mismo epígrafe del título IV de la Ley, que rezaba «De la suspensión de los derechos constitucionales», lo cierto es que, para efectos prácticos, la legislación de desarrollo del artículo

Física», en *La Constitución Peruana de 1979 y sus Problemas de Aplicación*, op. cit., pp. 87-88.

1151 Véase José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 456 (nota 1); Domingo García Belaunde, «Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)», op. cit., pp. 287-288; Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, op. cit., pp. 27-28; Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., pp. 265-266 y 279; Alberto Borea Odría, *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy* (Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985), pp. 286-287. Véase también Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», op. cit., pp. 222 y 229-230; Daniel Rojas Ampuero, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979», op. cit., pp. 41-42.

1152 Véase Comisión Andina de Juristas, *Garantías Constitucionales: Legislación Vigente de los Procesos Constitucionales en el Perú* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1998), p. 72 (nota 28). También Alberto Borea Odría, *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy*, op. cit., pp. 368-369.

231, en relación con el artículo 295 de la Constitución, estableció la imposibilidad de defender los derechos fundamentales mediante el habeas corpus y el amparo durante los estados de excepción. Es decir, más allá de que se pretendiese precisar o corregir el error del constituyente, aclarando que la suspensión recaía en primer término sobre los derechos —lo que, por lo demás, confirmaba la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley¹¹⁵³—, la consecuencia de la regulación legal fue que, durante los aciagos años de la guerra interna en brutal escalada bajo la Carta de 1979, los jueces rechazaron masivamente los habeas corpus interpuestos para procurar proteger los derechos humanos de los sospechosos de subversión y terrorismo, en las zonas declaradas en estado de emergencia y bajo control del orden interno por las Fuerzas Armadas¹¹⁵⁴. Lamentablemente, tal desprotección legal hubo de favorecer la comisión de graves y muy numerosas violaciones de derechos humanos¹¹⁵⁵.

Hubo, pues, una cadena de errores jurídicos sucesivos, cuya enormidad no deja de asombrar aún hoy: primero, la equívoca definición constitucional; luego, la restrictiva opción del legislador democrático; finalmente, la empobrecedora interpretación de los tribunales de justicia (sobre este último punto, véase un análisis pormenorizado en el acápite 5.5.6, *infra*). La consecuencia práctica de tales yerros legales, de efecto ciertamente acumulativo, fue dejar inermes, desde el punto de vista jurídico-constitucional, a quienes eran víctimas no sólo del accionar de los grupos subversivos y

1153 El libro de Borea Odría transcribe como anexos el Anteproyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo y su Exposición de Motivos. Véase Alberto Borea Odría, *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy*, op. cit., pp. 325-340 y 341-354, respectivamente (véase el pasaje citado, en p. 350). Véase también Domingo García Belaunde, «Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)», op. cit., p. 284; Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., p. 281; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 165-166.

1154 El estudio realizado por Francisco Eguiguren sobre el habeas corpus bajo estado de emergencia entre los años 1983 y 1990 mostró que sólo 5 de 122 casos identificados fueron declarados fundados, es decir, 96% de las decisiones judiciales analizadas fueron desestimatorias. Véase Francisco Eguiguren, «El Hábeas Corpus en el Perú: Enero 1983 - Julio 1990. Análisis Cuantitativo», *Lecturas Constitucionales Andinas*, 1 (1991), pp. 136-137. También Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., pp. 141-144; Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, op. cit., pp. 47 y 67; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 248 y 251.

1155 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo VI, pp. 494-495, 505 y 521; Amnistía Internacional, *Perú: tortura y ejecuciones extrajudiciales. Carta de Amnistía Internacional al Presidente Fernando Belaunde Terry*, op. cit., pp. 1-2 y 5; Amnesty International, *Peru: Violations of Human Rights in the Emergency Zones*, op. cit., pp. 1-3; Americas Watch, «Tolerancia Frente a los Abusos: Violaciones a los Derechos Humanos en el Perú» (New York: Americas Watch, 1988), pp. 4 y 24-25.

terroristas, sino también de la respuesta represiva de las fuerzas del orden, llamadas a defender la democracia constitucional y los derechos fundamentales de las personas. Al cabo de los años, parece una cruel ironía que, en abril de 1983, pocos meses antes de que se aprobara la Ley de Habeas Corpus y Amparo, con las severas restricciones anotadas, y mientras se desplegaba la bárbara represión indiscriminada que caracterizó el ingreso de las Fuerzas Armadas a los escenarios de la guerra interna desatada por Sendero Luminoso, los representantes del Estado peruano sostuvieran ante el Comité de Derechos Humanos, encargado de supervisar el cumplimiento del PIDCP, que uno de los logros alcanzados en materia de tutela de los derechos fundamentales, desde las elecciones presidenciales de 1980, era la promulgación de la nueva Constitución, la cual —se ufano la delegación peruana ante el órgano de control internacional— «incluía la consolidación de los mecanismos de protección de los derechos humanos mediante las acciones de habeas corpus y amparo»¹¹⁵⁶.

Al margen de las proclamas retóricas, lo cierto es que, contra el mejor criterio de la doctrina mayoritaria en el Derecho Constitucional peruano, se impuso tanto en las normas como en su aplicación la tesis de la suspensión de las garantías. Ello acarreó la dramática situación de indefensión en que quedaron las personas en las zonas declaradas bajo estado de emergencia durante la primera década de la guerra interna.

5.3.1.2. En qué consiste la suspensión o derogación

Más allá del debate jurídico sobre si se suspendían los derechos o las garantías, debate muchas veces puramente terminológico antes que conceptual, y a menudo también desdeñoso de los efectos prácticos derivados de la aplicación de los marcos normativos vigentes —esto es, desdeñoso de la dura y acuciante realidad—, surge una segunda cuestión, a saber, aquella que consiste en determinar la naturaleza misma del acto de suspensión que recae sobre los derechos fundamentales o garantías cuando se instauro el estado de excepción. En tal sentido, existía (existe) confusión acerca de qué debía entenderse por «suspensión de las garantías», para emplear la fórmula elegida por la Carta de 1979. Así, cabía preguntarse por las características principales de la institución, lo mismo que por su finalidad esencial y sus alcances o efectos.

Aunque diversos autores omitieron ocuparse de manera directa y explícita de cuestión tan relevante, es posible encontrar referencias iluminadoras en la doctrina extranjera y nacional, como también en algunos pronunciamientos decisivos de la Corte IDH. Y es que, si en la historia del país

1156 Véase Comité de Derechos Humanos, «Observaciones Finales al Primer Informe del Estado de Perú», en *Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, op. cit., párrafos 255-256, p. 455.

y aún de toda Latinoamérica ha sido frecuente la instauración de estados de excepción que ordenaban la suspensión de todos los derechos constitucionales o de gran parte de ellos¹¹⁵⁷, esta decisión es en rigor inadmisible, tanto desde un punto de vista teórico como práctico. La razón es simple: si los derechos fundamentales son, por definición, inherentes a los seres humanos, no es posible entonces que sean suspendidos¹¹⁵⁸. Una suspensión de derechos primordiales equivaldría al despojo, no importa si sólo temporal, de la condición misma de personas dotadas de dignidad y, por ello, titulares de derechos¹¹⁵⁹. De otro lado, si se asumiera que la suspensión no se refiere a los derechos sino a sus garantías, entendidas como las acciones o procesos de protección de aquéllos, tampoco resulta aceptable la imposibilidad de su empleo en términos absolutos, ya que la prohibición de recurso procesal y protección jurisdiccional, siquiera transitoria, sería equiparable a una ausencia de Estado de Derecho y de mecanismos democráticos para la defensa de las personas, razón de ser de la propia organización estatal.

Es claro, por lo tanto, que la suspensión no puede ser concebida como supresión de derechos o garantías. En realidad, lo que ocurre cuando se instaure el gobierno de crisis es que se introduce un régimen de protección de derechos atenuado, con el propósito de conjurar la emergencia que amenaza la continuidad de la vida nacional y de las instituciones democráticas. Al respecto, es revelador el contraste entre la definición de la figura en los ordenamientos de impronta europeo-continental y en los ordenamientos de tradición anglosajona. En efecto, como advierte Daniel O'Donnell en relación a los instrumentos del DIDH, éstos no reconocen a los

1157 Véase José Coloma Marquina, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979 y Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. II-III y 59; Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», *op. cit.*, p. 96; Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 214-215. Véase también Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», *op. cit.*, pp. 105-106.

1158 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, p. 167; Paloma Requejo, «¿Suspensión o Supresión de los Derechos Fundamentales?», *Revista de Derecho Político*, 51 (2001), p. 111 (nota 8). Véase también Luis Castillo-Córdova, «¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción», *op. cit.*, pp. 329 y 352; Carlos Hakansson Nieto, «En un Estado Constitucional de Derecho, se Pueden Suspender los Derechos Fundamentales? La Interposición de Garantías Constitucionales durante los Regímenes de Excepción», en ed. César Landa, *Derechos Fundamentales. Actas de Las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales* (Lima: Palestra Editores, 2018), pp. 260-261 y 265-266.

1159 Véase César Landa, «Dignidad de la Persona Humana», en César Landa, *Constitución y Fuentes del Derecho* (Lima: Palestra Editores, 2006), pp. 15-17; Ernesto Benda, «Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad», en Ernesto Benda *et. al.*, *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, segunda edición, 2001), pp. 117-119; Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 152; Peter Häberle, *El Estado Constitucional* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - IJ - UNAM, 2003), pp. 169-170.

Estados la potestad de suspender los derechos individuales en sí mismos, sino el derecho a adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de los tratados, siempre y cuando, por cierto, respeten el principio de necesidad estricta, entre otras condiciones (artículo 4.1 del PIDCP y artículo 27.1 de la CADH)¹¹⁶⁰. La fórmula textual empleada en el CEDH es, sin embargo, distinta y muestra con más claridad su notoria influencia inglesa¹¹⁶¹, estipulando que los Estados Partes podrán tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el Convenio (artículo 15.1).

Ahora bien, la institución derogatoria de origen británico no implica una suspensión en el sentido desarrollado históricamente en Latinoamérica (y en otras regiones del mundo), equiparable al virtual aniquilamiento de los derechos y a la total imposibilidad de su tutela jurisdiccional, sino algo cualitativamente distinto: adoptar medidas o acciones que contravienen determinadas normas sustantivas, pero que se juzgan indispensables para hacer frente a la emergencia. Así, pues, las disposiciones de derogación pueden afectar algunos derechos, pero ciertamente no todos, y sólo hasta determinado punto o grado, pero no hasta eliminarlos o imposibilitar por completo su ejercicio¹¹⁶². Como señala Peter Kempees, la expresión «derogación» significa que los Estados reciben una «medida de latitud», bajo ciertas circunstancias, para «limitar el ejercicio de derechos sustantivos»¹¹⁶³. De similar opinión es Carlos Santiago Nino, quien considera que «los derechos pueden ser limitados, pero no suspendidos», lo que quiere decir que puede haber circunstancias que «determinen una mayor limitación de ciertos derechos de lo que es normalmente admisible»¹¹⁶⁴. De ningún modo significa el desvalimiento total del sujeto titular de derechos fundamentales y su sometimiento a poderes ilimitados del Gobierno.

Lo llamativo es que las autoridades públicas peruanas, en especial los operadores jurídicos (legisladores, jueces y fiscales, entre otros), tuvieron a su disposición las fuentes que podían ayudarlos a tomar decisiones y a realizar acciones adecuadas de tutela de los derechos fundamentales de las personas en aquellas zonas del territorio nacional declaradas en estado de emergencia. En primer lugar, debe recordarse el notable antecedente que brindaba el Anteproyecto de Constitución elaborado por la Comisión que pre-

1160 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 215-216.

1161 Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, pp. 7-8; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 200-201.

1162 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 216-217.

1163 Véase Peter Kempees, *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 14 (traducción propia).

1164 Véase Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 485.

sidió Manuel Vicente Villarán en el año 1931, cuya Exposición de Motivos declaraba expresamente que la suspensión de garantías «no significa que los derechos individuales correspondientes queden suprimidos», sino, más bien, que «ciertas formas de la protección legal que normalmente se les otorga son disminuidas o alteradas», concluyendo que los derechos quedan sujetos a «un nuevo régimen más restrictivo y severo, pero no se pierden del todo, ni son abandonados al absoluto y arbitrario poder del gobierno» (véase el acápite 4.3.2, *supra*).

Ya ha sido mencionado aquí el esclarecedor artículo de Daniel O'Donnell, que fue publicado en el número 38 de la revista *Derecho*, editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú en diciembre de 1984, artículo en el cual se expone con claridad la diferencia entre la perspectiva de la suspensión y la de la derogación, insistiendo en la conservación de la titularidad de los derechos bajo estado de excepción, así como en la preservación de mecanismos jurisdiccionales (garantías) para su tutela efectiva. Pero, además de este importante trabajo doctrinario, divulgado en el país en momento todavía oportuno, hubo otros estudios académicos dados a conocer, al menos en la comunidad especializada, mientras estuvo en vigor la Constitución peruana de 1979. Entre ellos debe mencionarse, en lugar prominente, los trabajos de Palacios McBride y Sheput Stucchi, así como el libro de Power Manchego-Muñoz (originalmente, su investigación).

En tal sentido, Palacios McBride insiste en que, antes que enfrascarse en discusiones inconducentes o estériles, es importante que los operadores jurídicos no pierdan de vista el «problema central», el cual consiste en controlar los poderes extraordinarios en manos del Ejecutivo y proteger los derechos humanos durante el estado de excepción¹¹⁶⁵. En opinión de esta autora, los derechos no desaparecen ni tampoco la posibilidad de defenderlos mediante las garantías constitucionales¹¹⁶⁶. A su turno, Sheput Stucchi, de manera clara y rotunda, señala que, entre las posturas extremas de quienes defienden la suspensión de derechos y quienes abogan por la suspensión de las garantías, cabe una «tercera alternativa doctrinaria», conforme a la cual «no se suspenden propiamente los derechos ni las garantías en sentido absoluto, sino que lo que ocurre es que operan ciertas restricciones al ejercicio de los derechos», sin que ello excluya el control jurisdiccional de razonabilidad de las medidas que el Gobierno adopte ante la emergencia¹¹⁶⁷. Más precisamente, Sheput Stucchi considera que los actos de la autoridad «sólo afectan el ejercicio de determinados derechos y sólo cuando este ejercicio es público», a lo que añade que los derechos podrán ser intervenidos

1165 Véase Rosa María Palacios Mc Bride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 60 y 80.

1166 *Ibíd.*, pp. 157-159.

1167 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, p. 229.

cuando alienten la situación que desencadenó la proclamación del estado excepcional (estado de sitio, en el caso del estudio de Sheput Stucchi)¹¹⁶⁸. En parecidos términos se pronuncia Jorge Power Manchego-Muñoz, quien, en fórmula sintética, dictamina que «no cabe la suspensión de los derechos, ya que éstos son consustanciales a la persona humana, ni cabe en sentido absoluto la suspensión de garantías porque impediría el ejercicio del control judicial de razonabilidad»¹¹⁶⁹.

Además del parecer tan claro de la doctrina nacional y extranjera sobre el tema bajo examen, existió un elemento de indudable relevancia normativa que tampoco fue tenido en cuenta en el Perú bajo la vigencia de la Constitución de 1979. Dicho elemento es la Opinión Consultiva 8 de la Corte IDH, titulada «El habeas corpus bajo suspensión de garantías». Efectivamente, luego de revisar las diferentes locuciones empleadas por la misma CADH como objeto de la suspensión («garantías», «obligaciones», «derechos»), la Corte aborda la cuestión de la naturaleza y alcance de la suspensión y estatuye como interpretación canónica la siguiente:

Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio¹¹⁷⁰.

A mayor abundamiento, el Tribunal de San José interpretó que, en el marco de la situación excepcional, todo lo más, «resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos», lo que, empero, no quiere decir que quede suspendido el propio Estado de Derecho o la legalidad que siempre ha de obligar a los gobernantes¹¹⁷¹. Lo que se modifica es, entonces, los límites legales de los po-

1168 *Ibíd.*, p. 230.

1169 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, p. 167. Véase también Domingo García Belaunde, «Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)», *op. cit.*, pp. 276-277; Daniel Rojas Ampuero, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979», *op. cit.*, pp. 27-28; Francisco Fernández Segado, «Naturaleza y Régimen Legal de la Suspensión General de los Derechos Fundamentales», *Revista de Derecho Político*, 18-19 (1983), p. 40; Paloma Requejo, «¿Suspensión o Supresión de los Derechos Fundamentales?», *op. cit.*, pp. 111-113.

1170 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 8/87: El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos humanos), *op. cit.*, párrafo 18.

1171 *Ibíd.*, párrafo 24. En una Opinión Consultiva anterior, la Corte IDH ya había recalcado la diferencia entre restricciones de los derechos en circunstancias de normalidad según el artículo 30 de la CADH, suspensión de conformidad con el artículo 27 y supresión de

deres públicos, que serán distintos a los que rigen bajo condiciones de normalidad constitucional, pero de ningún modo puede pensarse que son «inexistentes» o que el Gobierno posee «poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada»¹¹⁷².

En la misma línea de reflexión, es bueno recordar que una diferencia importante entre la restricción extraordinaria en que consiste la suspensión durante el estado excepcional y la restricción ordinaria autorizada durante tiempos de normalidad es que la suspensión, por propia naturaleza, es transitoria, de breve duración, mientras que la restricción ordinaria puede tener carácter permanente. Este rasgo distintivo, de indudable relevancia, se suma a la ya referida diferencia de grado o intensidad de la medida restrictiva.

En suma, desde el punto de vista del Derecho Constitucional, suplementado con elementos que le proporciona el DIDH, puede decirse que la suspensión que autoriza el régimen de excepción supone una restricción especial sobre los derechos fundamentales, la cual es más severa que la existente bajo circunstancias de normalidad constitucional, precisamente debido a que los medios ordinarios devienen impracticables o ineficaces. En ningún caso, empero, ello significa la supresión de tales derechos o su desaparición, ya que éstos son consustanciales a los seres humanos como sujetos dignos y, en consecuencia, titulares de derechos. Únicamente se produce una limitación de especial intensidad sobre el ejercicio de los derechos. La suspensión tampoco supone, por ende, la exclusión total de las garantías, entendidas como medios procesales de defensa de dichos derechos fundamentales. Lamentablemente, tal entendimiento fue desestimado por los operadores jurídicos del Estado peruano mientras estuvo en vigor la Constitución de 1979, provocando que numerosos procesos de habeas corpus interpuestos bajo estado de emergencia fueran rechazados por los tribunales de justicia.

derechos, la cual está prohibida por el literal «a» del artículo 29 del Pacto de San José. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 6/86: La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986), párrafo 14. Véase también Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, op. cit., pp. 69-70.

1172 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 8/87: El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos humanos), op. cit., párrafo 24. Véase también Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., p. 457; Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, op. cit., p. 191; Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, op. cit., pp. 156 y 158; Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, op. cit., p. 113.

5.3.2. Los derechos fundamentales susceptibles de suspensión bajo estado de emergencia

5.3.2.1. La opción constitucional: un listado estricto de derechos suspendibles

Por lo general, las Constituciones, lo mismo que los tratados internacionales de derechos humanos, establecen que ciertos derechos fundamentales, no todos, pueden ser objeto de suspensión en situaciones de crisis extremas. Tal regulación, desde luego, está de acuerdo con la naturaleza del estado de excepción como institución jurídica, ya que los mayores poderes estatales y la correlativa restricción especial de los derechos básicos de las personas han de permitir el restablecimiento de la normalidad constitucional, gravemente perturbada por la emergencia. Ahora bien, las técnicas empleadas por las Cartas Políticas para la suspensión de los derechos son diversas y permiten hacer algunas tipologías. Así, Norris y Reiton clasifican las Constituciones en tres categorías: 1) las que identifican los derechos no susceptibles de suspensión; 2) las que, por el contrario, identifican los derechos que pueden ser suspendidos; y 3) las que no establecen categorías¹¹⁷³. Oren Gross, por su parte, propone una clasificación parcialmente distinta, llamando al primer grupo de Norris y Reiton «enfoque de la lista negativa», y al segundo, «enfoque de la lista positiva», mientras formula una tercera categoría consistente en un «enfoque mixto», en cuya virtud se usa una lista negativa por ejemplo para un estado de emergencia, por contraste con el uso de una lista positiva para crisis provocadas por desastres naturales¹¹⁷⁴.

La opción del constituyente peruano de 1978-1979 fue la de consagrar una lista positiva, adhiriéndose de este modo a una tradición nacional que venía desde la Carta de 1860, la cual se mantuvo en la reforma constitucional de 1926 y en la Constitución de 1933, y que luego sería respetada igualmente por la Norma Fundamental de 1993, todavía en vigor en la actualidad¹¹⁷⁵. En consecuencia, la lista positiva que identifica los derechos suspendibles en el Texto Supremo de 1979 correspondía a una práctica de

1173 Véase Robert E. Norris y Paula Desio Reiton, «The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties», *op. cit.*, pp. 207 y 222.

1174 Véase Oren Gross, «Constitutions and emergency regimes», en eds. Tom Ginsburg y Rosalind Dixon, *Comparative Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 340-341 (traducción propia).

1175 En cuanto a lo que ocurría en otros ordenamientos de la región, el estudio de Norris y Reiton consigna que, a inicios de la década de 1980, los siguientes países de América vinculados por la CADH optaron en sus Constituciones por listas positivas de derechos derogables: Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y República Dominicana. Véase Robert E. Norris y Paula Desio Reiton, «The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties», *op. cit.*, pp. 208-209 y 222.

formulación constitucional más que centenaria en el Perú. Ella mostraba la predilección de los legisladores constituyentes peruanos, al menos desde mediados del siglo XIX, por una regulación moderada en materia de afectación de derechos básicos de las personas durante los estados de excepción. Este rasgo es de primera importancia, ya que, en lo que se refiere en particular a la Constitución de 1979, confluye con otras características similares en su diseño de moderación y templanza, tales como el que la suspensión fuese potestativa y no obligatoria ni automática con la sola instauración del régimen excepcional, así como el que dicha suspensión pudiese ser parcial, esto es, no necesariamente afectar siempre a todos los derechos susceptibles de ser suspendidos, sino sólo a algunos de ellos (o también a ninguno, como se acaba de decir)¹¹⁷⁶.

La relevancia de estas notas distintivas de los enunciados normativos contenidos en la Constitución de 1979 puede verse acrecentada si se toma en cuenta el frecuente «malentendido» en la interpretación de las cláusulas derogatorias del que habla Anna-Lena Svensson-McCarthy¹¹⁷⁷. En efecto, como advierte esta autora, dichas cláusulas derogatorias no pretenden otorgar «carta blanca» a los Gobiernos para «restringir de modo ilimitado» los derechos no incluidos en la lista de no derogables, sino que, por el contrario, procuran estipular limitaciones y garantías para proteger los derechos fundamentales incluso en las situaciones de crisis extremas¹¹⁷⁸. Así, pues, conviene no perder de vista el sentido y la finalidad de la institución derogatoria, ya que, desdichadamente, la historia evidencia cuán a menudo los gobernantes parecen entender que reciben poderes ilimitados para conjurar la emergencia¹¹⁷⁹. Es más, Svensson-McCarthy hace notar que el propio lenguaje utilizado por la doctrina del DIDH —similar al del Derecho Constitucional, habría que agregar—, puede ser inadecuado, puesto que hablar de derechos «inderogables», «inalienables» o «intangibles» o emplear fórmulas como «núcleo duro» o «núcleo intangible» sugiere o implica que los derechos no definidos como inderogables serían tangibles o alienables, lo que puede favorecer su vulneración o desprotección¹¹⁸⁰.

1176 Véase Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», *op. cit.*, p. 109; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 81-82.

1177 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 372 (traducción propia).

1178 *Ibíd.* (traducción propia).

1179 Véase Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, pp. 511-512; Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», *op. cit.*, pp. 114-115; Daniel Hugo Martins, «La protección de los derechos humanos frente a la suspensión de las garantías constitucionales o “Estado de Sitio”», *op. cit.*, p. 124.

1180 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 373-375 (traducción propia).

Los derechos/garantías suspendibles bajo estado de emergencia conforme a la Carta peruana de 1979 eran sólo cuatro, a saber, libertad y seguridad personales (en lo que se refiere a la prohibición de arresto arbitrario), inviolabilidad del domicilio, libertad de reunión y libertad de tránsito. La evolución histórica muestra que en la Constitución de 1860 las garantías suspendibles eran la protección frente al arresto arbitrario (artículo 18), la libertad de residencia y la prohibición de separación de la República salvo sentencia ejecutoriada (artículo 20) y el derecho de asociación pacífica, en público o en privado, sin comprometer el orden público (artículo 29). Es decir, en la primera Carta que consagró de modo explícito la institución de la «suspensión de garantías» no se admitió la posibilidad de suspender la inviolabilidad del domicilio (artículo 31) ni la libertad de tránsito, si bien esta última no se regulaba por separado. De otro lado, el derecho de asociación comprendía también el derecho de reunión, entonces todavía no regulado de manera autónoma.

Será recién con la Ley 5470, de 28 de septiembre de 1926, la cual reformó la Constitución de 1920, que se incluye la inviolabilidad del domicilio (artículo 31) y se individualiza el derecho de reunión pacífica (artículo 33) como susceptibles de ser suspendidos, mientras se mantiene en la lista de derechos derogables la prohibición de arresto arbitrario (artículo 24) y la libertad de residencia y la prohibición de separación de la República salvo sentencia ejecutoriada, prohibición esta última a la que se agrega la salvedad de la aplicación de la ley de extranjería (artículo 30). A la vez, la reforma constitucional de 1926 excluyó al derecho de asociación (artículo 34) del ámbito de la potestad derogatoria.

Finalmente, en el marco de la Constitución de 1933, las garantías susceptibles de suspensión fueron: la prohibición de arresto arbitrario (artículo 56), la inviolabilidad del domicilio (artículo 61), el derecho de reunión pacífica (artículo 62), la libre entrada, el tránsito y la salida del territorio de la República (artículo 67) y la libertad de residencia y la prohibición de destierro salvo sentencia ejecutoriada o aplicación de la ley de extranjería (artículo 68).

Como puede observarse, por contraste en particular con su inmediata antecesora, la Carta de 1979 mantiene como suspendibles los derechos/garantías relativos a la prohibición de arresto arbitrario (artículo 2.20.g), la inviolabilidad de domicilio (artículo 2.7), el derecho de reunión pacífica (artículo 2.10) y, mediante regulación más restringida, la libertad de tránsito en el territorio nacional (artículo 2.9), excluyendo del campo de la suspensión las libertades conexas de ingreso y salida del país, así como estipulando de manera expresa la prohibición de destierro bajo estado de emergencia (artículo 231.a).

Acerca de los derechos/garantías susceptibles de suspensión, es del caso anotar que los listados varían también entre las Constituciones de

unos países y otros. Sólo a manera de ejemplo (por excusar prolijidad), es posible apreciar variaciones importantes en las Cartas de naciones que, de manera semejante a la Norma Fundamental peruana de 1979, optan por establecer listados positivos de derechos suspendibles. Tales son la Constitución de Weimar (1919), de indudable valor histórico en esta materia (véase el acápite 2.4, *supra*), y la Carta española de 1978, que sirvió como modelo al constituyente peruano¹¹⁸¹, así como las Constituciones de Panamá de 1972 y de República Dominicana de 1966, textos latinoamericanos vigentes al mismo tiempo que la Carta peruana de 1979.

Así, la Constitución de Weimar estipula como suspendibles siete libertades (artículo 48)¹¹⁸². Con tres de ellas coincide el ordenamiento del Perú bajo estudio: libertad personal (artículo 114), inviolabilidad del domicilio (artículo 115) y derecho de reunión (artículo 123). Un derecho no está regulado en la primera Constitución democrática de Alemania como derogable: libertad de tránsito (artículo 111), aunque sí en su par del Perú. Y cuatro derechos no son considerados como suspendibles en la Norma Suprema peruana, pero sí en la Constitución de Weimar: la inviolabilidad del secreto de las cartas y de la correspondencia postal, telegráfica y telefónica (artículo 117), la libertad de expresión (artículo 118), el derecho de asociación (artículo 124) y el derecho de propiedad (artículo 153).

Por su parte, la Constitución española de 1978, prevé once derechos como susceptibles de ser suspendidos (artículo 55)¹¹⁸³. Concuera con los cuatro derogables en la Carta peruana de 1979, pero agrega a la libertad de circulación por el territorio, las libertades conexas de libre elección de residencia y libre entrada y salida del país (artículo 19). Por lo demás, la Constitución de España también regula como suspendibles las siguientes libertades fundamentales, no incluidas como tales en la Carta de Perú bajo examen: el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3), la expresión y difusión libre de pensamientos, ideas y opiniones (artículo 20.1.a), el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz (artículo 20.1.d), el derecho a que el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sólo se realice en virtud de resolución judicial (artículo

1181 Véase Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, *op. cit.*, Tomo VIII, p. 477 (intervención de Javier Valle Riestra). Véase también, en términos generales, Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en *La Constitución en el péndulo*, *op. cit.*, p. 10; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, p. 175.

1182 Véase la «Constitución de Weimar, de 11 de agosto de 1919», en *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*, ed. Joaquín Varela Suanzes, *op. cit.*, pp. 370-406 (el artículo 48, en p. 380).

1183 La Constitución de España de 1978 puede ser consultada en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1978.

20.5), el derecho a la huelga de los trabajadores (artículo 28.2) y el derecho de los trabajadores y los empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (artículo 37.2).

La Constitución de Panamá de 1972, a su turno, establece ocho derechos básicos como susceptibles de suspensión¹¹⁸⁴. En tal sentido, prevé los mismos cuatro que la Constitución del Perú de 1979, aunque con algunas variantes y añadidos, agregando a la lista cuatro otras libertades como suspendibles. Los ocho derechos derogables en la Carta panameña de 1972 son los siguientes (artículo 50): la protección contra el arresto arbitrario (artículo 21), la protección mediante habeas corpus (artículo 22), la inviolabilidad del domicilio o la residencia (artículo 25), el tránsito en el territorio y el cambio de domicilio o residencia (artículo 26), la inviolabilidad de correspondencia y documentos privados, así como la de comunicaciones telefónicas privadas, y la protección frente al registro de papeles (artículo 28), la libertad de expresión (artículo 36), el derecho de reunión pacífica (artículo 37), la propiedad privada (artículo 43).

Finalmente, la Constitución de República Dominicana de 1966¹¹⁸⁵ regula seis derechos fundamentales como derogables (artículos 37.7 y 55.7), entre los que se cuentan los cuatro que prevé la Carta peruana de 1979, aunque con algunos detalles o especificaciones significativos en lo que se refiere a la protección frente al arresto arbitrario (artículo 8.2.b-g). De cualquier modo, la Carta dominicana añade como suspendibles los siguientes derechos: la libertad de expresión (artículo 8.6), la libertad de asociación (artículo 8.7) y la inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados, así como la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones telegráficas, telefónicas y cablegráficas (artículo 8.9).

Puede decirse, en consecuencia, que hay una variación más o menos amplia en los listados de derechos suspendibles que contienen las diferentes Constituciones nacionales. Parece haber una convergencia mínima entre los diversos ordenamientos constitucionales sobre la derogabilidad de ciertos derechos fundamentales, tales como la protección frente al arresto arbitrario, la libertad de reunión pacífica y la inviolabilidad del domicilio, lo que opera en particular frente a amenazas de índole política o que involucren actos de violencia grave (tales como subversión o terrorismo). No obstante, respecto de otras libertades, las diferencias entre las Constituciones son notorias, ya que algunas incluyen como susceptibles de suspensión a derechos como los de huelga o negociación colectiva (España 1978,

1184 La Constitución de Panamá de 1972 puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://www.constitucion.gob.pa/>.

1185 La Constitución de República Dominicana de 1966 puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://www.consultoria.gov.do/Services/Constitutions>.

artículos 28.2 y 37.2) y el de propiedad privada (Weimar 1919, artículo 153; Panamá 1972, artículo 43).

De otro lado, parece habitual que los derechos a la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones, así como a la libertad de expresión se cuenten entre los suspendibles, como ocurre en las Cartas de Weimar de 1919 (artículos 117 y 118), España de 1978 (artículos 18.3 y 20.1.a), Panamá de 1972 (artículo 28) y República Dominicana de 1966 (artículo 8.9). Por contraste, la Constitución peruana de 1979 es mucho más estricta en la protección de los derechos fundamentales en situaciones de emergencia, ya que, al menos a nivel de enunciados normativos, no admite la suspensión de estos derechos.

5.3.2.2. Los derechos inderogables conforme al DIDH y su articulación con la Constitución peruana de 1979

En el DIDH, los dos tratados de carácter general en vigor en el Perú durante la vigencia de la Constitución de 1979, esto es, el PIDCP y la CADH, incluyen «listados negativos» de derechos no derogables en situaciones de crisis extremas, de modo similar a lo que se observa en el CEDH (artículo 15.2), anterior a ambos instrumentos, y en la Carta Árabe de Derechos Humanos (Carta ADH) (artículo 4.b)¹¹⁸⁶, posterior a ellos. Ahora bien, como hace notar Joan Fitzpatrick, el proceso de definir los derechos no derogables en el DIDH es «marcadamente progresivo», en el sentido de registrar una clara evolución de sentido expansivo, es decir, signada por una constante ampliación de los derechos insuspendibles en los diferentes convenios internacionales¹¹⁸⁷. El siguiente cuadro 8 muestra las diferencias en materia de derechos inderogables en el CEDH, el PIDCP y la CADH.

1186 La Carta Árabe de Derechos Humanos puede ser consultada en el siguiente enlace: https://acihi.org/texts.htm?article_id=16.

1187 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, op. cit., p. 63 (traducción propia). Si bien el comentario de Fitzpatrick se refiere a los tres primeros tratados en el tiempo (CEDH, PIDCP y CADH), que eran los existentes al momento de su publicación, puede ser aplicado también a la Carta ADH, de 2004, que define 16 disposiciones como no suspendibles.

Cuadro 8 **Derechos inderogables conforme al CEDH, el PIDCP y la CADH**

CEDH (artículo 15.2)	PIDCP (artículo 4.2)	CADH (artículo 27.2)
1) Derecho a la vida 2) Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes 3) Prohibición de esclavitud y servidumbre 4) Principio de legalidad y de irretroactividad penal	1) Derecho a la vida 2) Protección frente a la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes 3) Prohibición de esclavitud 4) Prohibición de servidumbre 5) Prohibición de encarcelamiento por incumplimiento contractual 6) Principio de legalidad y de irretroactividad penal 7) Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica 8) Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión	1) Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica 2) Derecho a la vida 3) Derecho a la integridad personal 4) Prohibición de la esclavitud y servidumbre 5) Principio de legalidad y de retroactividad 6) Libertad de conciencia y de religión 7) Protección a la familia 8) Derecho al nombre 9) Derechos del niño 10) Derecho a la nacionalidad 11) Derechos políticos 12) Garantías judiciales indispensables para la protección de derechos inderogables

Fuentes: elaboración propia con base en datos de CEDH, PIDCP y CADH.

Son claras las divergencias en la definición de los derechos no susceptibles de derogación o suspensión en los tres tratados, así como su carácter progresivo. Joan F. Hartman ha hecho notar que la «elección básica» al elaborar la lista de derechos inderogables es entre incluir sólo a los derechos indispensables o también a aquellos cuya suspensión no se justifica en ningún caso (por ejemplo, por carecer de vínculo con la causa de la emergencia), decantándose esta autora por la primera alternativa¹¹⁸⁸. Coinciden

1188 Véase Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», *op. cit.*, p. 113 (traducción propia).

con la opción por una «lista corta» Jaime Oraá y Joan Fitzpatrick, siendo de señalar que esta última autora expresa preocupación por un eventual riesgo de «trivialización» al aumentar el número de derechos no derogables mediante la inclusión de aquellos cuya suspensión es innecesaria en situaciones de emergencia¹¹⁸⁹. No obstante, el Informe Questiaux promueve una ampliación de los derechos inderogables, conforme a los estándares más protectores consagrados en la CADH¹¹⁹⁰.

Los trabajos preparatorios del PIDCP revelan que fue más fácil que sus redactores se pusieran de acuerdo en el principio de que debía existir un conjunto de derechos intangibles incluso ante crisis de especial gravedad, que en los derechos a ser incluidos en el listado¹¹⁹¹. De hecho, la propuesta inicial del Reino Unido carecía de catálogo de libertades inderogables, pero esta deficiencia fue pronto observada y poco después subsanada¹¹⁹². El debate alcanzó dos extremos: de un lado, si consagrar una breve lista positiva de derechos suspendibles, como propuso el delegado de Filipinas¹¹⁹³, y, de otro lado, habiendo prevalecido la tesis del listado negativo, cuáles derechos debían ser consagrados como inderogables. Respecto de este segundo punto, en oposición a la lista corta formulada por los delegados británicos, los representantes de Francia y de Estados Unidos de América se mostraron partidarios de definir como inderogables también la protección frente al arresto arbitrario y las reglas fundamentales del debido proceso o proceso regular¹¹⁹⁴. Esto último, como se sabe, fue finalmente desestimado.

En el caso de los trabajos preparatorios de la CADH, es de destacar que el Anteproyecto redactado por la CIDH y que sirvió como documento de trabajo de la Conferencia Especializada de San José en noviembre de 1969, incorporó una cláusula que desautorizaba la suspensión de los siguientes

1189 Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, op. cit., pp. 94-95; Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, op. cit., p. 64 (traducción propia).

1190 Véase Nicole Questiaux, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, op. cit., párrafo 203.B («Recommendations»), p. 45. Véase también International Commission of Jurists (ICJ), *States of Emergency: Their Impact on Human Rights*, op. cit., pp. 440-441.

1191 Véase Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», op. cit., pp. 115-116; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., pp. 380-392; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, op. cit., pp. 87-91.

1192 Véase Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», op. cit., p. 115.

1193 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, op. cit., p. 64 (nota 60).

1194 Véase Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», op. cit., pp. 116-117; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, op. cit., pp. 381 (nota 6), 382 y 385.

derechos: «a la vida, a la integridad de la persona, de protección contra la detención arbitraria, a proceso regular, de libertad de pensamiento, conciencia y religión, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a no ser privado de su libertad por deudas» (artículo 24.2)¹¹⁹⁵. Esta propuesta estaba en consonancia parcial con la Declaración emitida por la Comisión Interamericana en mayo de 1968, la cual exigía, como condición de compatibilidad de la suspensión de garantías constitucionales o estado de sitio con el régimen de gobierno democrático representativo, que éstos no supusieran «suspensión alguna del derecho a la vida, a la libertad, a la integridad de la persona, derecho de protección contra la detención arbitraria, derecho a proceso regular y derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión» (punto e)¹¹⁹⁶. En parecidos términos se había ya pronunciado previamente el Informe de Daniel Hugo Martins de 1966, el cual estimó que las únicas garantías que podían suspenderse eran las relativas a la detención arbitraria y formulación de cargos, la injerencia arbitraria en la vida privada, domicilio y correspondencia y, con ciertas limitaciones, la censura previa¹¹⁹⁷.

Como quiera que fuere, durante las deliberaciones de la Comisión I de la Conferencia de San José, el representante de México formuló una tenaz oposición a que se incluyera una cláusula de inderogabilidad de determinados derechos, posición en la que fue secundado por el delegado de Ecuador¹¹⁹⁸. El debate se polarizó entre la postura de México, en favor de suprimir la cláusula de inderogabilidad de derechos, y la tesis de Estados Unidos de América, que defendió la necesidad de tal cláusula, con indicación expresa de los artículos comprendidos en la disposición. Sometidas a votación sucesivamente cada una de estas posturas, triunfó a la postre la propuesta del representante estadounidense. Sin embargo, la iniciativa específica relativa a considerar como no suspendibles la protección de las personas frente a arrestos sin que se les informe de la causa o cargos, y el

1195 Véase Organización de Estados Americanos, «Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos», *op. cit.*, p. 22.

1196 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de las Garantías Constitucionales o Estado de Sitio», en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Labor Desarrollada durante el Decimoctavo Período de Sesiones (1-17 de Abril de 1968)*, *op. cit.*, párrafo 79, p. 47.

1197 Véase Daniel Hugo Martins, «La protección de los derechos humanos frente a la suspensión de las garantías constitucionales o “Estado de Sitio”», *op. cit.*, pp. 142-143 y 145-146.

1198 Véase Organización de Estados Americanos, «Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos», *op. cit.*, pp. 264-265. México y Ecuador presentaron sendos documentos de observaciones y México incluso llegó a formular una reserva respecto del texto final del artículo 27.2 de la CADH. Véase Organización de Estados Americanos, «Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos», *op. cit.*, pp. 100-101, 105, 520 y 523.

derecho a contar con una audiencia en que pudieran contestar a las acusaciones no fue aceptada¹¹⁹⁹, y en consecuencia estos derechos no figuran de manera expresa en el artículo 27.2 de la CADH.

Para todo efecto práctico, el listado de derechos insuspendibles conforme al DIDH vigente en el Perú mientras estuvo en vigor la Constitución de 1979 es el consagrado en la CADH, al que hay que sumar la prohibición de encarcelamiento por incumplimiento contractual, prevista en el PIDCP y no en el Pacto de San José. Como es fácil de apreciar, no hay conflicto con los derechos inderogables durante el estado de emergencia conforme a la Carta de 1979, considerablemente más numerosos (artículo 231.a). Distinta es la situación, empero, en el caso del estado de sitio, ya que la Norma Fundamental previó que bajo esta modalidad de estado de excepción el decreto presidencial que lo instaurase debía especificar «las garantías constitucionales que continúan en vigor» (artículo 231.b). Una lectura literal y reduccionista de la cláusula llevaba, desde luego, a sostener que la Carta autorizaba, en una hipótesis extrema, la suspensión de todos los derechos fundamentales. Defendió esta interpretación Enrique Chirinos Soto, pero sin un análisis riguroso y además prescindiendo del aporte del DIDH¹²⁰⁰. Así, Domingo García Belaunde advirtió la necesidad de compatibilizar el texto constitucional con la CADH, sugiriendo la necesidad de enmendar la Carta peruana¹²⁰¹. Otros autores, en cambio, criticaron la lectura de Chirinos Soto, tanto por ser contraria al espíritu y finalidad de la tutela de derechos provista por la Constitución como, en especial, por ser contraria a las regulaciones expresas de los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en el Perú en ese momento¹²⁰².

Por lo demás, debe también tenerse en cuenta que los mismos órganos de supervisión del PIDCP y de la CADH habían tenido ocasión de pronunciarse sobre la cláusula de inderogabilidad de ciertos derechos. En efecto, el Comité DD. HH. había emitido en el año 1981 su Observación General No 5, en la que, pese a su laconismo, recalca que los Estados partes del PIDCP están prohibidos de suspender ciertos derechos, agregando además que en relación a la potestad derogatoria ejercida por algunos Estados no

1199 *Ibíd.*, p. 267.

1200 Véase Enrique Chirinos Soto, *La nueva Constitución al alcance de todos*, *op. cit.*, p. 262.

1201 Véase Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», *op. cit.*, pp. 110-111.

1202 Véase Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», *op. cit.*, p. 111 (nota 16); Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 178-179; Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, p. 265; Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, *op. cit.*, pp. 30-31; Daniel Rojas Ampuero, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979», *op. cit.*, pp. 35-36; Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, pp. 158, 161-162, 217-218, 234 y 246.

quedaba claro «si, de hecho, no se habían suspendido los derechos cuya suspensión no permite el Pacto»¹²⁰³. A su turno, la Corte IDH, en su muy valiosa Opinión Consultiva No 8 insistió igualmente en que la CADH «dispone que cierta categoría de derechos no se puede suspender en ningún caso», que el poder de los Estados partes para suspender los derechos y libertades está sujeto a límites y que «hay algunos cuya suspensión no está permitida bajo ninguna circunstancia», gozando inclusive de la protección del habeas corpus y el amparo como garantías judiciales indispensables¹²⁰⁴.

Y, en la siguiente Opinión Consultiva No 9, igualmente valiosa, la Corte de San José confirma su vocación creadora e innovativa en aras de lograr la mejor protección de los derechos humanos en las Américas, pues extiende el carácter de insuspendible al conjunto de derechos agrupados bajo el concepto de «debido proceso legal», regulado por el artículo 8 de la CADH. Como se sabe, el derecho al debido proceso o proceso regular no figura entre los derechos inderogables previstos por el artículo 27.2 de la Convención Americana. No obstante, la Corte le reconoce por vía interpretativa esta naturaleza, señalando entre otros puntos lo siguiente:

Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, [...] que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión¹²⁰⁵.

La doctrina del DIDH ha sabido apreciar la relevancia de este pronunciamiento de la Corte IDH, y le ha prodigado, muy merecidamente, comentarios elogiosos¹²⁰⁶.

1203 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), Observación General No 5, «Suspensión de las obligaciones» (artículo 4), *op. cit.*, párrafos 1 y 2.

1204 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 8/87: El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos humanos), *op. cit.*, párrafos 21, 23 y 42.

1205 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 9/87: Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *op. cit.*, párrafo 30.

1206 Véase Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 405; Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, *op. cit.*, pp. 118-119; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, pp. 290-291; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*,

Desde luego, no es posible concluir este acápite sin hacer memoria de la situación vivida en el Perú durante la guerra interna desencadenada bajo la Constitución de 1979, respecto a la situación de algunos de los derechos considerados insuspendibles tanto por el mismo texto constitucional como por los tratados internacionales de derechos humanos vinculantes en el país ya en ese entonces. Como sabemos, la nación se desangró en una lucha fratricida que causó innumerables muertes y que también supuso prácticas de arrestos y detenciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas de personas y ejecuciones sumarias e ilegales, entre otros crímenes graves¹²⁰⁷. Así, no puede sino convenirse con Anna-Lena Svensson-McCarthy en que, a despecho de la importancia atribuida a derechos básicos como el derecho a la vida y el derecho a estar libre de tortura, ellos están entre los más a menudo violados durante las emergencias, sean éstas *de iure* o *de facto*, de tal suerte que el respeto por las reglas del Derecho Internacional —a las que habría que agregar las del Derecho Constitucional— parece muchas veces ser «inversamente proporcional a la naturaleza perentoria de las normas legales en cuestión»¹²⁰⁸.

Mención aparte merece la situación en la que se halló la libertad de expresión en las zonas de emergencia bajo control de las Fuerzas Armadas. Y es que, pese a no ser un derecho fundamental susceptible de suspensión de conformidad con la Carta de 1979, las instituciones militares le impusieron fuertes y arbitrarias restricciones, pues consideraron que con frecuencia el accionar de los medios de comunicación —prensa escrita, radial y televisiva— entorpecía la labor de lucha contrasubversiva o hacía de caja de resonancia de los grupos alzados en armas, cuando no los tenían por una suerte de agentes ideológicos de la subversión y el terrorismo que contribuían de manera encubierta pero deliberada al avance de la lucha armada¹²⁰⁹.

op. cit., pp. 461 y 495; Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, *op. cit.*, p. 121.

1207 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VIII, pp. 360-363 (conclusiones generales 46, 55, 57 y 61).

1208 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 372 (traducción propia).

1209 Véase Roberto Noel Moral, *Ayacucho: Testimonio de un Soldado* (Lima: CONCYTEC, 1989), pp. 19-21, 55-56 y 95-96; Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú, *En honor a la verdad*, *op. cit.*, pp. 37-38. Véase también Americas Watch, *Derechos Humanos en el Perú: Cierta Pasividad frente a los Abusos* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1987), pp. 78-79; Americas Watch, *Derechos Humanos en el Perú: Primer Año del Presidente García* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1986), pp. 58-61; Amnistía Internacional, *Perú: tortura y ejecuciones extrajudiciales. Carta de Amnistía Internacional al Presidente Fernando Belaunde Terry*, *op. cit.*, pp. 3-4; Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final* (Lima: CVR, 2003, Tomo III), pp. 504-508.

5.3.2.3. Precisiones sobre el alcance de los cuatro derechos suspendibles bajo la Carta de 1979

Acerca del alcance de los derechos susceptibles de suspensión bajo estado de emergencia en el marco de la Constitución de 1979, conviene hacer algunas precisiones. En particular, es del caso determinar los efectos que produce la suspensión respecto a las libertades frente al arresto y a la detención arbitrarias y respecto a la libertad de circulación o tránsito en el territorio nacional, además de dar alguna indicación básica sobre los límites de la derogación relativa a los derechos a la inviolabilidad del domicilio y del derecho de reunión pacífica y sin armas.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el derecho a la libertad y seguridad personales previsto en el artículo 2.20.g de la Carta, cuyo carácter emblemático en el Estado constitucional parece estar más allá de toda discusión y que, sin embargo, tan a menudo resulta lesionado durante el gobierno de crisis, es un derecho complejo con varios elementos diferenciados, no todos los cuales han de ser necesariamente afectados por la suspensión, o, al menos, no en todo su contenido¹²¹⁰. En efecto, Daniel O'Donnell advierte que puede ser ilegítimo suspender ciertos derechos cuya derogabilidad es admitida por el ordenamiento, al tiempo de hacer notar que tanto el PIDCP como la CADH son algo imprecisos al distinguir entre derechos suspendibles y no suspendibles, ya que sus cláusulas derogatorias aluden a artículos de los tratados, siendo que éstos regulan un conjunto de derechos interrelacionados, y no un solo derecho¹²¹¹. Por su parte, Joan F. Hartman observa que hace falta esclarecer el «núcleo irreductible» de determinados derechos suspendibles, los más importantes de los cuales son, según esta investigadora, la «libertad frente al arresto y la detención arbitrarias» y el «derecho a un juicio público y justo»¹²¹².

En correspondencia con estas reflexiones, debe anotarse que el indicado artículo 2.20.g de la Carta peruana de 1979 procura dar protección a las personas frente a un evento en extremo grave, a saber, la detención arbitraria por parte de las fuerzas del orden. La importancia del derecho fundamental concernido determina que el constituyente haya sido especialmente cuidadoso y regule por separado dos aspectos cruciales: de un lado, los casos y requisitos que legitiman el arresto o detención de un individuo, y, de otro lado, la duración que dicho arresto o detención puede tener.

1210 Véase, en general, José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit., p. 455; Samuel Abad Yupanqui, *Derecho Procesal Constitucional* (Lima: Gaceta Jurídica, 2004), p. 126; Pedro Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, op. cit., p. 95.

1211 Véase Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 406.

1212 Véase Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», op. cit., p. 112 (traducción propia).

Por lo que se refiere al primer aspecto, la Constitución estipula como regla general una prohibición: «nadie puede ser detenido», el principio es precisamente el de la libertad de las personas, que se ven así protegidas frente a la injerencia de los poderes públicos (y privados) en la esfera de su libertad física. Cabe una excepción, empero, la cual es que una persona puede ser detenida si media un «mandamiento escrito y motivado del Juez» o si es sorprendido «por las autoridades policiales en flagrante delito». En cuanto al segundo aspecto, el temporal, la Norma Fundamental señala que el detenido debe ser puesto a disposición del Juzgado correspondiente «dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia», aunque cabe también un tratamiento excepcional, esta vez relacionado con los «casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas», pues se admite que la Policía puede efectuar en estos supuestos la «detención preventiva» de los presuntos implicados por un máximo de quince días naturales, a condición de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho plazo.

Surge, pues, la interrogante sobre el alcance preciso de la suspensión contemplada en el artículo 231.a, regulatorio del estado de emergencia. ¿Qué aspectos del derecho quedan afectados por la suspensión y en qué medida o proporción? Pese a que algún autor parece presuponer que sólo se suspende el derecho en cuanto a los supuestos en que opera la detención¹²¹³, y pese a que algún otro investigador defiende la proscripción constitucional de la ilimitación del plazo¹²¹⁴, resulta claro que la cláusula derogatoria peruana comprende tanto a las causales como al plazo de la detención, en tanto ella misma no introduce ninguna diferencia ni exclusión. Por lo tanto, proclamado el estado de emergencia y decretada la suspensión del derecho fundamental a la libertad y seguridad personales del artículo 2.20.g, queda autorizado el Poder Ejecutivo a detener a las personas sin mandato judicial expedido en el marco de un proceso penal que se dirija a esclarecer la eventual comisión de un delito, o sin que exista un caso de flagrancia delictiva que amerite la intervención directa de la Policía. Quiere decir que es posible que la autoridad administrativa proceda a detener a determinadas personas por meras sospechas o, sin que existan sospechas de la comisión de un ilícito penal, con vistas a garantizar la seguridad pública y el mantenimiento del orden público, lo que está terminantemente prohibido en tiempos de normalidad constitucional.

Ello no significa, empero, que la detención administrativa pueda ser realizada de manera arbitraria o gratuita, esto es, sin que exista una razón válida relacionada con la causa que motivó la declaración del estado de emergencia y la suspensión del derecho. Ya ha sido señalado en el acá-

1213 Véase Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, op. cit., p. 29.

1214 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., p. 173.

pite anterior que el Estado de Derecho no desaparece bajo el régimen de excepción constitucional, ni tampoco sus garantías mínimas. De otro lado, aunque no existe regulación expresa en los ya referidos artículos 231.a y 2.20.g de la Carta de 1979, los principios básicos del orden constitucional determinan que siempre deba existir supervisión jurisdiccional de la detención administrativa, precisamente con la finalidad de controlar la eventual lesión de la libertad personal y derechos conexos de las personas arrestadas por orden del Ejecutivo mientras dura la crisis.

Por cierto, esta supervisión judicial sí está prevista en el Texto Constitucional respecto del segundo aspecto de la libertad y seguridad personales, es decir, respecto del plazo de duración de la detención administrativa, pero en particular en los casos excepcionales de quienes están bajo sospecha de incurrir en terrorismo, espionaje o comercio ilegal de drogas. Como ya ha sido indicado aquí, durante la situación de normalidad constitucional, es posible que la autoridad policial mantenga hasta por quince días el arresto de los sospechosos de incurrir en estos delitos que hubieran sido sorprendidos *in fraganti*, lo que sin embargo está sujeto a los controles del fiscal y del juez. Parece claro que tales controles deben ser extendidos también a la actuación del Poder Ejecutivo para efectuar detenciones fuera de las hipótesis contempladas en la Carta para la situación de normalidad constitucional.

Ahora bien, en cuanto al plazo de la detención administrativa bajo estado de emergencia, no hay discusión sobre la modificación (suspensión) de los plazos normales, esto es, el plazo regular de veinticuatro horas y el plazo excepcional de quince días en los tres supuestos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. La pregunta, sin embargo, es por cuánto tiempo pueden los agentes del Gobierno mantener arrestado a un individuo sin formular cargos penales ante el juez competente. Estos aspectos, por desgracia, no fueron regulados en ningún momento por la ley peruana bajo la Carta de 1979, como tampoco lo habían sido conforme a la Constitución de 1933 (omisión legislativa que perdura hasta hoy, con la Norma Fundamental de 1993). No obstante, ha de reiterarse aquí que la conducta del Gobierno en esta materia debía siempre entenderse como sometida al principio de interdicción de la arbitrariedad, y en especial, a los principios interpretativos de razonabilidad y proporcionalidad, como será explicado más adelante¹²¹⁵.

Sobre los dos aspectos mencionados del derecho a protección frente al arresto y detención arbitrarias bajo estado de emergencia (causales y plazo), conviene recordar las regulaciones establecidas en el ordenamiento español, a inicios de la década de 1980, así como las detalladas normas contenidas en los Principios de Siracusa, aprobados en el año 1984. Y es

1215 Véase, en general, Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid: Editorial Trotta, 2003), p. 254.

que, en España, la Ley Orgánica 4, del 1 de junio de 1981, establece que, durante el estado de excepción, la autoridad gubernativa queda facultada para detener a una persona si lo estima «necesario para la conservación del orden», a condición de que cuente con «fundadas sospechas de que dicha persona fuera a provocar alteraciones del orden público», pero estipulando un plazo máximo de diez días, durante los cuales los detenidos disfrutaban de los derechos previstos en el artículo 17.3 de la Constitución, referidos a ser informados de inmediato y de modo comprensible de sus derechos y de las razones de la detención, a no ser obligados a declarar y a contar con la asistencia de abogado (artículo 16.1)¹²¹⁶. Adicionalmente, la Ley Orgánica 4/1981 establece el deber de comunicar la detención al juez competente dentro de veinticuatro horas, quien puede requerir información y conocer por sí o por medio de delegación a otro juez la situación del detenido (artículo 16.2)¹²¹⁷.

En suma, la legislación española de desarrollo constitucional prevé que, bajo estado de excepción, cabe la detención administrativa por sospechas o por razones de orden público, pero ésta no puede exceder de un plazo razonable de diez días y queda sujeta a control jurisdiccional. En el caso del ordenamiento peruano bajo la Carta de 1979, estos puntos no fueron regulados, como ya ha sido anotado aquí, lo que debe lamentarse especialmente en lo que atañe al plazo —el control jurisdiccional es menos controversial, por ser una potestad genérica que es distintiva del Estado de Derecho¹²¹⁸—, ya que varios autores nacionales se pronunciaron a favor de fijar un término temporal breve para el arresto/detención durante el estado de emergencia, tomando como referente el término previsto en el Código Procesal Penal para que el juez decidiera la situación de un inculpado, esto es, precisamente un máximo de diez días (artículo 83)¹²¹⁹.

1216 Véase *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio* (España: Cortes Generales, 1981).

1217 Para análisis críticos de estas regulaciones, véase Paloma Requejo, «¿Suspensión o Supresión de los Derechos Fundamentales?», *op. cit.*, pp. 116-117; Pedro Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, *op. cit.*, pp. 95-98; Francisco Fernández Segado, «Naturaleza y Régimen Legal de la Suspensión General de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, pp. 49-51.

1218 Véase Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática* (Madrid: Taurus, 1983), p. 31; Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil* (Madrid: Editorial Trotta, décima edición, 2011), p. 23; Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia* (México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1989), pp. 18 y 19-20.

1219 Véase Alberto Ruiz-Eldredge, *La Constitución comentada*, *op. cit.*, pp. 289-290; Óscar Aliaga Abanto, «Constitución Peruana, Derechos Humanos y Libertad Física», en *La Constitución Peruana de 1979 y sus Problemas de Aplicación*, *op. cit.*, pp. 89-90. Véase también la propuesta de considerar un plazo máximo de detención de quince días bajo estado de sitio, en Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, p. 172.

Por su parte, los Principios de Siracusa, relativos a la restricción o suspensión de derechos bajo estado de excepción, procuraron dotar de contenido específico y rodear de salvaguardas los derechos de las personas frente a eventuales arrestos o detenciones, a la luz de lo previsto en el PIDCP. Se trata seguramente de la regulación más amplia y completa, por lo que vale la pena citar *in extenso* sus minuciosas estipulaciones sobre este punto, las cuales también estuvieron a disposición de las autoridades peruanas en la época ahora analizada:

Aunque las protecciones contra el arresto y la detención arbitrarias (Art. 9) y el derecho a un juicio público y justo en la determinación de un cargo criminal (Art. 14) pueden ser sometidos a limitaciones legítimas si son estrictamente requeridas por las exigencias de una situación de emergencia, la denegación de ciertos derechos fundamentales para la dignidad humana nunca puede ser estrictamente necesaria en ninguna emergencia concebible. El respeto de estos derechos fundamentales es esencial en orden a asegurar el disfrute de los derechos no derogables y a proveer un remedio efectivo contra su violación. En particular:

- 1) Todos los arrestos y detenciones y el lugar de la detención deben ser registrados, de ser posible centralmente, y estar disponibles para el público sin dilación.
- 2) Ninguna persona será detenida por un período de tiempo indefinido, sea detenido pendiente la investigación judicial o el juicio, o detenido sin cargos.
- 3) Ninguna persona será mantenida en aislamiento sin comunicación con su familia, amigos o abogado por más de unos pocos días, por ejemplo, de tres a siete días.
- 4) Donde las personas son detenidas sin cargos la necesidad de su detención continuada será examinada periódicamente por un tribunal de revisión independiente.
- 5) Toda persona acusada de una ofensa tendrá derecho a un juicio justo por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley.
- 6) Los civiles serán normalmente juzgados por los tribunales ordinarios; donde se encuentre que es estrictamente necesario establecer tribunales militares o cortes especiales para juzgar civiles, su competencia, independencia e imparcialidad será asegurada y su necesidad revisada periódicamente por la autoridad competente.
- 7) Toda persona acusada de una ofensa criminal tendrá derecho a la presunción de inocencia y al menos a los siguientes derechos para asegurar un juicio justo:

- El derecho a ser informada de los cargos prontamente, en detalle y en un lenguaje que entienda.
 - El derecho a tener tiempo adecuado y facilidades para preparar la defensa, incluyendo el derecho a comunicarse confidencialmente con su abogado.
 - El derecho a un abogado de su elección, y a asistencia legal gratuita si no tiene los medios para pagar uno.
 - El derecho a estar presente en el juicio.
 - El derecho a no ser compelido a testificar contra sí mismo o a hacer confesión.
 - El derecho a obtener la comparecencia y el examen de los testigos de la defensa.
 - El derecho a ser juzgado en público, salvo donde el tribunal ordene otra cosa por razones de seguridad con adecuadas salvaguardas para evitar el abuso.
 - El derecho de apelar a una Corte superior.
- 8) Un adecuado registro del proceso deberá ser mantenido en todos los casos.
- 9) Ninguna persona será juzgada o castigada de nuevo por una ofensa por la cual ya hubiera sido condenada o absuelta¹²²⁰.

En definitiva, entonces, si bien las propuestas para considerar la protección frente a la detención arbitraria como un derecho fundamental in-suspendible bajo estado de excepción fueron desestimadas por los autores del PIDCP y la CADH, según se ha expuesto antes, parece claro que dicho derecho, al igual que el derecho a un proceso justo, cuenta con un núcleo irreductible, no susceptible de afectación al proclamarse una emergencia constitucional y decretarse su suspensión. Tal núcleo irreductible incluye, en primer lugar, que el arresto o detención no se arbitrario, sino que responda a una causa justificada, y, en segundo lugar, que la privación de libertad no sea indefinida en el tiempo, sino que esté sujeta a un plazo razonable. Por lo demás, se mantienen plenamente en vigor los otros derechos fundamentales de la persona.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la libertad de tránsito en el territorio del país, previsto en el artículo 2, inciso 9 de la Constitución de 1979, debe hacerse una precisión elemental pero importante. Y es que más de un autor parece admitir que la suspensión comprendería no sólo a la libertad

1220 Véase AA. VV., «The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant for Civil and Political Rights», *op. cit.*, párrafo 70, pp. 12-13 (traducción propia). Véase también Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, *op. cit.*, pp. 114-116.

de transitar libremente dentro del territorio nacional, sino también a las otras libertades que se regulan junto con ésta en la cláusula constitucional, a saber, la libertad de residencia y la libertad de entrar y salir del país, salvo las limitaciones que pudieran ser impuestas por razones de sanidad¹²²¹. Hay que recordar que éste fue el régimen legal de las garantías/derechos constitucionales durante la vigencia de las Cartas de 1860 (aunque la regulación no es aquí precisa), 1920 (con la reforma introducida mediante la Ley 5470, del 28 de septiembre de 1926), y 1933. No obstante, como indica Jorge Power Manchego-Muñoz, la disciplina constitucional del estado de emergencia se refiere como suspendible en este caso única y exclusivamente al derecho de tránsito, sin incluir a las otras libertades, relativas al derecho a elegir el lugar donde una persona desea residir y al derecho a viajar al exterior y a retornar al Perú del extranjero¹²²².

De cualquier modo, es también pertinente recalcar el efecto positivo derivado de la prohibición que contiene la Carta respecto de la imposición de la pena de destierro bajo cualquier circunstancia durante el estado de emergencia¹²²³. Ello, porque un entendimiento global del alcance de la suspensión, ciertamente equivocado, podría pretender que el segundo párrafo del artículo 2.9 de la Constitución caería bajo el ámbito de la suspensión, quedando habilitada en consecuencia la posibilidad de que el Gobierno expatriase o separase a las personas del lugar de su residencia, sin mandato judicial o aplicación de la ley de extranjería.

Conviene agregar unas breves palabras finales sobre los derechos fundamentales a la inviolabilidad de domicilio y a la libertad de reunión pacífica y sin armas, como susceptibles de suspensión bajo estado de emergencia en el Perú. Por lo que atañe al primero, debe insistirse en que en ningún caso quedan suspendidas las garantías relativas a otros derechos conexos, tales como el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 2.5) y el derecho a la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones (artículo 2.6). En lo que se refiere al segundo, ha de destacarse que ciertamente se trata de un derecho de fuerte carácter político, cuyo ejercicio es esencial en una sociedad democrática, por lo que resulta indispensable que las medidas de limitación especial durante el régimen de suspensión tengan una relación necesaria con la causa de la emergencia¹²²⁴.

1221 Véase Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, p. 81; Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, p. 140.

1222 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, p. 173.

1223 Véase Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, *op. cit.*, p. 217; José Coloma Marquina, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979 y Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 86.

1224 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, p. 174.

5.4. La intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno

La participación de las Fuerzas Armadas para hacerse cargo del mantenimiento del orden interno durante el estado de emergencia fue un elemento clave en la aplicación de esta modalidad excepcional en los años ochenta del siglo pasado. Lamentablemente, el ejercicio de dicha potestad presidencial dio lugar a la indebida militarización del conflicto armado interno, pues las autoridades democráticas delegaron en las instituciones castrenses funciones de gobierno y administración que estaban más allá de la esfera de sus competencias constitucionales.

La Ley 24150, de junio de 1985, vino a consolidar una práctica de varios años en que las zonas de emergencia y los Comandos Político-Militares permitieron violaciones graves de los derechos humanos. Por lo demás, a inicios de la década de los noventa, el marco normativo admitió que las Fuerzas Armadas pudiesen ser desplegadas dentro del país aún sin que hubiese una declaración de estado de emergencia, lo que podría ser catalogado como una especie de estado de excepción *de facto*.

5.4.1. Innovación constitucional y militarización del conflicto

Uno de los elementos distintivos del estado de emergencia recogido en la Carta peruana de 1979 es, sin duda, la posibilidad de que las Fuerzas Armadas intervengan para hacerse cargo del control del orden interno, en sustitución de la Policía Nacional. Esta regla, nueva en la historia constitucional del país, permitió que, durante los años ochenta del siglo pasado, el presidente de la República encomendara al Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea la conducción de la lucha contra el desafío subversivo y terrorista, inicialmente en Ayacucho y zonas aledañas, y luego, progresivamente, en gran parte del territorio.

La innovación normativa, si bien se daba en el marco del proceso político de transición democrática tras el largo Gobierno Militar de los generales Velasco Alvarado (1968-1975) y Morales Bermúdez (1975-1980), recogía la práctica constante del régimen autocrático saliente¹²²⁵, y por ello fue recibida con recelo por algunos autores¹²²⁶. A pesar del carácter potestativo de la regla, por cuya virtud resulta admisible la instauración del estado

1225 Véase Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», *op. cit.*, pp. 102-103, 107 y 116-117; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 84-85.

1226 Véase Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, *op. cit.*, p. 217; Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», *op. cit.*, pp. 109-110; Marcial Rubio Correa, «Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú: 1979-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, p. 244.

de emergencia sin participación de la corporación militar —como también, según se ha anticipado ya, es posible decretar el régimen excepcional sin suspensión de derechos—, la práctica llevó a que, en los escenarios de la guerra interna, se normalizara la imposición del estado de emergencia, con suspensión de los cuatro derechos suspendibles y asunción del control del orden interno por las Fuerzas Armadas, durante el plazo máximo permitido (véase el capítulo 7, *infra*).

Otro rasgo observado en la aplicación práctica del estado de emergencia bajo la Constitución de 1979 es que la intervención de las Fuerzas Armadas no se limitó simplemente a reemplazar a la Policía Nacional en sus típicas labores de control del orden interno (combate a la delincuencia, tareas de seguridad ciudadana, vigilancia y garantía de la tranquilidad pública)¹²²⁷. Más bien, las instituciones castrenses se erigieron como una suerte de entidad autárquica en las zonas de emergencia, asumiendo tareas políticas y administrativas propias de la autoridad de gobierno democrático, las cuales iban mucho más allá del cumplimiento de funciones militares y policiales¹²²⁸. La situación ha sido reiteradamente calificada como una «abdicación de la autoridad democrática»¹²²⁹. Este rol gubernativo y de administración, desde luego, desbordaba el marco constitucional y favoreció, como ya se ha dicho, la perpetración de graves y numerosas vulneraciones de los derechos humanos. Desde el ingreso de las Fuerzas Armadas, se produjo, pues, lo que la CVR ha denominado la «militarización del conflicto»¹²³⁰, con sus aciagas consecuencias en términos de mortandad y sufrimiento.

Durante los primeros años, la intervención de las Fuerzas Armadas para combatir a Sendero Luminoso se produjo sin que hubiera legislación regulatoria. La creación de las «zonas de emergencia» y la conformación de los

1227 Sobre el concepto de «orden interno», véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 017-2003-AI-TC (Caso de la Ley No 24150, sobre normas a cumplir en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno), *op. cit.*, Fundamentos 4-8. Para una opinión crítica sobre el concepto de orden interno en el marco de la Constitución de 1979, véase Martín Vegas Torres, *Fuerzas Policiales, Sociedad y Constitución* (Lima: Instituto de Defensa Legal, 1990), pp. 66-68.

1228 Véase Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, pp. 267-268 y 283-284; Comisión Especial del Senado sobre las Causas de la Violencia y Alternativas de Pacificación en el Perú, *Violencia y Pacificación* (Lima: DESCO - Comisión Andina de Juristas, 1989), pp. 304-305.

1229 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VIII, pp. 364-366; Salomón Lerner Febres, «¿Se aprendió la lección del conflicto armado interno?», *op. cit.*, p. 60; Americas Watch, «Abdicación de la Autoridad Democrática, Derechos Humanos en el Perú» (Lima: Americas Watch, 1984); Abraham Siles, «La Lucha Antiterrorista en el Perú: Agujeros Negros Legales, Agujeros Grises y el Arduo Camino Constitucional. Lecciones Peruanas para la Guerra Contra el Terrorismo Global», *op. cit.*, p. 81.

1230 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 105-106.

«Comandos Político-Militares» ocurrieron sin que existiera previsión expresa para ello en la Carta Política ni en la legislación, entroncando con las prácticas represivas del Gobierno *de facto* que precedió al segundo mandato del presidente Fernando Belaunde Terry¹²³¹. Tal estado de cosas se mantuvo hasta mediados del año 1985, en que el Parlamento aprobó la Ley 24150.

5.4.2. Los excesos inconstitucionales de la Ley 24150

El legislador democrático peruano descuidó su deber de aprobar una ley que regulara de manera integral y sistemática los estados de excepción constitucional, en sus diversos aspectos y alcances, tal como existe en otros ordenamientos (es el caso, por ejemplo, de España, Colombia, Venezuela y Canadá). Optó, más bien, por disciplinar de manera específica el papel a desempeñar por las Fuerzas Armadas cuando el presidente dispone la aplicación de alguna de las modalidades del régimen excepcional. Ello se explica, quizá, por la notoria influencia que la corporación militar ha tenido tradicionalmente en el sistema político peruano¹²³².

Siendo, pues, parcial y limitada, en cuanto dejaba de lado aspectos primordiales de la materia (la precisión de las causales, el régimen de los derechos, los mecanismos de control y, en especial, el rol de los órganos jurisdiccionales, entre otros), la ley llegó también a destiempo, en la medida en que el ingreso de las Fuerzas Armadas a combatir a Sendero Luminoso en Ayacucho y zonas aledañas fue ordenado en diciembre de 1982, mientras que la Ley 24150 fue aprobada dos años y medio después, en las postrimerías del segundo Gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry (*El Peruano*, 7 de junio de 1985).

1231 Véase Francisco Eguiguren, «Defensa Nacional, Estados de Excepción y Control del Orden Interno en la Constitución Peruana de 1979», *Defensa Nacional*, 6 (1986), pp. 33-34; Nelson Manrique, *El Tiempo del Miedo: la Violencia Política en el Perú, 1980-1996* (Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2002), p. 15; Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VI, p. 497; Abraham Siles, «La Lucha Antiterrorista en el Perú: Agujeros Negros Legales, Agujeros Grises y el Arduo Camino Constitucional. Lecciones Peruanas para la Guerra Contra el Terrorismo Global», *op. cit.*, p. 81.

1232 Véase Marcial Rubio Correa, «Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú: 1979-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, pp. 231-235; Christian Donayre Montesinos, «Fuerza Militar y Constitución en el Perú sobre las Reglas para el Uso de la Fuerza y un Análisis acerca de su Constitucionalidad», en AA. VV., *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Lima: PUCP - APDC - UNAM - IIDC - IDEMSA, 2009), pp. 175-176; Fernando Rospigliosi, *Montesinos y las Fuerzas Armadas* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2001), pp. 170 y ss.; Juan Pablo Sánchez Montenegro, «Las Fuerzas Armadas y el Estado de Emergencia como Instrumento de su Recuperación Institucional durante el Período 2001-2010» (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011), p. 20; Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *op. cit.*, p. 130.

La Ley 24150 no fue bien recibida ni por los militares ni por la sociedad civil. Una primera crítica que enfrentó fue la relativa a su incoherencia interna. En efecto, hubo quienes hicieron notar que, mientras algunas de sus cláusulas limitaban las atribuciones de los Comandos Político-Militares, reduciéndolas a labores de simple coordinación o proposición (artículo 5), otras disposiciones presuponían potestades más bien amplias para tareas de gobierno, en sustitución de las autoridades civiles (artículos 2 y 11)¹²³³.

En líneas generales, debe decirse empero que la ley permitió un entendimiento laxo de los poderes conferidos a las Fuerzas Armadas y una aplicación que condujo a numerosos abusos de notable gravedad (masacres, ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados de poblaciones, violencia sexual, entre otros). Las principales regulaciones contenidas en la ley incluyeron, ante todo, una equiparación del «control del orden interno» con «los diferentes campos de la actividad en que se desarrolla la defensa nacional» (artículo 2), así como la creación de los ya mencionados «Comandos Político-Militares» para actuar en las «zonas de emergencia», a cargo de un «oficial de alto rango» que debía designar el presidente de la República a propuesta del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas (artículo 3). Las declaraciones formales respecto a que el rol de la corporación militar había de sujetarse, en cada caso, a las directivas y planes que debía aprobar el presidente de la República (artículos 2 y 4), o en el sentido de que la conducción del proceso global de control del orden interno encomendado a la Fuerza Armada correspondía al Poder Ejecutivo, esto es, a la autoridad civil democrática, fueron del todo inefectivas en la realidad.

Las disposiciones más polémicas son, con seguridad, las que normaron las potestades del Comando Político-Militar. Francisco Eguiguren las agrupa en cuatro rubros, siguiendo las previsiones del artículo 5 de la Ley 24150:

- 1) Potestades vinculadas de un modo más estricto al control del orden público y del orden interno, entre las que destacan la asunción del comando de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales en la zona de emergencia, la coordinación de la participación de los sectores público y no público en la ejecución de los planes y directivas que aprobara el Ejecutivo, y la conducción de las acciones de movilización y defensa civil.
- 2) Potestades relacionadas al Poder Ejecutivo, como la de publicar y difundir las disposiciones político-administrativas dictadas por

1233 Véase Marcial Rubio Correa, «Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú: 1979-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., pp. 248-249; Comisión Especial del Senado sobre las Causas de la Violencia y Alternativas de Pacificación en el Perú, *Violencia y Pacificación*, op. cit., pp. 295 y 304-308.

el Gobierno para el desarrollo de las actividades de la población, lo mismo que la de proponer medidas que pudieran contribuir al mejor cumplimiento de los planes de emergencia y la de concertar acciones con las autoridades dependientes del Ejecutivo en la zona, tales como prefectos, subprefectos y gobernadores.

- 3) Potestades ante la Administración Pública, como coordinar y supervisar a las Corporaciones Departamentales, las entidades encargadas de los servicios públicos, y solicitar eventualmente su cese o remoción, pero también de las autoridades políticas y administrativas, en casos de negligencia, abandono, vacancia o impedimento para cumplir sus funciones.
- 4) Potestades relativas a los delitos e infracciones en el ejercicio de funciones que cometiera el personal militar o policial en las zonas de emergencia, para lo que se dispone que el juzgamiento habrá de ceñirse al Código de Justicia Militar y realizarse ante el Fuero Privativo Militar como órgano competente¹²³⁴.

Aparte de lo ya dicho sobre la indebida interpretación y aplicación de la Ley 24150, que permitió que la autoridad democrática, bajo estado de emergencia, delegara las responsabilidades políticas de dirección en las Fuerzas Armadas, merece mención especial la regulación del control jurisdiccional sobre los supuestos delitos de función cometidos por los militares (artículo 10). Y es que se trata de una regulación que configuraba la jurisdicción militar como un mecanismo de encubrimiento e impunidad, y así efectivamente funcionó en la realidad, como reconocen diversos autores¹²³⁵ y aún la posterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹²³⁶.

1234 Véase Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., pp. 269-270; Francisco Eguiguren, «Defensa Nacional, Estados de Excepción y Control del Orden Interno en la Constitución Peruana de 1979», op. cit., pp. 34-35. También Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo III, pp. 213-216; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 174-176; Marcial Rubio Correa, «Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú: 1979-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., pp. 244-250.

1235 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo VI, pp. 531 y 537-539; Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», op. cit., pp. 121-122; Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., pp. 269-270; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., p. 85; David Lovatón Palacios, *Tribunal Constitucional y Reforma de la Justicia Militar* (Lima: Palestra Editores, 2007), pp. 30-35.

1236 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 04587-2004-AA (Caso Martín Rivas), del 29 de noviembre de 2005, Fundamentos 78-82.

Seis años más tarde, tras la correspondiente delegación de potestades legislativas por el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo 749 (*El Peruano*, 12 de noviembre de 1991), mediante el cual modificó el artículo 5 de la Ley 24150, relativo a las atribuciones de los Comandos Político-Militares. La consecuencia fue un agravamiento de la situación, ya que el nuevo marco legal reforzaba los poderes de las Fuerzas Armadas en las zonas de emergencia, ampliando y aclarando las fórmulas legales¹²³⁷.

Como quiera que fuere, existe consenso entre los estudiosos de la materia en que la Ley 24150 contenía un conjunto de disposiciones contrarias a la Constitución de 1979¹²³⁸, lo que igualmente fue confirmado años después, ya bajo la Carta de 1993, por el Tribunal Constitucional, según será explicado más adelante.

5.4.3. ¿Una modalidad irregular de intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno?

En la misma fecha del ya referido Decreto Legislativo 749, ampliatorio de los poderes de los Comandos Político-Militares, el Gobierno emitió el Decreto Legislativo 738, el cual permitía la intervención de las Fuerzas Armadas en lugares que no estuvieran bajo estado de emergencia (*El Peruano*, 12 de noviembre de 1991). Pese a la desatención de la doctrina¹²³⁹ y pese a que, con modificaciones, el régimen se mantuvo durante toda la vigencia de la Carta de 1979 (en realidad, perdura hasta hoy), se trata de una regulación muy controversial y de dudosa constitucionalidad.

1237 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, pp. 196-197; Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo III, pp. 212-216. También Abraham Siles, «La Lucha Antiterrorista en el Perú: Agujeros Negros Legales, Agujeros Grises y el Arduo Camino Constitucional. Lecciones Peruanas para la Guerra Contra el Terrorismo Global», *op. cit.*, p. 81; Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *op. cit.*, p. 131.

1238 Véase Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, p. 85; Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», *op. cit.*, pp. 117-119; Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo III, p. 213; Marcial Rubio Correa, «Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú: 1979-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, pp. 245-246; Abraham Siles, «La Lucha Antiterrorista en el Perú: Agujeros Negros Legales, Agujeros Grises y el Arduo Camino Constitucional. Lecciones Peruanas para la Guerra Contra el Terrorismo Global», *op. cit.*, p. 81. Véase también Francisco Eguiguren, «Defensa Nacional, Estados de Excepción y Control del Orden Interno en la Constitución Peruana de 1979», *op. cit.*, pp. 34-35; Comisión Especial del Senado sobre las Causas de la Violencia y Alternativas de Pacificación en el Perú, *Violencia y Pacificación*, *op. cit.*, pp. 304-306.

1239 El trabajo de Humberto Sheput es una solitaria excepción. Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, pp. 202-204.

El nuevo marco legal tenía por objeto establecer las normas a las que debían sujetarse las Fuerzas Armadas «al intervenir en las zonas no declaradas en estado de emergencia» (artículo 1). Para ello, definía de modo muy impreciso el supuesto de tal intervención, autorizándola «ante un hecho de grave alteración del orden interno o ante el peligro inminente de su perpetración, que sobrepase la capacidad operativa de la Policía Nacional del Perú» (artículo 2). El Decreto Legislativo 738 fijaba luego el deber de comunicar la intervención a los superiores jerárquicos de la unidad militar y las tareas de tales superiores concernientes a la coordinación con la Policía acerca de la ejecución del planeamiento y control de la operación (artículos 3 y 4), además de prever que, una vez restablecido el orden quebrantado, las instituciones castrenses continuarían con sus actividades «relacionadas con el Estado de Derecho» (artículo 5). No está en discusión, desde luego, que las garantías constitucionales o los derechos fundamentales no son formalmente suspendidos con la acción de las Fuerzas Armadas contemplada en el Decreto bajo análisis.

La cuestión jurídica que el Decreto Legislativo 738 plantea es de gran relevancia por lo que atañe a la Constitución de emergencia y se formula en los siguientes términos: ¿pueden intervenir las Fuerzas Armadas en tareas de control del orden interno sin que medie una declaración de estado de excepción (en nuestro caso, bajo la modalidad de estado de emergencia)? La respuesta no es fácil y está sujeta a interpretación legal.

Lo primero que debe decirse es que la Constitución de 1979 (como su sucesora de 1993, que contiene normas similares) no regula directamente, ni resuelve con claridad, si las Fuerzas Armadas pueden intervenir en el control del orden interno en los casos en que no se haya declarado un estado de excepción conforme al artículo 231 de la Carta. Del texto de los artículos 231.a y 275 *in fine* de la Constitución pareciera que las Fuerzas Armadas sólo pueden intervenir para hacerse cargo del control del orden interno, asumiendo así la responsabilidad total o global de dicho control, y en el marco de una declaración de estado de excepción. Desde luego, el hecho de que se trate de reglas de naturaleza excepcional abona en favor de una lectura estricta y aún restrictiva de las indicadas cláusulas constitucionales.

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta también la función principal y las funciones subsidiarias de las Fuerzas Armadas, pues sus pretendidas tareas de control del orden interno sin estado de excepción deberían calzar en alguna de ellas. Así, la «finalidad primordial» de las Fuerzas Armadas es «garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República» (artículo 275), en tanto sus otras tareas previstas en la Carta son:

- 1) Controlar el orden interno (artículos 231.a y 275 *in fine*).
- 2) Participar en el desarrollo económico y social del país (artículo 280).

- 3) Participar en la defensa civil (artículo 280).
- 4) Participar en el mantenimiento del orden y protección de la libertad personal durante los comicios (artículo 293).

Parece claro que la participación de las instituciones militares en el control del orden interno sin estado de emergencia —bajo alguna de sus formas de inicio: intervención solicitada u ordenada por la autoridad, intervención espontánea de emergencia; y en alguno de sus grados de intervención: control total del orden interno, simples labores de apoyo a la Policía— no calza con su función principal o finalidad primordial, relacionada más bien con supuestos bélicos en los que corre peligro la independencia, la soberanía o la integridad del territorio de la República (propios del estado de sitio, en todo caso). Parece claro, igualmente, que tampoco se ajusta a las otras tareas o funciones subsidiarias que la Constitución prevé. En efecto, la participación en asuntos de desarrollo económico y social, en tareas de defensa civil (vinculadas sobre todo a la ocurrencia de desastres naturales) y en actividades de apoyo en el control del orden durante los procesos electorales son materialmente muy distintas de aquellas funciones a asumir por la corporación militar en los casos de perturbación del orden interno que parece presuponer el Decreto Legislativo 738, en especial, si se las entendiera como situaciones de naturaleza política que amenazan gravemente el orden interno, tales como las acciones de grupos subversivos y terroristas, o disturbios internos de especial seriedad.

En consecuencia, es un error que el legislador peruano haya entendido que resulta compatible con la Carta de 1979 la intervención de las Fuerzas Armadas en labores de control del orden interno, sin que se haya declarado previamente un estado de emergencia. Esta comprensión carece de legitimidad constitucional en la medida en que no cabe interpretación extensiva de normas de naturaleza excepcional, a lo que debe añadirse que ninguna de las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas admite el encomendarles tales tareas propias de la Policía, salvo cuando de modo expreso y formal se instaura el régimen de excepción.

Todavía más, en la práctica podrían haberse configurado estados de emergencia *de facto*, lo que sería de particular preocupación si acaso con las indicadas intervenciones de la milicia se hubiesen producido severas limitaciones de los derechos fundamentales. En efecto, en tal hipótesis, existirían condiciones de emergencia reales, pero sin proclamación oficial ni notificación formal a los órganos competentes conforme al DIDH (véase el acápite 1.6, *supra*). No obstante, para mayor complejidad, se contaría asimismo con legislación que autorizaría la acción militar, como si ésta ocurriera bajo condiciones de normalidad constitucional, pese a que la situación de una Policía desbordada por los acontecimientos y en la incapacidad de cumplir su tarea fundamental de control del orden interno (artículo 277 de la Constitución de 1979) es, por definición, una situación de estado

de emergencia, en la cual las medidas ordinarias no están disponibles para conjurar la amenaza existencial (véase el acápite 1.6.3, *supra*). Ciertamente, la sombra de las figuras históricas del estado de sitio y de la ley marcial, inclusive en sus versiones más represivas (véase los acápites 2.2, 2.3.3 y 2.3.4, *supra*), podría así haberse proyectado sobre los escenarios de violencia política o de conflictos sociales en el Perú real¹²⁴⁰.

Más allá de la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 738¹²⁴¹, sus notorias deficiencias de orden técnico-legal llevaron a que, apenas tres meses después de su entrada en vigor, el Congreso de la República aprobara la Ley 25410, que modificó su central artículo 2 (*El Peruano*, 12 de marzo de 1992). Y es que el Decreto Legislativo 738 no disciplinaba determinados aspectos básicos, tales como qué autoridad podía solicitar la intervención de las Fuerzas Armadas, cuáles eran los requisitos que debían ser cumplidos para ello, qué procedimiento seguir y cuál sería el plazo de la intervención excepcional. Además, el mencionado Decreto Legislativo admitía también la hipótesis de «peligro inminente», junto a la de grave alteración del orden interno actual.

La Ley 25410 vino a solucionar algunas de estas deficiencias. Lamentablemente, la ley no corrigió la imprecisión del supuesto habilitante de la intervención militar sin estado de emergencia, con lo que la enorme vaguedad sobre la situación material que permitía a las Fuerzas Armadas actuar entonces en salvaguarda del orden interno, se mantuvo tal cual. No obstante, la Ley 25410, enmendando en parte las falencias observadas en la regulación aprobada por el Ejecutivo, introdujo algunas puntualizaciones necesarias, las cuales son las siguientes:

- 1) La autoridad solicitante había de ser la autoridad política inmediata o, en su ausencia, la autoridad policial.
- 2) Mantuvo la hipótesis de intervención («un hecho de grave alteración... que sobrepase...»), incluido el caso de peligro inminente, pero añadió la intervención directiva del Comando Conjunto y sobre todo la intervención planificadora del Consejo de Defensa Nacional, máxima instancia política, con intervención ministerial.
- 3) Estableció que el plazo máximo de la intervención de las Fuerzas Armadas sería de 8 días.

1240 Desde luego, conviene recordar que un autor clásico del constitucionalismo liberal, como Benjamin Constant, rehusaba en los términos más enérgicos el que las Fuerzas Armadas fueran empleadas dentro del territorio nacional contra el propio pueblo, en cumplimiento de tareas policiales. Véase Benjamin Constant, *Curso de Política Constitucional*, *op. cit.*, pp. 143-145.

1241 De la misma opinión es Humberto Sheput. Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, p. 204.

Las reglas del Decreto Legislativo 738, modificado por la Ley 25410, serían objeto de nuevas reformas legales recién a partir del año 2004, cuando se aprobó la Ley 28222. La evolución posterior incluye pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la aprobación del Decreto Legislativo 1095, todo ello bajo la Constitución de 1993, por lo que será expuesta más adelante.

5.5. El plazo del estado de emergencia y las prórrogas sucesivas¹²⁴²

5.5.1. La regulación del plazo en la Carta de 1979

La Constitución de 1979 reconoció el principio de transitoriedad del estado de excepción, al consagrar sendos límites temporales tanto para el estado de emergencia (60 días) como para el estado de sitio (45 días). Honraba así una de las características esenciales de la Constitución de crisis, cuya naturaleza es excepcional y que por lo tanto debe ser de breve duración (véase el acápite 1.5.1, *supra*). El mismo Texto Fundamental, empero, estipuló que el presidente de la República, con el acuerdo del Consejo de Ministros, tendría la potestad de prorrogar el estado de anormalidad constitucional, lo que dio lugar a una práctica funesta consistente en renovar de manera sucesiva e incesante el régimen excepcional¹²⁴³. Con ello, se produjo en la realidad peruana el tan temido fenómeno de la «normalización de la emergencia» o «permanencia de lo temporal», fenómeno que perdura hasta hoy, con sus negativos efectos de erosión del Estado de Derecho y del sistema democrático de gobierno¹²⁴⁴.

Debe recordarse, sin embargo, que a lo largo de la historia constitucional del país ha prevalecido la voluntad de reconocer el rasgo de provisoriedad del estado de excepción. Descontando las Cartas que no recogieron la institución (las de 1823 y 1920, esta última en su versión original), la gran

1242 Para primeras aproximaciones a esta temática, véase Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *op. cit.*, pp. 152-155; Abraham Siles, «Estudio de caso: breve evaluación preliminar sobre el estado de emergencia en El Callao, a la luz del Derecho Constitucional peruano y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 134.

1243 Véase Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución Diez años Después*, *op. cit.*, pp. 262 y 283; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 188-190; José Coloma Marquina, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979 y Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 98-105; Daniel Rojas Ampuero, «El Régimen de Excepción en la Constitución Peruana de 1979», *op. cit.*, pp. 82-103.

1244 Véase Abraham Siles, «La Lucha Antiterrorista en el Perú: Agujeros Negros Legales, Agujeros Grises y el Arduo Camino Constitucional. Lecciones Peruanas para la Guerra Contra el Terrorismo Global», *op. cit.*, pp. 79-80; Abraham Siles, «La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización», *op. cit.*, pp. 83-84 y 78-79.

mayoría de Constituciones peruanas (ocho de diez) establecieron el carácter temporal del Gobierno de crisis, con la salvedad de las Cartas de 1856 y 1867, de idéntica regulación, que incluyeron el régimen excepcional, pero sin indicar expresamente su limitación temporal (artículo 55.20 y artículo 59.21, respectivamente).

Ahora bien, la Ley 5470, de 28 de septiembre de 1926, que reformó la Constitución de 1920, fue la primera en introducir un plazo delimitado con precisión, pues fijó el término máximo de 30 días para la suspensión de las garantías constitucionales que preveía el artículo 35 de la Carta. La Norma Fundamental de 1933, inmediata antecesora de la de 1979, reiteró dicha regulación en el segundo párrafo de su artículo 70, aunque añadiendo de modo explícito la importante potestad presidencial de decretar la prórroga del régimen de excepción. La Constitución de 1933 no señaló límites a esta potestad.

La Carta de 1979 siguió el camino trazado por la enmienda constitucional de 1926 y por el texto de la Constitución de 1933, nunca modificado. Así, el constituyente de 1978-1979 indicó que el Primer Mandatario de la Nación tenía la atribución de declarar alguna de las modalidades de estado de excepción «por plazo determinado», añadiendo que en el caso del estado de emergencia tal plazo «no excede de sesenta días» y que su renovación «requiere nuevo decreto», mientras que en el caso del estado de sitio el término sería más breve, sólo de cuarentaicinco días, exigiendo empero para su extensión temporal la «aprobación del Congreso», requisito considerablemente más oneroso, estipulado como garantía democrática¹²⁴⁵.

Ahora bien, el plazo de sesenta días para el estado de emergencia aparece como sumamente amplio, en particular a la luz de la evolución histórica de la institución durante el siglo XX. En efecto, la Carta de 1979 duplicaba el plazo fijado en las Constituciones anteriores de 1920 (reformada en 1926) y de 1933, por lo que algunos autores criticaron esta extensión como excesiva¹²⁴⁶. Más aún, como han advertido ciertos estudiosos, en realidad el plazo aprobado de manera regular en el seno de la Asamblea Constituyente fue de treinta días, ciñéndose así a los precedentes constitucionales de esa misma centuria. Por una extraña razón, nunca explicada hasta ahora, la Comisión de Redacción, la cual carecía de competencia legal para introducir cambios de contenido a las normas aprobadas por el Pleno, duplicó de

1245 Véase Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, pp. 165-166; Enrique Chirinos Soto, *La nueva Constitución al alcance de todos*, *op. cit.*, p. 262.

1246 Véase Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, p. 265; Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, *op. cit.*, p. 217; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 83-84.

manera subrepticia el plazo, votando luego la Asamblea en sentido aprobatorio, sin notar la indebida alteración, con lo que confirmó formalmente la cláusula con el nuevo plazo duplicado¹²⁴⁷.

En lo que se refiere al marco regulatorio del DIDH sobre esta materia, el principio de provisoriedad se halla incluido en el más genérico principio de proporcionalidad, que reconocen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (artículo 15.1 del CEDH; artículo 4.1 del PIDCP; artículo 4.1 de la Carta ADH), o bien es establecido de manera directa y autónoma (artículo 27.1 de la CADH)¹²⁴⁸. Particular mención merece la cláusula de temporalidad del estado de excepción en el Pacto de San José, vigente en las Américas, ya que señala con toda claridad que la derogación de garantías/derechos habrá de ser «en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación». Ello no parece dejar dudas respecto de la necesidad de que la suspensión sea breve, lo que se debe, hay que insistir, a la naturaleza excepcional de la institución del estado de emergencia¹²⁴⁹.

Es, pues, hartamente discutible la posición defendida por Criddle y Fox-Decent, quienes consideran que los Estados pueden mantener el régimen de excepción por períodos prolongados, «décadas, si fuere necesario», siempre y cuando exista una necesidad que lo justifique¹²⁵⁰. También la jurisprudencia del sistema europeo admite el empleo de la cláusula derogatoria del CEDH por largos años, como ha ocurrido en los casos del Reino Unido y de Turquía¹²⁵¹. Este punto de vista debe ser criticado, pues deja de lado la

1247 Véase Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, op. cit., Tomo VIII, pp. 196, 251-252, 502, 530, 581, 610 y 630. Véase también Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», op. cit., p. 110; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., pp. 82-83. El libro de Jorge Power Manchego-Muñoz reproduce el texto del proyecto redactado por la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente (artículo 306), en el que consta el plazo original de treinta días. Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., p. 158.

1248 Véase Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, op. cit., pp. 30 y 141; Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, op. cit., p. 60; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, op. cit., pp. 250-251.

1249 Véase Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 410; Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, op. cit., pp. 127-128; Claudio Grossman, «Algunas Consideraciones sobre el Régimen de Situaciones de Excepción bajo la Convención Americana Sobre Derechos Humanos», op. cit., p. 129.

1250 Véase Evan J. Criddle y Evan Fox-Decent, «Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law», op. cit., pp. 63-64 (traducción propia).

1251 Véase Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», op. cit., p. 545; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, «From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of

esencia misma de la Constitución de emergencia del Derecho Internacional como institución excepcional, favoreciendo los estados de excepción permanentes y los institucionalizados, distorsiones ya advertidas desde el temprano Informe elaborado por Nicole Questiaux y los trabajos del Relator Especial para Estados de Emergencia de las Naciones Unidas¹²⁵², además de los Principios de Siracusa y los Estándares Mínimos de París¹²⁵³. Ciertamente, todos estos documentos estaban a disposición de las autoridades peruanas durante el período de vigencia de la Constitución de 1979.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que tanto el Comité DD. HH. como la CIDH dejaron claramente establecida la necesidad de respetar el principio de temporalidad del estado de excepción, en diversos pronunciamientos expedidos durante la década del ochenta del siglo pasado. Así, el Comité DD. HH. sostuvo en su Observación General No 5 que «las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 4 [del PIDCP] son de carácter excepcional y temporal y sólo pueden durar mientras corra peligro la vida de la nación interesada»¹²⁵⁴. Por su parte, la CIDH recusó excesos violatorios del carácter provisional de los estados de emergencia, entre otros, en el ante citado caso Landinelli Silva y otros vs. Uruguay, en el que el Estado demandado había sancionado a los reclamantes con el despojo de sus derechos políticos por quince años¹²⁵⁵, así como en algunos informes sobre países en los que la Comisión Interamericana advirtió la imposición de penas prolongadas y aún permanentes (Colombia 1981, Chile 1985)¹²⁵⁶.

5.5.2. ¿Límite a las prórrogas sucesivas?

De igual o mayor gravedad que la consagración de un plazo excesivo para el estado de emergencia es que la Carta admita sus renovaciones sucesi-

Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Quarterly*, 23 (2001), pp. 645-647.

1252 Véase Nicole Questiaux, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, *op. cit.*, párrafos 112-117 y 129-145, pp. 28-29 y 31-32, respectivamente; Special Rapporteur for States of Emergency, «First Annual Report and List of States which, since 1 January 1985, Have Proclaimed, Extended or Terminated a State of Emergency», *op. cit.*, párrafos 45-46, p. 11.

1253 Véase International Law Association (ILA), «Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-First Conference of ILA», *op. cit.*, párrafo 3, p. 58. Véase también Richard B. Lillich, «The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency», *op. cit.*, p. 1073; Subrata Roy Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency*, *op. cit.*, pp. 11 y 27.

1254 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), Observación General No 5, «Suspensión de las obligaciones» (artículo 4), *op. cit.*, párrafo 3.

1255 Véase Human Rights Committee, «Case of Jorge Landinelli Silva *et al.* vs. Uruguay», en *Selected Decisions under the Optional Protocol*, *op. cit.*, párrafos 8.4, 9 y 10, p. 66.

1256 Véase Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 410-411.

vas sin limitación expresa. La cuestión no ha sido debidamente aquilatada por la doctrina del Derecho Constitucional peruano. Así, varios autores, incluso estando de acuerdo en que los regímenes de excepción se hallan sometidos al principio de temporalidad, consideran que la Constitución de 1979 autoriza las prórrogas consecutivas indefinidas¹²⁵⁷. Tal parecer ha sido convalidado mediante la inacción del Parlamento como órgano de control político, así como, más tarde, ya bajo la Carta de 1993, por el Tribunal Constitucional, como será expuesto en sección separada de esta investigación (véase el acápite 5.5.6, *infra*).

Ya se ha mencionado aquí que las renovaciones continuas del estado de emergencia significaron el socavamiento del modelo constitucional de Estado de Derecho. ¿Era posible, sin embargo, dar solución al problema?, ¿lo es todavía ahora? La respuesta es afirmativa. Las opciones disponibles eran (son) al menos dos. La primera es sencilla desde un punto de vista teórico, pero bastante más complicada desde una perspectiva política, y consiste en aprobar determinadas enmiendas constitucionales. Reformar la Carta Política permitiría, además de establecer un plazo menor (de 30 días, digamos), limitar el número de prórrogas o, quizá más interesante aún, introducir el modelo de la «escala creciente de mayorías» propugnado por Bruce Ackerman, quien sigue en esto las regulaciones de la Constitución de Sudáfrica¹²⁵⁸. El profesor de la Universidad de Yale estima que se trata de un modelo adecuado de Constitución de emergencia frente al desafío del terrorismo global, que ha sido capaz de perpetrar ataques atroces como los del 11 de septiembre de 2001 contra la nación estadounidense.

El principio de «escala creciente de mayorías» permitiría al Poder Ejecutivo actuar por propia iniciativa, en reacción a un eventual ataque terrorista de gran envergadura, durante un «período brevísimo» que no debiera exceder de una o dos semanas, en realidad, el tiempo mínimo indispensable para que el Congreso de la República pueda reunirse y tomar la decisión más conveniente¹²⁵⁹. Luego de una primera autorización por dos o tres meses, la prórroga del régimen de excepción «debería requerir mayorías cualificadas cada vez más amplias», de suerte que sea apoyada, digamos, por el 60% de la representación nacional en la primera ocasión, por el 70% la vez siguiente y por el 80% para cada nueva renovación posterior¹²⁶⁰. Como se puede apreciar, la propuesta tiene la ventaja de combinar una reacción

1257 Véase Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, op. cit., Tomo IV, p. 479; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., p. 84.

1258 Véase Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, op. cit., pp. 123-124 y 282 (nota 22).

1259 *Ibíd.*, pp. 110-111.

1260 *Ibíd.*, p. 111. Véase también Antonella Benazzo, *L'Emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, op. cit., pp. 84-85.

rápida y eficaz del Gobierno con la intervención del Parlamento como órgano democrático, de representación popular y naturaleza deliberativa, quien puede fijar políticas generales a tener en cuenta por el Gobierno y que además opera como contrapeso del poder tantas veces excesivo de éste. Tal flexibilidad para la actuación del Estado ante una amenaza existencial y tal armonía entre diversos principios que son distintivos del Estado constitucional y democrático de Derecho, parecen óptimas.

La segunda alternativa disponible para evitar o remediar la permanencia de lo excepcional mediante las prórrogas sucesivas del estado de emergencia, consiste en reforzar o habilitar la función contralora del Congreso de la República, a fin de que se requiera su consentimiento para que el Gobierno pueda extender en el tiempo un estado de emergencia ya declarado. De hecho, esta propuesta fue formulada en el seno de la Asamblea Constituyente de 1978-1979, aunque de manera infructuosa, por los representantes Javier Diez Canseco y Carlos Malpica, de los grupos políticos de izquierda¹²⁶¹. Una forma de materializar el cambio hubiera sido (es), desde luego, la emisión de una ley de reforma constitucional que introdujera expresamente el requisito de aprobación congresal, como existía para el caso de la prórroga del estado de sitio, requisito que se mantiene bajo la actual Constitución de 1993. Tal ley de enmienda constitucional, sin embargo, nunca fue aprobada.

Otra forma de establecer la regla hubiera sido a través de la Ley 25397, dedicada precisamente al «control parlamentario sobre los actos normativos del presidente de la República», la cual consagró su Capítulo III a los «estados de excepción»¹²⁶². En rigor conceptual, hubiera sido posible que el legislador democrático entendiera ya entonces que el modelo de Estado de Derecho recogido en la Norma Fundamental imponía restricciones temporales a la Constitución de crisis, de tal suerte que se evitara el tornar permanente el estado de emergencia en la práctica. Finalmente, otra forma de conseguir lo mismo hubiera sido mediante la jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero este órgano jurisdiccional tuvo muchos problemas para su funcionamiento en la realidad¹²⁶³, por lo que hubiera sido ilusorio esperar una iniciativa de este tipo del supremo intérprete de la Constitución con base en alguna demanda que pudiera haber sido presentada.

1261 Véase Asamblea Constituyente de 1978, *Diario de los Debates*, op. cit., Tomo VIII, p. 253; Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, *Diario de los Debates*, op. cit., Tomo VIII, pp. 284-286.

1262 Véase la Ley 25397 en Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>).

1263 Véase César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*, op. cit., pp. 154-164; Ernesto Blume Fortini, *El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú* (Lima: Editorial ADRUS - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional [sección peruana], 2009), p. 322.

5.6. Los controles jurisdiccionales de los poderes de emergencia: un Estado constitucional de baja intensidad

5.6.1. Una constante histórica: la desestimación del habeas corpus bajo estado de excepción. Estado constitucional de baja intensidad

A lo largo de la historia republicana del Perú, lo habitual ha sido que los jueces rechacen los procesos constitucionales presentados durante los estados de excepción. Así, desde la primera Ley de Habeas Corpus, del 21 de octubre de 1897, se estableció que cuando el Congreso suspendiera las garantías individuales de conformidad con la Carta Fundamental, quedaba prohibida la interposición del habeas corpus (entonces llamado «recurso») «por las prisiones decretadas a mérito de esta suspensión» (artículo 21) (véase el acápite 4.3.6, *supra*). Domingo García Belaunde cita, a modo de ejemplo de la tradicional renuencia de la jurisdicción a tutelar los derechos bajo régimen excepcional, algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia, emitidos en los años 1932 y 1949, en los que el máximo tribunal resuelve precisamente que «estando suspendidas las garantías individuales, es improcedente el recurso de Habeas Corpus»¹²⁶⁴.

Durante la vigencia de la Constitución de 1979, la situación no fue diferente. Palacios McBride comenta los estudios realizados por la Comisión Andina de Juristas en determinadas localidades del departamento de Ayacucho entre los años 1979 y 1984 y del departamento de Apurímac en los años 1983 y 1984. En ambos casos se constata, además de la subutilización del proceso constitucional, la tendencia general a la desestimación de las demandas, con argumentos deleznable entre los cuales se observa el declarar la improcedencia debido a que estaba suspendido el derecho a la libertad personal o por encontrarse la circunscripción correspondiente en estado de emergencia¹²⁶⁵.

Esta realidad deficitaria se ve confirmada por el estudio empírico realizado por el profesor Francisco Eguiguren Praeli, ciertamente más completo y riguroso, el cual abarcó los años 1983 a 1990 y comprendió resoluciones emitidas por órganos jurisdiccionales de distintas partes del país, y tanto a nivel del Poder Judicial como del flamante Tribunal de Garantías Constitucionales. Pues, bien, del total de 122 decisiones identificadas en las que se invoca el estado de emergencia, sólo 5 (4.09%) declararon fundada la de-

1264 Véase Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en el Perú*, *op. cit.*, pp. 78, 161 y 164. Véase también Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, p. 242.

1265 Véase Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 141-143. Véase también Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, *op. cit.*, pp. 47 y 67; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 248 y 251.

manda, mientras que 19 (15.57%) fueron «infundadas» y en un mayoritario grupo de casos (90 resoluciones, equivalentes al 73.77%) la decisión fue por la improcedencia del reclamo¹²⁶⁶. Eguiguren concluye que el «notorio predominio» de los habeas corpus desestimados como «improcedentes» se debe a la restrictiva interpretación hecha por los tribunales de justicia sobre el artículo 38 de la entonces vigente Ley 23506, «Ley de Habeas Corpus y Amparo»¹²⁶⁷, algo que este autor cuestiona en varias de sus publicaciones con perseverancia digna de encomio¹²⁶⁸.

Guillaume Tusseau ha planteado una interrogante crucial acerca del estado de excepción, a saber, si es que puede ser considerado como «el momento de la verdad del Derecho Constitucional», es decir, como aquel acontecimiento único en el cual «el Derecho parece ser revelado», pues, o bien cede ante «el poder o la fuerza bruta», o bien se muestra capaz de «enfrentar lo que lo desafía y proveer los medios para hacer frente a lo que lo cuestiona en la más radical de las maneras»¹²⁶⁹. Por su parte, Criddle y Fox-Decent sostienen que «en el corazón» del DIDH «subyace un desafío práctico entrelazado con un problema teórico», a saber, el reto práctico de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos durante las emergencias, y el problema teórico ínsito en la pregunta de «en qué sentido los derechos humanos son *derechos* si están sujetos a derogación durante las emergencias»¹²⁷⁰.

En esta línea de reflexión, debe lamentarse la realidad observada en el caso peruano bajo la Constitución de 1979, en la medida en que el Derecho Constitucional fue gravemente inefectivo, hallándose en la imposibilidad de brindar protección a los derechos fundamentales de las personas en las zonas de emergencia. En particular, ha de deplorarse la ineficacia práctica del habeas corpus como remedio procesal ante vulneraciones de los derechos fundamentales que son de extrema severidad. Como recuerda la CVR, «los estados de emergencia bajo control de los comandos político-militares constituyeron el contexto en el que se produjeron, particularmente en Ayacucho, la mayor parte de los casos de desapariciones forzadas de personas, ejecuciones arbitrarias, masacres, torturas y violencia sexual contra la mujer»¹²⁷¹.

1266 Véase Francisco Eguiguren, «El Hábeas Corpus en el Perú: Enero 1983 - Julio 1990. Análisis Cuantitativo», *op. cit.*, pp. 136-137.

1267 *Ibíd.*, p. 137.

1268 Véase Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, pp. 279-283; Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, *op. cit.*, pp. 120-122.

1269 Véase Guillaume Tusseau, «The Concept of Constitutional Emergency Power: A Theoretical and Comparative Approach», *op. cit.*, p. 498 (traducción propia).

1270 Véase Evan J. Criddle y Evan Fox-Decent, «Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law», *op. cit.*, p. 40 (traducción propia).

1271 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VI, p. 521.

Así, no cabe duda que, al menos en los lugares declarados en estado de emergencia, en especial cuando el control del orden interno fue encomendado a las Fuerzas Armadas, el Perú tuvo un Estado constitucional meramente nominal, en el que el discurso sobre los derechos fundamentales y su tutela mediante el habeas corpus y otros procesos constitucionales existió sólo a nivel retórico, pero estuvo desprovisto de concreción práctica. En suma, se trataba de un Estado constitucional y democrático de Derecho que, no sin cierta indulgencia, podría ser calificado, todo lo más, como de baja intensidad.

5.6.2. Las teorías sobre el control jurisdiccional del estado de emergencia

Ya antes se ha expuesto, en la presente investigación, cómo la Constitución peruana de 1979 estableció la suspensión de las «garantías constitucionales» relativas a cuatro derechos fundamentales durante el estado de emergencia (artículo 231.a), lo mismo que el desarrollo de esta cláusula constitucional mediante el artículo 38 de la Ley 23506, «Ley de Habeas Corpus y Amparo», el cual consagró la improcedencia de los procesos constitucionales bajo estado de excepción, en cualquiera de sus dos modalidades. Asimismo, se ha expuesto ya cómo la Corte IDH, en cabal entendimiento y aplicación del artículo 27.2 de la CADH, recalcó en sus Opiniones Consultivas No 8 y No 9 que no es aceptable la suspensión de las «garantías judiciales indispensables» para la protección de los derechos inderogables conforme al Pacto de San José, inderogabilidad que se extiende a los derechos que conforman el «debido proceso legal».

En consecuencia, no se habrá de insistir aquí sobre estos puntos. Más bien, se complementará lo antes explicado con la presentación de las teorías existentes sobre el control jurisdiccional de los estados de excepción y su recepción en el ordenamiento peruano. En tal sentido, es importante señalar que, frente a la errada opción prohibitiva del legislador democrático, varios autores nacionales cuestionaron una lectura estrecha del marco normativo y defendieron, por el contrario, una interpretación que procurara armonizar las regulaciones del Derecho interno con las exigencias del DIDH, especialmente de la CADH. Si bien en las primeras aproximaciones al problema de los estados de excepción bajo la Carta de 1979 no aparece la cuestión de las teorías del control jurisdiccional del régimen excepcional¹²⁷², durante la segunda mitad de la década del ochenta del siglo pasado

Véase también Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., pp. 272-275; Diego García-Sayán, «Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico», op. cit., pp. 117-119.

1272 Véase Domingo García Belaunde, «Regímenes de excepción en las Constituciones

la doctrina constitucional peruana, siguiendo los avances desarrollados por el constitucionalismo argentino, incorporó la temática como una de las cuestiones más trascendentes, y ciertamente más acuciantes, relativas a la protección de los derechos fundamentales de las personas bajo estado de emergencia.

Los primeros atisbos de la tesis que defiende la justiciabilidad de las medidas adoptadas durante el estado de emergencia previsto en la Carta de 1979, de conformidad con los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, se encuentran en la obra de Marcial Rubio Correa y Enrique Bernalles Ballesteros y, con más claridad, en el estudio de Alberto Borea Odría, de 1983 y 1985, respectivamente¹²⁷³. No obstante, un desarrollo amplio y comprehensivo, en el marco de una exposición integral de las teorías del control jurisdiccional del gobierno de crisis, se aprecia en los trabajos posteriores de Diego García-Sayán Larrabure, Rosa María Palacios McBride y Francisco Eguiguren Praeli, entre otros¹²⁷⁴. Sin duda, se trató de reflexiones formuladas con vistas a vencer la resistencia de la judicatura a brindar tutela a los derechos humanos bajo régimen de excepción, empeño apremiante en las circunstancias de la guerra interna que padecía entonces el país.

Las teorías o tesis más relevantes acerca del control judicial sobre los estados de excepción, presentadas en sus rasgos esenciales, son las siguientes¹²⁷⁵:

- 1) Tesis negativa, según la cual ni la declaración del estado excepcional ni los actos o medidas de aplicación del mismo son susceptibles de revisión judicial, ya que se trata de «cuestiones políticas» y por lo tanto «no justiciables». La decisión de tales cuestiones corresponde en exclusiva al Poder Ejecutivo o al Parlamento, esto es, a los poderes de naturaleza política. Por lo tanto, el habeas corpus

latinoamericanas», *op. cit.*, pp. 77-111; Enrique Chirinos Soto, *La nueva Constitución al alcance de todos*, *op. cit.*, pp. 258-262; Alberto Ruiz-Eldredge, *La Constitución comentada*, *op. cit.*, pp. 289-290; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, *op. cit.*, pp. 454-456.

1273 Véase Marcial Rubio Correa y Enrique Bernalles Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, *op. cit.*, pp. 220-221; Alberto Borea Odría, *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy*, *op. cit.*, pp. 288-289.

1274 Véase Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, *op. cit.*, pp. 35 y 46-52; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 113-118 y 137-141; Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, pp. 275-278. Véase también Humberto Sheput Stucchi, «El estado de sitio y su recepción en la experiencia constitucional peruana», *op. cit.*, pp. 178-179.

1275 Se sigue en esto principalmente a Eguiguren, quien formula una síntesis muy útil. Véase Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, *op. cit.*, pp. 113-122.

no es admisible como medio para evaluar y enmendar eventuales vulneraciones de derechos fundamentales durante el estado de excepción¹²⁷⁶.

Ciertamente, es la tesis más antigua y tradicional, y prevaleció en el Perú mientras estuvo en vigencia la Constitución de 1979, habiendo sido consagrada de manera expresa en el artículo 38 de la Ley 23506, como ya ha sido dicho.

- 2) Tesis del contralor judicial parcial, conforme a la cual es posible la revisión jurisdiccional, pero no de la instauración del estado de emergencia, sino sólo de los actos de aplicación o medidas a través de las que dicho régimen excepcional viene implementado. De este modo, la autoridad jurisdiccional carece de la potestad de pronunciarse sobre la existencia de la crisis, asunto que sigue siendo reservado en exclusiva a los poderes políticos.

En contraposición, empero, los jueces cuentan con atribuciones para revisar los actos concretos adoptados por el Gobierno en el marco del estado de excepción, y por ende pueden declararlos contrarios a la Constitución siempre que constaten que las restricciones sobre los derechos son indebidas o excesivas. Los parámetros para tal evaluación jurisdiccional habrán de ser los principios de razonabilidad (incluyendo el vínculo de causalidad) y de proporcionalidad.

- 3) Tesis del contralor judicial amplio o completo, la cual propone que el juez ha de poder no sólo analizar la razonabilidad de los actos de aplicación del régimen de excepción, sino también la legitimidad constitucional de la declaración de la crisis, aunque siempre para el caso concreto y no con alcance general.

Tal examen significa que los titulares de la jurisdicción han de examinar si la proclamación de la emergencia o su prórroga cumplen los requisitos estipulados por la Norma Fundamental, esto es, si se configuran las causales o supuestos habilitantes, así como si la decisión gubernativa se ciñe a los límites constitucionales, tales como los referidos a los derechos susceptibles de restricción especial (suspensión), el respeto de las limitaciones de plazo y lugar, la competencia de las autoridades intervinientes, entre otros elementos.

En ningún caso, sin embargo, la tesis del contralor amplio supone que los jueces quedan habilitados para evaluar la conveniencia u oportunidad de la decisión política de instaurar el régimen excepcional¹²⁷⁷.

1276 El constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagüés llama a esta postura «teoría del poder político discrecional e incontrolable por el Poder Judicial». Véase Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional* (Buenos Aires: Editorial Astrea, Tomo 4 [Hábeas Corpus], 1998), p. 232.

1277 Sobre las tres tesis del control jurisdiccional sobre los estados de excepción, véase

No hace falta insistir en que la doctrina constitucionalista peruana se fue decantando, cada vez más claramente conforme avanzaba la década del ochenta del siglo XX, por la teoría del contralor parcial, lo que sin embargo no produjo cambios en el marco legal hasta la aprobación de la Ley 25398 (*El Peruano*, 9 de febrero de 1992). En efecto, poco antes del golpe de Estado del presidente Alberto Fujimori, la Ley 25398 introdujo normas que otorgaban a los jueces potestades expresas de protección de los derechos fundamentales mediante el habeas corpus durante el régimen excepcional. Así, el artículo 29 de la Ley 25398 estipuló lo siguiente:

Decretados cualesquiera de los regímenes de excepción establecidos en el Artículo 231 de la Constitución, los jueces tramitarán las acciones de garantía sólo en los casos siguientes:

- a) Si se interpone la acción en defensa de derechos constitucionales que no han sido suspendidos; y,
- b) Si tratándose de derechos suspendidos, éstos no tienen relación directa con la conducta del agraviado o afectado.

De este modo, el artículo 29 de la Ley 25398 recogía dos de las hipótesis normativas previstas en el Anteproyecto de Reglamento de la Ley 23506, «Ley de Habeas Corpus y Amparo»¹²⁷⁸, redactado por la misma Comisión que elaboró el Proyecto de la Ley 23506, en el que se preveía, aunque no con la mejor técnica de formulación normativa, la procedencia del habeas corpus y del amparo durante los estados de excepción, en aplicación de la tesis del control de razonabilidad a cargo de los jueces¹²⁷⁹.

Como quiera que fuere, conviene recordar que, antes de las modificaciones introducidas por la Ley 25398, y aún con las limitaciones que suponía la regulación contenida en el artículo 231.a de la Constitución de 1979 y en el artículo 38 de la Ley 23506, «Ley de Habeas Corpus y Amparo», la doctrina del Derecho Constitucional peruano elaboró una argumentación

también Eloy Espinoza-Saldaña, «Estados de excepción, control jurisdiccional y hábeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano», *op. cit.*, pp. 184-191.

1278 El tercer supuesto contenido en el artículo 43 del Anteproyecto de Reglamento era bastante obvio, razón por la que quizá fue desestimado por el artículo 29 de la Ley 25398, y rezaba: «Si se trata de actos u omisiones anteriores a la fecha en que entró en vigencia el régimen de excepción». El libro de Alberto Borea Odría transcribe el Anteproyecto de Reglamento de la Ley 23506. Véase Alberto Borea Odría, *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy*, *op. cit.*, pp. 373-384 (véase el artículo 43 en p. 382).

1279 Véase Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, p. 281; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 138-139.

plausible para fundamentar la potestad jurisdiccional de control de los actos de implementación del estado de emergencia, sobre la base de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Las principales razones jurídico-constitucionales esgrimidas en defensa de esta postura son las siguientes:

- 1) Los principios esenciales de la Constitución vedan la arbitrariedad y el abuso contra los derechos, principios entre los que se cuentan: la primacía de la persona humana y de sus derechos fundamentales, anteriores al propio Estado; la forma republicana de gobierno; el modelo de Estado democrático y social de Derecho; la plena garantía de los derechos humanos; la supremacía constitucional; la separación de poderes; y la independencia de los jueces.
- 2) La necesidad de interpretar las disposiciones constitucionales a la luz de la CADH, cuyo artículo 27.2 excluye la posibilidad de suspender las garantías judiciales necesarias para proteger los derechos inderogables, en particular considerando la emisión de las Opiniones Consultivas No 8 y No 9 de la Corte IDH, las cuales establecieron la interpretación de la cláusula convencional mencionada en el sentido de que el habeas corpus y el amparo, junto a otros medios procesales, debían estar siempre disponibles aún bajo estado de emergencia.
- 3) La noción de equilibrio o contrapeso de poderes como esencial al modelo constitucional, de suerte que la jurisdicción debe estar en capacidad de asegurar el cumplimiento de la legalidad excepcional vigente durante la crisis.
- 4) La intención del legislador que aprobó la Ley 23506 de establecer que la suspensión prevista en la Carta debía recaer sobre los derechos y no sobre las garantías, tal como se expresaba en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley y en una propuesta de Reglamento de la misma (artículo 43)¹²⁸⁰.

Lamentablemente, la jurisprudencia prevaleciente en el período bajo estudio en este acápite no acogió estos criterios interpretativos, como se expone en la siguiente sección.

1280 Véase Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, *op. cit.*, pp. 121-122. Véase también Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 136-139; Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, *op. cit.*, pp. 43-52; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 251-254.

5.6.3. La jurisprudencia de los tribunales peruanos: abdicación de su cometido esencial y desprotección de los derechos fundamentales

Interesa poner de relieve tres aspectos específicos de la jurisprudencia en materia de habeas corpus durante el estado de emergencia, a saber, los relacionados con: 1) la detención por motivos no vinculados a la causal invocada en la proclamación del régimen excepcional, 2) el plazo de la detención sin cargos, y 3) la afectación de derechos fundamentales no suspendidos (e incluso no suspendibles) conforme a la Constitución. Se analizará, en consecuencia, tres importantes decisiones jurisdiccionales, dos de ellas emitidas por el Tribunal de Garantías Constitucionales y una expedida por un juez de instrucción de la Corte Superior del Callao, que ilustran bastante bien los puntos indicados.

5.6.3.1. El caso Acuache Donayre: detención por motivos no vinculados a la causal invocada; y algunas sentencias a contracorriente

En lo que se refiere a la detención por razones distintas a aquellas que llevaron a la instauración o prórroga del estado de emergencia, un caso de especial significación es el habeas corpus que presentó la señora Juana Huaracha Mayorga a favor de su esposo, Héctor Acuache Donayre, el cual fue resuelto por el Tribunal de Garantías Constitucionales el 15 de septiembre de 1986¹²⁸¹. El señor Acuache fue detenido por la Policía entre el 25 de abril y el 7 de mayo de aquel año 1986, al haber sido sindicado por otro presunto delincuente por la comisión de un delito patrimonial. Se examinó en el caso si el beneficiario del habeas corpus había sido violentado para obtener declaraciones, compelido a reconocer culpabilidad penal contra sí mismo y puesto en incomunicación ilegal, vulneraciones de derechos alegadas en la demanda, desechándose todos estos extremos sobre la base de las declaraciones del propio imputado y de las autoridades policiales. La demanda fue declarada infundada por el juez de la causa, cuyo fallo fue confirmado por el Tribunal revisor de la Corte Superior. La Corte Suprema de Justicia, a su turno, reformó la sentencia de vista, pero sólo para declarar la demanda improcedente, y no infundada, validando los demás puntos de la resolución impugnada.

1281 El libro de recopilación jurisprudencial publicado por el profesor Abad Yupanqui transcribe la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Constitucionales en el caso Acuache Donayre. Véase Samuel Abad Yupanqui, *Selección de Jurisprudencia Constitucional: Hábeas Corpus y Amparo* (Lima: Comisión Andina de Juristas - Fundación Friedrich Naumann, 1990), pp. 134-139.

Ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, empero, se ventiló una cuestión adicional, que resulta de sumo interés para los fines de esta investigación. Y es que la detención del señor Acuache Donayre sobrepasaba los diez días, por lo que excedía largamente el plazo de 24 horas fijado por la Constitución para cualquier arresto policial bajo circunstancias de normalidad constitucional (artículo 2.20.g). En relación a la arbitrariedad del arresto, un oficial de la Policía había señalado ante el juez de primera instancia que al inculpado se le mantenía en detención debido a que «las garantías están suspendidas»¹²⁸². En efecto, Lima y Callao se hallaban bajo estado de emergencia desde febrero de 1986, pero el motivo invocado había sido la necesidad de hacer frente a la subversión y el terrorismo¹²⁸³. El máximo intérprete de la Constitución, sin embargo, no tuvo en cuenta este elemento crucial y, en vez de aplicar un examen de causalidad, necesidad y proporcionalidad, descartó que existiera violación de la Carta Fundamental simplemente porque «durante el tiempo de su detención del veinticinco de abril de mil novecientos ochentiséis al siete de mayo siguiente, estaba en vigor el Decreto Supremo No 05-86-IN, que prorroga el estado de emergencia por sesenta días a partir del tres de abril próximo pasado, y con tal fin suspende las garantías individuales...»¹²⁸⁴.

El caso fue resuelto en sentido desestimatorio por el Tribunal de Garantías Constitucionales por una mayoría de cinco miembros y contó con un solitario voto singular del magistrado Manuel Aguirre Roca, en el que se insinúa la tesis del control jurisdiccional de los estados de excepción. En efecto, sostuvo Aguirre Roca que el estado de emergencia «no debe usarse para abusar de los derechos humanos»¹²⁸⁵. No llega a ser todavía el desarrollo de la tesis del contralor jurisdiccional parcial o completo, pero es un primer paso del máximo tribunal de la constitucionalidad en la dirección correcta, bajo la forma de un voto disidente.

Como quiera que fuere, la decisión del Tribunal de Garantías Constitucionales en el caso Acuache Donayre es una clara muestra del entendimiento limitado del órgano encargado precisamente de asegurar la supremacía constitucional y el pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas en el país, ante los procesos de habeas corpus suscitados en el marco del estado de emergencia, y ha sido criticada con justa razón por diversos estudiosos¹²⁸⁶. La cuestión específica era, como ya se dejó indicado,

1282 *Ibíd.*, pp. 135-136.

1283 Véase Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, *op. cit.*, pp. 39-40.

1284 Véase Samuel Abad Yupanqui, *Selección de Jurisprudencia Constitucional: Hábeas Corpus y Amparo*, *op. cit.*, p. 137.

1285 *Ibíd.*, p.139.

1286 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 246-247; Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, *op. cit.*, pp. 39-41; Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, *op. cit.*, p. 125; Comisión

la desconexión entre el motivo de la detención de una persona y la causa del régimen de excepción.

Infelizmente, la decisión del Tribunal de Garantías Constitucionales en el caso Acuache Donayre no fue única y aislada, sino que, por el contrario, la alta Corte emitió al menos otro pronunciamiento en el mismo sentido, en el caso de Ricardo Baltazar Panta, quien fuera secretario de juzgado y recibiera un apercibimiento de detención por no entregar los expedientes a su cargo. El habeas corpus intentado en defensa de su libertad fue rechazado por el Tribunal de Garantías Constitucionales, invocando como fundamento la existencia de un estado de emergencia, pese a que tampoco había relación entre el motivo de la orden de arresto y la causa del gobierno de crisis¹²⁸⁷. Se forjó así una línea jurisprudencial que fue seguida mayoritariamente por los demás tribunales y jueces peruanos¹²⁸⁸.

Una honrosa excepción a esta línea jurisprudencial fue, empero, el fallo expedido en fecha temprana, el 27 de julio de 1983, por el juez de instrucción de la provincia del Santa, Dr. Gustavo Salcedo Quiñones, en el habeas corpus presentado por María Leida Bulnes a favor de su conviviente, el señor Luis del Carpio Fernández, quien fue detenido como sospechoso de un delito patrimonial (estafa). El juez resolvió que el estado de emergencia, habiendo sido declarado para luchar contra actos de sabotaje dirigidos a interrumpir el servicio eléctrico de la República, no podía ser aplicado de forma indiscriminada contra la ciudadanía, ya que ello «importaría crear un poder policial omnímodo» durante el estado de excepción y podría dar lugar a «abusos» y generar «caos»¹²⁸⁹.

Otra notable excepción a la jurisprudencia establecida en esta materia por el Tribunal de Garantías Constitucionales fue la sentencia expedida en el caso de Wilder Monzón Gonzáles, quien fue detenido como sospechoso de cometer el delito de homicidio o lesiones preterintencionales seguidas de muerte, en momentos en que se hallaba en vigor el estado de emergencia

de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo VI, pp. 513-514; Eloy Espinoza-Saldaña, «Estados de excepción, control jurisdiccional y hábeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano», op. cit., pp. 201-203.

1287 Véase Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, op. cit., p. 125; Eloy Espinoza-Saldaña, «Estados de excepción, control jurisdiccional y hábeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano», op. cit., pp. 203-204; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 247-248.

1288 Véase Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., p. 248.

1289 Samuel Abad Yupanqui transcribe la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Constitucionales en el caso Carpio Fernández. Véase Samuel Abad Yupanqui, *Selección de Jurisprudencia Constitucional: Hábeas Corpus y Amparo*, op. cit., pp. 127-129 (revisar la cita en la p. 129). Véase también Eloy Espinoza-Saldaña, «Estados de excepción, control jurisdiccional y hábeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano», op. cit., pp. 209-211.

en la capital. El Juez César San Martín Castro, titular del 21 Juzgado de Instrucción de Lima, en su decisión del 12 de junio de 1987, realizó un análisis muy sólido tanto de los aspectos fácticos y probatorios como de los elementos conceptuales del régimen de excepción y del rol de los jueces en la protección de los derechos fundamentales.

En tal sentido, el juez estableció con claridad que la detención sin flagrancia, por meras sospechas, para la formulación de cargos criminales derivados de una gresca callejera, no tenía ninguna relación con la causa de la emergencia constitucional (el combate a la subversión y el terrorismo), por lo que, acogiendo expresamente la teoría del «contralor jurisdiccional parcial», aplicó un examen de la razonabilidad de la medida de detención administrativa. Así, la sentencia declaró fundada la demanda y confirmó la orden —ya emitida un día antes, al momento de realizar la diligencia de investigación sumaria— de libertad del beneficiario del habeas corpus, cuyo arresto fue considerado arbitrario. La decisión fue, por lo demás, confirmada por el Tribunal de revisión mediante sentencia del 14 de septiembre de 1987¹²⁹⁰.

Vale la pena anotar que el mismo juez San Martín Castro desarrolló una completa argumentación a favor del contralor jurisdiccional parcial en la sentencia del caso Mondet Isnard, emitida algo más de un año después, el 15 de noviembre de 1988. En esta ocasión, entre otros puntos de gran relevancia, el juez aseveró que el estado de emergencia no es fuente de poderes ilimitados, sino que tan sólo «permite que los poderes existentes se ejerzan de una manera distinta y más intensa que en tiempos de normalidad», y que es de la competencia del Poder Judicial «efectuar un análisis de razonabilidad sobre los actos desarrollados por el Poder Ejecutivo en el curso de la emergencia declarada»¹²⁹¹. El notable fallo del juzgado de primera instancia fue, sin embargo, revocado por la Sala revisora de la Corte Superior, decisión revocatoria más tarde confirmada por la Corte Suprema de Justicia¹²⁹².

Las sentencias del caso Monzón Gonzáles, en especial la emitida en primera instancia por el juez San Martín, han sido objeto de merecido elogio por la doctrina nacional¹²⁹³. Infortunadamente, debe insistirse en ello,

1290 Véase las sentencias del caso Monzón Gonzáles transcritas en Samuel Abad Yupanqui, *Selección de Jurisprudencia Constitucional: Hábeas Corpus y Amparo*, op. cit., pp. 140-147.

1291 El profesor Abad Yupanqui transcribe la sentencia del juez San Martín Castro en el caso Mondet Isnard. Véase Samuel Abad Yupanqui, *Selección de Jurisprudencia Constitucional: Hábeas Corpus y Amparo*, op. cit., pp. 162-171 (revisar la cita en la p. 166). Véase también Eloy Espinoza-Saldaña, «Estados de excepción, control jurisdiccional y habeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano», op. cit., pp. 219-222.

1292 *Ibíd.*, pp. 171-173.

1293 Véase Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, op. cit., pp. 127-128; Eloy Espinoza-Saldaña, «Estados de excepción, control jurisdiccional y habeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano», op. cit., pp. 213-215; Jorge Power

fueron expresión aislada de un correcto entendimiento de las restricciones a las que debían someterse los poderes de emergencia bajo la Constitución de 1979. La tendencia que prevaleció fue la marcada por el Tribunal de Garantías Constitucionales en los casos *Acuache Donayre* y *Baltazar Panta*, en los que se consideró que no había detención arbitraria pese a que los hechos del caso no tenían relación con los motivos de la declaración o prórroga del estado de emergencia¹²⁹⁴.

5.6.3.2. El caso Yáñez de Mestanza y los límites al plazo de la detención administrativa bajo estado de emergencia

Uno de los problemas más serios del régimen de excepción es, sin lugar a dudas, el de las detenciones de personas por directa intervención de la autoridad administrativa, sin flagrancia y sin mediar orden judicial. En estos casos, como ha sido ya dicho aquí, no es necesario que los individuos arrestados lo sean bajo imputación de cargos penales, sino que pueden serlo simplemente si el Gobierno considera que es necesario o conveniente para el mantenimiento del orden público o para prevenir una amenaza extrema. El riesgo, desde luego, es el de los abusos en perjuicio de un derecho tan relevante como el de la libertad personal. Es claro, por otra parte, que la detención administrativa bajo estado de emergencia no puede ser ilimitada, sino que debe estar siempre sujeta a un plazo razonable, como estipulan los ya citados Principios de Siracusa (párrafo 70). Puesto que la legislación peruana no reguló nunca el límite temporal de la detención administrativa bajo estado de emergencia, correspondía a la jurisprudencia de los tribunales el establecer tal límite. Infortunadamente, las más altas Cortes del país —el Tribunal de Garantías Constitucionales, la Corte Suprema de Justicia— incumplieron este deber.

La decisión favorable recaída en el caso del habeas corpus presentado en defensa de los derechos fundamentales de Elena Yáñez Mestanza tiene carácter excepcional, ya que se trata de un caso también aislado y solitario. En efecto, se trata de una persona detenida como sospechosa de estar involucrada en actos de terrorismo, por lo que esta vez sí se observa una relación de causalidad o conexión entre los motivos del arresto y el supuesto habilitante invocado para la declaración del gobierno de crisis. No obstante, el problema residía en el mantenimiento de la señora Yáñez Mestanza bajo detención indeterminada, sin formulación de cargos ni puesta a disposición de la autoridad jurisdiccional competente, es decir, era un caso de detención sin limitación temporal.

Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, op. cit., pp. 249-250; Diego García-Sayán, *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*, op. cit., pp. 50-52.

1294 Véase también Comisión Andina de Juristas, *Perú y Chile: Poder Judicial y Derechos Humanos* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988), p. 84.

Al resolver la demanda de habeas corpus, el titular del Cuarto Juzgado de Instrucción del Callao encontró que la Policía debía formular el atestado correspondiente y enviar el caso al juez llamado por la ley a conocerlo. La sentencia, publicada el 31 de octubre de 1984, determinó de modo expreso que «la letra y el espíritu» del decreto Supremo que mantuvo el estado de emergencia en Lima y Callao «no da carta blanca para que la detenida permanezca en esta situación en forma indefinida, sino el tiempo estrictamente necesario y prudente para las investigaciones del caso y con las debidas garantías que establece la Constitución...»¹²⁹⁵.

Como se puede apreciar, el juez aplicó el principio de razonabilidad, en su faceta relativa a la dimensión temporal, para examinar una medida concreta de implementación del estado de emergencia, como es la detención preventiva de naturaleza administrativa por sospechas de que la persona arrestada se hallaba comprometida en actividades subversivas y terroristas. En tal sentido, sin llegar a fijar un límite temporal preciso, ni siquiera para el caso concreto bajo análisis, sí estableció que había vulneración del derecho fundamental a la libertad y seguridad personales debido a la indeterminación del plazo de la detención¹²⁹⁶.

5.6.3.3. *El caso Durán Ugarte, la masacre de los penales y los derechos inderogables bajo estado de excepción*

La masacre de los penales, perpetrada en junio de 1986 bajo el primer gobierno del presidente Alan García Pérez (1985-1990), dio lugar a diversos procesos de habeas corpus¹²⁹⁷, uno de los cuales es el seguido por la señora Virginia Ugarte Rivera a favor de su hijo, Nolberto Durán Ugarte, y de su hermano, Gabriel Ugarte Rivera, quienes se hallaban en el centro penitenciario San Juan Bautista, comúnmente conocido como «El Frontón», situado

1295 Véase Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, op. cit., p. 127.

1296 *Ibíd.* Véase también Eloy Espinoza-Saldaña, «Estados de excepción, control jurisdiccional y hábeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano», op. cit., pp. 216-217. El estudio de la Comisión Andina de Juristas sobre el habeas corpus en Ayacucho entre 1979 y 1984, encontró dos casos en los que los jueces desestimaron el reclamo en los procesos constitucionales iniciados, a pesar de que existía manifiesto exceso en el plazo de la detención bajo estado de emergencia. Así, en el caso de la señora Rosemary Granados, el juzgado de Huamanga rechazó dos habeas corpus pese a que en total habían transcurrido más de dos meses desde el arresto, y, en el caso del señor Tenorio de la Cruz, el juez no llegó a emitir el fallo, a pesar de que habían transcurrido ya los quince días que la Constitución habilitaba para la detención administrativa en el supuesto de terrorismo. Véase Comisión Andina de Juristas, *Perú y Chile: Poder Judicial y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 85-86.

1297 Véase Rolando Ames et al., *Informe al Congreso sobre los Sucesos de los Penales* (Lima: Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz et al., 1988), pp. 149-152; Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, op. cit., p. 124; Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo VI, p. 514.

en una pequeña isla al frente del puerto del Callao. No es posible detenerse aquí en los detalles del caso, ciertamente complejo y que ha sido estudiado a profundidad por distintos autores¹²⁹⁸. Interesa ahora destacar, empero, un aspecto crucial, a saber, que la demanda de habeas corpus reclamó la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal, indicando que, pese al estado de emergencia entonces en vigor, se trataba de derechos no susceptibles de suspensión¹²⁹⁹.

Habían transcurrido varios días desde la bárbara represión del amotinamiento de los reclusos senderistas en tres penales de Lima y Callao, acción de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales desarrollada los días 18 y 19 de junio de 1986, que conllevó la ejecución extrajudicial de centenares de reclusos rendidos¹³⁰⁰. La encargada de sofocar la revuelta en El Frontón fue la Marina de Guerra del Perú. De otro lado, en una maniobra manifiestamente encubridora, el Gobierno emitió el Decreto Supremo 006-86-JUS (*El Peruano*, 20 de junio de 1986), mediante el cual declaró a los tres Penales como «zona militar restringida» y los colocó «bajo la competencia y jurisdicción del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas» (artículo 1)¹³⁰¹, lo que impidió al juez de la causa constitucional realizar a cabalidad la sumaria investigación que la ley preveía, debido a que las Fuerzas Policiales y las Fuerzas Armadas no le prestaron las garantías y el apoyo requeridos para completar la diligencia¹³⁰².

La demanda de habeas corpus en el caso Durán Ugarte fue desestimada en las cuatro instancias jurisdiccionales que se pronunciaron sobre ella en el Perú, incluyendo la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Garan-

1298 Véase Rolando Ames *et al.*, *Informe al Congreso sobre los Sucesos de los Penales*, *op. cit.*; Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VII, pp. 234-263; Carlos Chipoco, Francisco Eguiguren y Miguel Talavera, *Los Sucesos de los Penales: Nueva Abdicación de la Autoridad Democrática. Un Enfoque Jurídico* (Lima: Instituto de Defensa Legal, 1986); Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 255-271.

1299 El profesor Abad Yupanqui transcribe la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Constitucionales en el caso Durán Ugarte y otro. Véase Samuel Abad Yupanqui, *Selección de Jurisprudencia Constitucional: Hábeas Corpus y Amparo*, *op. cit.*, pp. 239-250 (véase la referencia en la p. 240).

1300 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VII, pp. 234-235; Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, *op. cit.*, p. 274; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 255-256.

1301 Véase el Decreto Supremo 006-86-JUS transcrito en Rolando Ames *et al.*, *Informe al Congreso sobre los Sucesos de los Penales*, *op. cit.*, pp. 250-251; Carlos Chipoco, Francisco Eguiguren y Miguel Talavera, *Los Sucesos de los Penales: Nueva Abdicación de la Autoridad Democrática. Un Enfoque Jurídico*, *op. cit.*, pp. 102-104.

1302 Véase Rolando Ames *et al.*, *Informe al Congreso sobre los Sucesos de los Penales*, *op. cit.*, pp. 149-152; Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, *op. cit.*, p. 124; Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VI, p. 514.

tías Constitucionales. El caso llegaría después a la Corte IDH, la cual emitió una sentencia en la que encontró responsabilidad del Estado peruano por violación de los derechos humanos garantizados en la CADH, como será expuesto en detalle más adelante. No obstante, los órganos jurisdiccionales peruanos denegaron de manera unánime la protección de derechos fundamentales reclamada. A nivel del Tribunal de Garantías Constitucionales, máximo órgano de interpretación de la Carta Fundamental, la decisión en mayoría contó con cuatro votos de rechazo de la pretensión y con dos votos disidentes, a favor de acogerla. Puesto que no se obtuvo la votación requerida de cinco votos (de un total de nueve miembros del Tribunal) para formar sentencia casatoria, se mantuvo inalterable la expedida por la Corte Suprema, de sentido desestimatorio de la demanda, como se acaba de decir.

Es interesante conocer los principales argumentos esgrimidos en defensa de una y otra posición, lo que consta en los votos singulares que acompañan a la sentencia. Así, en el pronunciamiento a favor de la no casación suscrito por los magistrados Alberto Eguren Bresani y Oswaldo Rodríguez Mantilla, se sostiene que la solicitud al juez para que esclarezca el lugar donde se encontraban los beneficiarios del habeas corpus es una «situación jurídica no comprendida expresamente en los diecisiete casos que prevé el artículo doce de la ley veintitrés mil quinientos seis»¹³⁰³. Con ello, por asombroso que pueda parecer, los magistrados dejaban de lado el carácter explícitamente enunciativo del artículo legal citado, el cual no estipulaba por lo tanto una lista cerrada de derechos protegibles por el habeas corpus. Poco más de un año después, en octubre de 1987, la Corte IDH emitiría su célebre Opinión Consultiva No 8, en la que establecerá con toda claridad que el habeas corpus es el medio procesal idóneo para la protección de la vida y la integridad personal, en particular, frente a prácticas como la tortura y la desaparición forzada de personas. Se trataba, a decir verdad, del reconocimiento por la jurisdicción supranacional de derechos humanos del desarrollo jurisprudencial realizado en el constitucionalismo argentino, en relación al habeas corpus por desaparición forzada de personas¹³⁰⁴, llamado habeas corpus «instructivo»¹³⁰⁵, denominación inapropiada que sugiere una inexistente naturaleza jurídica penal.

1303 Véase Samuel Abad Yupanqui, *Selección de Jurisprudencia Constitucional: Hábeas Corpus y Amparo*, op. cit., p. 243.

1304 Véase Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., Tomo 4 [Hábeas Corpus], pp. 349-356.

1305 Véase Samuel Abad Yupanqui, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., pp. 120-121; César Landa, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional* (Lima: Palestra Editores, 2003), p. 117; Luis Alberto Huerta Guerrero, «Tipos de Hábeas Corpus en el Ordenamiento Jurídico Peruano», en ed. Luis Castillo Córdova, *En Defensa de la Libertad Personal. Estudios sobre el Habeas Corpus* (Lima: Palestra Editores, 2008), pp. 100-102; Gerardo Eto Cruz, «La Justicia Constitucional ante las Desapariciones Forzadas. Informe Sobre el Caso Peruano», en ed. Luis Castillo Córdova, *En Defensa de la Libertad Personal. Estudios sobre el Hábeas Corpus*, op. cit., pp. 62-63.

El voto singular del magistrado Mario Peláez Bazán, también por la improcedencia de la casación, llega a extremos de sumisión al designio del Gobierno de restablecer el orden en el Penal mediante el ejercicio de la fuerza, sin la debida consideración por la vida e integridad de los reclusos. En efecto, junto con defender el derecho del Estado a mantener el régimen de excepción y a encargar el control del orden interno a las Fuerzas Armadas, Peláez Bazán procura otorgar un barniz de legalidad al inconstitucional Decreto Supremo 006-86-JUS, que infringía la Carta al tener carácter retroactivo, avasallar la competencia de los tribunales civiles e imponer la tarea de encubrimiento del Fuero Militar¹³⁰⁶. El magistrado Peláez Bazán, declinando cumplir su rol de tutela de derechos fundamentales, atribuye a una presunta «fuerza inevitable de las graves circunstancias» el que se hayan introducido «ciertas restricciones en el régimen penitenciario» del centro San Juan Bautista, lamentando que «hoy se trate de aprovechar [la situación] para formular acciones como la presente», esto es, la demanda de habeas corpus¹³⁰⁷. Añade el ignominioso voto singular que el juez había hecho lo posible «en la medida que las circunstancias de fuerza mayor se lo permitieron», y concluye la argumentación indicando que «no sería racional ni justo pretender rebazar [sic] los límites de una exigencia de necesaria prudencia y buen juicio»¹³⁰⁸.

Es, pues, éste un voto de extrema deferencia hacia el Ejecutivo, en el cual se renuncia a ejercer cualquier tipo de control sobre las acciones de las Fuerzas Armadas. Ello, a pesar de que la demanda invocaba la violación de derechos no suspendibles tan primordiales como los derechos a la vida y a la integridad personal, y derechos específicos, igualmente inderogables, tales como el derecho a no ser víctimas de secuestro o desaparición forzada, a que se identifique el paradero de quien sufre reclusión a manos del Estado, así como el derecho a no ser incomunicado y el derecho a defensa letrada.

Asimismo, el voto singular del magistrado Jaime Diez Canseco Yáñez se inclinó por la no casación de la sentencia desestimatoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, con parecidos argumentos que conferirían un poder *de facto* casi ilimitado al Gobierno y, en particular, a las Fuerzas Armadas a cargo del control del orden interno, las mismas que habían reprimido a sangre y fuego el amotinamiento en El Frontón, sin importar el

1306 Véase Rolando Ames *et al.*, *Informe al Congreso sobre los Sucesos de los Penales*, *op. cit.*, pp. 251-258; Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VI, pp. 248-250; Carlos Chipoco, Francisco Eguiguren y Miguel Talavera, *Los Sucesos de los Penales: Nueva Abdicación de la Autoridad Democrática. Un Enfoque Jurídico*, *op. cit.*, pp. 53-60; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 266-267.

1307 Véase Samuel Abad Yupanqui, *Selección de Jurisprudencia Constitucional: Hábeas Corpus y Amparo*, *op. cit.*, p. 245.

1308 *Ibíd.*, pp. 245-246.

costo en vidas humanas que la acción de debelamiento pudiera tener. Una actuación, por lo tanto, parecida a la señalada por autores como Dicey y Finlason para los casos más extremos y bárbaros de represión de levantamientos armados coloniales en el marco de la ley marcial inglesa, expuestos antes en la presente investigación (véase los acápites 2.2.2 y 2.2.3, *supra*). Diez Canseco Yáñez, después de describir una situación gravísima de amenaza existencial, como si el motín ya no hubiera sido debelado, o, quizá peor aún, como si los motines hubieran representado tal amenaza, validó los Decretos Supremos de la emergencia, incluyendo el encubridor Decreto Supremo 006-86-JUS. En cuanto al habeas corpus por desaparición forzada, lo desestimó aduciendo que, si bien debía establecerse «el paradero o desaparición de los procesados detenidos», ello no correspondía al proceso constitucional, sino a un proceso ordinario, por lo que debía dejarse a salvo el derecho de la demandante «para hacer valer [...] el derecho a la vida e integridad personal de los mismos [de los detenidos], en la vía que corresponda»¹³⁰⁹.

Los votos en disidencia de los magistrados Silva Salgado y Aguirre Roca, a diferencia de la mayoría del Tribunal de Garantías Constitucionales, se inclinaron por casar la sentencia de la Corte Suprema. Silva Salgado arguyó no sólo que el artículo 4 de la Carta vigente admitía la constitucionalidad de derechos fundamentales implícitos o derivados de ciertos principios —dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado social y democrático de Derecho y forma republicana de gobierno—, sino también que el artículo 38 de la Ley 23506, «Ley de Habeas Corpus y Amparo», interpretado *a contrario sensu*, establece la procedencia del habeas corpus para la protección de aquellos derechos no suspendidos¹³¹⁰. Ciertamente, este era el caso, como reconoció el magistrado, aunque de manera indirecta, por referencia a los numerales de los artículos de la ley, respecto de los siguientes derechos: no ser confinado, no ser separado del lugar de residencia, no ser secuestrado, no ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y por el tiempo previstos por la ley, ser asistido por un abogado defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad¹³¹¹.

Silva Salgado, además, recordó que la demanda no pretendía que los detenidos fueran puestos en libertad, sino «conocer con certeza “la situación y paradero de los afectados”...», a quienes se reputaba secuestrados y de quienes sus familiares y abogados no tenían noticia alguna¹³¹². El magistrado sostuvo igualmente que el juez debió efectuar la investigación

1309 *Ibíd.*, p. 247.

1310 *Ibíd.*, p. 248.

1311 *Ibíd.*

1312 *Ibíd.*, pp. 248-249.

preceptuada en la ley, a pesar de las resistencias que opusieron ciertas autoridades en razón de la sujeción de los Penales a la jurisdicción militar¹³¹³.

Por su parte, el voto singular del magistrado Aguirre Roca, también por la casación, afirmó asimismo la competencia del juez sobre las autoridades militares, estableciendo que debieron ser comprendidas en la investigación del órgano jurisdiccional civil¹³¹⁴. A ello añadió que no todos los derechos invocados en la demanda estaban comprendidos entre los susceptibles de suspensión de conformidad con el estado de emergencia constitucional¹³¹⁵.

La sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en el caso Durán Ugarte permanece como un ominoso ejemplo de desprotección de derechos fundamentales por los órganos jurisdiccionales encargados de su tutela, y de sometimiento de la justicia a la barbarie del ejercicio de la fuerza con total desmesura, bajo los auspicios y el encubrimiento de las autoridades políticas.

1313 *Ibíd.*, p. 249.

1314 *Ibíd.*, pp. 249-250.

1315 *Ibíd.*

CAPÍTULO 6

CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL ESTADO DE EMERGENCIA II:

LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LAS INNOVACIONES AL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN, EN EL MARCO DE LA SEGUNDA OLA DE RECEPCIÓN DEL DIDH

La Carta peruana de 1993 mantuvo en lo esencial el novedoso modelo de régimen de excepción consagrado por la Constitución de 1979, pero corrigió determinados aspectos, ciertamente muy importantes, que conspiraron contra su adecuada aplicación práctica en los duros primeros doce años de la guerra interna. En tal sentido, resulta clave la aclaración relativa a que lo que se suspende o restringe durante los estados de emergencia o de sitio es el ejercicio de los derechos, en ningún caso las garantías que deben protegerlos.

Asimismo, especial relevancia tiene en el período la cuestionable opción del legislador democrático a favor de un marco normativo fragmentario, definido en función de la legislación sobre uso de la fuerza por las Fuerzas Armadas, y no como cuerpo regulador autónomo, completo y coherente en materia de estados de excepción. En fin, destaca bajo la Carta de 1993 el incipiente y vacilante desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, y, con mayor amplitud y valor, debido a sus aportes conceptuales y prácticos, el realizado por la Corte IDH y el Comité DD. HH. (no exento, sin embargo, de ciertas limitaciones que serán expuestas luego).

1. UNA CARTA CONSTITUCIONAL DE DUDOSA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

La Constitución de 1993, como tantas otras a lo largo de la historia republicana del Perú, es el fruto de un golpe de Estado y nació con el propósito de dotar de legitimidad al régimen *de facto* del presidente Alberto Fujimori, tras el lamentable «autogolpe» del 5 de abril de 1992¹³¹⁶. La interrupción del proceso constitucional y democrático se materializó en la disolución

1316 Véase Samuel Abad Yupanqui, *Constitución y Procesos Constitucionales: Estudio Introductorio, Legislación, Jurisprudencia e Índices* (Lima: Palestra Editores, séptima edición, 2018), p. 14; César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*, *op. cit.*, pp. 79-80.

del Congreso de la República y la remoción de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Ministerio Público y el Consejo Nacional de la Magistratura, entre otras instituciones, todas las cuales pasaron a ser controladas políticamente por el régimen que asumía poderes despóticos¹³¹⁷.

Con la instauración del autodenominado «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional» mediante Decreto Ley 25418 (*El Peruano*, 7 de abril de 1992) y sus primeras medidas de concentración de los poderes, la autocracia naciente recibió un amplio respaldo de la población¹³¹⁸. La ausencia de «sentimiento constitucional» en gobernantes y gobernados era evidente. Ella se explica, al menos en parte, por la precariedad institucional prevaleciente entonces y el surgimiento de una concepción «neoliberal» y pragmática que desdeñaba el Estado de Derecho y el modelo democrático, procurando más bien, de un lado, conseguir eficiencia económica mediante la desregulación del mercado y, de otro lado, obtener estabilidad política y social a través del sometimiento de las instituciones de la democracia representativa, la erosión del sistema de partidos y una relación directa, demagógica y prebendaria con las poblaciones más necesitadas del país¹³¹⁹. Para todo ello, la autocracia gobernante contó con el apoyo de los poderes fácticos (Fuerzas Armadas, Servicio de Inteligencia Nacional, empresariado, medios de comunicación)¹³²⁰.

La Constitución de 1993 era en realidad innecesaria desde el punto de vista histórico. Su elaboración respondió únicamente al deseo del Gobierno *de facto* de alcanzar un barniz democrático, en particular ante los

1317 Véase Alberto Fujimori, «Manifiesto a la Nación del 5 de Abril de 1992», en ed. Eduardo Ferrero Costa, *Proceso de Retorno a la Institucionalidad Democrática en el Perú* (Lima: Centro Peruano de Estudios Internacionales, 1992), pp. 129-135. También Henry Pease y Gonzalo Romero, *La Política en el Perú del Siglo XX*, *op. cit.*, pp. 352-353; Carlos Contreras y Marcos Cueto, *Historia del Perú contemporáneo*, *op. cit.*, pp. 371-372; Yusuke Murakami, *Perú en la Era del Chino: La Política no Institucionalizada y el Pueblo en Busca de un Salvador* (Lima: Center for Integrated Area Studies, Kyoto University - Instituto de Estudios Peruanos, segunda edición, 2012), pp. 295-296.

1318 Véase Samuel Abad Yupanqui and Carolina Garcés Peralta, «El Gobierno de Fujimori: Antes y Después del Golpe», en AA. VV., *Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1993), pp. 85-190. Henry Pease y Gonzalo Romero, *La Política en el Perú del Siglo XX*, *op. cit.*, p. 352; Yusuke Murakami, *Perú en la Era del Chino: La Política no Institucionalizada y el Pueblo en Busca de un Salvador*, *op. cit.*, p. 296.

1319 Véase César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*, *op. cit.*, pp. 77-79 y 82; Samuel Abad Yupanqui y Carolina Garcés Peralta, «El Gobierno de Fujimori: Antes y Después del Golpe», en AA. VV., *Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución*, *op. cit.*, pp. 146-148.

1320 Véase César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 78; Samuel Abad Yupanqui y Carolina Garcés Peralta, «El Gobierno de Fujimori: Antes y Después del Golpe», en AA. VV., *Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución*, *op. cit.*, pp. 152-154.

reclamos de la oposición nacional y las exigencias de la comunidad internacional, exigencias estas últimas lideradas por Estados Unidos de América y la OEA¹³²¹. Fujimori y quienes lo secundaban en el poder no calcularon la reacción en el frente externo y, ante la presión política internacional, que suspendió la ayuda financiera requerida para el desarrollo del plan económico gubernamental, hubieron de someterse y convocar a un Congreso que redactase una nueva Carta Fundamental, al cual le fueron atribuidas también funciones de legislador ordinario y de fiscalización. Dadas estas condiciones, no extraña que el resultado final no supusiera grandes modificaciones respecto del texto precedente. Así, Domingo García Belaunde pudo sostener que se trataba apenas de «vino viejo en odres nuevos» y que la flamante Carta en elaboración era sólo un «remedio» de su antecesora, ya que repetía la mayor parte de sus preceptos¹³²².

La pretensión de los golpistas fue entonces valerse de la oportunidad concedida por los Estados Unidos de América y la OEA para consolidar el modelo autocrático del Fujimorismo. Ello quedó demostrado no sólo en la manera como se llevó a cabo el proceso de diseño y aprobación de la Carta, cerrado a la participación ciudadana y carente del indispensable consenso social y político, además de improvisado y desordenado; también se echaba de ver en el contenido de las regulaciones. En efecto, las normas plasmadas en la Constitución de 1993 expresaban una visión autoritaria, deseosa de fortalecer al Ejecutivo en desmedro de un adecuado balance de poderes, al consagrar la reelección presidencial inmediata, el aumento de las potestades del presidente de la República y del Gobierno, junto a la eliminación del Senado y el diseño de un Congreso unicameral, el desdibujamiento del proceso de regionalización y la disminución de las atribuciones de los Gobiernos Regionales y Locales, el aumento de las competencias de la justicia militar, la ampliación de los supuestos de imposición de la pena de muerte, entre otros aspectos¹³²³.

La práctica constitucional durante el Fujimorato supuso además un constante apartamiento o distorsión de las reglas constitucionales, a tal punto que no es exagerado considerar que hubo realmente un vaciamiento de los contenidos de la Carta y una democracia constitucional sólo de fachada¹³²⁴. Lo prueban dos episodios significativos. Así, en relación al Tri-

1321 Véase Henry Pease y Gonzalo Romero, *La Política en el Perú del Siglo XX*, op. cit., p. 355; Yusuke Murakami, *Perú en la Era del Chino: La Política no Institucionalizada y el Pueblo en Busca de un Salvador*, op. cit., pp. 300-303.

1322 Véase Domingo García Belaunde, «Vino Viejo en Odres Nuevos», en *La Constitución Traicionada: Páginas de Historia Reciente* (Lima: Seglusa Editores, 1993), pp. 87 y 89.

1323 Véase César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*, op. cit., p. 81; Samuel Abad Yupanqui, *Constitución y Procesos Constitucionales: Estudio Introductorio, Legislación, Jurisprudencia e Índices*, op. cit., p. 14.

1324 Sobre el concepto de «democracia de fachada», véase Giuseppe de Vergottini, *Las*

bunal Constitucional, creado por la Carta de 1993 en reemplazo del inoperante Tribunal de Garantías Constitucionales, el país observó con estupor la oprobiosa destitución de tres de sus integrantes, quienes en ejercicio de sus atribuciones de control jurisdiccional se negaron a validar la «ley de interpretación auténtica», dirigida a permitir a Alberto Fujimori un tercer período presidencial sucesivo, prohibido por la Norma Fundamental¹³²⁵. Lo muestra también el no menos vergonzoso lance de pretender, contra toda razón y derecho, el retiro de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH¹³²⁶, planteado por la Cancillería peruana conducida entonces por el hasta poco antes prestigioso jurista Fernando de Trazegnies Granda, captado por el régimen para sus fines protervos.

Así, pues, es éste el contexto político e institucional en el que se perfecciona y consolida el modelo de régimen de excepción recogido en el constitucionalismo peruano desde la Carta de 1979. Como se expondrá en seguida, sus rasgos principales fueron mantenidos, aunque el constituyente de 1993 accedió a introducir algunos cambios de especial relevancia, los cuales llegaban empero a destiempo, tras largos años de mala práctica y aplicación deficiente del estado de emergencia frente a la amenaza subversiva y terrorista de Sendero Luminoso y el MRTA. Tales líneas de continuidad y tales modificaciones serán abordadas en el próximo apartado. No obstante, conviene ahora hacer hincapié en un hecho de singular importancia, y es que, como dice el profesor Abad Yupanqui, tras veinticinco años de su aprobación y puesta en vigor, «la Constitución vigente no es igual a su versión original»¹³²⁷. Ello se debe, de un lado, a un conjunto de enmiendas introducidas a su texto, tales como la reforma del capítulo sobre descentralización, el otorgamiento del derecho de sufragio activo a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, el aumento de la representación nacional de 120 a 130 congresistas y la prohibición de la reelección presidencial inmediata, entre otras reformas constitucionales¹³²⁸. Y, de otro lado, se debe también, quizá sobre todo, a una profusa y significativa jurisprudencia constitucional que ha desarrollado y precisado el

transiciones constitucionales, op. cit., pp. 17 y 31. Dieter Grimm, por su parte, señala que, desde que nace y se propaga el modelo constitucional con las revoluciones burguesas, operándose su recepción aún «en condiciones hostiles», surge el fenómeno del «semiconstitucionalismo» o «constitucionalismo aparente». Véase Dieter Grimm, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales* (Madrid: Editorial Trotta, 2006), p. 29.

1325 Véase César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*, op. cit., p. 83; Henry Pease García, *Así se Destruyó el Estado de Derecho* (Lima, 2000), pp. 46-51.

1326 Véase Ana Salado Osuna, *Los Casos Peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Lima: Editora Normas Legales, 2004), pp. 99-128.

1327 Véase Samuel Abad Yupanqui, *Constitución y Procesos Constitucionales: Estudio Introductorio, Legislación, Jurisprudencia e Índices*, op. cit., p. 13.

1328 *Ibíd.*, p. 15.

contenido y alcance de diversas cláusulas de la Norma Fundamental, dotándolas de vida práctica y adensando la realización del Estado constitucional y democrático de Derecho en el Perú¹³²⁹. Lamentablemente, mucho de este avance jurisprudencial se ha verificado en otros ámbitos del quehacer constitucional, distintos del que concierne a la Constitución de emergencia o Gobierno de crisis.

2. LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES AL ESTADO DE EMERGENCIA

El modelo de régimen de excepción fue heredado en sus características primordiales por la Carta de 1993 de su antecesora, la Constitución de 1979. De hecho, en el mismo debate constituyente, diversos asambleístas lo reconocieron de manera explícita. Así, Martha Chávez, conspicua representante del mayoritario grupo gobiernista (Nueva Mayoría-Cambio 90, NM-C90), al presentar el proyecto en la Comisión de Constitución y de Reglamento, el martes 18 de mayo de 1993, pidió que se reiterara el artículo 231 de la Norma Fundamental precedente. En su intervención, Chávez enfatizó el carácter potestativo de la atribución presidencial de proclamar los estados de excepción y adujo, en respaldo de su propuesta, que la regulación que pedía conservar era adecuada y que «a lo largo de la vigencia de esta Constitución no ha dado mayor problema en su aplicación»¹³³⁰.

Estas asombrosas palabras, que ignoraban las constantes violaciones de los derechos humanos bajo estado de emergencia durante la ya prolongada guerra interna, fueron secundadas por Enrique Chirinos Soto, en ese momento de la bancada de Renovación, un grupo aliado del fujimorismo en el Congreso Constituyente Democrático (CCD). En efecto, Chirinos Soto aseveró que, pese a tener un «proyecto alternativo», aceptaría el «criterio práctico, empírico» de Martha Chávez, ya que, en su opinión, el artículo 231 de la Carta de 1979 «no ha traído dificultades ni discusiones», por lo que no tendría sentido introducirle «preciosismos»¹³³¹. Más tarde, ante el Pleno de la asamblea constituyente, en la sesión del 5 de agosto de aquel año 1993, correspondió a Carlos Torres y Torres Lara (NM-C90) defender la propuesta gobiernista de mantener el modelo de régimen de excepción, lo que fue

1329 Véase César Landa Arroyo, *La Constitucionalización del Derecho: el Caso del Perú* (Lima: Palestra Editores, 2018), pp. 27-30; Elena Alvites, «La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico Peruano: Avances y Obstáculos del Proceso», *Derecho PUCP*, 80 (2018), p. 367; Marcial Rubio Correa, *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, tercera edición, 2013), pp. 11-12.

1330 Véase Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993, op. cit.*, Tomo III, pp. 2569 y 2575.

1331 *Ibíd.*, Tomo III, p. 2570.

respaldado por Roger Cáceres Velásquez, del Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos (FRENATRACA)¹³³².

En ambas instancias, tanto en la Comisión de Constitución y de Reglamento como en el Plenario del Congreso Constituyente Democrático, el debate derivó hacia distintos puntos específicos, algunos de especial importancia, pero sobre la base de la aceptación por los diversos partidos y alianzas políticas con asiento en la asamblea del esquema fundamental ya consagrado en la Carta de 1979. ¿Cuáles son las líneas matrices del modelo, las mismas que no fueron discutidas, sino aceptadas por la Constituyente de 1993? En primer lugar, el mecanismo de la autoinvestidura o potestad exclusiva del Ejecutivo para proclamar los estados de excepción; en segundo lugar, la enunciación de las causales del estado de emergencia y del estado de sitio, las cuales son reproducidas sin ninguna modificación o mejora; en tercer lugar, la enumeración de los derechos susceptibles de suspensión o restricción en su ejercicio en el caso del estado de emergencia y la referencia genérica a la derogabilidad de todos los derechos bajo estado de sitio; en cuarto lugar, la potestad del presidente de la República de ordenar la intervención de las Fuerzas Armadas para hacerse cargo del control del orden interno en sustitución de la Policía Nacional del Perú; en quinto lugar, la facultad presidencial de decretar renovaciones temporales sucesivas de ambas modalidades del régimen de excepción (aunque, en el caso del estado de sitio, con aprobación del Parlamento).

Ahora bien, las principales modificaciones al modelo fueron dos. Ante todo, la dilucidación del objeto de la suspensión, el cual quedó claramente determinado como el ejercicio de los derechos (en ningún supuesto, las garantías constitucionales). A ello se añadió el lógico complemento de la consagración del contralor jurisdiccional parcial como potestad de la judicatura para supervisar y ejercer control sobre los actos del Gobierno durante la vigencia de los regímenes de excepción. La primera reforma fue aprobada por consenso y con escasa oposición en el seno de la asamblea constituyente y en el ámbito de la doctrina del Derecho Constitucional peruano. En cambio, la segunda reforma recibió fuerte resistencia de un sector del CCD y tuvo también algunos críticos, ciertamente minoritarios, entre los constitucionalistas nacionales.

En lo que se refiere a la vieja polémica acerca de si lo que se suspende bajo estado de emergencia son los derechos o las garantías constitucionales, los asambleístas de 1993, tras ciertas resistencias iniciales, se mostraron finalmente receptivos a las elaboraciones teóricas que, en arduo y sostenido esfuerzo durante los doce primeros años de la guerra interna, habían terminado por prevalecer en la doctrina constitucional peruana, con vistas a procurar la mejor protección de los derechos humanos y el mayor control

1332 Véase Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional: Pleno - 1993* (Lima: Congreso de la República del Perú, Tomo II, 1998), pp. 1677-1678.

de los actos del Ejecutivo. En tal sentido, es de observar que la Comisión de Constitución y de Reglamento no aceptó la propuesta de Carlos Ferrero (NM-C90) que, partiendo de diferenciar los dos conceptos, establecía que la suspensión alcanza a los derechos, no a sus mecanismos procesales de protección¹³³³. Tal rechazo inicial se produjo pese a que el reputado constitucionalista Domingo García Belaunde había expuesto tal diferencia ante la Comisión e incluso había invocado la Opinión Consultiva 8 de la Corte IDH en apoyo de la tesis de la derogabilidad sólo de los derechos¹³³⁴. No obstante, durante el debate en el Pleno del CCD, la aclaración normativa en el sentido de que la suspensión se refiere a los derechos y no a las garantías, defendida nuevamente por Carlos Ferrero (NM-C90)¹³³⁵, fue enriquecida con el aporte de Ernesto Gamarra (Frente Independiente Moralizador, FIM), quien señaló que la regla debía incidir sobre el «ejercicio» de los derechos, no sobre los derechos mismos¹³³⁶, y finalmente fue aprobada con una mayoría de 47 votos a favor y 17 en contra¹³³⁷.

Por su parte, los comentaristas de la Constitución de 1993 se han mostrado de acuerdo con la precisión conceptual y terminológica introducida en la Carta, la cual zanjó la ya longeva discusión, inclinándose por favorecer la tesis de la suspensión de los derechos, con el mantenimiento intacto de las garantías constitucionales. Así, por ejemplo, Marcial Rubio Correa, tras afirmar que durante los estados de excepción las personas conservan sus derechos fundamentales, sostiene que «en rigor, entonces, no son suspendidos los derechos, sino que puede restringirse o suspenderse el ejercicio por acto de hecho de la autoridad...»¹³³⁸. A su turno, Francisco Eguiguren Praeli insistirá en que la suspensión «no implica que tales derechos “desaparezcan”, sino sólo que las autoridades pueden imponer mayores limitaciones o afectar tales derechos en supuestos no permitidos en situaciones normales»¹³³⁹.

En esta última línea de reflexión, autores como Luis Castillo-Córdova y Carlos Hakansson Nieto, en estudios más recientes, han aseverado incluso

1333 Véase Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993*, op. cit., Tomo IV, pp. 2570-2571 y 2575.

1334 *Ibíd.*, Tomo III, pp. 1773-1774.

1335 Véase Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional: Pleno - 1993*, op. cit., Tomo II, pp. 1679-1680.

1336 *Ibíd.*, Tomo II, p. 1680.

1337 *Ibíd.*, Tomo II, p. 1684.

1338 Véase Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, op. cit., Tomo IV, p. 473.

1339 Véase Francisco Eguiguren, «El Actual Estado de Emergencia: Justificación, Alcances, Imprecisiones y Riesgos», op. cit., p. 230. Véase también Enrique Bernal Ballesteros, *La Constitución de 1993: Análisis Comparado* (Lima: Editora Rao, quinta edición, 1999), pp. 613-615; Defensoría del Pueblo, «Restricción de Derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia» (Informe Defensorial No 76), op. cit., pp. 74-75.

que los derechos fundamentales no son susceptibles de suspensión bajo ninguna circunstancia, ni siquiera durante los estados excepcionales. La argumentación parte del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de sus derechos básicos como inherentes e indisponibles siempre, por extrema que sea la situación que pudiera amenazar al Estado constitucional de Derecho o a la continuidad de las instituciones democráticas¹³⁴⁰. En consecuencia, conforme a esta concepción, en estricto no puede haber suspensión de derechos, sino todo lo más una restricción especialmente agravada, de mayor intensidad que en condiciones de normalidad constitucional.

A propósito de esta cuestión, es importante destacar que la redacción final que recogió el artículo 137 de la Carta de 1993 para las dos modalidades de regímenes de excepción alude a la posibilidad de «suspender» o «restringir» el ejercicio de los derechos constitucionales, terminología que es también empleada por el artículo 200, al referirse al mantenimiento de los procesos constitucionales de habeas corpus y amparo bajo estado de emergencia y estado de sitio. Ni los debates en el CCD, ni los estudios doctrinales, ni la jurisprudencia han esclarecido el contenido y alcance de estas expresiones. No queda claro, por ende, si se trata de dos modalidades distintas de afectación de los derechos fundamentales, una más intensa o grave que la otra, cuando se proclama el gobierno de crisis, o si, de manera más simple y trivial, el constituyente utiliza las dos palabras como sinónimos, en una nueva muestra de su impericia en el manejo de la técnica legislativa.

Y es que, como ha sido señalado antes, la suspensión sólo puede concebirse como una restricción especial o más onerosa, pero nunca como una anulación o desaparición de los derechos. Por ello, la dificultad derivada de que las cláusulas constitucionales se valgan de los dos términos debe ser solucionada mediante una interpretación que entienda que aluden a una única situación de restricción de posiciones iusfundamentales, más severa que en la situación de normalidad constitucional. Se equivoca, pues, Eloy Espinoza-Saldaña al considerar que la restricción se refiere a «puntuales limitaciones al ejercicio de determinados derechos», mientras que la suspensión implica la «pérdida temporal de los mismos»¹³⁴¹.

1340 Véase Luis Castillo-Córdova, «¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción», *op. cit.*, pp. 351-352, 354-355 y 369; Carlos Hakansson Nieto, «En un Estado Constitucional de Derecho, se Pueden Suspender los Derechos Fundamentales? La Interposición de Garantías Constitucionales durante los Regímenes de Excepción», en ed. César Landa, *Derechos Fundamentales. Actas de Las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 261 y 265.

1341 Véase Eloy Espinoza-Saldaña, «Estados de excepción, control jurisdiccional y hábeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano», *op. cit.*, p. 184.

En lo que atañe a la segunda modificación de especial importancia en las modalidades del régimen excepcional, ciertamente el debate en la asamblea constituyente de 1993 fue vigoroso, no exento de apasionamiento. Éste fue, sin duda, el punto que concitó mayor atención y polémica en materia de régimen excepcional. En la Comisión de Constitución y de Reglamento, defendieron la necesidad de establecer de manera explícita la subsistencia de las garantías o procesos constitucionales durante el estado de emergencia y el estado de sitio, aun para la protección de derechos suspendidos en su ejercicio, Henry Pease García (Movimiento Democrático de Izquierda, MDI) y Carlos Ferrero (NM-C90), quienes recibieron el apoyo de Lourdes Flores Nano (PPC)¹³⁴². Pease señaló que la propuesta le fue alcanzada por el Centro de Estudios Constitucionales, cuyo presidente era el catedrático César Valega¹³⁴³, por lo que es claro que el proyecto bebió en las fuentes de la reflexión constitucionalista desarrollada al compás de las exigencias de la realidad de los estados de emergencia declarados y prorrogados para hacer frente a la subversión y el terrorismo de Sendero Luminoso y el MRTA.

En el CCD, se opusieron a la introducción de la cláusula que consagraba los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el control de los jueces mediante el habeas corpus y el amparo Enrique Chirinos Soto y Martha Chávez, tanto en la Comisión de Constitución y de Reglamento como en el Pleno¹³⁴⁴. El representante de Renovación, aliado de la mayoría gobiernista, consideró que el mantenimiento de las garantías constitucionales durante el régimen de excepción suponía un socavamiento del orden público y traería la anarquía. Martha Chávez, por su parte, estimó que los procesos constitucionales entorpecerían las tareas de defensa de la democracia encomendadas a la fuerza pública, además de servir como arma legal a quienes procuraban subvertir el orden establecido y sumir al país en la violencia terrorista. En la Comisión de Constitución y de Reglamento, Chirinos Soto llegó a decir, con metáfora militarista, que los jefes de los Comandos Político-Militares iban a ser «bombardeados» con habeas corpus por adoptar medidas de defensa del orden público¹³⁴⁵. Martha Chávez, por

1342 Véase Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993, op. cit.*, Tomo III, pp. 1748-1750 y 1764-1768; Tomo IV, pp. 2570-2573, 2576-2577 y 2580-2583; Tomo V, pp. 2997-2998 y 3005-3007.

1343 *Ibíd.*, Tomo III, p. 1732.

1344 Véase las intervenciones de Enrique Chirinos Soto y Martha Chávez, así como las principales incidencias del debate, en Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993, op. cit.*, Tomo III, pp. 1731-1734, 1748-1750, 1763-1772, 1772-1776 y 1779-1783; Tomo IV, pp. 2569-2583 y Tomo V, pp. 2953-2954, 2957, 2997-2998, 3004-3008; Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional: Pleno - 1993, op. cit.*, Tomo II, pp. 1677-1685 y Tomo III, pp. 1965-2003 y 2005-2010.

1345 Véase Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993, op. cit.*, Tomo IV, p. 2573.

su parte, invocó como argumento para desestimar la inclusión del contralor jurisdiccional parcial durante los estados de excepción el que, durante la masacre de los penales de junio de 1986, fueron presentados habeas corpus reclamando la tutela de los derechos fundamentales de los reclusos¹³⁴⁶, como si esta pudiera ser una razón válida.

En el Pleno de la Asamblea Constituyente, las cosas estuvieron más claras y la balanza se inclinó a favor de la tesis del control sobre la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Ejecutivo en aplicación del estado de excepción. Tal tesis recibió el respaldo expreso de Julio Castro Gómez (MDI), así como de Ernesto Gamarra Olivares (FIM), Ántero Flores-Arãoz Esparza (PPC), César Fernández-Arce (NM-C90), entre otros. Al cabo de un arduo debate que se prolongó durante varias sesiones, el Pleno del CCD consagró el control de razonabilidad y proporcionalidad por 57 votos a favor y apenas 4 en contra¹³⁴⁷. Pese a alguna disidencia aislada¹³⁴⁸, existe consenso en la doctrina constitucional peruana respecto de la importancia de esta cláusula, finalmente recogida en los dos últimos párrafos del artículo 200 de la Carta de 1993¹³⁴⁹.

Estas estipulaciones constitucionales han sido confirmadas y desarrolladas, con gran amplitud, por el Código Procesal Constitucional de 2004, cuyo artículo 23 detalla una serie de reglas específicas para la aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en diversos supuestos: si la demanda se refiere a derechos no suspendidos; si tratándose de derechos suspendidos, no existe relación directa entre las razones de la excepción y el acto restrictivo; o si el acto restrictivo es innecesario o injustificado de modo manifiesto, en consideración a la conducta de la persona o de la situación de hecho que deberá evaluar el juez de manera sumaria. No debe pasar desapercibido un detalle de relevancia, a saber, el que la ubicación material del artículo 23 del Código Procesal Constitucional corresponde al Título I de este cuerpo normativo, el cual comprende no sólo los procesos

1346 *Ibíd.*, Tomo V, p. 3007.

1347 Véase Congreso Constituyente Democrático, Debate Constitucional: Pleno - 1993, *op. cit.*, Tomo III, p. 2008.

1348 Véase Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *La Constitución: Lectura y Comentario*, *op. cit.*, p. 358.

1349 Véase Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, *op. cit.*, Tomo IV, pp. 474-476 y Tomo VI, pp. 119-123; Francisco Eguiguren, «El Actual Estado de Emergencia: Justificación, Alcances, Imprecisiones y Riesgos», *op. cit.*, p. 230; Luis Castillo-Córdova, «¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción», *op. cit.*, pp. 337-344; Enrique Bernal Ballesteros, *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*, *op. cit.*, p. 615. Véase también Defensoría del Pueblo, «Restricción de Derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia» (Informe Defensorial No 76), *op. cit.*, pp. 74-79; Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VI, pp. 510-511.

de habeas corpus y amparo, sino también los de habeas data y cumplimiento, con lo que, sumado este elemento al fraseo genérico del artículo 23, queda abierta la posibilidad legal de acudir a estas dos últimas garantías constitucionales bajo estado de emergencia o estado de sitio.

Una cuestión diferente es la relativa a si es posible impugnar mediante los procesos constitucionales la decisión del presidente de la República de instaurar o prorrogar el estado de emergencia. Resulta claro que, a la luz de las regulaciones contenidas en el ya citado artículo 200 de la Constitución, tal impugnación está prohibida para los procesos de habeas corpus y amparo, ya que el texto constitucional es meridiano al respecto. No obstante, la Norma Fundamental no excluye la posibilidad de cuestionar en vía de proceso de acción popular la declaración o extensión temporal del régimen de excepción, tesis que ha tenido ya recepción doctrinal en el Perú¹³⁵⁰. Y es que es perfectamente imaginable que el Ejecutivo incurra en error o en arbitrariedad al ejercer su potestad de instaurar el gobierno de crisis, por ejemplo, al no respetar las causales previstas en la Carta o al exceder el límite temporal máximo. En supuestos como los mencionados, parece indiscutible que debe haber algún tipo de control de constitucionalidad, el cual habrá de canalizarse mediante la vía procesal más idónea, que en este caso es la del proceso de acción popular. Desde luego, los efectos de la sentencia que declare fundada la demanda habrán de tener alcance general, anulando el Decreto Supremo a través del cual se hubiere declarado el estado de emergencia o el estado de sitio o su renovación temporal.

3. LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO: REGULACIÓN FRAGMENTARIA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN, PRINCIPALMENTE EN FUNCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE USO DE LA FUERZA POR LAS FUERZAS ARMADAS Y LA POLICÍA NACIONAL¹³⁵¹

3.1. Necesidad de una ley integral sobre estados de excepción

Una seria omisión en la que ha incurrido el legislador peruano a lo largo de la historia republicana es aquella que consiste en no haber aprobado

1350 Véase Luis Castillo-Córdova, «¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción», *op. cit.*, pp. 345-347.

1351 Para una primera aproximación a este tema, véase Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *op. cit.*, pp. 129-134.

una ley que regule de manera integral y sistemática el régimen de excepción. Tal ley fue prevista expresamente por el artículo 70 de la Carta de 1933, pero nunca llegó a ser elaborada¹³⁵², a semejanza de lo ocurrido con la disposición análoga de la Constitución de Weimar, en Alemania¹³⁵³. Las Constituciones peruanas de 1979 y 1993 suprimieron la cláusula de remisión a la ley, lo que no significa empero que el Congreso de la República no pudiera abocarse a su redacción.

Como quiera que fuere, en los largos cuarenta años que suma la vigencia de las dos últimas Normas Fundamentales del Perú, el Parlamento no ha llegado nunca a sancionar dicha ley. Ya en el año 2003, la Comisión de la Verdad y Reconciliación hubo de lamentar tal carencia y recomendó que la representación nacional acometiera la tarea, en especial con la finalidad de asegurar la eficacia en el control del orden interno y los límites en la acción de las Fuerzas Armadas, a la vez que establecía medios de protección de los derechos humanos, de conformidad con los principios del Estado de Derecho¹³⁵⁴.

Parece claro que el contar con tal ley sería de mucho beneficio, en la medida en que brindaría un cuerpo normativo unitario y completo, el cual habría de facilitar una mejor comprensión de las instituciones de la Constitución de emergencia, lo que puede contribuir a su correcta aplicación práctica por las autoridades estatales. Es por ello de lamentar que hasta ahora el país padezca un marco normativo fragmentario y disperso en varias leyes, las cuales abordan aspectos específicos de la problemática, con perspectivas parciales o sesgadas. Por lo demás, el enfoque parcial prevaliente ha sido el que ha tomado como eje de la regulación a la temática del uso de la fuerza por las Fuerzas Armadas y Policiales. El siguiente cuadro 9 resume la situación y muestra asimismo la evolución normativa general, para lo que incluye no sólo la legislación sino también la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional.

1352 Véase Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y Sociedad política*, op. cit., p. 217; Francisco Eguiguren, «El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988», en AA. VV., *La Constitución diez años después*, op. cit., p. 266; Rosa María Palacios McBride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», op. cit., p. 64.

1353 Véase Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 32; Ottmar Bühler, «Texto de la Constitución Alemana de agosto de 1919 y Comentario Sistemático a sus Preceptos», en AA. VV., *La Constitución de Weimar*, op. cit., p. 207; José María Baño León, «Carl Schmitt: la autoridad del poder (estudio preliminar)», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., p. XLIII.

1354 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo VI, p. 522 y Tomo IX, pp. 130 y 132.

Cuadro 9
Leyes y sentencias del Tribunal Constitucional sobre estados de excepción, Fuerzas Armadas y uso de la fuerza¹³⁵⁵

Fuerzas Armadas con estado de excepción	Fuerzas Armadas sin estado de excepción	Fuerzas Armadas y uso de la fuerza
Ley 24150 (<i>EP</i> , 7 de junio de 1985) Regula el control del orden interno por las FF. AA. durante los estados de excepción	Decreto Legislativo 738 (<i>EP</i> , 12 de noviembre de 1991)	Ley 29166 (<i>EP</i> , 20 de diciembre de 2007)
Decreto Legislativo 749 (<i>EP</i> , 12 de noviembre de 1991) Modifica el art. 5 de la Ley 24150	Ley 25410 (<i>EP</i> , 12 de marzo de 1992) Sustituye el art. 2 del Decreto Legislativo 738	STC 00002-2008-AI (web TC, 14 de septiembre de 2009) Examina la constitucionalidad de la Ley 29166
Ley 25397 (<i>EP</i> , 9 de febrero de 1992) Regula el control parlamentario sobre los actos normativos del presidente de la República	Ley 28222 (<i>EP</i> , 18 de mayo de 2004) Modifica el artículo único de la Ley 25410	Resolución aclaratoria del TC (Exp. 00002-2008-AI (web TC, 18 de septiembre de 2009))
STC 017-2003-AI/TC (web TC, 23 de agosto de 2004) Examina la constitucionalidad de la Ley 24150		Decreto Legislativo 1095 (<i>EP</i> , 1 de septiembre de 2010)
Resolución aclaratoria del TC (Exp. 017-2003-AI/TC) (web TC, 28 de septiembre de 2004)		STC 00022-2011-PI/TC (web TC, 18 agosto 2015) Examina la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1095

Fuente: elaborado con base en datos de *El Peruano* y el portal web del Tribunal Constitucional.

¹³⁵⁵ Véase Abraham Siles, «Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales», *op. cit.*, p. 130.

3.2. La Ley 28222: intervención de las Fuerzas Armadas sin estado de excepción durante la presidencia de la República de Alejandro Toledo

Ya ha sido analizada antes en esta investigación la legislación vigente durante los años ochenta y noventa del siglo pasado sobre los poderes de las Fuerzas Armadas durante los regímenes de excepción (véase el acápite 5.5.4, *supra*). Corresponde ahora abordar las modificaciones normativas adoptadas desde la transición democrática que siguió a la caída del Gobierno de Alberto Fujimori. Con el nuevo siglo, el primer cambio de envergadura advino con la Ley 28222, aprobada por el Congreso de la República durante el mandato presidencial de Alejandro Toledo (*El Peruano*, 18 de mayo de 2004). No hace falta insistir en que la opción del legislador democrático no fue elaborar una ley integral sobre los regímenes excepcionales. Antes bien, el Parlamento se limitó a introducir ciertas precisiones en la normativa ya existente sobre la intervención de las Fuerzas Armadas en aquellos casos en los que no se ha proclamado formalmente el estado de emergencia.

Dejando de lado la inconstitucionalidad de esta situación (véase el acápite 5.5.4.3, *supra*), es necesario destacar que, frente a las deficiencias de orden técnico-legal que afectaban a la Ley 25410 (*El Peruano*, 12 de marzo de 1992), modificatoria del Decreto Legislativo 738 (*El Peruano*, 12 de noviembre de 1991), la Ley 28222 mostró mayor rigor al puntualizar algunas reglas básicas para habilitar el rol de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en supuestos que, según se ha visto, pueden calificar como estados de emergencia *de facto*. Así, algunos de los cambios introducidos apuntaron a delimitar mejor la participación de la corporación militar, mientras otros procuraron flexibilizar criterios:

- 1) En cuanto a la autoridad solicitante de la intervención militar, la Ley 28222 estipuló que podía ser la autoridad política o la autoridad policial. Ambas autoridades aparecen equiparadas, de suerte que cualquiera de ellas podía requerir la intervención militar.
- 2) La hipótesis de intervención es regulada con mayor precisión, ya que, frente a la gran indeterminación de la Ley 25410, la Ley 28222 se refiere ahora a «...actos de terrorismo» y a «actos de violencia consistentes en atentados o ataques armados... [con] armamentos de guerra o artefactos explosivos...». No obstante esta mayor precisión de dos supuestos habilitantes, la Ley 28222 sigue incluyendo una cláusula abierta (si bien vinculada a casos mejor definidos): «o cuando se descubran elementos suficientes de peligro real o inminente...».
- 3) El nuevo marco normativo mantiene la intervención del Comando Conjunto y del Consejo Nacional de Defensa en los mismos términos de la Ley 25410.

- 4) Asimismo, mantiene la hipótesis de intervención en caso de peligro inminente, aunque ahora la ley distingue dos supuestos: «peligro real o inminente de su perpetración».
- 5) Amplía el plazo de la intervención militar de ocho a treinta días calendario.

La Ley 28222 incluyó una importante disposición mediante la cual reafirmaba, al menos a nivel declarativo, que la intervención de las Fuerzas Armadas «en el restablecimiento de la seguridad interna» no significa afectación alguna de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 2). Si bien la referencia a la «seguridad interna» parece un infortunado desliz hacia la terminología usual en el lenguaje castrense, sin duda resulta relevante que los enunciados normativos reconozcan la intangibilidad jurídica de los derechos fundamentales en aquellas situaciones de participación de las Fuerzas Armadas en tareas de control del orden interno sin proclamación formal del régimen de excepción.

Por lo demás, la Ley 28222 también explicitó que los jefes militares quedaban sujetos al deber de informar a la «autoridad competente» sobre los sucesos en que se hubieran visto envueltos, de lo cual debían estar en conocimiento sus superiores jerárquicos (artículo 3). La cláusula permitía entender, por consiguiente, que diversas autoridades democráticas, incluyendo jueces y fiscales, mantenían la potestad de requerir información acerca de la situación conflictiva que diera lugar a la intervención militar.

Aunque fuera del plazo de treinta días estipulado en la ley (artículo 4), el Poder Ejecutivo emitió el correspondiente Reglamento de la Ley 28222 mediante Decreto Supremo (DS) 024-2005-DE/SG (*El Peruano*, 28 de octubre de 2005). La reglamentación trae importantes disposiciones tanto de orden formal como sustantivo, entre las que destacan las siguientes:

- 1) Establece un procedimiento para canalizar la solicitud de intervención de las Fuerzas Armadas. En tal sentido, la autoridad política o policial del lugar de los hechos debía, en el mismo día, hacer la solicitud de intervención militar al ministro del Interior, quien haría una evaluación a fin de formalizarla de inmediato al presidente del Consejo de Ministros. El siguiente paso había de ser la consideración del Gabinete Ministerial y su autorización mediante Decreto Supremo.

El Reglamento también estipuló que, si la solicitud la planteaba la Policía, debía hacerlo a través de su Comando, conforme al procedimiento establecido.

En fin, el DS 024-2005-DE/SG previó el supuesto excepcional en que por las características de la zona no fuese posible realizar el trámite regular, en cuyo caso la autoridad política o policial podría

solicitar de modo directo al Comando Militar de la zona su intervención, siempre en los supuestos de ley, «con cargo a regularizar» la petición (artículo 4).

- 2) Señala que la autoridad política o policial (se entiende que aquella que activa el procedimiento de intervención militar) debía poner en conocimiento del alcalde de la localidad y del presidente de la Región la solicitud cursada (artículo 5). Ante la indeterminación de la cláusula, ha de entenderse que este deber habilita a dichas autoridades a adoptar las medidas que son de su competencia como autoridades políticas de naturaleza civil.
- 3) Regula la aprobación de la directiva militar mediante la cual se implementaría cada operación, siendo de notar que el comandante a cargo tendría que coordinar con las autoridades política y policial (artículo 6). No obstante, el Reglamento indica asimismo que el único interlocutor válido de estas autoridades había de ser el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, ente que asignaría las tareas a dicho comandante; lo que parece difícil de entender y es hasta cierto punto contradictorio.
- 4) En cuanto a la naturaleza de las acciones a desplegar por las Fuerzas Armadas, el DS 024-2005-DE/SG señala que ellas constituyen «una tarea de apoyo a la misión de la Policía Nacional del Perú», la cual mantiene a su cargo el control del orden interno» (artículo 7). El Reglamento precisa, en consecuencia, que las Fuerzas Armadas sólo procurarán «contribuir [con] y garantizar el funcionamiento de entidades, servicios públicos esenciales y resguardar puntos críticos vitales para el normal desarrollo de las actividades de la población afectada». De este modo, quedaría facilitado el que la Policía se concentrara «en el control del orden público y la interacción con la población». En particular, destaca que el Decreto Supremo reglamentario incluyera dos prohibiciones tajantes. En primer lugar, los militares no podrían efectuar patrullajes. En segundo lugar, carecían de la potestad de realizar «detenciones», debiendo poner a disposición de las autoridades policiales a los «presuntos responsables o agresores», en aquellos casos en que las Fuerzas Armadas fuesen atacadas o se atentase contra el cumplimiento de su misión.
- 5) Por último, el Reglamento incluyó una cláusula de reserva al Fuero Privativo Militar para delitos tipificados en el Código de Justicia Militar que fueren cometidos por los militares en el ejercicio de sus funciones.

Como se puede apreciar, un importante conjunto de reglas previstas en el Reglamento excedía el exiguo marco de la Ley 28222, razón por la cual

era necesaria la correspondiente revisión. Los ajustes sólo llegarían tiempo después, con el Decreto Legislativo 1095 (*El Peruano*, 1 de septiembre de 2010), bajo un esquema normativo distinto, cuyo eje gira en torno de las reglas de uso de la fuerza. Lamentablemente, el Decreto Legislativo 1095, si bien más completo y sistemático, incurrió en diversas inconstitucionalidades, según será expuesto más adelante. Antes, sin embargo, es necesario comentar la Ley 29166, denominada «Ley que Establece Reglas de Empleo de la Fuerza por Parte del Personal de las Fuerzas Armadas en el Territorio Nacional» (*El Peruano*, 20 de diciembre de 2007).

3.3. La Ley 29166 y el cambio en el eje de la regulación durante el segundo mandato del presidente Alan García: el uso de la fuerza por las instituciones castrenses

Un primer elemento significativo de este nuevo cuerpo legal es que define su ámbito subjetivo indicando que sus reglas son aplicables «al personal militar» cuando, por razones del ejercicio de su función castrense, «asuma el control del orden interno o apoye en el restablecimiento del mismo» (artículo 2). De esta manera, la ley prevé su aplicabilidad tanto bajo estado de excepción como en situación de normalidad constitucional (es decir, cuando no media una proclamación formal de estado de emergencia o de sitio).

Un grave problema con la Ley 29166 era que autorizaba el uso de la «fuerza letal» por el personal militar no sólo «en cumplimiento de la misión asignada» y «en legítima defensa», sino también frente a un «acto hostil». Ahora bien, éste era definido, con gran amplitud e indeterminación, como «un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares» (artículo 7). Los supuestos de este uso de la fuerza, que autorizaba a causar la muerte de personas, eran de manera expresa aquellas situaciones en las que el personal de las instituciones castrenses «participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia» o «en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia». Todavía más, el uso de la fuerza letal podía ser «inmediato», en la medida en que apuntara a repeler los denominados actos hostiles (artículo 9).

La Ley 29166, tras las huellas de la disposición final única del Reglamento de la Ley 28222, incorporó una cláusula de reserva del fuero militar. En efecto, dedicó su Título III al tema de la «jurisdicción y competencia militar policial», de suerte que el artículo 13 estatuyó lo siguiente: «Todas las acciones que lleve a cabo el personal militar en el ejercicio de su función y en aplicación de la presente Ley, que se presuman delitos de función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial, en concordancia con el artículo 173 de la Constitución Política del Perú». Así, alcanzaba nuevamente rango legal una disposición que podría ser usada para procurar

impunidad a las Fuerzas Armadas y Policiales por eventuales violaciones severas de los derechos humanos bajo estado de excepción formal o *de facto*.

La Ley 29166 fue reglamentada mediante DS 012-2008-DE/CCFFAA (*El Peruano*, 20 de julio de 2008). Además de contener una serie de normas específicas para el empleo de la fuerza por las instituciones castrenses «en el territorio nacional» —incluida la dirigida contra personas civiles, en supuestos habilitados por la ley—, el Reglamento define, con gran laxitud, las situaciones en las que los militares pueden «ejecutar misiones respecto al orden interno». Tales situaciones son las tres siguientes:

- 1) Zonas declaradas en estado de emergencia, cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno.
- 2) Zonas declaradas en estado de emergencia, cuando las Fuerzas Armadas brindan apoyo a la Policía para el restablecimiento del orden interno.
- 3) Zonas no declaradas en estado de emergencia, cuando las Fuerzas Armadas intervienen en apoyo de la Policía para el control del orden interno (artículo 7).

De este modo, el Reglamento confirmaba la posibilidad de que las instituciones castrenses participaran en tareas relativas al orden interno, tanto bajo estado de emergencia como sin la proclamación oficial del régimen de excepción. Además, el citado artículo 7 diferenciaba dos supuestos bajo estado de emergencia, a saber, aquel en que la corporación militar se hace cargo del control del orden interno en reemplazo de la Policía y aquel en que, sin sustituirla, le brinda su colaboración para el restablecimiento del orden interno perturbado¹³⁵⁶. Esta opción interpretativa, si bien controversial, podría ser admitida como posible en el marco de la constitucionalidad vigente. No obstante, lo que parece censurable, más allá de toda discusión, es que sea adoptada no mediante ley, sino a través de una simple norma reglamentaria, sin la necesaria base legal.

Como quiera que fuere, el artículo 7 de la Ley 29166, entre otras disposiciones, fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad planteada por un grupo de congresistas de oposición al Gobierno de entonces —era el segundo mandato del presidente Alan García (2006-2011)— y ameritó la expedición de una compleja sentencia del Tribunal Constitucional que será analizada más adelante. Tal sentencia estuvo a la base de algunas de las polémicas regulaciones incluidas en el Decreto Legislativo 1095, que vino a reemplazar a la Ley 29166 y que hasta ahora se encuentra en vigor.

¹³⁵⁶ Véase Christian Donayre Montesinos, «Fuerza Militar y Constitución en el Perú sobre las Reglas para el Uso de la Fuerza y un Análisis acerca de su Constitucionalidad», en AA. VV., *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 186-187.

3.4. El Decreto Legislativo 1095: expresión última del modelo de regulación del estado de excepción en función de las necesidades normativas del uso de la fuerza por las Fuerzas Armadas

El Decreto Legislativo 1095, cuyo título reza «Establece Reglas de Empleo y Uso de la Fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el Territorio Nacional» (*El Peruano*, 1 de septiembre de 2010), ciertamente contiene una normativa que perfecciona la que traía la Ley 29166. Se trata de un marco legal más completo y coherente, siempre con la temática del ejercicio de la fuerza por las instituciones militares como eje de la regulación. En lo que interesa al objeto de la presente investigación, el Decreto Legislativo 1095, siguiendo la estela normativa de la Ley 29166, diferencia tres supuestos aplicativos:

- 1) Cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno para hacer frente a grupos hostiles en zonas declaradas en estado de emergencia (artículo 2 y Título I).

Un grupo hostil es definido como aquel en el que existe pluralidad de personas en el territorio de la República, y que cumple con tres condiciones: a) están mínimamente organizados; b) cuentan con capacidad y decisión de enfrentar al Estado de forma prolongada y con armas de fuego, punzocortantes o contundentes en cantidad considerable; c) participan en las hostilidades o colaboran en ellas (artículo 3.f).

- 2) Cuando las Fuerzas Armadas realizan acciones de apoyo a la Policía Nacional ante otras situaciones de violencia (distintas de las generadas por grupos hostiles), en zonas declaradas en estado de emergencia con el control del orden interno a cargo de la Policía (artículo 2 y Título II).

En estos casos, el objetivo de la intervención militar es coadyuvar al restablecimiento del orden interno quebrantado (artículo 4.2).

- 3) Cuando las Fuerzas Armadas realizan acciones de apoyo a la Policía Nacional ante otras situaciones de violencia (distintas de las generadas por grupos hostiles), en zonas no declaradas en estado de emergencia con el control del orden interno a cargo de la Policía (artículo 2 y Título III).

En situaciones como éstas, el propósito de la participación castrense es contribuir al mantenimiento del orden interno bajo amenaza de alteración por crímenes graves específicamente definidos o disturbios de especial severidad (artículo 4.3 y Título III)¹³⁵⁷.

1357 Véase Christian Donayre Montesinos, *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del*

En el primer supuesto, las Fuerzas Armadas pueden emplear la fuerza luego de la declaración del estado de emergencia, mediante la cual se dispone que ellas asuman el control del orden interno para enfrentar a un grupo hostil (artículo 10). La Policía Nacional participa en el esfuerzo de repeler la agresión, bajo órdenes del Comando Operacional designado por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas (artículo 12). Las Fuerzas Armadas se ciñen a «reglas de enfrentamiento» con vistas a doblegar al «grupo hostil», para lo que desarrollan «operaciones militares» contra «objetivos militares», debiendo empero respetar las normas del Derecho Internacional Humanitario y, en particular, proteger la vida de la población civil, defender al Estado y tutelar el patrimonio público y privado (artículos 13 y 14). En consecuencia, todo parece indicar que se trata de un supuesto bélico, por lo que resulta problemático que la modalidad de régimen de excepción adoptada sea la de estado de emergencia. Cabe preguntar si lo apropiado no era recurrir en estos casos al estado de sitio.

En el segundo supuesto, tras la declaración del estado de emergencia, las Fuerzas Armadas realizan «acciones militares» —ya no «operaciones militares», que son las dirigidas contra grupos hostiles (artículo 3, literales «a» y «k») —, las cuales apuntarán al restablecimiento del orden interno (artículo 15). Rigen en estos casos los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad (artículo 16), quedando las instituciones castrenses sujetas a una regulación de distintos niveles de intensidad en el uso de la fuerza, tanto a nivel preventivo (presencia militar, contacto visual, verbalización) como reactivo (control físico, medios no letales, medios letales) (artículo 18). El empleo de armas de fuego está habilitado, pero sometido a una serie de exigencias y cautelas que la ley detalla con rigor y minuciosidad: sólo por excepción, en cumplimiento de la misión asignada, en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves o con la finalidad de impedir que se cometa un delito de particular gravedad que suponga una amenaza seria para la vida o con el propósito de «detener» a quien represente tal peligro o evitar su fuga, y siempre a condición de que sean «insuficientes» las medidas ordinarias o menos extremas (artículo 19.1).

En el tercer supuesto, cuando las Fuerzas Armadas intervienen en apoyo de la Policía, que retiene la función de control del orden interno, sin que medie una declaración de estado de emergencia (artículos 21 y 24), surgen dificultades especiales con la regulación contenida en el Decreto Legislativo 1095. Ocurre que, en tal hipótesis, el Decreto Legislativo 1095 establece que las instituciones militares intervendrán como fuerza coadyuvante, en los siguientes casos:

Perú (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018), pp. 122-127.

- 1) Tráfico ilícito de drogas.
- 2) Terrorismo.
- 3) Protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país y servicios públicos esenciales.
- 4) En otros casos constitucionalmente justificados en que la capacidad de la Policía sea sobrepasada en el control del orden interno, sea previsible o existiera el peligro de que esto ocurriera (artículos 23 y 4.3).

Es de observar que la «hipótesis de intervención» de las Fuerzas Armadas sin estado de emergencia es considerablemente más amplia que la prevista en la Ley 28222, ya que define dos tipos delictivos (tráfico ilícito de drogas y terrorismo), lo que podría parecer más limitado, pero a la vez añade dos hipótesis abiertas: de un lado, instalaciones estratégicas y servicios públicos esenciales y, de otro lado, «otros casos constitucionalmente justificados...», supuesto enormemente abarcador¹³⁵⁸. Desde luego, habría que entender que la exigencia de desbordar la capacidad policial debe configurarse en todos los casos, no sólo en el último (literal «d»). La cuestión, sin embargo, reside en que, si los medios ordinarios típicos de la situación de normalidad constitucional no bastan para conjurar la emergencia, entonces se produce en la práctica una hipótesis que habilita el gobierno de crisis. Siendo esto así, y no existiendo obligación legal de instaurar el régimen de excepción, esta decisión parece ineludible en aquellas ocasiones en las que el presidente de la República desea disponer la intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno, para lo que, según ha sido expli-

1358 Para críticas al Decreto Legislativo 1095 por la indebida amplitud de sus disposiciones normativas y sus violentos efectos represivos sobre manifestaciones de protesta social, véase José Saldaña Cuba y Jorge Portocarrero Salcedo, «La Violencia de las Leyes: el Uso de la Fuerza y la Criminalización de Protestas Socioambientales en el Perú», *Derecho PUCP*, 79 (2017), pp. 321-323. La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos ha venido reiterando su oposición al citado Decreto Legislativo e informando sobre su aplicación práctica, que ha traído como consecuencia un elevado número de personas muertas y heridas, entre otros aspectos. Véase Mar Pérez Aguilera, «Criminalización de la Protesta y la Situación de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos», en Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2015-2016* (Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2017), p. 69; Mar Pérez Aguilera, «Criminalización de la Protesta Social», en Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2014-2015* (Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2015), pp. 44 y 46; Mar Pérez Aguilera, «Conflictos Sociales: ¿Enfermedad o Síntoma?», en Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2012-2013: Diez Años del Informe Final de La CVR* (Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, segunda edición, 2014), p. 52; Mar Pérez Aguilera, «Conflictividad Social y Vulneración de Derechos», en Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2011-2012: Un Año del Gobierno de Ollanta Humala* (Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2012), p. 21.

cado antes, hace falta declarar el estado de excepción de conformidad con el artículo 137 de la Carta Fundamental.

El Título III del Decreto Legislativo 1095 disciplina también el procedimiento de «solicitud y autorización» de la intervención de las Fuerzas Armadas sin estado de emergencia, con lo que debe suponerse que ha quedado derogada tácitamente la regulación sobre este punto contenida en la Ley 28222. De manera similar a lo estipulado en el DS 024-2005-DE/SG, Reglamento de la Ley 28222, ahora será «la autoridad política o policial del lugar...» (supuesto similar al previsto en la Ley 25410, aunque hay una equiparación entre ambas autoridades) quien debe solicitar al ministro del Interior la intervención militar. Éste, a su turno, previa evaluación de los hechos, «formaliza el pedido al presidente de la República», quien «autoriza la actuación de las Fuerzas Armadas, mediante Resolución Suprema refrendada por los ministros de Defensa e Interior» (artículo 25).

Un rasgo significativo es que el Decreto Legislativo 1095 no dice nada sobre el plazo de la intervención de las Fuerzas Armadas. En rigor jurídico, habría que entender, en consecuencia, no que el plazo ha quedado derogado, sino que sigue siendo el plazo ampliado de treinta días que previó la Ley 28222, la cual tampoco fue derogada en este punto por la Ley 29166, de diciembre de 2007.

Asimismo, debe ser puesto de relieve que el Decreto Legislativo 1095, de manera semejante a su antecesora, la Ley 29166, contempló una cláusula de reserva de jurisdicción y competencia al Fuero Militar Policial, para «las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas en aplicación del presente Decreto Legislativo o en ejercicio de su función» (artículo 27).

Finalmente, es del caso mencionar que el Decreto Legislativo 1095 fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, la cual fue resuelta por el Tribunal Constitucional, como será expuesto en el siguiente acápite de esta investigación.

4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE ESTADOS DE EXCEPCIÓN BAJO LA CARTA PERUANA DE 1993

4.1. Los procesos de inconstitucionalidad contra las leyes que disciplinan la intervención de las Fuerzas Armadas bajo estado de emergencia

Durante el período de vigencia de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional del Perú resolvió tres importantes procesos de inconstitucionalidad de leyes relativas al estado de excepción (artículo 200, inciso 4 de la Carta), lo que le ha permitido desarrollar jurisprudencialmente ciertos

principios que distinguen al gobierno de crisis, definir su naturaleza, así como fijar cánones interpretativos sobre la Norma Fundamental y la legislación en esta materia. Ciertamente, se trata de avances positivos, como se expondrá en los siguientes acápite. Por desgracia, este incipiente cuerpo jurisprudencial, no sólo se comienza a elaborar con retraso respecto de los desafíos de la realidad vivida con ocasión de la guerra interna que sufrió la patria en las dos últimas décadas del siglo XX¹³⁵⁹, sino que es todavía exiguo e incompleto, incurriendo el supremo intérprete de la Constitución en omisiones significativas o en interpretaciones de dudosa legitimidad constitucional, como también será expuesto en seguida.

4.1.1. La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley 24150 y el Decreto Legislativo 749

En septiembre del año 2003, tras haber exhortado en vano al Congreso de la República a derogar la Ley 24150, modificada mediante el Decreto Legislativo 749, la Defensoría del Pueblo presentó una demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de dicho cuerpo legal¹³⁶⁰. El Tribunal Constitucional emitió la sentencia que resolvió el caso el 16 de marzo de 2004, declarando fundada en parte la demanda (*El Peruano*, 24 de agosto de 2004). Ante todo, el fallo permitió al máximo órgano jurisdiccional encargado del control de constitucionalidad dejar establecidos ciertos conceptos fundamentales y los principios sobre los que se edifica la institución del régimen excepcional.

En tal sentido, debe destacarse en primer lugar la noción de «orden interno» que formula el Tribunal Constitucional. La sentencia sostiene que tal noción es distinta, aunque «concurrente, complementaria y subsidiaria», de los conceptos de «orden público» y «defensa nacional», apuntando a renglón seguido que el orden interno consiste en una «situación de normalidad

1359 Acerca de la existencia de «ciclos judiciales» relacionados con las situaciones de emergencia en Estados Unidos de América, los cuales muestran primero una etapa «permisiva», bastante deferente con el Gobierno, y después otra, más bien «revisionista», más estricta y rigurosa en el examen de las medidas adoptadas bajo el régimen de excepción, véase Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, op. cit., pp. 87-91; Mark Tushnet, «Defending Korematsu? Reflections on Civil Liberties in Wartime», en ed. Mark Tushnet, *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*, op. cit., pp. 127 y 134-136. Véase también Abraham Siles, «La Lucha Antiterrorista en el Perú: Agujeros Negros Legales, Agujeros Grises y el Arduo Camino Constitucional. Lecciones Peruanas para la Guerra Contra el Terrorismo Global», op. cit., p. 86 (nota 10).

1360 Véase Samuel Abad Yupanqui, «Defensoría del Pueblo y Procesos Constitucionales: Reflexiones Después de Ocho Años», en Defensoría del Pueblo, *Ocho Años de Procesos Constitucionales en el Perú: Los Aportes de la Defensoría Del Pueblo, 1996-2004* (Lima: Defensoría del Pueblo, 2004), p. 55.

ciudadana», la misma que existe cuando al interior del Estado «se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos»¹³⁶¹.

Además de identificar el orden interno como «sinónimo de orden policial», el Tribunal Constitucional determina que él comprende tres aspectos:

- 1) La «seguridad ciudadana», la cual engloba la protección de la vida, integridad física y moral, patrimonio, etcétera.
- 2) La «estabilidad de la organización política», la que incluye la tutela de la tranquilidad y paz pública, así como el respeto a las autoridades del Estado.
- 3) Las «instalaciones y servicios públicos esenciales», concepto que abarca los edificios públicos y las instalaciones destinadas a cubrir «necesidades vitales y primarias de la comunidad», como son el agua, la energía eléctrica, etcétera¹³⁶².

También es importante que el supremo intérprete de la Constitución se haya preocupado por delimitar el concepto de «normalidad constitucional». En efecto, el Tribunal lo vincula al funcionamiento ordinario del sistema jurídico, conforme al cual ha de poderse desarrollar la actividad del Estado, lo mismo que ha de ser posible el despliegue de las acciones de los ciudadanos y el goce efectivo de sus derechos¹³⁶³. En consecuencia, siguiendo al profesor español Manuel García Pelayo, el Tribunal tiene en mente la estabilidad social como condición de posibilidad de la vigencia del Derecho¹³⁶⁴. Añade la alta Corte que, cuando la situación regular desaparece o se ve alterada y resulta imposible que el Estado actúe con arreglo a sus «normas ordinarias», la situación deviene en una en la que hace falta la adopción de medidas más onerosas para controlar la emergencia, la cual es de tal gravedad que representa un «serio peligro» para «la existencia misma del cuerpo político, la plenitud del ejercicio del poder o el goce duradero de los derechos constitucionales»¹³⁶⁵.

Asimismo, conviene poner de relieve que el Tribunal Constitucional explicita en esta decisión las características o principios que distinguen al régimen de excepción:

1361 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 017-2003-AI-TC (Caso de la Ley No 24150, sobre normas a cumplir en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno), *op. cit.*, Fundamento 4.

1362 *Ibíd.*, Fundamentos 7 y 8.

1363 *Ibíd.*, Fundamento 10.

1364 *Ibíd.*

1365 *Ibíd.*, Fundamentos 11 y 12.

- 1) «Concentración del poder», de tal suerte que hay un solo detentador del mismo, quien recibe «competencias extraordinarias». El propósito primordial es que las autoridades del Estado —en rigor, del Ejecutivo— puedan tener un desempeño rápido y eficaz, a la altura de la emergencia.
- 2) «Grave circunstancia de anormalidad». El Tribunal Constitucional admite que las modalidades de ocurrencia pueden ser tanto el acto o «existencia», como el «peligro inminente», lo que supone una lectura no literal del artículo 137 de la Carta Fundamental. Asimismo, el Tribunal sostiene que el origen de la crisis puede estar en circunstancias político-sociales, fuerza mayor o eventos económicos. Esto último parece controversial, debido a que la propia Constitución prevé el mecanismo de los Decretos de Urgencia para este tipo de acontecimientos (artículo 118.19). En fin, el supremo intérprete de la constitucionalidad señala algunos casos que ameritan la proclamación del régimen excepcional: guerra exterior, guerra civil, revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etcétera. Queda claro que todos los casos mencionados suponen gravedad, al margen de la discutible pertinencia de contemplar hechos de naturaleza económica. Sin embargo, el Tribunal no es más específico para determinar los criterios que permiten fijar el umbral de severidad de las causales.
- 3) Necesidad de adoptar medidas extraordinarias, debido a que es imposible solucionar la anormalidad mediante los «procedimientos legales ordinarios».
- 4) «Transitoriedad», en cuya virtud se entiende que la «prolongación indebida e inexcusable» del régimen de excepción desvirtúa su razón de ser y vulnera la propia autoridad política. Infortunadamente, sin embargo, el Tribunal no señala límites o medios de solución al problema real de las prórrogas sucesivas del estado de emergencia (y eventualmente del estado de sitio), que es moneda corriente en el constitucionalismo peruano (véase el capítulo 7, *infra*).
- 5) «Determinación espacial del régimen de excepción», que supone que las «competencias reforzadas» del Ejecutivo se aplicarán únicamente en aquel lugar donde se produce la anormalidad, no en otros que podrían mantenerse bajo las reglas de la normalidad constitucional. Es de resaltar que el Tribunal indica que las medidas a adoptar pueden referirse a ámbitos territoriales de alcance nacional, regional, departamental o local.

- 6) «Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales». Aunque el Tribunal se limita a enunciar el concepto, sin precisar su contenido, es de notar que emplea el término «restricción» para referirse a la afectación de los derechos fundamentales bajo la emergencia. También indica que los derechos restringibles son sólo algunos, no todos. Finalmente, subraya el carácter provisional o principio de temporalidad del estado excepcional. No obstante, el Tribunal omite un análisis más detallado de los derechos derogables bajo estado de emergencia (al menos, los afectados con más frecuencia) o de aquellos que no son susceptibles de suspensión en ninguna circunstancia.
- 7) Principios de «razonabilidad» y «proporcionalidad», aplicables a las medidas a adoptar para el restablecimiento de la normalidad constitucional. Al respecto, el Tribunal explicita que tales medidas deben «guardar relación» con las circunstancias desencadenantes de la emergencia.
- 8) Finalidad de defensa del buen funcionamiento y continuidad de la organización político-jurídica.
- 9) Control jurisdiccional y control político. Se entiende que el primero es el contralor jurisdiccional parcial, ya que el Tribunal lo remite a la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos, a lo que agrega la supervisión del cumplimiento del procedimiento constitucional para la instauración del régimen de excepción. Es interesante este último punto, ya que remite a la proclamación de la emergencia, y no sólo a los actos o medidas de aplicación, si bien la remisión judicial sólo alcanzaría a los aspectos formales de orden procedimental, no a las causales mismas. En cuanto al segundo control, definido como político por contraste con el jurisdiccional, es el que se encomienda al Parlamento para el cabal cumplimiento de los «principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política»¹³⁶⁶.

Por lo demás, es importante que la sentencia del Tribunal Constitucional, aunque solo fuera de manera sucinta, invoque en sus fundamentos la

1366 *Ibíd.*, Fundamento 18. Véase también Luis Castillo-Córdova, «¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción», *op. cit.*, pp. 331-333; Carlos Hakansson Nieto, «En un Estado Constitucional de Derecho, se Pueden Suspender los Derechos Fundamentales? La Interposición de Garantías Constitucionales durante los Regímenes de Excepción», en ed. César Landa, *Derechos Fundamentales. Actas de Las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 257-258.

Opinión Consultiva 8, del 30 de enero de 1987, en la que la Corte IDH dejó establecido que la legalidad excepcional no suprime el Estado de Derecho y que, bajo suspensión de garantías, ciertos límites legales del poder público «pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes», así como tampoco ha de entenderse que el Gobierno posee poderes absolutos¹³⁶⁷.

En cuanto al análisis de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas por la Defensoría del Pueblo, son de destacar los siguientes pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución:

- 1) Declaración de inconstitucionalidad de los Comandos Político-Militares. El Tribunal emite en este punto una sentencia manipulativa reductora, en cuya virtud se entiende suprimida la naturaleza política de la indicada entidad (Fundamentos 46-54 y punto resolutivo 1.b), cuya genealogía puede remontarse, como ha sido dicho aquí, al inicio mismo de la liberación del virreinato español, poco antes de la independencia y la fundación de la República. La sentencia del Tribunal Constitucional, empero, no elimina los Comandos Militares a implementar al declarar un estado de emergencia (o, eventualmente, de sitio), sino que los redefine en sentido puramente castrense, desprovistos de funciones políticas. El Tribunal argumenta que las Fuerzas Armadas carecen de potestades de orden político, debido a que no tienen carácter deliberante conforme a la Constitución (Fundamentos 47 y 48).
- 2) Anulación de las disposiciones de la Ley que encomendaban a los Comandos Político-Militares la conducción de acciones de desarrollo, con el indebido sometimiento político de las autoridades democráticas de Gobiernos Regionales y Locales, además de aquellos encargados de la dirección de organismos públicos (Fundamentos 69-77 y punto resolutivo 1.a).
- 3) Declaración de inconstitucionalidad de la facultad de los jefes militares en las zonas de emergencia de solicitar la sustitución de las autoridades civiles, a discreción (Fundamentos 91-98 y punto resolutivo 1.a).
- 4) Declaración de invalidez constitucional del artículo de la Ley que extendía la jurisdicción militar a actos ajenos al desempeño de funciones castrenses propias del servicio y atinentes a los bienes jurídicos militares en los lugares donde estuviera en vigor un régimen de excepción (Fundamentos 110-139 y punto resolutivo 1.e).

¹³⁶⁷ *Ibíd.*, Fundamento 20. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 8/87: El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos humanos), *op. cit.*, párrafo 24.

Se trata de una disposición que otorgaba un manto de impunidad a los militares infractores de sus deberes castrenses básicos.

- 5) A esta lista de decisiones expresas del supremo intérprete de la Constitución, debe añadirse una lamentable omisión. Y es que la sentencia no aborda la cuestión de las continuas prórrogas del estado de emergencia, que determinan la producción del fenómeno ya comentado de la «normalización de la emergencia» o «permanencia de lo temporal».

Si bien, como ha sido ya dicho aquí, el Tribunal avanzó al señalar la existencia del principio de temporalidad, no se ocupó del punto específico de las renovaciones sucesivas del estado de emergencia, que llevan a la configuración de verdaderos estados excepcionales permanentes o que se prolongan inclusive por muchos años¹³⁶⁸.

4.1.2. La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley 29166, complementaria de la Ley 28222

La STC 00002-2008-PI/TC, emitida por el Tribunal Constitucional el 9 de septiembre de 2008 (*El Peruano*, 24 de septiembre de 2008), tiene una importancia especial en materia de estados de excepción. Ella recayó sobre una demanda de inconstitucionalidad presentada por un grupo de congresistas pertenecientes al Partido Nacionalista, que en ese momento se hallaba en la oposición al Gobierno y unos años más tarde accedería a la Presidencia de la República, mediante elecciones libres y democráticas. En lo que atañe al objeto de la presente investigación, la mencionada sentencia confirma y ahonda en determinados elementos ya establecidos en la STC 0017-2003-AI/TC, recaída sobre el caso relativo a la Ley 24150, pero además aborda un punto crucial, no dilucidado hasta ese momento, a saber, el referido a la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de control del orden interno sin que medie una declaración de estado de emergencia. Al respecto, los magistrados del Tribunal Constitucional se pronunciaron por mayoría de cinco votos a favor de dicha intervención militar, pero hubo una importante disidencia del juez Mesía Ramírez, cuyos argumentos merecen cuidadoso análisis, pues pueden anunciar un futuro cambio de orientación jurisprudencial.

Así, la sentencia bajo examen reitera que el concepto de «orden interno» comprende los tres elementos de «seguridad ciudadana», «estabilidad de la organización política» y «resguardo de las instalaciones y servicios

¹³⁶⁸ Para una primera aproximación a los contenidos de la sentencia bajo análisis, véase Abraham Siles, «La Lucha Antiterrorista en el Perú: Agujeros Negros Legales, Agujeros Grises y el Arduo Camino Constitucional. Lecciones Peruanas para la Guerra Contra el Terrorismo Global», *op. cit.*, pp. 88-89.

públicos estratégicos» —tal como el Tribunal dejó sentado en la STC 0017-2003-AI/TC—, insistiendo igualmente en que la intervención de las Fuerzas Armadas en reemplazo de la Policía no significa una modificación de la competencia de preservación del orden interno en sí misma, sino tan solo del «sujeto encargado de ejecutarla»¹³⁶⁹.

En sus consideraciones de orden general, varios aspectos de la STC 00002-2008-PI/TC deben ser puestos de relieve. En primer lugar, destaca una concepción evolutiva y que enfatiza la centralidad de un adecuado balance entre los poderes públicos. En efecto, los magistrados sostienen que la figura del estado de excepción «ha ido evolucionando con el fin de respetar el principio de equilibrio de poderes»¹³⁷⁰. Tanto o más significativa que esta declaración genérica es, sin embargo, la consecuencia que el Tribunal extrae de ella, ya que implica la exigencia de «una fundamentación (político-jurídica) y un progresivo sistema de rendición de cuentas, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el político»¹³⁷¹. El supremo intérprete de la Constitución remata su razonamiento recalcando que el estado de excepción conlleva una concentración transitoria del poder, pero que ésta «se encuentra circunscrita al Derecho»¹³⁷².

En segundo lugar, si bien la sentencia no hace un análisis sistemático y minucioso del umbral de severidad que debe alcanzarse al verificar el cumplimiento de las causales constitucionales para la instauración del estado de emergencia, sí señala en varios de sus fundamentos que en realidad se requiere elementos de gravedad especial. Así, la sentencia indica que el Tribunal ya ha reconocido a la declaración de emergencia como «medio para contrarrestar los efectos negativos de una situación extraordinaria, que pone en peligro la integridad y estabilidad estatal»¹³⁷³. También señala que el estado de excepción es, por propia naturaleza, un «mecanismo de último recurso» y que debe ser empleado sólo en «casos extremos»¹³⁷⁴. En fin, el Tribunal, con lenguaje adaptado a las nuevas tesis prevalecientes en el Derecho Constitucional y el DIDH, asevera que la «restricción o suspensión del ejercicio de determinados derechos» tendrá fundamento si acaso es el «medio para hacer frente a situaciones de emergencia pública con el fin de salvaguardar los principios democráticos y de un Estado de Derecho», para lo cual se remite a los parámetros de la Carta

1369 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 00002-2008-AI (Caso de la Ley No 29166, sobre las reglas del empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas en el territorio nacional) (2009), del 9 de septiembre de 2008, Fundamentos 14 y 27.

1370 *Ibíd.*, Fundamento 21.

1371 *Ibíd.*

1372 *Ibíd.*

1373 *Ibíd.*, Fundamento 19.

1374 *Ibíd.*, Fundamento 22, párrafo 2.

Fundamental y de los tratados internacionales, con especial mención del artículo 27 de la CADH¹³⁷⁵.

De manera muy significativa, el Tribunal Constitucional alude a la «jurisprudencia» de la Corte IDH, señalando que es vinculante para el Estado peruano en virtud de los artículos 3, 55 y la cuarta de las disposiciones finales y transitorias de la Carta de 1993, así como del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tras lo cual cita varios pasajes de la Opinión Consultiva 8 de la Corte IDH¹³⁷⁶. En tal sentido, el Tribunal recuerda la doctrina bien establecida por la Corte de San José, conforme a la cual «dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de derechos no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa»¹³⁷⁷. A renglón seguido, el Tribunal resalta la trascendencia de esta idea, ya que, a su juicio, es precisamente frente a la excepcionalidad que se puede evaluar «la fortaleza de las instituciones y la autonomía de los entes encargados de administrar justicia», por lo que ha de reconocerse que ni siquiera en «casos extremos» el Derecho debe retroceder ante el embate de la «razón de Estado»¹³⁷⁸.

Siempre citando la Opinión Consultiva 8 de la Corte IDH, el Tribunal Constitucional sostiene que la «suspensión del ejercicio de derechos» prevista en el artículo 137 de la Constitución autoriza al Gobierno a «aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos», lo que sin embargo no significa que comporte la «suspensión temporal del Estado de Derecho» o que autorice a los gobernantes a dejar de lado «la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse»¹³⁷⁹. El Tribunal concluye invocando la doctrina de la Corte de San José según la cual, bajo suspensión de derechos, los límites legales de los poderes públicos son distintos a aquellos vigentes en situación de normalidad constitucional, pero no dejan de existir ni el Gobierno adquiere «poderes absolutos» más allá de la «legalidad excepcional», debiendo tenerse en consideración que «el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables»¹³⁸⁰.

Estas consideraciones generales del Tribunal Constitucional sobre los regímenes de excepción son de gran trascendencia, en la medida en que suponen una rotunda afirmación del modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho. El Tribunal deja en claro que el Gobierno de crisis

1375 *Ibíd.*, Fundamento 23.

1376 *Ibíd.*, Fundamento 24.

1377 *Ibíd.*

1378 *Ibíd.*, Fundamento 25.

1379 *Ibíd.*, Fundamento 26.

1380 *Ibíd.*

está siempre sujeto a límites de Derecho y por lo tanto a controles de órganos jurisdiccionales y políticos. De este modo, queda proscrito cualquier entendimiento del estado excepcional como concesión de poderes absolutos a las autoridades estatales, con desmedro de los derechos fundamentales de las personas. Sin duda, se trata de orientaciones interpretativas de gran valor frente a la experiencia histórica vivida en el Perú en este ámbito, inclusive en fecha tan reciente como las dos últimas décadas del siglo XX, cuando la guerra interna asoló a la patria.

Ahora bien, a diferencia de este avance jurisprudencial de orden general, por lo que atañe a la intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en aquellos lugares no declarados bajo estado de emergencia, el Tribunal valida la opción legislativa a favor de tal intervención (artículo 7 de la Ley 29166), para lo que elabora una interpretación endeble y cuestionable que no respeta el orden constitucional. El Tribunal identifica varios problemas acuciantes, pero la solución que propone es inadecuada. Así, la alta Corte observa que, según la ley bajo examen, las Fuerzas Armadas podrían desarrollar funciones policiales «en situaciones que no son consideradas de emergencia», y que la amplitud y ambigüedad de la disposición impugnada pueden acarrear aplicaciones arbitrarias e inconstitucionales, en especial debido a que la ley no fija criterios mínimos de excepcionalidad o las condiciones habilitantes, lo que vulnera no sólo el artículo 166 de la Carta, relativo a la función policial, sino también el artículo 45, que estipula que el poder público, emanado del pueblo, debe ser ejercido con las limitaciones y responsabilidades previstas en la Constitución y en las leyes¹³⁸¹.

El Tribunal agrega que, entre las omisiones regulatorias de la ley sobre la intervención militar sin estado de emergencia, están las siguientes:

- 1) La autoridad competente para decidir que la capacidad operativa policial ha sido desbordada y por lo tanto es necesario recibir el apoyo de las Fuerzas Armadas.
- 2) Las situaciones habilitantes o causales.
- 3) El plazo mínimo y máximo del apoyo militar a la Policía.
- 4) Los mecanismos de control político y jurisdiccional.
- 5) Si las medidas a adoptar suponen restricciones en el ejercicio de determinados derechos fundamentales¹³⁸².

Sin embargo, el supremo intérprete de la Constitución no tiene en cuenta que estaban vigentes las regulaciones de la Ley 28222 y, por cierto,

1381 *Ibíd.*, Fundamentos 37-38.

1382 *Ibíd.*, Fundamento 39.

de la Ley 29166, además de otros cuerpos normativos, como la Ley 25397, «Ley de Control Parlamentario sobre los Actos Normativos del Presidente de la República», amén de la propia Constitución. Según se ha visto en los acápite anteriores, la legislación sí regulaba el procedimiento de solicitud y decisión de intervención de las Fuerzas Armadas, indicando las autoridades competentes. Asimismo, los plazos de tal intervención seguían estando disciplinados por la Ley 28222, la cual no había sido derogada ni modificada en este punto (plazo máximo de treinta días). El control político y jurisdiccional, así como el estatus de los derechos, se regían por las cláusulas constitucionales y, en lo que resultara aplicable, por la normativa análoga en materia de intervención de las Fuerzas Armadas bajo estado de excepción.

De cualquier modo, es de destacar que para el Tribunal Constitucional resulta necesario contar con un cuerpo normativo integral que regule de manera sistemática un conjunto de aspectos específicos cuya disciplina se hallaba contenida en leyes dispersas, de difícil conocimiento y poco claras en algunos aspectos. El Tribunal, por lo demás, se muestra preocupado por la posibilidad de que la ley permita un abanico demasiado amplio de supuestos de intervención militar sin declaración de estado de emergencia, comprendiendo desde «casos como el bloqueo de una carretera, el control de una huelga, hasta acciones contra el terrorismo o la delincuencia organizada», lo que podría llevar a la creación de «estados de excepción *de facto*» y a la eventual vulneración de los derechos fundamentales¹³⁸³. El Tribunal insiste en que debe evitarse la creación artificial de estados de excepción, para lo que las autoridades deben adoptar decisiones apegadas a los hechos y a la gravedad del caso¹³⁸⁴.

Se trata, pues, de conceptos importantes, ya que se dirigen a proscribir la muy nociva práctica de proclamar y mantener estados de excepción ficticios o no ajustados a las exigencias constitucionales y del DIDH, en particular, mediante la exclusión de los estados de emergencia *de facto*, con intervención de las instituciones castrenses en misiones de control del orden interno que pudieran conllevar el empleo de la violencia, incluyendo armas letales, contra la ciudadanía. Son, sin duda, valiosos avances de orden general en la jurisprudencia constitucional peruana.

Como quiera que fuere, la alta Corte de la constitucionalidad en el Perú llega a una conclusión tajante: la «regla general» es que, conforme al artículo 137.1 de la Carta de 1993, las Fuerzas Armadas «únicamente pueden actuar previa declaratoria de un estado de emergencia»¹³⁸⁵. No obstante, de inmediato el Tribunal Constitucional pasa a exponer una argumentación para permitir una regla excepcional que autorice la intervención de la corporación militar en tareas de control del orden interno en apoyo a la Policía

1383 *Ibíd.*, Fundamentos 40-41.

1384 *Ibíd.*, Fundamento 42.

1385 *Ibíd.*, Fundamento 45.

sin declaración de estado de emergencia. El Tribunal invoca para ello los artículos 8 y 44 de la Carta, con vistas a sostener que «en casos de especial gravedad y de forma restrictiva» la corporación militar puede brindar apoyo a la Policía sin que medie la instauración del estado de emergencia, «única y exclusivamente», en las siguientes situaciones:

- 1) Narcotráfico.
- 2) Terrorismo.
- 3) Protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, como son: puertos, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represas¹³⁸⁶.

Sorprende mucho la endeblez argumentativa del Tribunal Constitucional sobre punto de tanta importancia, ya que las cláusulas constitucionales invocadas no permiten llegar, según un razonamiento lógico, a la conclusión a la que pretende haber llegado el supremo intérprete de la Constitución. En efecto, el artículo 8 se refiere al deber del Estado de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, mientras que el artículo 44 prevé como uno de los deberes primordiales del Estado el defender la soberanía nacional y proteger a la población de amenazas contra su seguridad. No se entiende, en consecuencia, cómo así la alta Corte puede sostener que se sigue de ellos la facultad de intervención de las instituciones castrenses en el supuesto ahora bajo estudio.

De allí que tenga razón el magistrado Carlos Mesía Ramírez en su voto disidente, cuando afirma que la disposición legal impugnada —esto es, la segunda parte del primer párrafo del artículo 7 de la Ley 29166— «infringe directa y materialmente los artículos 137, 165 y 166 de la Constitución, toda vez que la intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno es excepcional, siempre que se declare una zona en estado de emergencia y así lo disponga el presidente de la República, supuestos que no concurren en la redacción del primer párrafo del artículo cuestionado...»¹³⁸⁷. Adicionalmente, Mesía Ramírez invoca en respaldo de su posición la jurisprudencia de la Corte IDH, de acuerdo con la cual los Estados deben limitar todo lo que sea posible el empleo de las Fuerzas Armadas para controlar «disturbios internos», habida cuenta que el entrenamiento militar apunta a «derrotar al enemigo», y no a la «protección y control de civiles», que es lo propio de la autoridad policial¹³⁸⁸.

1386 *Ibíd.*, Fundamentos 46 y 49.

1387 Véase «Voto singular del magistrado Mesía Ramírez», en Tribunal Constitucional (Perú), STC 00002-2008-AI (Caso de la Ley No 29166, sobre las reglas del empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas en el territorio nacional) (2009), *op. cit.*, Fundamento 8.

1388 *Ibíd.*, Fundamento 9, párrafo 1.

En fin, parece muy destacable que el voto en discordia del magistrado Mesía Ramírez asuma una concepción de amenaza existencial, basada en las exigencias del artículo 27 de la CADH, que es la prevaleciente en el DIDH. En efecto, el voto singular de Mesía Ramírez sostiene que debe concurrir «una situación excepcional de crisis o emergencia, que afecte a toda la población o a una parte de ella, y que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad», supuesto que, en opinión del magistrado, no se presenta «cuando una zona no es declarada en estado de emergencia»¹³⁸⁹.

Más allá de la controversia sobre la constitucionalidad del apoyo militar a la Policía para el control del orden interno sin declaración de estado de emergencia, es remarcable también que la STC 00002-2008-PI/TC, tras constatar la inexistencia de un marco normativo que desarrolle los estados de excepción contemplados en el artículo 137 de la Carta Fundamental y en el artículo 27 de la CADH, exhorte al Congreso de la República a aprobar tal legislación en el plazo de seis meses, el cual, sin embargo, se ha visto largamente incumplido. El Tribunal instó al Parlamento a adoptar una ley que tomara como base «los criterios establecidos en el presente fallo» e indicó que, en particular, la ley había de contener los siguientes elementos:

- 1) «Un desarrollo de los conceptos de perturbación de la paz, del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación para establecer los casos y situaciones que ameritan la declaratoria del estado de emergencia».
- 2) «El plazo de 60 días establecido en el artículo 137 de la Constitución y la naturaleza excepcional de esta medida».
- 3) «Los alcances y características de las limitaciones de los derechos fundamentales establecidos en el inciso 1) del artículo 137, tomando como base la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo dispuestos en el artículo 200 de la Constitución».
- 4) «El establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional y político (como la dación de cuentas al Congreso) así como las medidas para establecer veedurías y misiones de observación de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados sobre la materia»¹³⁹⁰.

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional peruano, antes que establecer en su propia sentencia criterios interpretativos más finos sobre diversos tópicos del régimen de excepción, prefirió invocar al Parlamento a cumplir con su función legislativa, en cuatro aspectos de primera im-

1389 *Ibíd.*, Fundamento 9, párrafo 2.

1390 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 00002-2008-AI (Caso de la Ley No 29166, sobre las reglas del empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas en el territorio nacional) (2009), *op. cit.*, Fundamento 31.

portancia, a saber, las causales, el plazo, el estatus de los derechos y sus limitaciones a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como los controles de naturaleza jurisdiccional y política. No hace falta insistir en que hasta el día de hoy la representación nacional no cumple con aprobar la ley reclamada por el órgano de control de la constitucionalidad en el país.

Más aún, en lo concerniente al punto específico de la intervención de la corporación militar en el control del orden interno en apoyo a la Policía Nacional sin declaración de estado de emergencia, el Tribunal Constitucional estimó que la cláusula impugnada debía quedar «redactada» de la siguiente manera: «...o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia para los casos de narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, en los términos establecidos en la ley, hará uso de la fuerza...»¹³⁹¹.

No obstante adoptar esta interpretación, el Tribunal sostuvo que el Congreso de la República debía «precisar el alcance de esta norma», para lo que había de expedir, en un plazo de seis meses, una ley que contemplara los siguientes elementos:

- 1) «Las situaciones referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden intervenir en apoyo de la Policía Nacional».
- 2) «Los elementos para determinar cuando la Policía Nacional se encuentra sobrepasada en sus atribuciones».
- 3) «La determinación de la autoridad competente para llamar a las Fuerzas Armadas en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia».
- 4) «El plazo, tanto mínimo como máximo, durante el cual las Fuerzas Armadas pueden apoyar a la Policía Nacional».
- 5) «Cuáles son los mecanismos de control político y jurisdiccionales aplicables a estas situaciones».
- 6) «Los mecanismos para asegurar la vigencia y respeto a los derechos fundamentales»¹³⁹².

1391 *Ibíd.*, Fundamento 51.

1392 *Ibíd.*, Fundamento 52. El voto en discordia del magistrado Fernando Calle Hayen hizo notar que el Tribunal Constitucional carece de potestades para «redactar» las disposiciones emitidas por el legislador, por lo que posteriormente, ante un requerimiento de aclaración presentado por el apoderado del Congreso de la República, el Tribunal puntualizó que había incurrido en un «error material» al considerar que el artículo atacado por la demanda debía quedar «redactado» en los términos señalado por los magistrados de la mayoría, precisando que la expresión correcta es «interpretado». Véase «Voto singular del magistrado Calle Hayen», en Tribunal Constitucional (Perú), STC 00002-2008-AI (Caso de la Ley No 29166,

Las exhortaciones del Tribunal Constitucional al legislador democrático dieron como resultado que, en virtud de la Ley 29548, autoritativa de legislación delegada al Poder Ejecutivo (*El Peruano*, 3 de julio de 2010), el Gobierno emitiera el ya mencionado Decreto Legislativo 1095. Lamentablemente, este cuerpo legal no sólo mantuvo la inconstitucionalidad en la que incurrió el Tribunal Constitucional, sino que amplió con sus regulaciones el ámbito de intervención de las Fuerzas Armadas sin que medie instauración del estado de emergencia. Ello dio lugar a un nuevo proceso de inconstitucionalidad, en el que el Tribunal validó los excesos del Decreto Legislativo 1095, como se expone en el siguiente apartado.

4.1.3. La sentencia sobre la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1095

Tomando como punto de apoyo la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad de la Ley 29166, el Decreto Legislativo 1095 estableció las hipótesis de intervención de las Fuerzas Armadas sin declaración de estado de emergencia. En tal sentido, acogió los supuestos normativos de narcotráfico, terrorismo y protección de instalaciones estratégicas para el país, contemplados en la sentencia mencionada, lo que, como ha sido expuesto, es contrario al orden constitucional. No obstante, el Decreto Legislativo 1095 fue todavía más allá, en la medida en que incluyó casos no señalados en la STC 00002-2008-PI/TC. Tales nuevos casos fueron, de un lado, el de los servicios públicos esenciales, y, de otro lado, de formulación aún más indeterminada, el de «los demás casos constitucionalmente justificados cuando la capacidad de la Policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera» [sic] (artículo 4.3).

Pues bien, en lo atinente al objeto de la presente investigación, la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Decreto Legislativo 1095 consolidó la interpretación realizada en el proceso que examinó la constitucionalidad de la Ley 29166. Así, el Tribunal sostuvo la legitimidad del apoyo de las Fuerzas Armadas a la Policía en el restablecimiento del orden interno en situaciones en las que no ha habido una proclamación de estado de emergencia. Según el Tribunal, en aquellos casos en que sea superada la capacidad de control del orden interno por la Policía Nacional, la corporación militar tiene reconocidas «funciones de policía para preservar la paz y la seguridad en situaciones de apremio, que no son consideradas de emergencia», pero que exigen una «respuesta rápida» de

sobre las reglas del empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas en el territorio nacional) (2009), *op. cit.*, Fundamento 3; Tribunal Constitucional (Perú), RTC 00002-2008-AI (Caso de la Ley No 29166, sobre las reglas del empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas en el territorio nacional) (Aclaración), del 17 de septiembre de 2009, Fundamento 5, párrafos 1-2.

la fuerza pública cuando la Policía se ve en la imposibilidad de cumplir su misión esencial¹³⁹³.

No obstante, este argumento no parece aceptable en la medida en que, si la Policía no puede controlar la crisis por sus propios medios, entonces las condiciones son aquellas que hacen perentorio instaurar el régimen de excepción. En efecto, precisamente en los casos en que la Policía se vea sobrepasada en su capacidad de respuesta es que corresponde la adopción de medidas extraordinarias, que exceden el marco de la normalidad constitucional.

De cualquier modo, el Tribunal ahora confirma lo sostenido antes acerca de la constitucionalidad de la intervención de las Fuerzas Armadas sin estado de excepción, en casos de narcotráfico, terrorismo e instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, invocando los mismos débiles fundamentos normativos que la precedente STC 00002-2008-PI/TC¹³⁹⁴. El Tribunal, empero, observó que el Decreto Legislativo 1095 había añadido el supuesto de servicios públicos esenciales y lo validó al asimilarlo a la hipótesis de afectación de instalaciones estratégicas para el país¹³⁹⁵. Con más énfasis aún, el Tribunal reparó en el exceso en el que incurre el artículo 4.3 del Decreto Legislativo bajo examen al referirse a «los demás casos constitucionalmente justificados». Sobre este punto, el supremo intérprete de la Constitución notó el «carácter abierto e impreciso» de la cláusula impugnada, el cual puede contravenir la naturaleza de «excepcionalidad y temporalidad» que debe regir la intervención militar sin declaración de estado de emergencia¹³⁹⁶. El Tribunal, empero, juzgó que en determinados casos el apoyo castrense a la Policía puede ser razonable, como puede ser en el supuesto de la minería ilegal, a fin de garantizar el respeto de ciertos bienes constitucionales¹³⁹⁷. Ello debe hacerse, sin embargo, siempre en armonía con el Derecho Internacional¹³⁹⁸.

El Tribunal reiteró que debe evitarse una aplicación «arbitraria e inconstitucional» de la disposición legal indeterminada, en situaciones tales como el bloqueo de una carretera, una huelga, la toma de un ente público, entre otras¹³⁹⁹. En consecuencia, el máximo intérprete de la constitucionalidad estimó necesario introducir una precisión normativa y resolvió que la expresión bajo examen —«los demás casos constitucionalmente justifi-

1393 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 00022-2011-PI/TC (Caso de la Ley 29548 y los Decretos Legislativos 1094 y 1095) (2015), del 8 de julio de 2015, Fundamento 389.

1394 *Ibíd.*, Fundamento 390.

1395 *Ibíd.*, Fundamento 391.

1396 *Ibíd.*, Fundamentos 389 y 392.

1397 *Ibíd.*, Fundamento 393.

1398 *Ibíd.*

1399 *Ibíd.*

cados»— no debía ser expulsada del ordenamiento por inconstitucional, sino que debía ser interpretada como comprensiva de «aquellos casos extremos en los que se ponga en peligro la vida, integridad, salud o seguridad de las personas, de toda o parte de una población»¹⁴⁰⁰, para lo que tomó como parámetro interpretativo el concepto de servicios esenciales en sentido estricto, en caso de huelga, conforme a lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁴⁰¹.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Constitucional estableció también algunos otros criterios interpretativos que son de capital importancia. En efecto, en cuanto al principio de transitoriedad del uso de la fuerza por las instituciones castrenses sin declaración de estado de emergencia, los magistrados de la alta Corte señalaron que, si bien el Decreto Legislativo 1095 no fija los plazos mínimo y máximo de dicha intervención militar, el plazo no puede exceder de los sesenta días que la Constitución prevé para el estado de emergencia, pues si se requiriera un término mayor entonces debería acudir al régimen de excepción¹⁴⁰². También acotó el Tribunal que los elementos a tener en cuenta para determinar cuándo la Policía es sobrepasada en su capacidad de respuesta deben ser fijados en la Resolución Suprema de autorización¹⁴⁰³. Por último, el Tribunal recordó que los procesos constitucionales de amparo y habeas corpus son los idóneos para el control de constitucionalidad sobre los actos restrictivos de derechos en las zonas no declaradas bajo estado de emergencia, en las que participa la milicia en tareas de control del orden interno en apoyo a la Policía¹⁴⁰⁴.

4.2. El Tribunal Constitucional, los procesos de tutela de derechos fundamentales y el estado de emergencia

En relación al régimen de excepción, la labor del Tribunal Constitucional en el ámbito de los procesos de tutela directa de los derechos fundamentales ha sido escasa y desigual durante la vigencia de la Carta de 1993. Son pocos los casos de los que se tiene conocimiento a través de los estudios especializados o de la relevancia pública del conflicto que diera lugar al inicio del proceso y a la emisión de la correspondiente sentencia. Sin ánimo de exhaustividad, sino atendiendo más bien a su valor cualitativo, se comentará aquí las decisiones más trascendentes a las que se ha tenido acceso al realizar la presente investigación.

1400 *Ibíd.*, Fundamento 394.

1401 *Ibíd.*

1402 *Ibíd.*, Fundamento 396.

1403 *Ibíd.*

1404 *Ibíd.*, Fundamento 397.

Destaca al comienzo, estando todavía el Tribunal Constitucional «en cautiverio», según la afortunada expresión acuñada por el profesor César Landa¹⁴⁰⁵, un fallo expedido en un proceso de habeas corpus en el que el Tribunal Constitucional muestra todavía un entendimiento formalista e inadecuado de las instituciones de la excepción constitucional. Luego, con el Tribunal recompuesto tras la reincorporación de los magistrados que habían sido defenestrados de manera arbitraria por el Parlamento del Fujimorato, es rescatable una sentencia que sugiere una equiparación del Gobierno *de facto* de 1992 con un estado de emergencia de hecho.

Más adelante, surgen decisiones con un análisis jurisprudencial más fino, a propósito del derecho a la libertad de circulación en el territorio nacional, en las que el supremo intérprete de la Constitución examina la cuestión del alcance de la suspensión/restricción de los derechos fundamentales durante el estado de emergencia. Por último, en fechas más recientes, una sentencia de habeas data y una sentencia interlocutoria del Tribunal muestran avances parciales y limitados en el primer caso, y, en el segundo, una comprensión francamente errada de la problemática actual relativa al desmesurado y arbitrario empleo de la Constitución de emergencia para reprimir la conflictividad social o la protesta popular frente a eventuales excesos de grandes industrias extractivas, como lo son ciertas empresas mineras.

En primer lugar, merece comentario la sentencia recaída en el caso Núñez Núñez, proveniente de Ucayali. Se trata de un habeas corpus en el que se alega detención arbitraria por la Policía de una persona a la que se involucraba en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas. El ciudadano Jhon Núñez fue detenido, empero, sin que mediara orden judicial ni flagrante delito. No sin causar asombro, en una sentencia emitida en abril de 1998, el Tribunal Constitucional rechazó por «improcedente» la demanda, arguyendo que había sido prorrogado el estado de emergencia en la localidad de Coronel Portillo, en la que se produjeron los hechos, y que estaba suspendido el ejercicio de los derechos fundamentales previstos en el artículo 137.1 de la Carta en vigor.

El fallo, muy deficiente, fue suscrito por lo cuatro magistrados que en ese entonces integraban el Tribunal intervenido políticamente (Acosta Sánchez, Nugent López Chávez, Díaz Valverde y García Marcelo). La sentencia invocó de manera errónea el artículo 29 de la Ley 25398, que había modificado a la Ley 23506, «Ley de Habeas Corpus y Amparo». Y es que el artículo

1405 César Landa distingue un período del Tribunal Constitucional «en cautiverio» y otro «en libertad», para diferenciar la etapa en la que estuvo bajo control político del régimen fujimorista, de aquella otra fase en la que la alta Corte de la constitucionalidad pudo funcionar sin ataduras políticas ni institucionales, con la transición democrática que siguió a la caída del régimen corrupto de Alberto Fujimori. Véase César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*, op. cit., pp. 260 y 285.

29, literal «b» de la citada ley más bien estipulaba que los jueces debían tramitar los procesos de habeas corpus y amparo inclusive si, refiriéndose a derechos bajo régimen de suspensión, tales derechos no tenían «relación directa» con la conducta del agraviado o afectado. Así, pues, el Tribunal se equivocó al afirmar simplemente que, según la ley, «no proceden las acciones de garantía cuando éstas se interponen en defensa de derechos constitucionales que han sido suspendidos»¹⁴⁰⁶.

Es de lamentar que, en fecha tan avanzada como abril de 1998, el más alto órgano jurisdiccional encargado de velar por el respeto de los derechos fundamentales y por el cumplimiento de la Constitución yerre de manera tan gruesa, al no identificar los principios que subyacen a la nueva regulación introducida por el artículo 29 de la Ley 25398, en cuya virtud parece clara la exigibilidad de los criterios de necesidad y razonabilidad, además por cierto de relación con la causa del estado de excepción. La decisión evidencia, por lo demás, una comprensión estrecha, formalista y autoritaria, de la Constitución de emergencia, conforme a la cual no es posible la tutela de los derechos fundamentales en sede jurisdiccional durante el estado de emergencia. No debe perderse de vista, en fin, que la Constitución de 1993, como se ha expuesto antes, introdujo el contralor jurisdiccional parcial para la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de los actos restrictivos durante el régimen de excepción.

Más adelante, en agosto de 2002, el Pleno del Tribunal Constitucional resuelve una acción de amparo presentada por un fiscal que había sido destituido de su cargo tras el golpe de Estado que perpetró el presidente de la República Alberto Fujimori el 5 de abril de 1992. El fiscal alegaba la violación de su derecho de defensa y reclamaba ser restituido en el puesto, lo que finalmente le concedió el fallo del Tribunal. Lo interesante de la sentencia es que el supremo intérprete de la Constitución considera que el Decreto Ley 25418, denominado «Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional», que pretendía legitimar el golpe de Estado, en realidad estableció *de facto* «un régimen jurídico sustentado en un supuesto estado de emergencia»¹⁴⁰⁷.

Todavía más, aun reconociendo que no era directamente aplicable al litigio bajo análisis, el Tribunal «en libertad» invoca la Opinión Consultiva 8 de la Corte IDH, varias veces citada aquí, para recalcar que la suspensión de garantías permite restricciones a los derechos normalmente prohibidas o sujetas a exigencias más rigurosas, lo que no acarrea, sin embargo, «suspensión temporal del Estado de Derecho» ni cancelación de la legalidad, ya que en tales condiciones siguen existiendo límites legales y el Gobierno

1406 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 00671-1997-HC (caso Núñez Núñez), del 23 de abril de 1998, Fundamento 4.

1407 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 01383-2001-AA (caso Rabines Quiñones), del 15 de agosto de 2002, Fundamento 1.

no ha sido investido con «poderes absolutos»¹⁴⁰⁸. En tal sentido, el Tribunal Constitucional asevera que, en ningún supuesto, ni siquiera bajo régimen de excepción o suspensión de garantías, tampoco bajo Gobierno *de facto* o que pretendiese poderes extraordinarios por una supuesta emergencia, es posible despojar a las personas de la protección que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos les otorgan mediante procesos jurisdiccionales de urgencia, tales como el habeas corpus y el amparo¹⁴⁰⁹.

Del año 2005 son remarcables dos decisiones de la alta Corte de la constitucionalidad en el Perú, relativas a casos de habeas corpus por alegada vulneración del derecho fundamental a la libertad de circulación por el territorio nacional. Ambos procesos, en los que se discutía la legitimidad constitucional de la colocación de rejas en vías públicas con las consiguientes restricciones a la libertad de locomoción, culminaron con sentencias que declararon fundadas las demandas en los extremos referidos a las limitaciones sobre la facultad de las personas a transitar con libertad, limitaciones que fueron estimadas contrarias a la Constitución por carecer de razonabilidad y proporcionalidad¹⁴¹⁰.

Al respecto, debe ser puesto de relieve el análisis que el Tribunal Constitucional realiza sobre la existencia de límites al ejercicio del derecho de locomoción conforme a la Carta Fundamental, los cuales clasifica en «explícitos» e «implícitos». Los primeros, además, pueden ser divididos en «ordinarios», como los previstos en el artículo 2, numeral 11 para la situación de normalidad constitucional, y «extraordinarios», tales como los contemplados en el artículo 137, incisos 1 y 2 para las modalidades de régimen de excepción¹⁴¹¹.

Es significativo que el Tribunal Constitucional sostenga que los estados de emergencia y de sitio están asociados a «causas de extrema necesidad o grave alteración en la vida del Estado»¹⁴¹², lo que parece aludir a un alto umbral de severidad para la declaración del régimen excepcional, en consonancia con los estándares del DIDH. Adicionalmente, y de no menor importancia, el Tribunal afirma que en tales circunstancias cabe «limitar en

1408 *Ibíd.*, Fundamento 6.

1409 *Ibíd.*, Fundamento 7.

1410 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 03482-2005-HC (caso Brain Delgado), del 27 de junio de 2005; Tribunal Constitucional (Perú), STC 05994-2005-HC (caso Centro de Orientación Familiar) (2005), del 29 de agosto de 2005.

1411 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 03482-2005-HC (caso Brain Delgado), *op. cit.*, Fundamentos 6-7; Tribunal Constitucional (Perú), STC 05994-2005-HC (caso Centro de Orientación Familiar) (2005), *op. cit.*, Fundamentos 7-8.

1412 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 03482-2005-HC (caso Brain Delgado), *op. cit.*, Fundamento 11; Tribunal Constitucional (Perú), STC 05994-2005-HC (caso Centro de Orientación Familiar) (2005), *op. cit.*, Fundamento 12.

cierta medida» el ejercicio de los derechos derogables durante tiempos de anormalidad constitucional, entre ellos, la libertad de locomoción. En tal sentido, el máximo órgano jurisdiccional en materia de constitucionalidad concluye expresando una concepción democrática y garantista sobre el estatus de los derechos fundamentales bajo estado de emergencia, de especial valor conceptual:

En dicho contexto, lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para cuyo efecto ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad¹⁴¹³.

Como se puede observar, se trata de un análisis más fino que no considera que el derecho sometido a suspensión queda suprimido, sino que sólo es objeto de limitaciones o restricciones extraordinarias. Éstas sólo pueden ser, por lo demás, las «estrictamente indispensables» para la restauración a plenitud del Estado constitucional de Derecho alterado por la emergencia. En fin, el medio para controlar que el gobierno de crisis no desborde estos parámetros de orden constitucional es el recurso a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales, como se sabe, son distintivos del modelo de contralor jurisdiccional parcial o total sobre el estado de excepción.

Dos últimos casos dignos de mención en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre procesos de tutela directa de derechos fundamentales, siempre en relación con los regímenes excepcionales, son el habeas data planteado por Francisco Casas Chardon y el habeas corpus presentado por Juan Carlos Ruiz Molleda a favor de Luciano Ataucuri Chávez y otros. En cuanto al primer proceso, el solicitante requirió al Ministerio de Defensa que le brindara información sobre diversos aspectos relacionados con el estado de emergencia declarado a nivel nacional durante el mandato del presidente Alejandro Toledo, en mayo de 2003¹⁴¹⁴. El señor Casas Chardon pidió se le informe sobre los siguientes puntos:

- » 1. Cuáles fueron los hechos específicos, en cada Región, por los que se decretó el estado de emergencia el 27 de mayo de 2003, mediante Decreto Supremo No 055-2003-PCM.
- » 2. Qué acciones militares se han realizado en los departamentos que el día de la presentación de la solicitud de información ante la entidad

1413 *Ibíd.*

1414 Véase Defensoría del Pueblo, «Restricción de Derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia» (Informe Defensorial No 76), *op. cit.*, pp. 11-12.

demandada no se encontraban en estado de emergencia, según la Resolución Suprema No 181-2003-DE y el Decreto Supremo No 062-2003-PCM.

» 3. La cantidad de efectivos de las Fuerzas Armadas que fueron desplegados en cada Región, durante la vigencia del estado de emergencia.

» 4. Las partidas del presupuesto de defensa de donde salieron los fondos destinados para realizar las operaciones militares llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas durante el estado de emergencia¹⁴¹⁵.

El Tribunal Constitucional parte por ratificar su primigenia jurisprudencia establecida en la STC 0017-2003-PI, en el sentido que deben ser cumplidas dos condiciones para que los estados de excepción alcancen legitimidad constitucional, a saber, «severo peligro» y «carácter temporal»¹⁴¹⁶. De esta manera, la alta Corte recalca la necesidad de que en cada caso concreto se traspase el umbral de gravedad y se respete el principio de transitoriedad, que son característicos del gobierno de crisis.

Sin embargo, la decisión del Tribunal Constitucional es también importante debido a la tesis que adopta acerca de la fundamentación que debe contener el Decreto Supremo que instaura el estado de emergencia. Y es que el Tribunal, con criterio bastante discutible, opta por interpretar que no es necesario que en el Decreto Supremo declaratorio de la emergencia «se precisen detalladamente los actos que condujeron a su establecimiento», pese a lo cual, asevera, «existe un legítimo interés de la ciudadanía por conocerlos», en particular, en la medida en que se trata de una decisión que conlleva restricciones de derechos fundamentales¹⁴¹⁷. En consecuencia, el Tribunal valida la solicitud de información presentada no en el momento de los hechos sino con posterioridad a ellos, y resuelve que la demanda es fundada en este extremo, por lo que el Ministerio de Defensa debe entregar la información solicitada acerca del punto bajo examen.

Es más, el Tribunal señala de manera precisa que es legítimo el interés ciudadano de conocer si concurrieron «motivos suficientes» para la instauración del estado de emergencia, en particular uno de alcance a todo el país, o si más bien se trató de una «medida desproporcionada», que bajo el pretexto de la existencia de «un clima de inestabilidad y alteración del orden público» en ciertas zonas del territorio, extendió de manera indebida el régimen excepcional a lugares donde ello no se justificaba, ya que la perturbación del orden interno no era de gravedad suficiente¹⁴¹⁸. Pareciera entonces que el Tribunal asume que la discusión se sitúa no tanto en si se

1415 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 01805-2007-HD (caso Casas Chardon), del 31 de agosto de 2009, pp. 1 y 4.

1416 *Ibíd.*, Fundamento 3.

1417 *Ibíd.*, Fundamentos 4 y 6.

1418 *Ibíd.*, Fundamento 5.

verificaba el supuesto habilitante o causal de la emergencia a nivel local, cuanto en su verdadero alcance nacional.

De otro lado, el máximo órgano jurisdiccional sobre asuntos constitucionales señala que la interpretación del artículo 137 debe ser «restric-tiva» y que el derecho de acceso a la información pública «no es pasible de restricción alguna en el marco de un régimen de excepción», aunque sí caben excepciones válidas al mismo, una de las cuales se configura precisamente en aquellos casos en los que difundir alguna información pudiera acarrear «un riesgo inminente de alteración grave del orden público»¹⁴¹⁹. En tal sentido, el Tribunal considera legítimo que el Ministerio de Defensa haya calificado de «secreta» y «reservada» la información que el demandante incluye en los puntos 2 y 3 de su petitorio, ya que podrían afectar «la estrategia del Estado para restablecer la paz interna», al alertar a los grupos que perturban el «normal desarrollo» de las actividades de la colectividad¹⁴²⁰. No obstante, el Tribunal apunta que la misma Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, al cabo de un tiempo (cinco años), permite desclasificar la información «secreta», si la autoridad administrativa competente estima que su divulgación «no pone en riesgo la seguridad de las personas, la integridad territorial y/o [la] subsistencia del sistema democrático»¹⁴²¹.

En definitiva, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de habeas data y ordenó al Ministerio de Defensa que entregara la información solicitada en los puntos 1 y 4 del petitorio, declarando la improcedencia respecto de los puntos 2 y 3.

La última decisión del Tribunal Constitucional que será comentada aquí es la breve «sentencia interlocutoria denegatoria» emitida en el caso Ataucuri Chávez, un proceso de habeas corpus iniciado en relación al estado de emergencia declarado en el así llamado «Corredor Vial Apurímac-Cusco-Arequipa». El caso está vinculado con un importante conflicto social producido en torno a las actividades extractivas de una empresa minera en la sierra sur del Perú, conflicto frente al cual el Estado peruano optó por recurrir al régimen de excepción sin que hubiera causa justificante¹⁴²². Llama la atención por ello que el Tribunal se haya valido de la discutible institución de la «sentencia interlocutoria denegatoria» (sic) para un rechazo liminar del recurso de agravio constitucional interpuesto, aduciendo que

1419 *Ibíd.*, Fundamentos 8-10.

1420 *Ibíd.*, Fundamento 17.

1421 *Ibíd.*, Fundamento 18.

1422 Véase Abraham Siles y Marco Rodríguez, «Evaluación del Estado de Emergencia Constitucional en el “Corredor Minero del Sur”: Breve Estudio de Caso», *op. cit.*, pp. 239-254. Véase también José Saldaña Cuba y Jorge Portocarrero Salcedo, «La Violencia de las Leyes: el Uso de la Fuerza y la Criminalización de Protestas Socioambientales en el Perú», *op. cit.*, p. 334.

éste «no está referido a una cuestión de Derecho de especial trascendencia constitucional»¹⁴²³. Se trata, como se sabe, del supuesto de improcedencia más subjetivo y polémico de los cuatro establecidos por el Tribunal en el precedente fijado en la STC 00987-2014-PA (caso Vásquez Romero)¹⁴²⁴. En efecto, en el mencionado precedente el Tribunal señaló, de manera tautológica y simplista, que «existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia», o también «cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental»¹⁴²⁵.

En el caso Ataucuri Chávez, empero, pese a que, al momento de ser revisado por el Tribunal, los efectos del DS 037-2018-PCM (*El Peruano*, 11 de abril de 2018), que prorrogó el estado de emergencia por 60 días en el «Corredor Minero del Sur», habían cesado por vencimiento del plazo, lo cierto es que la alta Corte tenía la oportunidad de pronunciarse sobre varios asuntos de primera importancia relacionados a la Constitución de emergencia, los cuales habían sido planteados mediante el recurso impugnatorio y también mediante la demanda y el proceso todo. Entre tales cuestiones se hallaba, según indica la propia sentencia del Tribunal, si la prórroga del estado de emergencia era arbitraria, al carecer de fundamento, pues según las alegaciones de los recurrentes, «no existen graves circunstancias de anormalidad que afronte la comunidad y tampoco existe situación que perturbe el orden interno, el funcionamiento normal de los servicios del Estado ni las garantías de los derechos fundamentales»¹⁴²⁶. Asimismo, el Tribunal desaprovechó la ocasión que el caso ofrecía para examinar la vulneración del principio de temporalidad de los estados de excepción mediante la nefasta práctica de las renovaciones sucesivas del estado de emergencia.

En suma, el Tribunal hizo mal en refugiarse en el criterio formal de la «sustracción de la materia», renunciando así a acudir a la modalidad conocida como «habeas corpus innovativo», la cual le permite emitir sentencia

1423 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 02275-2018-HC (caso Ataucuri Chávez), del 16 de julio de 2018, Fundamento 2.

1424 Véase Arsenio Oré Guardia, «¿Es la Sentencia Interlocutoria Denegatoria Compatible con la Constitución?», en Edgar Carpio Marcos *et al.*, *El Hábeas Corpus en la Actualidad. Posibilidades y Límites* (Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2018), p. 551; César Landa Arroyo, «*Corsi e Ricorsi* del *Certiorari* Constitucional», en ed. Pedro Grández Castro, *El Debate en Torno a los Límites al Recurso de Agravio Constitucional* (Lima: Palestra Editores, 2014), pp. 65-66; Luis Castillo Córdova, «Acerca de la Constitucionalidad Material de las Causales que Habilitan el Rechazo sin más Trámite del Recurso de Agravio Constitucional», en ed. Pedro Grández Castro, *El Debate en Torno a los Límites al Recurso de Agravio Constitucional*, *op. cit.*, pp. 82-85.

1425 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 00987-2014-AA (caso Vásquez Romero), del 6 de agosto de 2014, Fundamento 50.

1426 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 02275-2018-HC (caso Ataucuri Chávez), *op. cit.*, Fundamento 5.

aun cuando la vulneración o amenaza hayan desaparecido, a fin de establecer pautas que eviten la repetición de las situaciones de afectación de los derechos fundamentales¹⁴²⁷. La escueta e insuficiente argumentación del Tribunal se redujo a lo siguiente:

del contenido del citado decreto supremo se advierte que sus efectos han cesado y, teniendo en cuenta que en autos no obra documentación que acredite su prórroga, el recurso de agravio interpuesto no está referido a una cuestión de Derecho de especial trascendencia constitucional, toda vez que se ha producido la sustracción de la materia¹⁴²⁸.

Fue, pues, una decisión decepcionante, sobre todo considerando que, como se sostiene en esta investigación, las nuevas formas de empleo de la Constitución de emergencia transitan en la actualidad hacia la represión de la protesta popular o el acallamiento de formas de manifestación ciudadana contra eventuales abusos de industrias extractivas¹⁴²⁹ (véase el acápite 7.3, *infra*).

5. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE ESTADO DE EMERGENCIA EN LOS CASOS PERUANOS

La Corte IDH ha elaborado un interesante cuerpo jurisprudencial sobre el contenido y alcance de los estados excepcionales o suspensión de garantías, al resolver diversos casos entablados contra el Estado peruano. Ciertamente, no se trata de un conjunto doctrinal completo y homogéneo, de manera que, junto a desarrollos de indudable valor conceptual y práctico, que contribuyen a la mejor protección de los derechos humanos en el país y en el hemisferio, se observa algunas deficiencias u omisiones significativas. Entre estas últimas, quizá la mayor de todas sea la relativa a la determinación de las causales que habilitan la proclamación del estado de emergencia.

De otro lado, se aprecia también una evolución en los criterios interpretativos empleados por la Corte de San José, así como en la atención

1427 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 02663-2003-HC (Caso Aponte Chuquihuanca) (2004), del 23 de marzo de 2004, Fundamento 6. También Samuel Abad Yupanqui, *Derecho Procesal Constitucional*, *op. cit.*, p. 122; César Landa, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 116-117.

1428 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 02275-2018-HC (caso Ataucuri Chávez), *op. cit.*, Fundamento 6.

1429 Véase Abraham Siles y Marco Rodríguez, «Evaluación del Estado de Emergencia Constitucional en el “Corredor Minero del Sur”: Breve Estudio de Caso», *op. cit.*, p. 240; José Saldaña Cuba y Jorge Portocarrero Salcedo, «La Violencia de las Leyes: el Uso de la Fuerza y la Criminalización de Protestas Socioambientales en el Perú», *op. cit.*, pp. 334 y 341-342.

brindada a ciertas cuestiones específicas dentro del amplio ámbito material comprendido por el régimen de suspensión de garantías previsto en el artículo 27 de la CADH. En particular, como será expuesto en los siguientes acápites, es de notar que el máximo órgano jurisdiccional de derechos humanos en la región, sobre la base de análisis cada vez más refinados y precisos, determina el alcance sólo parcial de la suspensión de derechos tales como el derecho a la libertad personal, lo mismo que, correlativamente, el carácter inderogable de algunos aspectos de tales derechos.

De este modo, la jurisprudencia de la Corte IDH viene a complementar y precisar determinados aspectos del régimen jurídico que rige los estados de emergencia constitucional en el Perú. Si bien quedan aún áreas no abordadas o indefinidas (por ejemplo, las causales, o también derechos distintos de libertad personal, integridad personal, vida o debido proceso), lo cierto es que las sentencias del Tribunal de San José son un valioso instrumento que contribuye a la interpretación constitucional de los regímenes de excepción en el Perú.

A lo largo de casi tres décadas, desde que en enero de 1991 empezó el examen de casos contenciosos entablados contra el Estado peruano (asunto Bustíos Rojas), hasta marzo de 2019, en que se registró la última sentencia para efectos de la presente investigación (caso ANCEJUB-SUNAT), la Corte IDH ha adoptado decisiones sobre el fondo en 18 procesos seguidos contra el Perú, en los que de una u otra manera se invoca o examina la cuestión de los estados de emergencia, a la luz de los principios y reglas estatuidos en el artículo 27 del Pacto de San José. Es de destacar que todos los casos se refieren a hechos ocurridos en el marco de la guerra interna que afligió al país durante las dos décadas finales del siglo XX. El siguiente cuadro 10 muestra tales casos, los cuales pueden ser clasificados en tres etapas, signadas por cambios relevantes en la línea jurisprudencial: 1) primera etapa (enero de 1995-agosto de 2000); 2) segunda etapa (agosto de 2000-julio de 2007); 3) tercera etapa (julio de 2007-octubre de 2016).

Cuadro 10
Casos peruanos resueltos por la Corte IDH, en los que se invoca la declaración de estado de emergencia (diciembre de 1991-marzo de 2019)

	Casos	Fecha de la sentencia de fondo
1	Neira Alegría y otros	19/01/1995
2	Loayza Tamayo	17/09/1997
3	Castillo Páez	03/11/1997
4	Castillo Petruzzi y otros	30/05/1999
5	Durand y Ugarte	16/08/2000

6	Cantoral Benavides	18/08/2000
7	Hermanos Gómez Paquiyauri	08/07/2004
8	La Cantuta	29/11/2006
9	Cantoral Huamaní y García Santa Cruz	10/07/2007
10	Osorio Rivera y familiares	26/11/2013
11	Caso J.	27/11/2013
12	Tarazona Arrieta y otros	15/10/2014
13	Espinoza Gonzáles	20/11/2014
14	Cruz Sánchez y otros	17/04/2015
15	Comunidad Campesina de Santa Bárbara	01/09/2015
16	Galindo Cárdenas y otros	02/10/2015
17	Tenorio Roca y otros	22/06/2016
18	Pollo Rivera y otros	21/10/2016

Fuente: elaborado con base en datos de la jurisprudencia de la Corte IDH publicada en el sitio web de la Corte (<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>)

5.1. Primera etapa: enero de 1995-agosto de 2000

Entre los años 1995 y 2000, la Corte IDH resolvió seis casos contenciosos peruanos en los que abordó ciertos aspectos de los regímenes de excepción. El primero de todos fue el caso «Neira Alegría y otros vs. Perú», el cual tiene una trascendencia especial por referirse a uno de los episodios más trágicos del conflicto armado interno sufrido por la patria desde 1980 hasta el 2000, a saber, la sangrienta debelación de los motines en tres cárceles de Lima y Callao, ocurrida los días 18 y 19 de junio de 1986. En efecto, la sentencia de la Corte IDH se pronuncia sobre la desaparición de tres personas que se hallaban recluidas en el establecimiento penal San Juan Bautista, conocido como «El Frontón», en calidad de procesados como presuntos autores del delito de terrorismo. Sobre la masacre de El Frontón ya se ha comentado aquí la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Constitucionales en el caso Durán Ugarte, que desestimó el habeas corpus interpuesto en beneficio de dos reclusos que se hallaban en la misma situación que los señores Víctor Neira Alegría y Edgar y William Zenteno Escobar.

Como quiera que fuere, en el caso «Neira Alegría y otros», la Corte IDH concluyó que las tres víctimas «perecieron por efecto de la debelación del motín en manos de las fuerzas del Gobierno y como consecuencia del uso desproporcionado de la fuerza»¹⁴³⁰. Para la Corte, se trató de una privación

¹⁴³⁰ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, sentencia de 19 de enero de 1995, párrafo 72.

arbitraria de la vida, en violación del artículo 4.1 de la CADH¹⁴³¹. Aunque no vinculó de manera expresa el uso excesivo de la fuerza letal con el estado de emergencia vigente durante los sucesos, el máximo órgano de la jurisdicción regional de derechos humanos sostuvo que la «alta peligrosidad» de los internos y el hecho de que contaran con armas no justificaban el «volumen de la fuerza» empleada contra los amotinados, que acarreó la demolición del Pabellón Azul, como tampoco la posterior negligencia en buscar sobrevivientes y recuperar los restos de los fallecidos¹⁴³².

Adicionalmente, el Tribunal de San José abordó la cuestión de los dos habeas corpus interpuestos en defensa de los detenidos en El Frontón, los cuales se tornaron ineficaces en la práctica, a causa del estado de emergencia declarado mediante DS 012-IN y de la condición de «zona militar restringida» que se estableció sobre los tres penales amotinados, entre ellos, el penal San Juan Bautista, mediante el DS 006-86-JUS. La Corte argumentó que «si bien dichos decretos no suspendieron de manera expresa la acción o recurso de hábeas corpus que regula el artículo 7.6 de la Convención, de hecho, el cumplimiento que se dio a ambos decretos produjo la ineficacia del citado instrumento tutelar, y por tanto, su suspensión en perjuicio de las presuntas víctimas»¹⁴³³.

Es importante destacar que la Corte IDH invocó su doctrina estatuida en las Opiniones Consultivas 8 y 9, en virtud de la cual se entiende, de un lado, que el habeas corpus es inderogable incluso en situaciones de emergencia y cumple una función «esencial» como medio para controlar el respeto por la vida e integridad de la persona, así como para evitar su desaparición o la indeterminación del lugar de su detención y para protegerla frente a la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, y, de otro lado, que la prohibición de la suspensión de garantías también alcanza a los principios del debido proceso legal previstos en el artículo 8 de la CADH¹⁴³⁴. La Corte estimó que tales «criterios interpretativos» resultaban aplicables al caso, en vista de que «el control y jurisdicción de las Fuerzas Armadas sobre el Penal San Juan Bautista se tradujeron en una suspensión implícita de la acción de hábeas corpus, en virtud de la aplicación de los Decretos Supremos que declararon la emergencia y la Zona Militar Restringida»¹⁴³⁵.

En consecuencia, la Corte declaró no sólo que el Perú violó el derecho a la vida de las víctimas (artículo 4.1), sino también el derecho de habeas corpus previsto en el artículo 7.6 en conexión con el artículo 27.2 de la CADH, por lo que el Estado peruano debía pagar a los familiares de las

1431 *Ibíd.*, párrafo 76.

1432 *Ibíd.*, párrafo 74.

1433 *Ibíd.*, párrafo 77.

1434 *Ibíd.*, párrafos 82-83.

1435 *Ibíd.*, párrafo 84.

víctimas una «justa indemnización compensatoria»¹⁴³⁶. Siendo el primer caso resuelto en el período bajo estudio, es significativo que la parte resolutive de la sentencia haya mencionado de modo explícito la violación del artículo 27.2 del Pacto de San José, lo que no se repetirá en ninguno de los procesos restantes.

El siguiente caso en ser resuelto por la Corte IDH es el de la señora María Elena Loayza Tamayo, profesora universitaria que fue detenida por la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) de la Policía, el 6 de febrero de 1993, en la ciudad de Lima, al ser sindicada como colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso por la señora Angélica Torres García, quien se acogió a la Ley de Arrepentimiento¹⁴³⁷. En primer término, el Tribunal examinó si existió detención ilegal y anunció para ello que consideraría si el estado de emergencia y de suspensión de garantías establecido en el departamento de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao desde el 22 de enero de 1993 era relevante para el caso¹⁴³⁸.

No obstante, tras comprobar que no había contención acerca del arresto ni de la situación de incomunicación de la agraviada entre el 6 y el 15 de febrero de 1993, centró su análisis en el punto relativo a la protección judicial mediante el habeas corpus¹⁴³⁹. La Corte reiteró su doctrina sobre la inderogabilidad de las «garantías judiciales indispensables», tales como los procedimientos de habeas corpus y amparo, para la protección de derechos no susceptibles de suspensión y para la preservación de la legalidad en una sociedad democrática¹⁴⁴⁰. La Corte comprobó, empero, que la señora Loayza Tamayo, de acuerdo con el DL 25659, regulatorio del delito de traición a la patria, «no tenía derecho a interponer acción de garantía alguna para salvaguardar su libertad personal o cuestionar la legalidad de su detención (supra, párr. 46. c), independientemente de la existencia o no del estado de suspensión de garantías»¹⁴⁴¹. Asimismo, el alto tribunal estableció que mientras duró su incomunicación y en el proceso posterior «no pudo ejercitar las acciones de garantía que, de acuerdo con el criterio de esta misma Corte, no pueden ser suspendidas»¹⁴⁴².

Por último, el máximo órgano de la jurisdicción de derechos humanos en la región falló que, si bien no podía considerar probada la alegación de haber sufrido la presunta víctima violación sexual, la concurrencia de «ele-

1436 *Ibíd.*, puntos resolutivos 1-3.

1437 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párrafo 3.a.

1438 *Ibíd.*, párrafo 49.

1439 *Ibíd.*, párrafos 49-50.

1440 *Ibíd.*, párrafo 50.

1441 *Ibíd.*, párrafo 52.

1442 *Ibíd.*, párrafo 53.

mentos graves y convergentes», no desvirtuados por el Estado, le permitían presumir válidamente que existía una «práctica de tratos crueles, inhumanos y degradantes» que enmarcaba el caso, lo que transgredía el artículo 5 de la CADH¹⁴⁴³. En particular, los actos agraviantes consistieron en la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con traje infamante ante los medios de comunicación, el aislamiento en celda de dimensiones reducidas, carente de ventilación y luz natural, los golpes y otros maltratos, y las restricciones al régimen de visitas¹⁴⁴⁴.

El tercer caso, «Castillo Páez vs. Perú», es de interés para esta investigación de manera indirecta, ya que en él la Corte IDH hace alusión al estado de emergencia como una de las posibles razones que podrían haber justificado eventualmente el arresto de la víctima. Los hechos ocurrieron el 21 de octubre de 1990, cuando el joven estudiante universitario Ernesto Castillo Páez fue arrestado en la ciudad de Lima por agentes policiales, quienes lo golpearon, esposaron e introdujeron en la maletera de un automóvil oficial y partieron con rumbo desconocido¹⁴⁴⁵. La Corte encontró que el Estado violó en perjuicio de la víctima los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales, por lo que correspondía que pague una indemnización a favor de los familiares de Ernesto Castillo Páez¹⁴⁴⁶.

En relación a la cuestión específica de la privación de la libertad, el tribunal de San José sostuvo que «no se demostró y tampoco se alegó por el Estado, que la aprehensión del señor Castillo Páez se hubiese producido al haber sido sorprendido *in fraganti* en la comisión de un delito o que estuviese vigente en ese momento un estado de emergencia, circunstancias que hubiesen podido justificar la detención de la víctima por agentes policiales, sin intervención judicial»¹⁴⁴⁷. Lamentablemente, la Corte no hace mayores precisiones, pero sería equivocado pensar que para ella bastaría la mera instauración del régimen excepcional para admitir cualquier arresto policial, aunque no mediara orden judicial o no se tratase de un caso de flagrancia, supuestos previstos en la Constitución peruana para la privación de la libertad personal bajo condiciones de normalidad constitucional. Sin embargo, sólo más adelante la jurisprudencia de la Corte aclararía el punto, como será explicado en los siguientes acápite.

Otro aspecto relevante del caso Castillo Páez es que la ineficacia del recurso de habeas corpus, la cual volvió a comprobarse en el proceso

1443 *Ibíd.*, párrafo 58.

1444 *Ibíd.*

1445 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia del 3 de noviembre de 1997, párrafo 43.a-e.

1446 *Ibíd.*, puntos resolutivos 1-5.

1447 *Ibíd.*, párrafo 56.

seguido ante la jurisdicción supranacional de derechos humanos, tuvo como una de sus causas el que los agentes policiales adulteraran el registro de ingreso de detenidos, a fin de obstaculizar la indagación realizada por la jueza Elba Minaya en virtud del referido habeas corpus¹⁴⁴⁸. La Corte IDH consideró por ello «demostrada la ineficacia del recurso de hábeas corpus para lograr la libertad de Ernesto Rafael Castillo Páez y, quizás, para salvar su vida»¹⁴⁴⁹, y se valió de la ocasión para reafirmar, con carácter general, que «el hábeas corpus tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida»¹⁴⁵⁰.

En el «caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú» nuevamente surgieron las cuestiones relativas a la detención arbitraria de las presuntas víctimas y la denegación o ineficacia de los remedios judiciales, tales como el habeas corpus o el amparo, bajo estado de emergencia. Esta vez, los hechos se relacionan con el arresto, llevado a cabo los días 14 y 15 de octubre de 1993, de los señores Jaime Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Mellado Saavedra y Alejandro Astorga Valdés, ciudadanos chilenos que luego fueron juzgados por traición a la patria y condenados a cadena perpetua por tribunales militares «sin rostro»¹⁴⁵¹.

En cuanto a lo primero —esto es, la detención—, las autoridades peruanas alegaron que el estado de emergencia vigente al momento de los hechos suponía la suspensión del artículo 7 de la CADH¹⁴⁵². La Corte entonces recordó su doctrina reiterada, en el sentido de que la suspensión de garantías debe sujetarse al principio de necesidad y que incurren en ilegalidad los poderes públicos que desborden los límites que deben señalar las disposiciones que introducen el régimen de excepción, siendo por ende indispensable la subsistencia de «medios idóneos» para controlar la razonabilidad de las disposiciones que sean adoptadas¹⁴⁵³.

Lo novedoso, empero, es que en esta oportunidad la Corte de San José examinó el plazo mismo que la legislación de emergencia (legislación antiterrorista) estipulaba para la detención administrativa, sin intervención judicial, plazo que era de 15 días, prorrogables por un término igual. La situación se veía agravada porque en la práctica el arresto sin control jurisdiccional alcanzó a ser de aproximadamente 36 días¹⁴⁵⁴. En consecuencia,

1448 *Ibíd.*, párrafo 81.

1449 *Ibíd.*, párrafo 82.

1450 *Ibíd.*, párrafo 83.

1451 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafos 1 y 86.4.

1452 *Ibíd.*, párrafo 109.

1453 *Ibíd.*

1454 *Ibíd.*, párrafo 111.

la Corte resolvió que el período de detención preventiva por los agentes policiales, sin supervisión de un juez, fue «excesivo» y contrario al artículo 7.5 de la CADH¹⁴⁵⁵. Debe recordarse que, en situación de normalidad constitucional, el plazo máximo para la detención de sospechosos de terrorismo era de 15 días no prorrogables, de conformidad con el artículo 2.20.g de la Constitución peruana de 1979, entonces en vigencia (la misma regla contiene la Carta de 1993, actualmente en vigor).

Por otra parte, en cuanto a la segunda cuestión —es decir, la referida específicamente a la efectividad del habeas corpus—, el alto tribunal de derechos humanos insistió en su doctrina bien establecida respecto al carácter inderogable de este proceso, el cual no basta que esté regulado en las normas legales, ni que sea «formalmente admisible», sino que ha de ser «realmente idóneo» para determinar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales y, de ser el caso, remediarla¹⁴⁵⁶. El Tribunal sostuvo que tales criterios no sólo son válidos «en situaciones de normalidad, sino también en circunstancias excepcionales», añadiendo respecto de las garantías judiciales, con cita de su Opinión Consultiva 8, que «es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías»¹⁴⁵⁷.

El «caso Durand y Ugarte vs. Perú», resuelto por la Corte IDH cinco años después del fallo emitido en el caso «Neira Alegría y otros», brindó al Tribunal de San José la ocasión de volver a pronunciarse sobre la masacre de El Frontón, de la cual fueron también víctimas Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Ugarte Rivera. Además de reiterar lo ya dicho en el caso precedente respecto del uso excesivo de la fuerza letal, con grave vulneración del derecho a la vida¹⁴⁵⁸, así como además de recalcar que los hechos configuraron supuestos de desaparición forzada de personas¹⁴⁵⁹, la Corte se pronunció de manera específica sobre las causales de detención y sobre el plazo de ésta, asuntos regulados por la Constitución peruana. Lo extraño, empero, es que respecto de ambos puntos la Corte no tuvo en cuenta la vigencia de un estado de emergencia en el momento en que ocurrieron los hechos, pese a que consideró que esto se hallaba probado¹⁴⁶⁰.

En efecto, al abordar las causales de detención, el alto tribunal se ocupó únicamente de las reglas previstas para la situación de normalidad constitucional y señaló de manera escueta que, si bien es cierto que la demanda alegó que los señores Durand y Ugarte habían sido detenidos sin

1455 *Ibíd.*, párrafos 111-110.

1456 *Ibíd.*, párrafo 185.

1457 *Ibíd.*, párrafo 186.

1458 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Durand y Ugarte vs. Perú, sentencia del 16 de agosto de 2000, párrafos 68-71.

1459 *Ibíd.*, párrafo 71.

1460 *Ibíd.*, párrafo 59.h.

que mediara orden judicial y sin encontrarse en flagrante delito, lo que no fue desvirtuado por el Estado, también lo es que «la propia Constitución peruana exceptuaba de esta regla los casos de terrorismo»¹⁴⁶¹. Se trata, sin embargo, de un lamentable error de apreciación en que incurre la Corte IDH, ya que la Carta de 1993, superando cierta ambigüedad de su predecesora de 1979, dejó del todo aclarado que la excepción consignada para casos de terrorismo (y de tráfico ilícito de drogas y espionaje) sólo alcanzaba al asunto del plazo de la detención preliminar, más no a las causales o supuestos habilitantes de tal detención, las que siempre han de ser la orden judicial o la flagrancia¹⁴⁶².

En cuanto al segundo punto, el atinente al período de la detención preliminar, la Corte IDH observó que las reglas constitucionales fijaban el plazo máximo en 15 días cuando se tratara de sospechosos de estar involucrados en el delito de terrorismo, como ocurría en el caso Durand y Ugarte¹⁴⁶³. La Corte, empero, notó asimismo que los presuntos delincuentes habían sido puestos a disposición del juez competente recién 18 y 17 días después de los arrestos, en uno y otro caso, con lo cual se violaba el término de 15 días contemplado en la Constitución, y por ende se transgredía también el artículo 7.5 de la Convención Americana¹⁴⁶⁴. Nuevamente, empero, el análisis de la Corte IDH se refería sólo a las reglas aplicables bajo situación de normalidad constitucional, sin considerar la existencia del estado de emergencia renovado de modo sucesivo.

Recién en relación a la cuestión de la protección judicial acordada por el artículo 25 de la CADH es que el Tribunal de San José toma en cuenta lo previsto en el artículo 27 de la Convención Americana en materia de suspensión de garantías. Y lo hace para reiterar lo ya señalado en el anterior caso Neira Alegría y otros, esto es, que el DS 012-86-IN, que prorrogó el estado de emergencia en Lima y Callao, y el DS 006-86-JUS, que declaró los establecimientos penales amotinados como «zona militar restringida», determinaron la ineficacia práctica del habeas corpus, siendo que se trata de una garantía judicial inderogable, por su carácter esencial para la protección de la libertad, la vida y la integridad de las personas, así como para su protección frente a la desaparición forzada¹⁴⁶⁵. La Corte volvió a explicitar que sus consideraciones sobre tales garantías, esta vez sí detalladas y minu-

1461 *Ibíd.*, párrafo 91.

1462 Véase Francisco Eguiguren, «Libertad Personal, Detención Arbitraria y Hábeas Corpus: Las Novedades en la Constitución de 1993», en AA. VV., *La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios II* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995), pp. 24-25.

1463 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Durand y Ugarte vs. Perú, *op. cit.*, párrafo 91.

1464 *Ibíd.*

1465 *Ibíd.*, párrafos 98-110.

ciosas, no sólo tienen validez «en situaciones de normalidad, sino también en circunstancias excepcionales»¹⁴⁶⁶.

El sexto y último caso de esta primera etapa es el referido al señor Luis Alberto Cantoral Benavides, quien fue objeto de detención el 6 de febrero de 1993 por agentes de la Dirección contra el Terrorismo (DINCOTE), en su domicilio en la ciudad de Lima. En ese momento, estaba en vigencia un estado de excepción que comprendía al departamento de Lima y a la Provincia Constitucional del Callao, con suspensión de los cuatro derechos previstos en el artículo 231.a de la Carta Fundamental de 1979, entonces en vigor. El arresto se produjo sin que mediara una orden judicial y sin que hubiera una situación de delito flagrante¹⁴⁶⁷.

El caso es semejante al de la señora Loayza Tamayo, parte de cuyo acervo probatorio fue incorporado a este proceso¹⁴⁶⁸. La Corte IDH declaró que Luis Alberto Cantoral Benavides fue objeto de detención ilegal y arbitraria¹⁴⁶⁹, así como de violaciones a su derecho a la integridad personal, incluyendo actos que, conforme a una interpretación evolutiva, pueden ser calificados como tortura física y psicológica, aun cuando antes no fueran considerados como tales¹⁴⁷⁰. Igualmente, la Corte declaró vulnerados los derechos de la víctima al debido proceso, al principio de legalidad penal, y a las garantías judiciales¹⁴⁷¹.

Interesa destacar, de entre varios puntos, el que concierne al plazo de la detención policial, ya que, de manera similar a lo determinado en el caso Castillo Petruzzi y otros, la Corte de San José estima que la prórroga de 15 días adicionales, autorizada legalmente, resulta contraria a la Convención Americana, la cual estipula que toda persona objeto de detención o retención debe ser conducida, «sin demora», ante un juez u otro funcionario en capacidad legal de ejercer funciones judiciales¹⁴⁷². También merece realce la decisión sobre las vulneraciones a la integridad personal derivadas de la incomunicación de ocho días y las condiciones de reclusión no sólo bajo aislamiento, sino además en celda reducida y sin ventilación ni luz natural, con visitas sumamente restringidas, entre otros aspectos¹⁴⁷³. Finalmente, la Corte reitera su preocupación por la ineficacia de las garantías judiciales

1466 *Ibíd.*, párrafo 103.

1467 Sobre las características del arresto, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia del 18 de agosto de 2000, párrafos 1 y 63.a-l.

1468 *Ibíd.*, párrafo 38.

1469 *Ibíd.*, párrafo 75.

1470 *Ibíd.*, párrafos 81-85, 91, 99 y 104.

1471 *Ibíd.*, puntos resolutivos 3-9.

1472 *Ibíd.*, párrafo 73.

1473 *Ibíd.*, párrafo 85.

como el habeas corpus, recurso sencillo y rápido diseñado para proteger los derechos fundamentales, inclusive en «circunstancias excepcionales»¹⁴⁷⁴.

En suma, este primer grupo de casos resueltos por la Corte IDH permite apreciar que el énfasis está puesto en la necesidad de mantener la vigencia y sobre todo la eficacia práctica de las «garantías judiciales indispensables» previstas en el artículo 27.2 de la Convención Americana —principalmente, el habeas corpus y el amparo—, en consonancia con las Opiniones Consultivas 8 y 9, emitidas por la propia Corte en enero y octubre de 1987, respectivamente. La Corte de San José también insiste en que el control judicial de los estados de excepción, el cual comprende las medidas concretas adoptadas por los poderes públicos para conjurar la emergencia, debe sujetarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, de tal suerte que no han de exceder nunca los límites de la legalidad excepcional, los que no desaparecen bajo ninguna circunstancia, por extrema que sea la amenaza.

En fin, el alto tribunal se pronuncia igualmente sobre la vulneración de derechos inderogables, tales como el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, aunque sin establecer vínculos directos con los estados de emergencia vigentes durante la ocurrencia de los hechos de cada caso. Se produce, pues, una situación extraña en el razonamiento del tribunal, ya que, si bien reconoce que el estado de emergencia ha sido proclamado, en general no incorpora tal evento en el análisis preciso de los derechos que en cada caso se alegan vulnerados. Pese a ello, algunas sentencias se aproximan a aspectos específicos de enorme importancia, tales como el plazo de detención preventiva sin supervisión por un órgano jurisdiccional o, dicho de otro modo, el deber de poner al detenido a disposición de un juez «sin demora»; no obstante, la aproximación es todavía periférica, no exenta de errores de apreciación acerca del marco normativo de Derecho interno, y se abstiene de profundizar en el tópico. Será necesario esperar aún a las siguientes fases de la evolución jurisprudencial para identificar avances sustantivos en la materia.

5.2. Segunda etapa: agosto de 2000-julio de 2007

Pese a extenderse por siete años, la segunda etapa comprende tan sólo tres procesos jurisdiccionales en sede supranacional de derechos humanos. El primero de ellos, sin embargo, marca un cambio importante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre suspensión de garantías, tomando como referencia los casos contenciosos peruanos. En efecto, la sentencia emitida en la causa «Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú» permite a la Corte dar un paso decisivo, al momento de revisar los supuestos en los que cabe detener a una persona bajo estado de excepción, de conformidad con el Pacto de San José. Los hechos que configuran el caso son, sin

¹⁴⁷⁴ *Ibíd.*, párrafos 163-170.

duda, especialmente dolorosos e impactantes, no sólo porque las víctimas eran adolescentes, sino sobre todo por la brutalidad con que los crímenes fueron cometidos.

Y es que los hermanos Rafael y Emilio Gómez Paquiyauri, de 17 y 14 años de edad, respectivamente, fueron interceptados y detenidos por agentes de la Policía el 21 de junio de 1991, en la Provincia Constitucional del Callao, mientras se dirigían al centro de trabajo de su madre. La Policía llevaba a cabo en ese momento el plan «Cercos Noventiuno», dirigido a «capturar y ejecutar a perpetradores de actos terroristas». Al intervenir a los hermanos Gómez Paquiyauri, los agentes de la ley golpearon a los menores y los introdujeron en la maletera de un vehículo oficial, de manera semejante a lo que había ocurrido con Ernesto Castillo Páez en octubre del año anterior, en el vecino distrito limeño de Villa El Salvador. Conducidos a un lugar apartado, cuyo nombre oprobioso era «Pampa de los Perros», los dos niños fueron torturados y asesinados de manera cruel, para poco después ser abandonados en la morgue del Hospital San Juan, siempre en la Provincia Constitucional del Callao, como personas no identificadas, a quienes se atribuyó el ser mayores de edad. Imágenes de la detención violenta y de la introducción de los niños en la maletera del patrullero policial fueron casualmente registradas por las cámaras televisivas del noticiero «90 Segundos» y propaladas esa misma noche por el Canal 2 de la televisión peruana. Sus cuerpos estaban «llenos de sangre y tierra», además de «sucios» y «mojados», con masa encefálica en sus cabellos, y «ambos tenían los ojos vaciados». Los agentes policiales intentaron presentar a los hermanos Gómez Paquiyauri como «terroristas» y como si sus muertes hubieran sido el resultado de un enfrentamiento armado contra las fuerzas del orden¹⁴⁷⁵.

Las escenas en las que sus familiares más cercanos (padres, hermanos) reconocen los restos mortales de sus seres queridos, gravemente violentados y desfigurados, no pueden sino causar profunda consternación ante la sevicia con que los asesinatos fueron cometidos y la irreparable pérdida de dos jóvenes estudiantes en la plenitud de la vida¹⁴⁷⁶. Como dice el juez Antonio Augusto Cançado Trindade en el voto razonado con el que acompaña la sentencia de la Corte, Rafael y Emilio Gómez Paquiyauri fueron «víctimas de la brutalidad humana»¹⁴⁷⁷.

En lo que atañe a la vulneración de la libertad personal, consagrada en el artículo 7 de la CADH, debe mencionarse que el avance interpretativo que realiza la Corte de San José viene favorecido por los alegatos de las

1475 Véase la descripción de estos hechos, que el Tribunal de San José considera probados, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia del 8 de julio de 2004, párrafos 67.c-k.

1476 *Ibíd.*, párrafo 49.b-e.

1477 Véase el «Voto Razonado» del juez Cançado Trindade, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, *op. cit.*, párrafo 2.

partes. En primer lugar, la Comisión Interamericana sostuvo que, si bien el estado de emergencia permite la detención sin orden judicial y sin flagrancia, la potestad de las autoridades no carece de límites, de suerte que no se puede obviar los «presupuestos legales» del arresto, como tampoco los controles jurisdiccionales sobre la medida¹⁴⁷⁸. En segundo lugar, la representante de las presuntas víctimas y de sus familiares planteó un aspecto crucial, a saber, que la suspensión de la garantía de la libertad personal, permitida por el artículo 27 de la CADH, «nunca puede llegar a ser total», añadiendo que los presupuestos legales de procedencia de la detención «ya forman parte de la noción del debido proceso» y «son inderogables aun en circunstancias de conflicto armado»¹⁴⁷⁹. En tercer lugar, el Estado peruano admitió en sus alegatos que la Policía efectivamente violó el derecho a la libertad de los hermanos Gómez Paquiyauri, al detenerlos sin orden de juez ni flagrancia, por lo que actuó «de manera arbitraria»¹⁴⁸⁰.

A su turno, la Corte IDH, aunque reconoció que en la época en que sucedieron los hechos imperaba un estado de emergencia en la Provincia Constitucional del Callao, en cuya virtud el derecho a la libertad personal «había quedado suspendido», recordó a este propósito su doctrina bien establecida en el sentido de que «la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario», resultando «ilegal» que los poderes públicos desborden dicho límite¹⁴⁸¹. La Corte además recalcó la necesidad de que durante el régimen excepcional subsistan «medios idóneos» de control judicial que puedan aplicar el principio de razonabilidad¹⁴⁸². En consecuencia, el alto tribunal consideró inaceptable alegar la emergencia como justificación de los hechos bajo examen¹⁴⁸³ y formuló una interpretación que conviene citar en su integridad, dada su relevancia:

En el presente caso, Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri no fueron sorprendidos *in fraganti*, sino que fueron detenidos cuando caminaban por la calle, sin que se hubieran configurado las causas y condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico peruano que autorizaran una detención sin orden judicial; además, no fueron puestos inmediatamente a la orden de un juez. Esta Corte ha señalado que situaciones como la descrita contravienen la observancia del debido proceso legal, ya que se desconoce al detenido el derecho a la protección de la ley y se omite el control judicial¹⁴⁸⁴.

1478 *Ibíd.*, párrafo 77.c.

1479 *Ibíd.*, párrafo 78.a.

1480 *Ibíd.*, párrafo 79.

1481 *Ibíd.*, párrafo 85.

1482 *Ibíd.*

1483 *Ibíd.*

1484 *Ibíd.*, párrafo 86.

Como se puede apreciar, la Corte de San José estima que la sola instauración del estado de emergencia no acarrea la desaparición del derecho a la libertad personal y que los supuestos previstos en la Carta peruana para detener a una persona bajo situación de normalidad constitucional son exigibles también durante el gobierno de crisis, en determinadas circunstancias. El punto, sin embargo, no está suficientemente fundamentado en la sentencia y llama la atención puesto que, precisamente, el estado de emergencia tiene por efecto autorizar arrestos fuera de los casos establecidos para la normalidad constitucional. A ello ha de añadirse que la norma convencional que estipula el deber de la autoridad estatal de poner a los detenidos, sin dilación, bajo control judicial sigue vigente durante el estado de excepción. En fin, debe igualmente ser destacado que, para el alto órgano jurisdiccional del sistema interamericano, los hechos del caso vulneran el «debido proceso legal», al dejar sin la protección de la ley a los detenidos y sin posibilidades de que se implementen los necesarios controles judiciales. Desde luego, la remisión al debido proceso armoniza con el notable desarrollo doctrinal efectuado al respecto por la Corte en su Opinión Consultiva 9, emitida más de tres lustros antes, en la que el tribunal determinó que el debido proceso, lo mismo que las garantías judiciales indispensables, tiene naturaleza inderogable. Es, pues, muy relevante el giro interpretativo que hace la Corte IDH en el caso *Gómez Paquiyauri*, al vincular las causales de detención bajo estado de emergencia con el concepto de debido proceso, el mismo que, como se ha visto, es inderogable, según estableció la Corte en su Opinión Consultiva 9.

Como es habitual en casos de este tipo, la Corte IDH también consideró que el Estado peruano había vulnerado el derecho de los detenidos a revisión judicial como medio idóneo de control de la ilegalidad y arbitrariedad de los arrestos, así como el derecho al habeas corpus y el amparo como garantías indispensables para la tutela de derechos no susceptibles de suspensión, tales como el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, garantías que además son necesarias para la preservación de la legalidad en una sociedad democrática¹⁴⁸⁵. Por último, en lo que atañe al objeto de la presente investigación, el Tribunal de San José recalcó la prohibición estricta de la tortura por el DIDH y recordó que tal prohibición «es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, “lucha contra el terrorismo” y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas»¹⁴⁸⁶.

El segundo caso de este período jurisprudencial es el relativo a las desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de La Cantuta. Como

1485 *Ibíd.*, párrafos 95-100.

1486 *Ibíd.*, párrafo 111.

se sabe, los hechos se produjeron cuando una patrulla militar y miembros del destacamento «Colina», un grupo de exterminio de presuntos terroristas, ingresaron a la Universidad Nacional de Educación «Enrique Guzmán y Valle», más conocida como «La Cantuta», durante la madrugada del 18 de julio de 1992, y procedieron a arrestar clandestinamente a nueve estudiantes y un profesor que pernoctaban en la residencia universitaria, con vistas a su desaparición y posterior asesinato. El campus del centro de estudios superiores se hallaba en ese momento bajo control militar permanente y sujeto a toque de queda, en el marco de un estado de emergencia vigente en el departamento de Lima¹⁴⁸⁷.

Es interesante que la Corte IDH, aunque sin desarrollar la argumentación en detalle, confirma la interpretación de que existe detención ilegal y arbitraria, en contravención de los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la CADH, ya que no hubo flagrancia delictiva ni orden judicial, supuestos que no quedaron invalidados por la declaración de estado de excepción entonces en vigor¹⁴⁸⁸. La Corte insistió en que, de manera evidente, la detención de las víctimas configuró «un acto de abuso de poder», cuya finalidad «no era ponerlos a disposición de un juez u otro funcionario autorizado por la ley para que decidiera acerca de la legalidad de la misma, sino ejecutarlos o forzar su desaparición»¹⁴⁸⁹.

De modo similar a lo señalado en otros casos, la Corte declaró que el habeas corpus era el medio idóneo, entre las garantías judiciales indispensables, «tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes», para lo que citó, entre otras sentencias, la dictada en el proceso de los hermanos Gómez Paquiyauri¹⁴⁹⁰. No obstante, dado que en el caso La Cantuta las acciones de habeas corpus tramitadas distaron de dar lugar a investigaciones serias e independientes, la tutela que debieron proporcionar resultó meramente «ilusoria»¹⁴⁹¹.

El tercer caso del período, «Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú», es de interés para la presente investigación debido a que en él se discute la comisión de violaciones graves de derechos fundamentales contra un líder sindical y una dirigente social, en el marco del conflicto armado interno y cuando se había declarado en estado de emergencia al sector minero, los campamentos de extracción de minerales fueron militarizados y

1487 Véase el relato de los hechos, que el alto tribunal estima probados, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafos 80.10-80.20.i.

1488 *Ibíd.*, párrafo 109.

1489 *Ibíd.*

1490 *Ibíd.*, párrafo 111.

1491 *Ibíd.*, párrafo 112.

quedó autorizado el despido de los trabajadores que acataran las medidas de lucha sindical¹⁴⁹². Y es que el contexto sectorial específico fue el de las huelgas nacionales decretadas desde mediados del año 1988 por la Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (FNTMMSP) en defensa del pliego de negociación colectiva por rama de actividad. Los gremios empresariales se opusieron con especial energía, mediante acciones de amparo presentadas ante los órganos jurisdiccionales y desplegando esfuerzos similares a aquellos con que resistieron la estatización de la banca intentada por el presidente Alan García Pérez durante su primer Gobierno, según expone el Informe Final de la CVR¹⁴⁹³.

De acuerdo con esta misma fuente, la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo (SNMP) llegó a afirmar que la FNTMMSP no era «representativa» y que la «infiltración terrorista» procuraba desbaratar la economía del país, así como introducir la «dictadura sindical» sin reparar en que causaría «incalculables daños para la nación»¹⁴⁹⁴. Se trataba, por cierto, de argumentos ideológicos e interesados que recuerdan aquellos esgrimidos por las autoridades públicas del Perú en determinados casos de estado de sitio y ley marcial proclamados entre los ya lejanos años de 1929 a 1939 (véase el acápite 4.2, *supra*).

La cuestión laboral y sindical, así como sus repercusiones sociales y económicas, tuvieron pues fuerte presencia en el caso «Cantoral Huamaní y García Santa Cruz», en el marco de la guerra interna que padeció el país durante los años ochenta y noventa del siglo pasado, lo que ha de ser tenido en consideración. Como sostuvo la CIDH, «al ser las [presuntas] víctimas prominentes líderes sindicales y mineros, el presente caso aborda la problemática de las actividades represivas del Estado contra la dirigencia sindical para desmotivar la protesta social en el Perú, y en general sus efectos respecto de la libertad de asociación»¹⁴⁹⁵. En tal sentido, el caso puede ser visto también como antecedente de la multiplicación del uso de la Constitución de emergencia frente a la protesta social en el Perú del presente siglo XXI.

Como quiera que fuere, Saúl Cantoral, secretario general de la FNTMMSP, y Consuelo García, dirigente del Centro de Mujeres «Filomena Tomaira Pacsi, Servicios a la Mujer Minera», fueron objeto de secuestro y posterior ejecución extrajudicial la noche del 13 de febrero de 1989, en la ciudad de Lima¹⁴⁹⁶. La Corte encontró que el Perú violó sus derechos a la libertad

1492 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, sentencia del 10 de julio de 2007, párrafo 58.

1493 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo III, p. 344.

1494 *Ibíd.*

1495 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, *op. cit.*, párrafo 3.

1496 *Ibíd.*, párrafos 2, 51-52 y 67.

personal, integridad personal y a la vida, al incumplir sus obligaciones de respeto y garantía previstas en los artículos 7, 5.1 y 5.2 y 4 de la CADH¹⁴⁹⁷. De otro lado, particular interés reviste el pronunciamiento del Tribunal de San José respecto de la libertad de asociación en materia sindical, que también consideró violada¹⁴⁹⁸. La Corte aseveró en especial lo siguiente:

la ejecución de Saúl Cantoral Huamaní y Consuelo García Santa Cruz tuvo un efecto amedrentador e intimidante en los trabajadores del movimiento sindical minero peruano. En un contexto como el del presente caso, tales ejecuciones no restringieron sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de un grupo determinado para asociarse libremente sin miedo o temor, es decir, se afectó la libertad de los trabajadores mineros para ejercer este derecho. Por otra parte, dicho efecto intimidante se acentúa y hace mucho más grave por el contexto de impunidad que rodea al caso¹⁴⁹⁹.

Así, pues, la Corte Interamericana subraya la afectación colectiva que la vulneración de los derechos de las dos víctimas del caso trajo como consecuencia, en particular, considerando que la falta de sanción provoca un agravamiento de la situación.

5.3. Tercera etapa: julio de 2007-octubre de 2016

La tercera etapa muestra cómo la jurisprudencia de la Corte IDH alcanza mayores niveles de refinamiento y elaboración, aportando valiosos elementos interpretativos en la materia bajo análisis. En efecto, durante el período, la Corte expide nueve sentencias de fondo vinculadas a los estados de excepción en casos contenciosos peruanos, en cuyo conjunto es posible apreciar avances sustantivos en diversos aspectos específicos de los estados de emergencia, tales como los relativos a los supuestos habilitantes de una detención, el plazo al que debe estar sometida la misma y la necesidad de registrarla oficialmente, así como en lo que atañe al alcance de la revisión judicial, la naturaleza jurídica de la prohibición de tortura (norma de *ius cogens*) y los límites a la intervención de las Fuerzas Armadas y al uso de armas letales en contextos no bélicos.

El primer caso de la tercera etapa, «Osorio Rivera y familiares vs. Perú», se refiere al arresto del señor Jeremías Osorio Rivera, ocurrido el 28 de abril de 1991 a manos de una patrulla del Ejército acantonada en la provincia de Cajatambo, del departamento de Lima. En medio del conflicto armado inter-

1497 *Ibíd.*, párrafo 106.

1498 *Ibíd.*, párrafo 149.

1499 *Ibíd.*, párrafo 148.

no, estaba entonces en vigor un estado de emergencia que comprendía a la localidad mencionada, con suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales susceptibles de ser suspendidos de conformidad con la Constitución peruana, y con intervención de las Fuerzas Armadas para hacerse cargo del control del orden interno, por disposición del presidente de la República. En tal virtud, se constituyó un Comando Político-Militar, el cual ejecutó el así denominado «Plan Operativo Palmira», encaminado a realizar patrullajes y «capturar a los delincuentes terroristas»¹⁵⁰⁰. El señor Osorio Rivera fue víctima de desaparición forzada, una práctica que la Corte IDH, apoyándose en el Informe Final de la CVR, consideró que entre 1988 y 1993 fue empleada de manera sistemática por el Estado peruano como medio de combate a la subversión¹⁵⁰¹.

El Tribunal de San José confirmó su doctrina acerca del carácter excepcional de la suspensión de garantías y acerca de su sometimiento a límites en aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad, siempre bajo control jurisdiccional a través de procesos sencillos, rápidos y eficaces¹⁵⁰². Pero, con todo lo importante que estas consideraciones puedan ser, la sentencia «Osorio Rivera y familiares» trae una novedad de primera envergadura, que la diferencia nítidamente de los fallos anteriores. Y es que la Corte Interamericana, haciéndose eco de lo ya establecido por otros organismos de protección internacional de los derechos humanos, tales como el Comité DD. HH. y el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas, sostuvo que existía una «opinión convergente» y validó una interpretación jurídica según la cual, de modo semejante a la inderogabilidad del derecho que toda persona privada de libertad tiene a solicitar de un juez que decida sobre la legalidad de su detención mediante el proceso de habeas corpus, también «la prohibición de la privación arbitraria de la libertad es un derecho inderogable no susceptible de suspensión»¹⁵⁰³. Se sigue de ello que, aunque es válido suspender el derecho a la libertad personal de conformidad con la CADH, en ningún caso es posible entender que queda en suspenso o derogado el derecho a no sufrir privación arbitraria de la libertad. En consecuencia, es claro que las limitaciones a la libertad personal autorizadas por el estado de emergencia, con todo lo intensas que pudieran ser, en ningún caso llegan a suprimir el derecho.

Todavía más, la Corte IDH reforzó este entendimiento añadiendo que para el Comité Internacional de la Cruz Roja se trata de una norma de Derecho Internacional Humanitario de naturaleza consuetudinaria, la mis-

1500 Véase la narración de los hechos, que el Tribunal de San José da por probados, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú, sentencia del 26 de noviembre de 2013, párrafos 63-76.

1501 *Ibíd.*, párrafos 152 y 155.

1502 *Ibíd.*, párrafo 120.

1503 *Ibíd.*

ma que resulta aplicable tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales¹⁵⁰⁴. En consecuencia, la Corte aseveró que, de acuerdo con esta importante rama del Derecho Internacional, la cual confluye en este punto con el DIDH, «la prohibición de detención o encarcelamiento arbitrario tampoco es susceptible de suspensión durante un conflicto armado interno»¹⁵⁰⁵.

De otro lado, es relevante notar que la Corte considera que la detención del señor Osorio Rivera se produjo de acuerdo con la normativa interna que regula el arresto bajo estado de emergencia en una situación de flagrancia: hubo una detonación de explosivos y Osorio Rivera fue detenido con un arma de fuego, tras protagonizar una gresca en estado de ebriedad¹⁵⁰⁶. En efecto, la Corte admite la potestad de la patrulla militar de arrestar sin mediar orden judicial y aun sin flagrancia, bajo estado de emergencia, de conformidad con la Constitución peruana. No obstante, en el caso concreto, la Corte estimó que, si bien la «detención inicial» era inobjetable desde el punto de vista jurídico, el traslado del detenido a la Base Contrasubversiva de Cajatambo, sin registrar su ingreso a dicho recinto y sin ponerlo a disposición del juez competente, fue, de modo evidente, «un acto de abuso de poder que bajo ningún concepto puede ser entendido como el ejercicio de actividades militares para garantizar la seguridad nacional y mantener el orden público en el territorio nacional, toda vez que el fin no era ponerlo a disposición de un juez u otro funcionario competente y presentarlo ante éste, sino ejecutarlo o propiciar su desaparición»¹⁵⁰⁷.

Quiere decir, entonces, que la prolongación injustificada de la detención militar, aun cuando ésta inicialmente pudo estar autorizada por las normas regulatorias del estado de emergencia y por la situación fáctica misma, deviene en ilegítima a la luz del DIDH y, por ende, del Derecho Constitucional peruano. Ello es así debido a que, si bien la flagrancia pudo haber existido, correspondiendo al Estado la carga de la prueba¹⁵⁰⁸, la omisión o retardo en poner al detenido a disposición del juez competente, para que éste determine la legalidad de tal detención, convierte a esta medida en violatoria del derecho a la libertad personal protegido por la CADH y en consecuencia por la Constitución nacional, en especial considerando que tal detención fue el primer paso para la desaparición forzada de la víctima.

Asimismo, conviene destacar los criterios fijados por el máximo órgano jurisdiccional de derechos humanos para las Américas en lo atinente a la concesión a las Fuerzas Armadas de potestades para restringir derechos

1504 *Ibíd.*

1505 *Ibíd.*

1506 *Ibíd.*, párrafo 123.

1507 *Ibíd.*, párrafo 167.

1508 *Ibíd.*, párrafo 118.

fundamentales. En efecto, el Tribunal de San José no descalifica en sí misma la intervención militar, pero insiste en los principios de excepcionalidad y debida diligencia en la salvaguarda de las «garantías convencionales», ya que el régimen propio de la corporación militar no armoniza bien con las funciones de naturaleza civil, y además el Tribunal trae a colación los riesgos para los derechos humanos ínsitos en la participación militar en tareas de control del orden público¹⁵⁰⁹.

El «caso J. vs. Perú», resuelto por el Tribunal de San José sólo un día después de emitir la sentencia «Osorio Rivera y familiares», trae nuevos avances y precisiones en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de regímenes de excepción. La Corte señala que debe tenerse en cuenta, como en casos anteriores, el contexto general del país, marcado por el conflicto armado interno y el uso frecuente del estado de emergencia por los poderes públicos, con suspensión de garantías y control del orden interno encomendado a las Fuerzas Armadas, ya que tal contexto general favoreció la práctica de numerosas violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos. Además, pocos días antes de la detención de la señora J., se produjo el autogolpe de Estado del presidente Alberto Fujimori y la instauración del denominado «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional», con la consiguiente concentración de poderes y el debilitamiento o supresión de los controles institucionales¹⁵¹⁰.

El arresto de la señora J. fue llevado a cabo el 13 de abril de 1992 por agentes de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), unidad policial que desarrollaba en ese momento el «Operativo Moyano», con la finalidad de detener personas y allanar locales vinculados a las actividades de la publicación «El Diario», órgano de difusión considerado por las autoridades como integrante de la organización subversiva Sendero Luminoso. La señora J. sufrió diversas agresiones durante el tiempo que duró su detención, la cual se prolongó por al menos 15 días. Posteriormente, la señora J. fue juzgada por un tribunal «sin rostro» y, absuelta en primera instancia de los cargos de terrorismo y asociación ilícita en agravio del Estado, abandonó el Perú y obtuvo protección bajo la condición de refugiada en el Reino Unido, donde adquirió la nacionalidad al cabo de unos años¹⁵¹¹.

La importancia del caso estriba en las puntualizaciones que la Corte IDH hace en ciertos asuntos específicos relativos al estado de emergencia y los poderes extraordinarios que se concede al Ejecutivo para conjurar la crisis. Pero, ante todo, tras reiterar los criterios ya asentados en su jurisprudencia acerca de los límites del régimen de excepción, el mantenimiento

1509 *Ibíd.*, párrafo 122.

1510 Véase la descripción del contexto en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso J. vs. Perú, sentencia del 27 de noviembre de 2013, párrafos 56-64.

1511 Véase el relato de los hechos, que el Tribunal de San José considera probados, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso J. vs. Perú, *op. cit.*, párrafos 78-121.

del Estado de Derecho y el deber de respetar los principios de necesidad, proporcionalidad y temporalidad bajo supervisión judicial, el alto tribunal señala que la suspensión de las obligaciones convencionales no debe ser incompatible con las demás obligaciones que impone el Derecho Internacional ni acarrear discriminación¹⁵¹². Asimismo, la Corte indica que la prerrogativa del Estado debe ser ejercida e interpretada «como excepcional y en términos restrictivos» de conformidad con el artículo 29.a de la CADH, a lo que añade que el Estado tiene el deber de informar inmediatamente a través de la Secretaría General de la OEA de varios aspectos de la suspensión decretada, lo que en el caso concreto no consta que haya sido hecho¹⁵¹³.

Más allá de estos enunciados sobre todo de carácter genérico, en el análisis del caso concreto la Corte IDH se aproximó a la cuestión de las causales o supuestos habilitantes de la suspensión de garantías. La Corte, empero, se limitó a repetir las causales estipuladas en el artículo 27.1 de la CADH, sin desarrollar su contenido, lo que al parecer se debe a que no hubo discusión entre las partes respecto a si, en el momento de los hechos, existían las condiciones que ameritaban la suspensión de los derechos previstos en el artículo 231.a de la Constitución peruana de 1979, vigente entonces¹⁵¹⁴. Siendo ello así, el Tribunal se limitó a decir que entendía que «los hechos del presente caso se enmarcaron en el contexto de un conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y militares»¹⁵¹⁵, sin aclarar cuál de las causales de la Convención Americana consideraba cumplida.

El máximo órgano jurisdiccional de la región en asuntos de derechos humanos perdió así la oportunidad de profundizar en un tema de enorme importancia, lo que debe lamentarse de manera especial, habida cuenta que, en este caso de la señora J., la Corte cita la decisión que adoptó en el caso «Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador», del 4 de julio de 2007¹⁵¹⁶. Y es que en esta última sentencia la Corte de San José, invocando a su homólogo de Estrasburgo en el *leading case* «Lawless vs. Ireland» (1961), ya comentado en esta investigación (véase el acápite 5.5.2.2.3.1, *supra*), sostiene que la justificación del estado de excepción exige los tres requisitos canónicos en el sistema europeo, de: 1) situación excepcional de crisis o emergencia; 2) afectación que alcance a toda la población; y 3) que constituya una «amenaza a la vida organizada de la sociedad»¹⁵¹⁷. La Corte

1512 *Ibíd.*, párrafo 124.

1513 *Ibíd.*

1514 *Ibíd.*, párrafo 138.

1515 *Ibíd.*

1516 *Ibíd.*, nota 233.

1517 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Zambrano Vélez y otros vs.

Interamericana, sin embargo, desaprovecha la ocasión para examinar en el caso J. si las circunstancias llenaban estos requisitos (aunque queda claro que los da por sobreentendidos).

Como quiera que fuere, el caso de la señora J. permite al Tribunal de San José avanzar en su jurisprudencia sobre protección de derechos humanos durante el estado de excepción. Y es que no sólo reitera que la suspensión de garantías debe mantenerse dentro del límite de «lo estrictamente necesario», sino que, apoyándose en la Observación General No 29 del Comité DD. HH., afirma que «la suspensión de ciertos derechos no implica que los mismos son completamente inaplicables», lo que —sostiene la Corte— exige el examen de la proporcionalidad de las medidas que las autoridades peruanas emplearon al momento de arrestar a la señora J.¹⁵¹⁸. Se trata, como se ve, de un criterio interpretativo de enorme importancia, el cual amplía a todos los derechos suspendibles lo dicho en el caso Osorio Rivera sólo en relación al derecho a la libertad personal frente a eventuales arrestos arbitrarios.

De otro lado, la Corte IDH también se pronuncia sobre el plazo de la detención de la señora J. sin ser presentada ante un juez. Al respecto, los magistrados de San José parten de admitir que la investigación del delito de terrorismo puede ser especialmente problemática para las autoridades nacionales, pese a lo cual en el caso concreto ha quedado demostrado que la señora J. no fue conducida ante un órgano jurisdiccional por al menos 15 días, sin que hayan sido ofrecidas «razones fundadas» para tal demora¹⁵¹⁹. Al respecto, el Tribunal elabora una serie de nociones o criterios puntuales de singular relevancia.

En primer lugar, la Corte de San José hace notar que «la inmediata revisión judicial de la detención» es especialmente importante cuando se trata de capturas sin mediar orden judicial, añadiendo que «a pesar que dicho derecho estaba suspendido, esta suspensión no puede ser considerada como absoluta y por tanto la Corte debe analizar la proporcionalidad de lo sucedido en el presente caso»¹⁵²⁰. El Tribunal estima, en consecuencia, que las medidas adoptadas en el caso concreto no fueron «estrictamente necesarias», destacando en particular dos aspectos, a saber, de una parte, que la suspensión del derecho a la libertad personal sólo se refiere a «ciertos aspectos» del mismo, y, de otra parte, que tal suspensión parcial no conlleva la anulación del control jurisdiccional «sobre la forma en que se llevan a cabo las detenciones»¹⁵²¹. Así, la Corte concluye que «la falta de

Ecuador, sentencia del 4 de julio de 2007, párrafo 46.

1518 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso J. vs. Perú, *op. cit.*, párrafo 141.

1519 *Ibíd.*, párrafo 144.

1520 *Ibíd.*, párrafo 143.

1521 *Ibíd.*, párrafo 144.

presentación “sin demora” de la señora J. ante un juez no se justifica por la suspensión de garantías existente», por lo que fue «arbitraria» y violatoria del artículo 7, incisos 1, 3 y 5 de la CADH¹⁵²².

Otro aspecto remarcable del fallo es que el Tribunal de San José insistió en que, con prescindencia del motivo o duración de la detención, ésta ha de ser debidamente registrada en un documento circunstanciado, como garantía de protección frente a la detención ilegal o arbitraria. En tal sentido, la Corte advirtió que tal registro es todavía más importante en los casos en que no media orden del juez y está en vigor un estado excepcional, por lo que también existe vulneración del artículo 7, incisos 1 y 2 de la Convención Americana¹⁵²³. Por lo demás, al igual que en otros casos, la Corte consideró que el Estado peruano había violado el derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente sobre la legalidad de la detención de la señora J., a causa del impedimento establecido en el DL 26659, que prohibió el habeas corpus en contravención del artículo 7.6 del Pacto de San José¹⁵²⁴.

Hay dos últimos elementos del pronunciamiento en el caso J. que conviene atender. El primero es el relativo a la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes como «absoluta e inderogable», inclusive en las circunstancias más apremiantes, tales como «guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas»¹⁵²⁵. El segundo se refiere a la incomunicación de la detenida, que la Corte estimó que no estuvo de acuerdo con el «carácter excepcional» que tal figura debe tener «sobre todo considerando que la legislación interna solamente permitía 10 días de incomunicación y bajo autorización judicial, lo cual no se ha demostrado sucedió en el presente caso», por lo que hubo vulneración del artículo 5.1 de la CADH¹⁵²⁶.

El tercer proceso del período es «Tarazona Arrieta y otros vs. Perú» e interesa al objeto de la presente investigación en lo que se refiere al uso de la fuerza letal por el Ejército en el marco de un estado de emergencia. En efecto, los hechos que dan lugar al proceso en sede jurisdiccional supranacional ocurrieron el 9 de agosto de 1994, cuando un destacamento militar hacía un patrullaje por las calles del distrito de Ate Vitarte, de la ciudad de Lima. Al detenerse la patrulla a la altura del paradero «La Esperanza» y dividirse para realizar inspecciones a pie, un soldado disparó de manera accidental contra un vehículo de transporte público, provocando

1522 *Ibíd.*

1523 *Ibíd.*, párrafo 152.

1524 *Ibíd.*, párrafo 171.

1525 *Ibíd.*, párrafo 304.

1526 *Ibíd.*, párrafo 378.

la muerte de Zulema Tarazona Arrieta y Norma Pérez Chávez, y causando lesiones graves a Luis Alberto Bejarano Laura. Las investigaciones judiciales se vieron impedidas por la aplicación de las leyes de amnistía, y luego, tras ser reabiertas en razón de la sentencia de la Corte IDH en el caso Barrios Altos, se dilataron en exceso, manteniéndose inconclusas al momento de pronunciarse el alto tribunal regional¹⁵²⁷.

La Corte observa que el uso de la fuerza en el caso no fue intencional ni respondió a un plan u operativo en el que se hubiera previsto que los miembros del destacamento militar emplearan sus armas¹⁵²⁸. Se trató, más bien, de «acciones de prevención y precaución», anotando la Corte que la normativa interna no se ceñía al *corpus iuris* internacional en la materia, conformado por los «Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley», de 1990¹⁵²⁹. Si bien el razonamiento de la Corte parece adecuado en cuanto al tema sustantivo, se resiente de un error respecto del marco legal aplicable. Y es que el Tribunal de San José sostiene que la legislación que regía en el caso es el Decreto Legislativo 738, modificado por la Ley 25410, disposiciones legales que más bien contienen normas que regulan la intervención de las Fuerzas Armadas en zonas no declaradas en estado de emergencia. No obstante, los hechos del caso ocurrieron durante un estado de emergencia vigente, como indican documentos probatorios incorporados al expediente por la misma Corte¹⁵³⁰. En consecuencia, a la luz de esta constatación, la ley de aplicación a los hechos no era el Decreto Legislativo 738, modificado por la Ley 25410, sino en todo caso la Ley 24150, modificada por el Decreto Legislativo 749. De cualquier modo, las carencias observadas por la Corte existían también en la legislación peruana aplicable. Puede colegirse entonces que, también bajo estado de emergencia, la protección del derecho a la vida, que es inderogable, exige la adopción de medidas de precaución y limitación del uso desmedido de la fuerza.

Como quiera que fuere, además de encontrar que las leyes revisadas carecían de disposiciones sobre precaución y prevención, así como sobre asistencia y servicios médicos a proporcionar a las personas que eventualmente fueran heridas o de algún modo afectadas¹⁵³¹, la Corte rehusó pronunciarse sobre la alegada incompatibilidad con la CADH de las normas contenidas en el Decreto Legislativo 1095, del año 2009. Las razones aducidas fueron que dicho Decreto Legislativo no estaba aún en vigor al

1527 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú, sentencia del 15 de octubre de 2014, párrafos 30-87.

1528 *Ibíd.*, párrafos 161-162.

1529 *Ibíd.*, párrafo 165.

1530 *Ibíd.*, párrafo 53.

1531 *Ibíd.*, párrafo 167.

momento de los hechos y que una demanda de inconstitucionalidad que lo cuestionaba se encontraba pendiente de resolver por el Tribunal Constitucional¹⁵³².

El cuarto caso de esta etapa jurisprudencial fue «Espinoza Gonzáles vs. Perú». Es sin duda un caso de gran relevancia, ya que en él la Corte IDH utiliza con especial minuciosidad sus decisiones anteriores como un elemento para el examen de los hechos del nuevo proceso y para avanzar en la interpretación de diversas cláusulas relativas al estado de excepción contemplado en el artículo 27 de la CADH. Los hechos son parecidos a los que se presentaron en el caso de la señora J. (y otros anteriores), en la medida en que plantean también cuestiones vinculadas con vulneraciones de los derechos a la libertad personal, integridad personal, protección judicial y debido proceso. Por lo demás, el contexto general que enmarca a tales eventos fue también el del conflicto armado interno, junto al uso frecuente de estados de excepción y la vigencia de la legislación de emergencia para combatir la subversión y el terrorismo que aprobó el Gobierno *de facto* del presidente Fujimori tras el autogolpe de Estado que perpetró en abril de 1992¹⁵³³.

Una nota distingue esta vez, empero, a la reconstrucción del contexto general del país en la época en la que los acontecimientos del caso Espinoza Gonzáles tuvieron lugar. Y es que la Corte señala en esta ocasión que en dicho contexto general fueron cometidos numerosos actos de violencia sexual, de distintas formas e intensidades o gravedad, tales como violación sexual (incluyendo la introducción de objetos por la vagina o el ano), chantaje sexual, manoseos y desnudez forzada, entre otros, los cuales afectaron principalmente a las mujeres¹⁵³⁴. Según la Corte, las prácticas de tortura y violencia sexual fueron facilitadas por el recurso «permanente» a estados de emergencia, en los que se suspendía las garantías constitucionales relativas a los cuatro derechos indicados en la Constitución peruana vigente (en ese entonces todavía era la de 1979)¹⁵³⁵.

En definitiva, el alto tribunal de derechos humanos para el hemisferio americano considera que este contexto le permite analizar los hechos del caso Espinoza Gonzáles «no de manera aislada sino teniendo en cuenta la existencia de una práctica generalizada y sistemática de tortura y violencia sexual en contra de las mujeres en el Perú, a fin de posibilitar una comprensión de la prueba y la determinación puntual de los hechos»¹⁵³⁶.

Ahora bien, Gladys Espinoza Gonzáles fue detenida el 17 de abril de 1993 mientras transitaba por calles de la ciudad de Lima en compañía de su

1532 *Ibíd.*, párrafo 168.

1533 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párrafos 51-59.

1534 *Ibíd.*, párrafo 67.b.

1535 *Ibíd.*, párrafo 67.d.

1536 *Ibíd.*, párrafo 68.

compañero sentimental. La pareja fue interceptada por agentes de la División de Investigación de Secuestros (DIVISE) de la Policía Nacional, quienes venían desarrollando el operativo «Oriente», dirigido a encontrar a los autores del secuestro de un empresario. Al día siguiente, Gladys Espinoza fue trasladada a la sede de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), también adscrita a la Policía, y más adelante, tras diversos avatares, fue condenada en el Fuero Militar como autora del delito de traición a la patria, y luego, anulado que fue este proceso, condenada por la jurisdicción ordinaria a 25 años de privación de libertad como autora del delito de terrorismo¹⁵³⁷.

Una primera cuestión que conviene destacar es que, debido a que la CIDH planteó una situación de *estoppel* en razón de que el Estado recién habría alegado ante la Corte la existencia de un régimen de excepción al momento del arresto de la señorita Gonzáles, el Tribunal de San José observó que el Informe de Admisibilidad y Fondo de la Comisión Interamericana, aunque no habló de «suspensión de garantías», sí planteó un debate al respecto como parte del marco fáctico del caso¹⁵³⁸. En particular, la Corte hizo referencia a que el mencionado Informe de la Comisión da cuenta de la constitución del así llamado «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional» y de la existencia de la «legislación antiterrorista» aprobada desde el año 1992¹⁵³⁹. Ello permite inferir que para la Corte Interamericana la existencia de tal Gobierno y tal legislación, signados por la excepcionalidad y la asunción *de facto* de poderes extraordinarios, llevan a considerar la situación como una de Gobierno de crisis o Constitución de emergencia. Sin duda, se trata de una aproximación interesante, aunque infortunadamente la Corte no desarrolla más el punto.

En segundo término, además de reiterar varias consideraciones genéricas acerca del mantenimiento del Estado de Derecho, la aplicabilidad de los principios de necesidad, proporcionalidad y temporalidad, y la existencia de límites a los poderes excepcionales del Ejecutivo, entre otros¹⁵⁴⁰, el Tribunal de San José volvió a citar textualmente los supuestos habilitantes de la suspensión de garantías contenidos en el artículo 27.1 de la CADH¹⁵⁴¹. Lamentablemente, al igual que en el caso de la señora J., la Corte no analizó su contenido y alcance, ni verificó tampoco su cumplimiento en el caso concreto ahora bajo examen¹⁵⁴². La Corte volvió a reparar en que la Comisión y los representantes de las víctimas y sus familiares no arguyeron que al momento de los hechos del caso no estuviera presente una situación que hiciera necesaria la suspensión de los derechos que el Estado derogó,

1537 *Ibíd.*, párrafos 69-100.

1538 *Ibíd.*, párrafo 110.

1539 *Ibíd.*

1540 *Ibíd.*, párrafos 117 y 120.

1541 *Ibíd.*, párrafo 119.

1542 *Ibíd.*

entre los que se encontraba el derecho a ser detenido sólo mediante orden judicial o en delito flagrante¹⁵⁴³.

En cuanto a los aspectos específicos de la detención sufrida por Gladys Gonzáles, la Corte IDH sostuvo que, con prescindencia del motivo y la duración de la misma, toda detención debe ser objeto de adecuado registro, lo que supone documento escrito, con indicación clara de las causas del arresto, la autoridad que la realiza, las circunstancias en que se produce, así como constancia de haberse dado aviso al juez competente que pueda controlar la eventual ilegalidad o arbitrariedad de la privación de la libertad física¹⁵⁴⁴. La Corte observa además que tal deber también está estipulado en una disposición de Derecho interno que no estaba suspendida, a saber, en el artículo 2.20.i de la Carta de 1979, entonces todavía en vigor¹⁵⁴⁵. En consecuencia, valorando la prueba, que demuestra un registro tardío e incompleto, la Corte determinó que el Estado transgredió el derecho de la víctima contemplado en el artículo 7.2 de la CADH¹⁵⁴⁶.

Asimismo, el alto tribunal determinó que la obligación estatal de informar a la señorita Gonzáles de las razones de su detención y de notificarle los cargos conforme a los estándares convencionales, fue incumplida en violación del artículo 7.4 de la CADH, así como en contradicción con el artículo 2.20.h de la Constitución nacional, disposición esta última que no se encontraba suspendida, según anota la Corte¹⁵⁴⁷. Tales estándares convencionales exigían, por cierto, la notificación inmediata y por escrito de las razones de su detención y de los cargos contra ella, los hechos y su base jurídica, en lenguaje sencillo y sin tecnicismos, lo que no ocurrió en el caso concreto¹⁵⁴⁸. La Corte también estimó que la incomunicación de la víctima por aproximadamente tres semanas sin acceso a su familia fue excesiva y supuso una conculcación del derecho a la integridad personal de la señorita Gonzáles, configurando un trato inhumano y degradante contrario a los artículos 5.2 y 5.1 de la CADH¹⁵⁴⁹.

Por otra parte, la Corte de San José se ocupó igualmente de la dilación en presentar a la detenida ante un juez que pudiera ejercer el control jurisdiccional del arresto, a fin de asegurar el derecho de la señorita Gonzáles a no ser privada de la libertad de manera arbitraria. Sobre este punto, la Corte recordó lo establecido en el Caso J., reafirmando que «la inmediata revisión judicial de la detención tiene particular relevancia cuando se apli-

1543 *Ibíd.*, párrafo 121.

1544 *Ibíd.*, párrafo 122.

1545 *Ibíd.*

1546 *Ibíd.*, párrafo 123.

1547 *Ibíd.*, párrafo 127.

1548 *Ibíd.*

1549 *Ibíd.*, párrafos 186-187.

ca a capturas realizadas sin orden judicial», por lo que, pese a reconocer que tal derecho se hallaba suspendido, la Corte aseveró que la suspensión no puede ser tenida por «absoluta» y que, en consecuencia, queda sujeta a control de proporcionalidad en sede jurisdiccional supranacional¹⁵⁵⁰. Como se ve, se trata de un notable avance de orden conceptual y a la vez con efectos prácticos de primera importancia.

Luego la Corte cuestionó el plazo de detención inicial de al menos 30 días que sufrió la señorita Espinoza Gonzáles conforme a la legislación de emergencia antiterrorista, para lo que partió de lo que antes había resuelto en los procesos Castillo Petruzzi y otros, Cantoral Benavides y Caso J¹⁵⁵¹. Como se recordará, en Castillo Petruzzi y otros (y, por remisión a esta causa, en Cantoral Benavides) el alto tribunal había decidido que los aproximadamente 36 días de detención bajo cargo de traición a la patria, hasta la fecha en que las víctimas fueron puestas a disposición del juez, constituyeron un exceso que contravino la Convención, mientras que en el caso de la señora J., yendo aún más allá, aseveró que, aunque el arresto se había practicado bajo suspensión de garantías, contrariaba el principio de proporcionalidad el que la víctima, detenida sin orden judicial bajo sospechas de haber cometido delito de terrorismo, permaneciera detenida al menos 15 días sin supervisión jurisdiccional. Por consiguiente, puesto que estaba demostrado que Gladys Espinoza no fue presentada ante el juez al menos por 30 días, habiéndosele aplicado la misma legislación que en los casos precedentes al atribuírsele el delito de traición a la patria, la Corte Interamericana estimó que eran válidas en su caso las conclusiones a las que arribó en los procesos antes referidos, declarando de manera rotunda que se configuraba una detención arbitraria¹⁵⁵².

Por último, la Corte expuso dos importantes consideraciones. De un lado, ratificó su doctrina anterior y sostuvo que, debido a que la legislación vigente en el momento de los sucesos del caso impedía la interposición de la acción de habeas corpus, el Estado violó también el derecho de la señorita Gonzáles a recurrir ante un juez o tribunal competente sobre la legalidad de su detención¹⁵⁵³. De otro lado, el alto tribunal avanzó en relación al carácter absoluto e inderogable de la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, señalando que tal prohibición «pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional»¹⁵⁵⁴.

El quinto caso del período es «Cruz Sánchez y otros vs. Perú», resuelto por la Corte IDH el 17 de abril de 2015, en el cual la Corte examinó pre-

1550 *Ibíd.*, párrafo 129.

1551 *Ibíd.*, párrafo 132.

1552 *Ibíd.*, párrafo 133.

1553 *Ibíd.*, párrafos 135-136.

1554 *Ibíd.*, párrafo 141.

suntas ejecuciones extrajudiciales de combatientes del MRTA que habrían sido perpetradas al culminar la operación «Chavín de Huántar», todavía en el contexto del conflicto armado interno peruano. Como se sabe, con esta operación las Fuerzas Armadas retomaron el control de la residencia del embajador del Japón en el Perú, capturada, desde el 17 de diciembre de 1996, junto con un elevado número de autoridades y personas civiles, retenidas en condición de rehenes, por un comando terrorista perteneciente al MRTA, que irrumpió en la residencia mientras se celebraba una recepción diplomática en homenaje al natalicio del emperador japonés Akihito¹⁵⁵⁵. El caso plantea de nuevo, como ocurrió con los casos «Neira Alegría y otros» (1995) y «Durand y Ugarte» (2000), la cuestión del uso excesivo de la fuerza letal con violación del derecho a la vida, así como el punto relativo al empleo del Fuero Militar como mecanismo de encubrimiento e impunidad, todo ello bajo un estado de emergencia proclamado oficialmente¹⁵⁵⁶.

Para el objeto de la presente investigación, interesa especialmente que el Tribunal de San José explicita aquí que el derecho a la vida, de acuerdo con el artículo 27.2 de la CADH, integra el «núcleo inderogable» de los derechos y libertades fundamentales, en la medida en que es uno de aquellos derechos que «no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes»¹⁵⁵⁷. No carece de importancia esta anotación de la Corte, a pesar de su obviedad. Más relevante aún, sin embargo, parece ser la puntualización acerca de que las regulaciones convencionales sobre el derecho a la vida mantienen su vigencia y aplicabilidad inclusive durante los conflictos armados, en tanto no cabe su suspensión ni siquiera en circunstancias que son tenidas por «las más apremiantes para la independencia o seguridad de un Estado parte»¹⁵⁵⁸. En fin, el máximo órgano de la jurisdicción regional de derechos humanos reafirma igualmente que la instauración del régimen de excepción constitucional no trae como consecuencia el que las violaciones graves a los derechos fundamentales atribuidas a miembros de las Fuerzas Armadas sean derivadas para su investigación por los tribunales militares¹⁵⁵⁹.

El sexto caso de la tercera etapa es «Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú», resuelto por la Corte IDH el 1 de septiembre de 2015. Los hechos vuelven a ser atroces, puesto que en el marco del conflicto armado interno peruano y bajo estado de emergencia, el 4 de julio de 1991 una

1555 Véase la descripción del contexto y el relato de los hechos, que el alto tribunal da por probados, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, sentencia del 17 de abril de 2015, párrafos 1, 140 y 144-147.

1556 *Ibíd.*, párrafos 44, 160, 189 y 191.

1557 *Ibíd.*, párrafo 257.

1558 *Ibíd.*, párrafo 271.

1559 *Ibíd.*, párrafos 402-404.

patrulla militar incursionó en la comunidad de Santa Bárbara, en ejecución del «Plan Operativo Apolonia», diseñado por el Comando Político-Militar de la zona para «capturar y/o destruir» presuntos terroristas. Los efectivos del Ejército detuvieron en tal ocasión a 14 pobladores, entre ellos siete niños entre 6 meses y 6 años de edad, así como una mujer embarazada. Los detenidos fueron conducidos a una mina abandonada cuyo nombre es «Misteriosa» o «Vallarón», situada en la falda del cerro Huaroto, cerca del río Chulumayo. Tras introducirlos en el socavón, los militares acribillaron a los detenidos con ráfagas de ametralladora y luego hicieron explotar la mina con cargas de dinamita para encubrir el crimen, ciertamente horrendo¹⁵⁶⁰.

En el caso, entre otros aspectos, conviene poner de relieve, a los efectos de la presente investigación, el que la Corte IDH confirma su más avanzada jurisprudencia sobre estado de emergencia y suspensión de garantías, en el sentido que el régimen excepcional no autoriza la privación de libertad arbitraria, y descalifica como contraria a la Convención Americana la acción de las Fuerzas Armadas, las cuales estaban a cargo del orden interno, puesto que el arresto de las víctimas fue «un paso previo para su desaparición»¹⁵⁶¹. La Corte además consideró que la omisión en poner a los detenidos a disposición de la autoridad judicial competente constituyó un evidente «abuso de poder», que, de modo similar a lo ya establecido en el caso Osorio Rivera y familiares, «bajo ningún concepto puede ser entendido como el ejercicio de actividades militares para garantizar la seguridad nacional y mantener el orden público en el territorio nacional»¹⁵⁶².

También cabe mencionar en el caso «Comunidad Campesina de Santa Bárbara» la insistencia del Tribunal de San José en la necesidad de que el habeas corpus opere como una garantía efectiva de protección de los derechos fundamentales de las personas detenidas, aún bajo estado de emergencia. Ello, por cierto, no ocurrió en el caso, razón por la cual la Corte declara la violación del artículo 7.6 de la CADH¹⁵⁶³.

El siguiente caso, «Galindo Cárdenas y otros vs. Perú», es importante porque en él la Corte IDH no sólo ratifica su más fina jurisprudencia reciente en materia de estados de excepción, sino además porque se refiere a varios derechos no suspendidos. El caso versa sobre la detención del vocal provisional de la Corte Superior de Huánuco, Luis Antonio Galindo Cárdenas, por al menos 30 días, a contar desde el 14 de octubre de 1994. En efecto, el señor Galindo Cárdenas fue mantenido bajo detención en el cuartel militar de Yanac, por órdenes del jefe del Comando Político-Militar

1560 Véase el relato de los hechos, que el Tribunal de San José considera probados, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú, sentencia del 1 de septiembre de 2015, párrafos 83 y 89-91.

1561 *Ibíd.*, párrafo 188.

1562 *Ibíd.*

1563 *Ibíd.*, párrafos 230-236.

de la región. El contexto era no sólo el del conflicto armado interno peruano, sino también el de las secuelas del golpe de Estado del presidente Fujimori. Además, la zona se hallaba bajo estado de emergencia, con suspensión de los derechos derogables conforme a la Constitución vigente y con el control del orden interno encomendado a las Fuerzas Armadas¹⁵⁶⁴.

Esta vez, la Corte IDH es más precisa al considerar en su análisis el DS 084-DE/CCFFAA, de prórroga del estado de emergencia en la localidad donde suceden los hechos del caso (*El Peruano*, 10 de octubre de 1994), el cual examina en relación a la Ley 24150 que regula los estados de excepción y otras disposiciones legales pertinentes¹⁵⁶⁵.

Es interesante notar que la Corte IDH, además de reiterar sus doctrinas bien asentadas sobre el mantenimiento del Estado de Derecho durante el régimen de excepción y la posibilidad de que el Estado haga uso entonces de medidas restrictivas especiales, pero siempre con sujeción a límites legales bajo supervisión judicial¹⁵⁶⁶, vuelve a señalar que la suspensión de la libertad personal es solamente limitada o parcial, relativa en el caso concreto únicamente al arresto con orden judicial escrita o en flagrancia, no obstante lo cual no es suficiente la «suspensión de garantías» para validar la permanencia del señor Galindo Cárdenas bajo custodia militar¹⁵⁶⁷. Además, sometiendo a escrutinio el DS 084-DE/CCFFAA, el Tribunal de San José observa que otros derechos no estaban suspendidos, tal como el derecho al registro de la privación de la libertad (artículo 2.24.g de la Constitución de 1993), por lo que hubo detención arbitraria en violación de la CADH¹⁵⁶⁸.

De otro lado, en relación a la suspensión del artículo 2.24.f de la Carta peruana, regulatorio de las «medidas de control judicial de las detenciones», la Corte insistió en que «la suspensión de ciertos derechos no implica que los mismos son completamente inaplicables», de suerte que aun bajo el régimen de excepción se requiere el análisis de la proporcionalidad de las acciones realizadas por las autoridades del Estado¹⁵⁶⁹. La Corte reitera así lo ya establecido en «Caso J. vs. Perú» y en el caso «Espinoza Gonzáles». Es más, la Corte explicitó nuevamente que «el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones» y que «la inmediata revisión judicial de la

1564 Véase la reconstrucción de los hechos del caso, que la Corte estima probados, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú, sentencia del 2 de octubre de 2015, párrafos 93-99 y 117-121.

1565 *Ibíd.*, párrafos 100-107 y 183-189.

1566 *Ibíd.*, párrafo 190.

1567 *Ibíd.*, párrafo 191.

1568 *Ibíd.*, párrafos 193-199.

1569 *Ibíd.*, párrafo 201.

detención tiene particular relevancia cuando se aplica a capturas realizadas sin orden judicial»¹⁵⁷⁰.

A mayor abundamiento, el alto tribunal regional de derechos humanos, invocando nuevamente su doctrina establecida en el caso de la señora J., consideró que en el caso concreto del juez Galindo Cárdenas el Estado se había limitado a hacer «referencias generales» a la «seguridad nacional» y al «orden público», pero omitiendo explicar por qué ello exigía que «la privación de libertad del señor Galindo, durante todo el tiempo que duró, se desarrollara sin el control de órganos con funciones judiciales»¹⁵⁷¹. La Corte consideró que el Estado peruano no había logrado acreditar la «necesidad» de prescindir de la intervención de órganos jurisdiccionales en la privación de libertad del señor Galindo Cárdenas, la misma que por lo tanto resultó arbitraria¹⁵⁷².

Asimismo, el Tribunal de San José señaló que el Decreto Supremo que extendió el estado de emergencia en Huánuco no suspendió los derechos, garantizados por el artículo 7.4 y 8.2, incisos 1 y 2 de la CADH, a que la persona detenida sea informada de las razones de su arresto y a ser notificada por escrito de los cargos¹⁵⁷³. Finalmente, como en casos anteriores, en esta ocasión la Corte también juzgó que se violó el derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente sobre la legalidad de la detención, debido a la «inutilidad» o ineffectividad del habeas corpus¹⁵⁷⁴, así como que la incomunicación de la víctima vulneró su derecho a la integridad personal¹⁵⁷⁵.

El penúltimo caso del período es «Tenorio Roca y otros vs. Perú». La sentencia fue expedida el 22 de junio de 2016 y en ella la Corte IDH reafirma su jurisprudencia reciente en la materia bajo estudio. Es de destacar que la Corte vuelve a construir cuidadosamente el contexto en el que ocurrieron los hechos, el cual estuvo signado, como en casos anteriores, por el conflicto armado interno y las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, entre las que se cuenta la práctica de la desaparición forzada de personas¹⁵⁷⁶.

En especial, el Tribunal de San José acude al Informe Final de la CVR para recalcar que la detención y posterior desaparición forzada de Rigo-berto Tenorio Roca se produjo en momentos en que la provincia ayacu-chana de Huanta se hallaba bajo control de la Marina de Guerra, en virtud

1570 *Ibíd.*, párrafo 202.

1571 *Ibíd.*, párrafo 205.

1572 *Ibíd.*

1573 *Ibíd.*, párrafos 208-212.

1574 *Ibíd.*, párrafos 218-229.

1575 *Ibíd.*, párrafos 241-248.

1576 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tenorio Roca vs. Perú, sentencia del 22 de junio de 2016, párrafos 47-51.

del estado de emergencia sucesivamente prorrogado, con suspensión de garantías constitucionales y control del orden interno encomendado a las Fuerzas Armadas¹⁵⁷⁷. La Corte señala incluso que la provincia de Huanta presentó la mayor cantidad de muertos de todas las provincias del país entre los años 1980 y 1984, siendo que el arresto del señor Tenorio Roca se realizó el 7 de julio de 1984¹⁵⁷⁸.

En cuanto a las consideraciones referidas al estado de excepción, cabe poner de relieve lo sostenido por el alto tribunal interamericano sobre las circunstancias del arresto y el propósito que éste perseguía. Y es que la Corte de San José, como en casos anteriores, parte de anotar que tal detención tuvo lugar por agentes de la Marina de Guerra y de la Policía de Investigaciones del Perú (PIP) durante un estado de emergencia, en el cual se hallaba suspendido el derecho a no ser detenido sin orden judicial o en flagrante delito¹⁵⁷⁹. No obstante, la Corte indicó que la detención se llevó a cabo tras verificar los infantes de Marina el documento de identidad del señor Tenorio Roca y sin que estuviera en relación con una «investigación o causa judicial», por lo que considera que se trató de una «detención selectiva», en consonancia con el *modus operandi* entonces vigente respecto de la desaparición forzada de personas¹⁵⁸⁰.

La Corte también tuvo en cuenta que, más allá de las atribuciones de las Fuerzas Armadas durante el régimen de excepción, el arresto de la víctima «constituyó el paso previo para su desaparición»¹⁵⁸¹. A ello agregó que su conducción a la Base Militar de la Marina, en el Estadio Municipal de Huanta, privado de libertad, sin ser puesto a disposición del juez ni ser registrada debidamente la detención, fue un acto de «abuso de poder» que de ninguna manera califica como «el ejercicio de actividades militares para garantizar la seguridad nacional y mantener el orden público en el territorio nacional», ya que su objeto no era presentarlo ante un juez sino ejecutarlo o favorecer su desaparición forzada¹⁵⁸².

Finalmente, el noveno caso de la tercera fase jurisprudencial, que es objeto de estudio aquí, es «Pollo Rivera y otros vs. Perú». Los hechos se refieren a la detención de Luis William Pollo Rivera, médico de profesión, quien fue arrestado el 4 de noviembre de 1992 en su consultorio de la ciudad de Lima, por miembros de la DINCOTE, unidad de la Policía Nacional especializada en el combate a los grupos subversivos y terroristas¹⁵⁸³. El

1577 *Ibíd.*, párrafos 52-53.

1578 *Ibíd.*, párrafo 54.

1579 *Ibíd.*, párrafo 147.

1580 *Ibíd.*

1581 *Ibíd.*, párrafo 156.

1582 *Ibíd.*, párrafo 157.

1583 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pollo Rivera y otros vs.

contexto general es el reiterado en los casos bajo análisis, esto es, el del conflicto armado interno con uso frecuente y prolongado del estado de emergencia, con suspensión de garantías constitucionales y tareas de control del orden interno encomendadas a las Fuerzas Armadas¹⁵⁸⁴.

La Corte IDH repite una vez más sus consideraciones generales sobre la sujeción del régimen excepcional al Estado de Derecho y a los principios de necesidad y proporcionalidad bajo supervisión judicial¹⁵⁸⁵. Igualmente, el alto tribunal interamericano reitera sus conceptos acerca del «control judicial inmediato» exigido por el artículo 7.5 de la CADH, de suerte de evitar las detenciones ilegales o arbitrarias¹⁵⁸⁶. Vale la pena recalcar, empero, que el Estado peruano alegó que el detenido fue puesto a disposición de una autoridad judicial —del Fuero Militar, sin embargo— «tan sólo seis días después de su detención, dentro de un plazo razonable acorde con la suspensión de garantías»¹⁵⁸⁷. Pese a ello, la Corte hizo notar que las autoridades estatales no acreditaron que hubieran sido realizadas actuaciones fiscales o judiciales desde que se emitió el atestado policial el día 6 de noviembre de 1992 —esto es, dos días después del arresto— y la sentencia dictada por un tribunal militar el 27 de diciembre de aquel año¹⁵⁸⁸. En definitiva, entonces, el tribunal recusó la puesta a disposición meramente formal, sin intervención sustantiva de los órganos del sistema de justicia para salvaguardar los derechos del detenido, en primer lugar, el derecho a la libertad personal, para lo que volvió a acudir al examen de la proporcionalidad de la detención a fin de determinar su eventual ilegalidad o arbitrariedad¹⁵⁸⁹.

De otro lado, la Corte IDH dejó pasar la oportunidad de examinar de manera rigurosa y concienzuda la cuestión relativa a los allanamientos de domicilio que sufrió el señor Pollo Rivera, tanto en su consultorio médico como en su residencia. Sobre el primero, la sentencia sostuvo que no hacía falta su revisión puesto que ya había sido determinado el carácter ilegal de la detención¹⁵⁹⁰. Sobre el segundo allanamiento o registro domiciliario, la Corte simplemente aseveró, de manera superficial, que «no han sido presentados suficientes elementos para determinar que el Estado incurriera en violación del artículo 11.2 de la Convención»¹⁵⁹¹.

Perú, sentencia del 21 de octubre de 2016, párrafo 32.

1584 *Ibíd.*, párrafos 27-29 y 99.

1585 *Ibíd.*, párrafo 100.

1586 *Ibíd.*, párrafos 103 y 108.

1587 *Ibíd.*, párrafo 105.

1588 *Ibíd.*

1589 *Ibíd.*, párrafos 106-107.

1590 *Ibíd.*, párrafo 117.

1591 *Ibíd.*, párrafo 118.

6. EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, LA OBSERVACIÓN GENERAL No 29 Y LOS INFORMES PERIÓDICOS DE PERÚ

La Observación General No 29, emitida por el Comité DD. HH. de las Naciones Unidas el 31 de agosto de 2001 —esto es, apenas unas semanas antes de los ataques terroristas contra las Torres Gemelas en Nueva York y otros lugares en Estados Unidos de América¹⁵⁹²—, tiene una gran importancia por lo que se refiere al esclarecimiento del contenido y alcance de las disposiciones recogidas en el artículo 4 del PIDCP. Es de lamentar, desde luego, que este instrumento, que vino a reemplazar a la muy escueta Observación General No 5, expedida en el año 1981, no aportara elementos para determinar cuándo existe una emergencia y en particular cuál es el umbral de severidad que ha de alcanzarse para instaurar el gobierno de crisis de conformidad con el artículo 4.1 del Pacto Internacional. No obstante, la Observación General No 29 indica, a manera de ejemplo, algunos casos que pueden justificar el empleo de la cláusula derogatoria, tales como «una catástrofe natural, una manifestación en gran escala con incidentes de violencia, o un accidente industrial de grandes proporciones»¹⁵⁹³.

El nuevo pronunciamiento de carácter genérico que hace el Comité DD. HH. sobre los estados de excepción trae una serie de consideraciones de enorme valor para ayudar a los Estados Partes del Pacto a entender el régimen excepcional y la manera adecuada de aplicar los principios y reglas que lo definen. En tal sentido, ha de tenerse en cuenta, ante todo, su naturaleza «excepcional y temporal», la cual está ligada al cumplimiento de dos requisitos esenciales, a saber, que las circunstancias excepcionales hagan peligrar la vida de la nación y que el Estado proclame oficialmente la emergencia¹⁵⁹⁴. Esto último se juzga fundamental para poder mantener los principios de legalidad e imperio de la ley «cuando son más necesarios»¹⁵⁹⁵. Y es que, por apremiante que sea la situación, los Estados deben respetar el marco constitucional y la ley, mientras que a la vez corresponde al Comité DD. HH. «vigilar que las leyes pertinentes faciliten y garanticen el cumplimiento del artículo 4»¹⁵⁹⁶.

De otro lado, es importante que el Comité DD. HH. haya señalado que «no todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional

1592 Véase Sarah Joseph, «Human Rights Committee: General Comment 29», *op. cit.*, p. 81; Richard Burchill, «When Does an Emergency Threaten the Life of the Nation? Derogations from Human Rights Obligations and the War on International Terrorism», *op. cit.*, p. 112.

1593 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), Observación General No 29, «Estados de emergencia» (artículo 4), *op. cit.*, párrafo 5.

1594 *Ibíd.*, párrafo 2.

1595 *Ibíd.*

1596 *Ibíd.*

que ponga en peligro la vida de la nación», de acuerdo a la exigencia del artículo 4.1 del PIDCP¹⁵⁹⁷. Ello tiene relevancia especial frente al uso indebido de los estados de excepción ante casos de protesta popular o manifestaciones ciudadanas contra industrias extractivas, como ocurre en el país. De hecho, al expresar su preocupación ante la suspensión de derechos decretada por algunos Estados o al constatar que el Derecho interno permite en ocasiones dicha suspensión en «situaciones no contempladas en el artículo 4», el Comité cita las observaciones finales formuladas al tercer Informe Periódico presentado por el Perú en el año 1996¹⁵⁹⁸.

Una consideración significativa que trae la Observación General No 29 es la relativa al principio de proporcionalidad, en la medida en que el Comité del Pacto proyecta su alcance no sólo sobre la esfera de las medidas que se adopte en el marco de la emergencia, sino inclusive sobre la naturaleza misma de la crisis¹⁵⁹⁹. Al respecto, el Comité especifica que el requisito convencional de «medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación» (artículo 4.1 del PIDCP) se vincula con los ámbitos temporal, geográfico y material del estado de excepción, lo mismo que con cualquier disposición excepcional aplicada en virtud de la emergencia¹⁶⁰⁰.

Más interesante aún, si cabe, es que la Observación General No 29 distingue entre «suspensión» de algunas obligaciones previstas en el Pacto y las «restricciones o limitaciones» admitidas en «circunstancias normales» según diversos artículos del tratado internacional¹⁶⁰¹. El Comité anota con perspicacia que, pese a esta diferencia, la sujeción de las suspensiones al criterio de necesidad en cada situación concreta es expresión del principio de proporcionalidad, el cual rige también en los casos de limitaciones en situación de normalidad¹⁶⁰². Se sigue de ello igualmente que la justificación de la suspensión y de las medidas adoptadas a su amparo son diferentes e independientes¹⁶⁰³. Inclusive los derechos inderogables, si bien no pueden ser suspendidos, sí aceptan la posibilidad de limitaciones o restricciones (ordinarias) justificadas, como resulta claro en el caso de la libertad de profesar la propia religión o de expresar las creencias (artículo 18.3 del

1597 *Ibíd.*, párrafo 3 y nota 1. Véase también Richard Burchill, «When Does an Emergency Threaten the Life of the Nation? Derogations from Human Rights Obligations and the War on International Terrorism», *op. cit.*, p. 112.

1598 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), Observación General No 29, «Estados de emergencia» (artículo 4), *op. cit.*, párrafo 2.

1599 Véase Scott P. Sheeran, «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics», *op. cit.*, p. 530.

1600 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), Observación General No 29, «Estados de emergencia» (artículo 4), *op. cit.*, párrafo 4.

1601 *Ibíd.*

1602 *Ibíd.*

1603 *Ibíd.*, párrafos 4 y 7.

PIDCP)¹⁶⁰⁴. Empero, el corolario más importante de las consideraciones del Comité sobre la cuestión de la proporcionalidad es, quizá, que en la práctica ningún artículo del Pacto, aunque sea válida su suspensión, será «completamente inaplicable» a la conducta del Estado que hace uso de la cláusula derogatoria¹⁶⁰⁵.

El Comité DD. HH. señala, para mayor precisión, que por lo común la introducción de límites ordinarios sobre los derechos será suficiente, de suerte que las exigencias de la situación no justificarían una suspensión, como puede ocurrir por ejemplo en el caso de la libertad de circulación (artículo 12 del PIDCP) y en el de la libertad de reunión (artículo 21 del PIDCP)¹⁶⁰⁶. Debe repararse en que los ejemplos proporcionados por el Comité aluden a dos de los derechos susceptibles de suspensión durante el estado de emergencia previsto en el artículo 137.1 de la Constitución peruana de 1993. El Comité DD. HH., por lo demás, señala que tanto los Estados como él mismo deben hacer un «análisis minucioso» en relación a cada artículo del PIDCP que se vea concernido, análisis que debe basarse en una «evaluación objetiva» de los hechos¹⁶⁰⁷.

Sobre los derechos inderogables, la Observación General No 29 trae también aportes valiosos, en particular, al extender la lista de los derechos que han de considerarse como no susceptibles de suspensión, o también al precisar aspectos o dimensiones inderogables de los derechos suspendibles, como sucede, en este último caso, con el derecho a la no discriminación¹⁶⁰⁸. De otra parte, el Comité DD. HH. hace una diferenciación al interior de la categoría de derechos inderogables, indicando, de un lado, que existen derechos no suspendibles que vienen reconocidos como «normas imperativas de Derecho Internacional», tales como los derechos consagrados en los artículos 6 y 7 del Pacto (derecho a la vida y derecho a estar libre de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), y, de otro lado, que existen también aquellos otros derechos que «nunca será necesario suspender» durante un estado excepcional, como son el derecho a no sufrir prisión por deudas y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículos 11 y 18 del Pacto, respectivamente)¹⁶⁰⁹.

Es de destacar desde luego que, para el Comité de Derechos Humanos de la ONU, entre los derechos cuya suspensión está vedada por el Derecho Internacional Humanitario o por el carácter de normas imperati-

1604 *Ibíd.*, párrafo 7.

1605 *Ibíd.*, párrafo 4. Véase también Sarah Joseph, «Human Rights Committee: General Comment 29», *op. cit.*, p. 86;

1606 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), Observación General No 29, «Estados de emergencia» (artículo 4), *op. cit.*, párrafo 5.

1607 *Ibíd.*

1608 *Ibíd.*, párrafo 8.

1609 *Ibíd.*, párrafo 11.

vas de Derecho Internacional se hallan, entre otros, «la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia»¹⁶¹⁰. Se trata de una consideración muy importante que viene a coincidir, como ha sido indicado en la presente investigación, con el desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte IDH, tanto en sus Opiniones Consultivas como en sentencias emitidas en casos contenciosos seguidos contra el Estado peruano.

Más aún, el Comité DD. HH. cita lo que denomina «casos ilustrativos» de disposiciones del Pacto que no han sido consideradas de manera expresa como no susceptibles de derogación, y que, sin embargo, a juicio del Comité, «no pueden ser objeto de suspensión legítima con arreglo al artículo 4». Tales casos son los siguientes:

- 1) El derecho del detenido a ser tratado humanamente y con respeto a su dignidad, previsto en el artículo 10 del PIDCP, pues se trata de una norma de Derecho Internacional general.
- 2) Las prohibiciones de tomar rehenes, de los secuestros o, de gran relevancia en el caso peruano, de la detención no reconocida, ya que derivan de normas de Derecho Internacional general que imponen el «carácter absoluto» de tales prohibiciones.
- 3) La protección de los derechos de personas pertenecientes a minorías.
- 4) El desplazamiento forzado de personas dentro o fuera del país en el que se hallan de manera legítima, por constituir un crimen de lesa humanidad. De aquí deriva, en consecuencia, que el derecho legítimo a suspender la libertad de circulación por el territorio durante un estado de emergencia no puede en ningún caso justificar el desplazamiento forzado.
- 5) La prohibición de la propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, contemplada en el artículo 20 del Pacto Internacional.
- 6) La obligación de proporcionar recursos efectivos ante cualquier violación del Pacto, por ser una «obligación inherente al Pacto».
- 7) El otorgamiento de garantías procesales de carácter judicial, a fin de no erosionar la protección de los derechos no susceptibles de suspensión, incluyendo determinados elementos del derecho a un juicio imparcial. También queda comprendido como inderogable, junto a otros elementos, el derecho a acceder a un tribunal que

1610 *Ibíd.* Véase también Sarah Joseph, «Human Rights Committee: General Comment 29», *op. cit.*, pp. 90-91; Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*, *op. cit.*, p. 259.

decida sin demora sobre la legalidad de una detención, de cualquier clase que ella sea¹⁶¹¹.

Como se puede apreciar, la Observación General No 29 constituye un avance significativo que en cierto modo consolida una evolución conceptual y práctica que tiene su punto de partida en los trabajos preparatorios de los instrumentos del DIDH (CEDH, PIDCP y CADH) y que se expresa asimismo en los esfuerzos doctrinales de los estudiosos del estado de excepción y en el desarrollo de la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales. Esta tarea amplia y compleja de diversos actores, sostenida a lo largo del tiempo, encuentra así plasmación en un documento que compendia buena parte del progreso en la protección internacional de los derechos humanos durante los estados de emergencia, justo poco antes de que el mundo experimentara el dramático cambio que trajeron los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en suelo estadounidense.

Como quiera que fuere, también debe ser mencionado aquí que los pronunciamientos del Comité DD. HH. sobre los Informes Periódicos presentados por las autoridades del Perú en cumplimiento del artículo 40 del PIDCP incidieron, entre otros aspectos, en aquellos vinculados a los estados de excepción. En tal sentido, a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1993, el Estado peruano presentó tres Informes Periódicos (1996, 2000 y 2013). Sobre el tercer Informe Periódico (del año 1996), el Comité expresó su preocupación por el desconocimiento del artículo 4 del Pacto debido a que los derechos protegidos por el instrumento internacional «han sido y siguen siendo sometidos a restricción sin que se satisfagan los requisitos para dicha suspensión»¹⁶¹².

Cuatro años más tarde, en ocasión del examen del cuarto Informe Periódico del Perú (del año 2000), el Comité señaló que, junto a otras noticias alentadoras que acompañaban la transición democrática posterior a la caída del régimen del presidente Alberto Fujimori, acogía con satisfacción «la supresión de las zonas declaradas en situación de emergencia en el territorio nacional»¹⁶¹³.

1611 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), Observación General No 29, «Estados de emergencia» (artículo 4), *op. cit.*, párrafos 13-16. También Sarah Joseph, «Human Rights Committee: General Comment 29», *op. cit.*, pp. 91-95.

1612 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), «Observaciones Finales al Tercer Informe del Estado de Perú», en *Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, *op. cit.*, párrafo 11, p. 447.

1613 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), «Observaciones Finales al Cuartor Informe del Estado de Perú», en *Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, *op. cit.*, párrafo 4, p. 434.

Finalmente, y de sumo interés por su mayor cercanía no sólo temporal, sino especialmente temática con la realidad actual de los estados de excepción en el país, es necesario reparar en los comentarios y recomendaciones formulados por el Comité DD. HH. en la oportunidad de revisar el quinto Informe Periódico presentado por el Perú en el año 2013. Y es que esta vez el Comité aborda dos características que distinguen el empleo de los regímenes de excepción por el Estado peruano, esto es, su utilización como mecanismo para enfrentar las «protestas sociales» y el «uso excesivo y desproporcionado de la fuerza, incluido el uso de armas letales», por parte de las fuerzas del orden en relación a protestas sociales, en ciertos casos con pérdida de vidas humanas¹⁶¹⁴.

En tal sentido, el Comité muestra su preocupación por «la frecuencia con que el Estado parte ha declarado estados de emergencia y suspendido los derechos consagrados en el Pacto, incluso en relación con protestas sociales, teniendo en cuenta que las suspensiones solo deben ocurrir en situaciones verdaderamente excepcionales»¹⁶¹⁵. Asimismo, el órgano de control del Pacto expresa alarma por la existencia de «denuncias de graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante los estados de emergencia, como detenciones arbitrarias, asesinatos y torturas», lamentando la «falta de información concreta del Estado parte sobre las medidas específicas adoptadas en virtud de tales suspensiones (arts. 4, 6, 7 y 9)»¹⁶¹⁶.

En consecuencia, el Comité DD. HH. insta al Estado peruano a «limitar el recurso a los estados de emergencia y velar por el estricto respeto de los derechos humanos consagrados en el Pacto y por el cumplimiento sistemático de todas las condiciones establecidas en el artículo 4 del Pacto», así como a cuidar que las denuncias de graves violaciones de los derechos fundamentales cometidas en el marco de los estados de emergencia sean investigadas de manera pronta y eficaz, de tal suerte que los responsables «comparezcan ante la justicia»¹⁶¹⁷.

1614 Véase Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.), Observaciones Finales sobre el Quinto Informe Periódico del Perú (documento CCPR/C/PER/CO/5, del 29 de abril de 2013), párrafos 15 y 16..

1615 *Ibíd.*, párrafo 15.

1616 *Ibíd.*

1617 *Ibíd.*

CAPÍTULO 7

LA DIMENSIÓN EMPÍRICA:

LOS DECRETOS SUPREMOS Y RESOLUCIONES SUPREMAS SOBRE ESTADO DE EMERGENCIA

1. LA METODOLOGÍA

Una forma de aproximarse a la dimensión empírica de la problemática del estado de emergencia en el Perú, desde una perspectiva jurídico-constitucional, es emprender el estudio de los Decretos Supremos y Resoluciones Supremas que determinan su aplicación y contienen las regulaciones fundamentales a las que el régimen excepcional queda sometido en la práctica. Para los efectos de la presente investigación, se ha elaborado dos Bases de Datos con las indicadas disposiciones legales¹⁶¹⁸.

La Base de Datos I comprende los años 1980 a 1992, esto es, el período central de la guerra interna o conflicto armado interno que padeció el Perú al desencadenarse el fenómeno subversivo y terrorista que acompañó, trágicamente, el retorno a la democracia constitucional tras el Gobierno Militar de los generales Velasco Alvarado y Morales Bermúdez Cerruti. La Base de Datos II, más breve y más cercana al presente, abarca los años 2013 a 2017, es decir, años del postconflicto y de un nuevo proceso de democratización del país, luego de la aparatosa caída del régimen autoritario de Alberto Fujimori, envuelto en un escándalo de gran corrupción.

La selección de los períodos indicados se debe al propósito de indagar si existen líneas de continuidad entre uno y otro, o si, más bien, se observan cambios relevantes a lo largo del tiempo. Como se verá, en diversos aspectos esenciales, las deficiencias detectadas con la Base de Datos I se mantienen en los Decretos y Resoluciones que corresponden a la Base de Datos II. Aunque la Base de Datos II es más reducida que la Base de Datos I, ella es lo bastante amplia como para permitir apreciaciones seguras sobre una realidad que tiende a permanecer en el tiempo, aunque las circunstancias cambien.

1618 En el diseño de las Bases de Datos, la búsqueda y recopilación de las fuentes normativas (Decretos Supremos y Resoluciones Supremas) participaron, como asistentes, Marco Rodríguez, Gonzalo Monge, Margarita Romero, Joseline Pérez y Alonso Hidalgo, a quienes expreso mi agradecimiento. La responsabilidad del análisis, sin embargo, es enteramente mía.

Ambas Bases de Datos contienen todos los Decretos Supremos y Resoluciones Supremas publicados en el diario oficial *El Peruano*, relativos al estado de emergencia regulado en el artículo 231.a de la Constitución de 1979 y en el artículo 137.1 de la Carta de 1993. Este material será alojado en el repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú¹⁶¹⁹, a disposición de los investigadores y de toda persona interesada, lo que permitirá también tareas de verificación y control del análisis. Para el trabajo de organización y sistematización de la información, he elaborado cuadros que pudieran facilitar la tarea de estudio y análisis, los cuales también estarán disponibles en el mencionado Repositorio.

2. LOS AÑOS DE LA GUERRA INTERNA (1980-1992)

2.1. Los inicios de la guerra interna (1980-1982)

Panorama general

- 1) Los tres primeros años comprendidos en la Base de Datos I coinciden casi completamente con el primer período de la guerra interna o conflicto armado interno identificado por la CVR, el del «inicio de la violencia armada». Dicho período va de mayo de 1980 hasta diciembre de 1982, esto es, desde el primer acto de terrorismo cometido por Sendero Luminoso en Chuschi (Cangallo, Ayacucho) hasta la decisión adoptada por el presidente Belaunde de que las Fuerzas Armadas enfrenten el desafío senderista en Ayacucho¹⁶²⁰.

En los dos primeros años del período total cubierto por la Base de Datos I (años 1980 y 1981) sólo hay 5 Decretos Supremos relativos a estados de emergencia, mientras que en el tercer año (1982) la cifra se eleva considerablemente, llegando a 29.

Continuidad entre el Gobierno Militar y la democracia

Ahora bien, es significativo que los dos primeros Decretos Supremos sean anteriores al inicio de la lucha armada por Sendero Luminoso (17 de mayo de 1980¹⁶²¹), como también que sean emitidos por el Gobierno Militar en las postrimerías del mandato del

1619 Véase el «Portal de datos abiertos» en el sitio web de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú: <http://biblioteca.pucp.edu.pe/recursos-electronicos/repositorios-pucp/>.

1620 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo I, p. 96.

1621 *Ibíd.*, p. 97; Gustavo Gorriti, *Sendero: Historia de la guerra milenaria en el Perú*, op. cit., p. 43.

presidente Morales Bermúdez, esto es, antes del nuevo régimen democrático del presidente Belaunde Terry. Queda sugerida o perfilada, entonces, una línea de continuidad en el empleo del estado de emergencia entre el régimen *de facto* de las Fuerzas Armadas (1968-1980) y la nueva democracia que se inaugurará en julio de 1980, línea de continuidad que se ve reforzada por el frecuente recurso al estado de excepción durante el propio proceso constituyente que condujo a la aprobación de la Carta Fundamental de 1979, como testimonian los Diarios de los Debates de la Asamblea Constituyente.

Alteraciones del orden público durante el Gobierno Militar

Esos dos primeros Decretos Supremos (DS 001-80-IN [*El Peruano*, 6 de febrero de 1980] y DS 002-80-IN [*El Peruano*, 27 de febrero de 1980]) se refieren a un problema de «alteraciones del orden público» ocurrido en la ciudad del Cusco, aunque no hay referencias específicas a los hechos que permitan apreciar su gravedad. Es claro, sin embargo, que no se trata del fenómeno de la subversión senderista, el cual se desencadenaría poco después. El primer Decreto Supremo proclama el estado de emergencia, mientras que el segundo lo levanta o cesa.

A lo largo de todo el tiempo cubierto por las dos Bases de Datos elaboradas en el marco de la presente investigación, se mantendrá la práctica de utilizar el estado de excepción para controlar o someter manifestaciones de descontento político-social —a menudo, se trata de protestas de naturaleza laboral o, sobre todo en las últimas décadas, de movilizaciones de protesta social y contra industrias extractivas—, sin que exista verdadera justificación para la adopción de tal medida.

- 2) Debe destacarse que el DS 001-80-IN, que inaugura la Base de Datos I, prevé que un oficial de las Fuerzas Armadas asumirá el «mando político-militar», de lo que puede apreciarse que la institución del «Comando Político-Militar», que posteriormente regulará la Ley 24150 (*El Peruano*, 7 de junio de 1985), proviene de esta práctica anterior al restablecimiento del orden democrático en el año 1980. Por otra parte, el DS 001-80-IN establece el plazo máximo de 30 días permitido por el artículo 70 de la Constitución de 1933, entonces vigente, el cual invoca. Asimismo, sólo suspende las «garantías» previstas en los artículos 56, 61 y 62 de la Carta Fundamental, es decir, las garantías relativas a la prohibición de arresto arbitrario, la inviolabilidad del domicilio y el derecho de reunión pacífica y sin armas. En cambio, deja intangibles las garantías contenidas en

los artículos 67 y 68 (derecho a libre tránsito por el territorio de la República y derecho a no ser deportado). El que la suspensión no alcanzara a todos los derechos permitidos por la Constitución parece corroborar que el problema que dio origen a la declaración de emergencia en la provincia del Cusco no era tan agudo, lo que se ve reforzado por el levantamiento del estado excepcional antes del vencimiento del plazo señalado.

Una incoherencia en que incurre el DS 001-80-IN es que su parte considerativa señala que los problemas de orden público han sucedido «en la ciudad del Cuzco», pese a lo cual su artículo 1 declara el estado de emergencia en toda la provincia del Cusco (no sólo en la ciudad del mismo nombre). Sin duda, un descuido importante, puesto que se adoptaban medidas represivas de excepción que afectaban derechos fundamentales.

Debe advertirse igualmente que el DS 001-80-IN declara un «estado de emergencia», a pesar de que tal institución no es reconocida en la Constitución de 1933, en aquel momento formalmente en vigor. En efecto, como se sabe, el artículo 70 de la Carta de 1933 regulaba la «suspensión de garantías» constitucionales; será recién la Carta de 1979 la que introducirá el «estado de emergencia» y el «estado de sitio» como modalidades del «régimen de excepción» (artículo 231).

- 3) En lo que atañe al DS 002-80-IN, publicado veintiún días después de la proclamación de la emergencia en la provincia de Cusco (*El Peruano*, 27 de febrero de 1980), varios rasgos llaman la atención. Primero, como ya se mencionó, se levanta el estado excepcional antes del vencimiento del plazo establecido, el cual era, como también ha sido indicado, de 30 días. Segundo, el cese del estado de emergencia se hace mediante una declaración formal de «derogación» del Decreto Supremo que lo instauró. Tercero, la justificación para esta decisión es muy general, escueta e insuficiente, señalando la norma apenas que «han variado las circunstancias que motivaron la expedición del Decreto Supremo 001-80-IN».

Estado de emergencia por desastres naturales al inicio del segundo belaundismo

- 4) En el año 1981, ya bajo el segundo gobierno del arquitecto Belaunde Terry, solo hubo tres Decretos Supremos que declararon el estado de emergencia. Es de notar que los dos primeros (DS 018-81-PCM [*El Peruano*, 13 de mayo de 1981] y DS 0021-81-PCM [*El Peruano*, 16 de mayo de 1981]) fueron motivados por desastres naturales (lluvias y sismos, respectivamente). Así, puede

apreciarse que la práctica de proclamar estados de emergencia por razones vinculadas con catástrofes naturales es muy antigua, aparece al inicio mismo del período cubierto por la Base de Datos.

Ahora bien, debe repararse en algunas características específicas de estos Decretos Supremos. Ante todo, ellos no invocan el artículo 231.a de la Constitución de 1979 entonces en vigor, relativo al «estado de emergencia» como modalidad del «régimen de excepción», sino que mencionan como fundamento constitucional el artículo 211.20 de la Carta, que regula, más bien, la adopción de «medidas extraordinarias en materia económica y financiera» (antecedente de los actuales Decretos de Urgencia). Al parecer, por esta misma razón los indicados Decretos Supremos no establecen la duración del estado que declaran, ni suspenden garantías o derechos constitucionales, ni, finalmente, señalan nada sobre la institución a cargo del orden interno (de lo que se deduce, por cierto, que continúa en manos de la Policía). No obstante, los mencionados Decretos Supremos declaran «estados de emergencia».

Primer estado de emergencia por subversión en Ayacucho

- 5) En el mes de octubre de 1981, el Gobierno del presidente Belaunde proclama por primera vez el estado de emergencia como medida excepcional para hacer frente a la amenaza subversiva y terrorista de Sendero Luminoso. Se trata de un hito en la historia del estado de emergencia constitucional en el Perú. En efecto, el DS 026-81-IN (*El Peruano*, 13 de octubre de 1981) introdujo el estado de emergencia en cinco provincias ayacuchanas: Huanta, La Mar, Huamanga, Cangallo y Víctor Fajardo, por 60 días, y suspendió las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, el derecho de reunión y la libertad de tránsito en el territorio de la República (todas las que la Constitución permite suspender bajo estado de emergencia). Sin embargo, el control del orden interno se mantuvo en manos de la Policía, excluyéndose (todavía) la intervención de las Fuerzas Armadas.

Hasta entonces, el Gobierno se había resistido a usar el estado de emergencia constitucional. Tras los atentados en Lima del 31 de agosto de aquel año, el presidente de la Cámara de Diputados, Luis Pércovich, del partido gobernante, sostuvo que podría «decretarse el estado de emergencia, en vista de que las previsiones adoptadas no han dado resultado». Sin embargo, el ministro del Interior, José María de la Jara, replicó de inmediato que «de ninguna manera se declarará el estado de emergencia», opinión que fue respaldada

por Luis Bedoya Reyes, líder del Partido Popular Cristiano (PPC), aliado del Gobierno¹⁶²². Esta determinación no pudo sostenerse, empero, por mucho tiempo, como acaba de verse.

La proclamación del primer estado de emergencia por terrorismo tuvo por causa inmediata el ataque senderista al puesto policial de Tambo (La Mar), perpetrado por unos 50 subversivos el 11 de octubre de 1981 y en el que murieron un policía y dos civiles, a la vez que fueron arrebatadas diversas armas oficiales y liberados cuatro detenidos¹⁶²³.

- 6) Desde el punto de vista de su contenido jurídico, el DS 026-81-IN tiene serias deficiencias. Además de su justificación demasiado parca y genérica, desprovista de datos circunstanciados que demuestren que el país enfrentaba una «amenaza existencial», el Decreto carece de regulaciones detalladas sobre los poderes de excepción a ejercer. El Decreto apenas deja establecido el ámbito territorial comprendido por la disposición, su duración, la suspensión de las «garantías» constitucionales y el mantenimiento de la labor del Ministerio del Interior (es decir, la exclusión de los militares en el control del orden interno).

Nada se dice de los órganos competentes que reciben los poderes extraordinarios, ni de los planes que deberán ser implementados. Tampoco se introduce medios de protección especial de los derechos fundamentales de las personas, ni mecanismos de remediación de eventuales abusos. Además, y ciertamente de especial importancia, el DS 026-81-IN no establece principios, formas y procedimientos para una adecuada dirección política de las acciones por las autoridades civiles y democráticas durante la emergencia. En fin, el Decreto Supremo no estipula reglas sobre la rendición de cuentas y los mecanismos de control. Por consiguiente, los poderes extraordinarios a ser ejercidos para conjurar la emergencia contaban con un margen de discrecionalidad demasiado amplio. Se inaugura así una mala práctica constitucional que, por desgracia, se mantendrá en sus rasgos esenciales a todo lo largo del tiempo cubierto por las dos Bases de Datos (doce y cinco años, respectivamente).

1622 Véase las declaraciones de Pércovich, de la Jara y Bedoya, citadas en Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), *Violencia Política en el Perú 1980-1988* (Lima: DESCO, 1989, Tomo I), p. 71.

1623 *Ibíd.*, p. 73. Véase también Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 154-155; Gustavo Gorriti, *Sendero: Historia de la guerra milenaria en el Perú*, *op. cit.*, pp. 229-231.

Cifras generales del año 1982 y estados de emergencia por desastres naturales

- 7) Durante el año 1982, hubo 29 Decretos Supremos de estados de emergencia, de los cuales 7 (24.1%) estuvieron motivados por desastres naturales de diferente tipo y en diversos lugares. Otros 17 Decretos Supremos (58.6%) se relacionaban con el problema subversivo planteado por Sendero Luminoso, mientras los restantes 5 (17.2%) tenían que ver con problemas definidos como de alteración del orden público.

Los decretos relativos a desastres naturales siguieron la misma tónica marcada por los dos promulgados en el año 1981, es decir, instauraron «estados de emergencia», pero invocaron como fundamento legal el artículo 211.20 de la Constitución, no el artículo 231.a de la misma. Igualmente, mantuvieron indeterminado el plazo de duración y no regularon los aspectos vinculados con el estatus de los derechos fundamentales y con el rol de las fuerzas del orden. Representaron casi la cuarta parte de todos los Decretos Supremos de declaración de emergencia de aquel año 1982, debido a que se había desatado ya el «Fenómeno del Niño», el cual alcanzaría máxima expresión al año siguiente¹⁶²⁴.

Ingreso de las Fuerzas Armadas a la zona de emergencia de Ayacucho y comarcas aledañas

- 8) En cuanto al desafío subversivo planteado por Sendero Luminoso, la respuesta del Estado peruano durante 1982 se mostró todavía reticente y vacilante, hasta que al final del año el presidente Belaunde Terry decidió el ingreso de las Fuerzas Armadas a la zona de emergencia de Ayacucho y comarcas aledañas. De ese modo marcó el paso al segundo período del «conflicto armado interno», el de su «militarización», según el Informe Final de la CVR¹⁶²⁵. Así, al cesar hacia mediados de diciembre de 1981 los efectos del primer Decreto de estado de emergencia declarado en cinco provincias del departamento de Ayacucho, quedó restablecida la normalidad constitucional por varios meses, en consonancia con el deseo del Gobierno de evitar la medida extrema de acudir al

1624 Véase Lorenzo Huertas Vallejos, *Injurias del Tiempo: Desastres Naturales en la Historia del Perú* (Lima: Universidad Ricardo Palma, 2009), pp. 251-252; Comisión de la Verdad y Reconciliación, «Cronología 1978-2000» (Anexo 1), en *Informe Final* (Lima: CVR, 2003), pp. 70 y 82.

1625 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo I, p. 105.

régimen de excepción constitucional. Sin embargo, el estado de emergencia fue declarado nuevamente, esta vez en todo el departamento de Ayacucho, mediante Decreto Supremo 004-82-IN (*El Peruano*, 4 de marzo de 1982), con suspensión de las cuatro garantías constitucionales previstas en el artículo 231.a de la Constitución, por el plazo de 60 días, sin regulaciones idóneas, aunque con el mantenimiento del orden interno a cargo del Ministerio del Interior.

La justificación jurídica fue otra vez muy escueta, genérica e insuficiente. No obstante, mencionó que se había levantado el estado de emergencia proclamado en el último trimestre del año anterior, pese a lo cual prosiguieron los «actos terroristas», con un «rol más creciente» y con «irreparables pérdidas de vidas y daños a la propiedad fiscal y particular», por lo que se tornaba imperativo reimplantar el régimen de excepción constitucional.

Aunque el DS 004-82-IN no lo reconoce expresamente, es claro que su expedición fue la respuesta del Estado peruano a la toma de la cárcel de Huamanga por un destacamento de senderistas que liberó a 247 de sus camaradas, entre ellos Edith Lagos e Hildebrando Pérez Huarancca. Se trató de una operación militar de gran impacto, realizada el 2 de marzo, en la que murieron dos guardias republicanos y diez militantes de Sendero Luminoso¹⁶²⁶.

La emergencia se extendió a las provincias de Andahuaylas (Apurímac) y Angaraes (Huancavelica) antes de cumplirse un mes. También fueron suspendidos allí los cuatro derechos fundamentales previstos en el literal «a» del artículo 231 de la Constitución, pero se mantuvo el control del orden interno en manos del Ministerio del Interior y el plazo fue de tan solo 30 días (DS 006-82-IN [*El Peruano*, 27 de marzo de 1981]).

Luego de esto y a lo largo del año 1982, hubo ceses, nuevas instauraciones y prórrogas del estado de emergencia, con distinto alcance territorial y diversos plazos, principalmente en las provincias de Ayacucho y en menor medida en alguna provincia de Apurímac y Huancavelica. Hasta que, finalmente, el Gobierno decidió que la situación había llegado a ser tan delicada que ameritaba ordenar el ingreso de las Fuerzas Armadas, como efectivamente dispuso mediante el DS 068-82-IN (*El Peruano*, 30 de diciembre de 1982). El DS 068-82-IN marca también un hito —como su antecesor, el DS 026-81-IN, de octubre del año anterior— al disponer un cam-

1626 Véase Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), *Violencia Política en el Perú 1980-1988*, Tomo I, *op. cit.*, p. 78. Véase también Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 102-103 y 155; Gustavo Gorriti, *Sendero: Historia de la guerra milenaria en el Perú*, *op. cit.*, pp. 281-284.

bio decisivo en la estrategia de lucha contra la subversión, pues la intervención de las Fuerzas Armadas, preparadas profesionalmente para la guerra, daría lugar a un enorme número de víctimas de violaciones graves de los derechos humanos en las zonas del conflicto (véase el acápite 1.4.1, *supra*). Las localidades bajo excepción fueron ahora: las provincias de Huanta, La Mar, Cangallo, Víctor Fajardo y Huamanga, en el departamento de Ayacucho; la provincia de Andahuaylas, en el departamento de Apurímac; y la provincia de Angaraes, en el departamento de Huancavelica. Es decir, el conjunto de provincias de Ayacucho, Apurímac y Huancavelica que durante el año habían ido quedando comprendidas en los Decretos Supremos de estado de emergencia. Se configuró así una inicial zona de emergencia relacionada con el fenómeno subversivo desatado por Sendero Luminoso.

El detonante de la decisión presidencial de ordenar el ingreso de las Fuerzas Armadas para enfrentar a la subversión senderista fue en esta ocasión el asesinato de Walter Wong Gutiérrez, director del Instituto Nacional de Cultura de Ayacucho, ocurrido en su despacho oficial de la ciudad de Huamanga el 21 de diciembre de aquel año 1982. Cinco días más tarde, el presidente de la República dio un ultimátum a los senderistas para que se entreguen a las autoridades dentro de las próximas 72 horas, el cual fue desestimado mediante un comunicado aparecido al día siguiente en *El Diario*, órgano de prensa de filiación senderista¹⁶²⁷.

La función asignada a la corporación militar fue, de conformidad con el texto constitucional, únicamente la de reemplazar a las fuerzas policiales en las labores de mantenimiento del «orden interno». Una función acotada y que no incluía, al menos no de modo literal y expreso, el desempeño de funciones de naturaleza política o de gestión administrativa global (que implicarían, por ejemplo, la subordinación de otras autoridades y órganos del poder público). La fórmula, de apariencia neutral e inofensiva, recogida en el artículo 2 del Decreto, fue la siguiente: «Las Fuerzas Armadas asumirán el control del orden interno en las provincias antes mencionadas». Un rasgo curioso y ciertamente significativo del DS 068-82-IN es que, seguramente por descuido, omite regular la situación de los derechos constitucionales, de manera que no incluye una cláusula

1627 Véase Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), *Violencia Política en el Perú 1980-1988*, Tomo I, *op. cit.*, p. 90. Véase también Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 104-105; Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú, *En honor a la verdad*, *op. cit.*, p. 48; Gustavo Gorriti, *Sendero: Historia de la guerra milenaria en el Perú*, *op. cit.*, pp. 424-425.

de suspensión de los mismos¹⁶²⁸. Visto el detalle a la distancia de los años transcurridos, parece una cruel ironía el que no se haya previsto una suspensión expresa de derechos constitucionales en el momento en que los militares ingresaron a Ayacucho, Apurímac y Huancavelica para combatir a Sendero Luminoso, ya que, como se sabe, desde entonces arreciarían de manera brutal los crímenes contra los derechos fundamentales de las personas en las zonas de emergencia.

En términos formales, sin embargo, los cuatro derechos fundamentales previstos en el artículo 231.a de la Constitución estuvieron suspendidos con el siguiente alcance temporal: en Huanta, hasta el 27 de diciembre (DS 048-82-IN [*El Peruano*, 26 de octubre de 1982]); en La Mar, Cangallo y Andahuaylas, hasta el 8 de enero de 1983 (DS 049-82-IN [*El Peruano*, 7 de noviembre de 1982]); en Víctor Fajardo, hasta el 14 de enero de 1983 (DS 052-82-IN [*El Peruano*, 13 de noviembre de 1982]); y en Huamanga, hasta el 21 de enero de 1983 (DS 056-82-IN [*El Peruano*, 20 de noviembre de 1982]). Desde el cese de la vigencia de estas disposiciones, y hasta la entrada en vigor del DS 003-83-IN (*El Peruano*, 26 de febrero de 1983), los derechos constitucionales indicados no estuvieron formalmente bajo régimen de suspensión constitucional.

Estado de emergencia por alteración del orden público en 1982: conflictos laborales o sociales

- 9) Una mención especial merece la expedición en el año 1982 de los cinco Decretos Supremos cuyo motivo fue la presunta alteración del orden público. Tres de ellos instauraron el estado de emergencia en diversas provincias (Contumazá, en el departamento de Cajamarca; Pasco, en el departamento del mismo nombre; y Yauli, en el departamento de Junín, respectivamente), mientras los dos restantes lo levantaron en Pasco y Yauli.

El fraseo de estas disposiciones sugiere que la verdadera causa fue la existencia de conflictos laborales o sociales que pudieran provocar «agitación y alarma», y aún quizá suponer la realización de «actos de fuerza» (¿paralizaciones de trabajadores, movilizaciones de protesta?) En consecuencia, el Gobierno acudió al estado de emergencia sin que se configurara alguna de las causales previstas en el artículo 231.a de la Constitución.

La inexistencia de una verdadera «amenaza existencial» se ve corroborada por la brevedad del plazo estipulado para la declaración

1628 Al respecto, véase también César Landa, *Base de Datos sobre Estados de Emergencia en el Perú* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995), p. 124.

de emergencia en las zonas mineras de Pasco y Yauli —en Contumazá, al parecer también por error, se dejó indeterminada la duración del estado de emergencia (DS 057-82-IN [*El Peruano*, 20 de noviembre de 1982])—, así como por el mantenimiento del control del orden interno a cargo del Ministerio del Interior. Pese a ello, el Gobierno determinó que en los tres casos referidos quedaban suspendidas las garantías relativas a los cuatro derechos incluidos en el artículo 231.a de la Constitución, es decir, se adoptaba la medida más severa posible sobre la esfera de los derechos fundamentales conforme a la Carta constitucional.

Primer estado de emergencia en Lima y Callao: ¿vinculación entre conflictos laborales y acciones subversivas?, ¿emergencias de naturaleza preventiva?

- 10) También merece un comentario especial la instauración del estado de excepción en la provincia de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao por primera vez mediante el DS 036-82-IN (*El Peruano*, 21 de agosto de 1982). El Poder Ejecutivo dispuso la suspensión de todos los derechos constitucionales derogables y estableció un plazo de 60 días, pero mantuvo al Ministerio del Interior en la tarea de control del orden interno.

Dos rasgos llaman la atención en la justificación de esta primera declaración del estado de excepción en Lima y Callao. En primer lugar, la conexión que hace entre hechos originados por atentados cometidos por Sendero Luminoso y actos realizados por trabajadores en el marco de «conflictos laborales». En efecto, el Decreto Supremo 036-82-IN, además de referirse a atentados contra la propiedad pública y privada y contra servicios esenciales, invoca un eventual daño a la economía y a la imagen internacional del país. Estas referencias, inexistentes en los otros casos vinculados con la subversión senderista y, más bien, similares a las incluidas en los Decretos de excepción por alteración del orden público, se entienden mejor a la luz de las declaraciones prestadas por el primer ministro, Manuel Ulloa, quien manifestó creer que «existe coordinación o coincidencia» entre los atentados terroristas y los «conflictos laborales», aludiendo con ello a la huelga de los trabajadores de construcción civil y otras¹⁶²⁹.

En segundo lugar, es de notar que el DS 036-82-IN consigna una pretendida naturaleza «preventiva» en relación a uno de los territorios comprendidos en la disposición: «...es necesario prevenir

1629 Véase Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), *Violencia Política en el Perú 1980-1988*, Tomo I, *op. cit.*, p. 86; Comisión de la Verdad y Reconciliación, «Cronología 1978-2000» (Anexo 1), en *Informe Final*, *op. cit.*, p. 65.

la realización de hechos análogos en la Provincia Constitucional del Callao». Para ello, sin embargo, no ofrece ninguna justificación especial sobre inminencia y gravedad del presunto peligro que suponga una (ciertamente necesaria) interpretación especial del artículo 231 de la Constitución de 1979.

Esta naturaleza «preventiva» del estado de emergencia, sin adecuada fundamentación, se observa igualmente en los Decretos Supremos que instauran el estado excepcional en Contumazá, Pasco y Yauli por alegadas alteraciones del orden público (DS 057-82-IN [*El Peruano*, 20 de noviembre de 1982]; DS 058-82-IN [*El Peruano*, 27 de noviembre de 1982]; DS 059-82-IN [*El Peruano*, 27 de noviembre de 1982], respectivamente). También se invoca la finalidad de «prevenir» la comisión de actos terroristas en la reinstauración del estado de emergencia en la provincia ayacuchana de Huamanga hecha mediante DS 043-82-IN (*El Peruano*, 22 de septiembre de 1982), pero en esta oportunidad la parte considerativa del Decreto sí menciona la comisión previa de «actos delictivos de carácter terrorista» en la mencionada provincia.

2.2. Los años de la militarización del conflicto (1983-1986)

Panorama general

- 1) El segundo período comprendido en la Base de Datos I abarca los años que el Informe Final de la CVR considera como los de la «militarización del conflicto». Sus hitos demarcatorios son, de un lado, el ingreso de las Fuerzas Armadas a las provincias ayacuchanas, apurimeñas y huancavelicanas asoladas por el flagelo subversivo de Sendero Luminoso a inicios de 1983, y de otro lado, la terrible «matanza de los penales», perpetrada por las fuerzas del orden los días 18 y 19 de junio de 1986¹⁶³⁰.

Un hecho relevante acaecido en parte a fines del período anterior y en parte en los años centrales de este segundo período es que, entre los años 1982 y 1984, el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) da inicio a sus acciones insurgentes¹⁶³¹.

Asimismo, entre los años 1983 y 1986, el Perú asiste al primer relevo del presidente y del Congreso de la República mediante elecciones libres, tras el retorno de la democracia en 1980. En efecto, el arquitecto Belaunde Terry completa su segundo mandato presidencial (1980-1985) y el abogado Alan García Pérez resulta ungido

1630 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo I, pp. 99, 105 y 109.

1631 *Ibíd.*, Tomo II, pp. 384-387, y Tomo I, p. 107. Véase también Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú, *En honor a la verdad*, op. cit., p. 78.

por el voto popular, asumiendo la primera magistratura del país el 28 de julio de 1985.

En lo que se refiere al marco normativo de los estados de excepción, en las postrimerías del Gobierno de Belaunde el Parlamento aprobó la Ley 24150 (*El Peruano*, 7 de junio de 1985). La ley «establece las normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, en todo o en parte del territorio, de conformidad con los Artículos 231 y 275 de la Constitución Política del Estado» (artículo 1).

- 2) Una consideración especial merece el año 1983, un año crucial debido al ingreso de las Fuerzas Armadas a la «región sur central» del país (Ayacucho, Apurímac y Huancavelica) para combatir a Sendero Luminoso¹⁶³². En dicho año, que puede ser estimado como fundacional en relación a varios aspectos de la práctica constitucional peruana sobre estados de emergencia, el Gobierno expidió 21 Decretos Supremos que los declaraban, prorrogaban o cesaban. De ellos, 7 (33.3%) tuvieron por causa desastres naturales, en tanto 11 (52.4%) estuvieron motivados por la subversión senderista y 3 (14.3%) por problemas que pueden ser asociados genéricamente a perturbaciones del orden público.

El «Fenómeno del Niño» de 1983 y los primeros estados de emergencia por desastres naturales fundados en el artículo 231 de la Constitución

El intenso y dramático «Fenómeno del Niño» de aquel año, con su secuela de enorme destrucción y daños personales y materiales, provocó la declaración de estados de emergencia en diversas partes del territorio nacional. En general, no hay modificaciones respecto de lo que aquí se ha señalado para los años anteriores, es decir, tampoco los Decretos por desastre natural emitidos en 1983 se fundamentan en el artículo 231.a de la Constitución, ni prevén una duración determinada del estado excepcional que instauran, ni disponen la suspensión de los derechos constitucionales, ni regulan de manera expresa la institución a la que corresponde el control del orden interno (por lo que se entiende que sigue a cargo de la Policía).

La única salvedad es el caso del departamento de Lima (DS 005-83-IN [*El Peruano*, 10 de marzo de 1983]), en el cual se estipula un plazo reducido, de tan sólo 4 días, y se establece la suspensión de las garantías constitucionales de la libertad de tránsito, del de-

¹⁶³² Sobre la conformación de esta «región sur central» durante la época de la violencia política, véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo I, p. 249.

recho de reunión y del derecho a no ser arrestado arbitrariamente (quedó intocado el derecho a la inviolabilidad del domicilio, es de presumir que debido a no ser necesario afectarlo para enfrentar la particular emergencia producida). A la vez, el DS 005-83-IN ordenó el trabajo conjunto de las Fuerzas Armadas y la Policía, al disponer que «las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales asegurarán el libre tránsito en las carreteras que convergen a la Capital de la República» (artículo 2).

Asimismo, es de observar que el fundamento normativo constitucional invocado no es, como en los casos similares vistos hasta aquí, el artículo 211.20 de la Carta, sino el artículo 231, esto es, el referido al «régimen de excepción», en su modalidad de «estado de emergencia». En cuanto a este último punto, también la declaración del estado de emergencia en la provincia de Contumazá (Cajamarca) invocó el artículo 231 de la Constitución como apoyo normativo para la proclamación de un estado de emergencia motivado por una catástrofe natural (DS 066-83-PCM [*El Peruano*, 20 de agosto de 1983]). Se trata, pues, de los primeros casos en los que se usa el régimen de excepción constitucional para hacer frente a desastres naturales.

Inicio de la práctica de prórrogas sucesivas

- 3) En lo que se refiere a los Decretos originados por el fenómeno subversivo, el año 1983 vio el inicio de la nefasta práctica de las prórrogas sucesivas del estado de emergencia en las provincias de Ayacucho, Apurímac y Huancavelica. En efecto, cada dos meses, de manera puntual, el Gobierno emitió sendos Decretos Supremos extendiendo la excepción constitucional proclamada en diciembre de 1982, para hacer frente a Sendero Luminoso con el máximo rigor permitido por la Carta Fundamental, a saber, por el plazo de 60 días, con suspensión de todas las garantías susceptibles de ser suspendidas y, en especial, con el control del orden interno a cargo de las Fuerzas Armadas.

La justificación esgrimida para estas renovaciones continuas del régimen de excepción se caracterizó por su parquedad e insuficiencia, aludiendo en términos genéricos a la permanencia o subsistencia de actos violentos y terroristas generados por grupos armados. Estos rasgos de los Decretos Supremos fueron invariables a lo largo del año bajo examen, afirmando una tendencia que se consolidaría en los años sucesivos. El DS 043-83-IN (*El Peruano*, 23 de agosto de 1983) y el DS 054-83-IN (*El Peruano*, 22 de octubre de 1983), sin embargo, mencionaron además que la violencia subversiva y terrorista continuaba a pesar de las medidas adoptadas con vistas a su «total erradicación».

Ampliación territorial de la zona de emergencia

Además de la «permanencia de la excepción» a lo largo del año, se produjo también la paulatina ampliación territorial de la zona de emergencia constituida a fines de 1982 en torno a Ayacucho. Así, en enero de 1983, mediante DS 001-CCFA-PE-DI (*El Peruano*, 16 de enero de 1983), se incluyó a la provincia de Tayacaja en el ámbito geográfico del DS 068-82-IN (*El Peruano*, 30 de diciembre de 1982), cuyo carácter fundacional ya ha sido puesto de relieve. En febrero, fue incorporada la provincia huancavelicana de Aco-bamba (DS 003-83-IN [*El Peruano*, 26 de febrero de 1983]). En octubre, fueron añadidos los distritos de Querobamba y Cabana, de la provincia ayacuchana de Lucanas (DS 054-83-IN [*El Peruano*, 22 de octubre de 1983]). En diciembre, se comprendió a toda la provincia de Lucanas y a la provincia de Huancavelica (departamento de Huancavelica) dentro de la zona de emergencia (DS 061-83-IN (*El Peruano*, 21 y 23 de diciembre de 1983]).

De esta manera, un año después de que se constituyera la zona de emergencia en torno a Ayacucho, en la cual comenzó a operar la Fuerza Armada para combatir a la subversión senderista, dicho ámbito geográfico había crecido. Ya no comprendía sólo las 7 provincias iniciales (5 en Ayacucho, una en Apurímac y una en Huancavelica), sino que abarcaba ahora 11 provincias en los mismos 3 departamentos (6 provincias en Ayacucho, una en Apurímac y 4 en Huancavelica).

El mando político-militar de las Fuerzas Armadas

- 4) Cabe resaltar la pronta aparición del concepto de «mando político-militar» en los Decretos Supremos que proclamaron o prorrogaron los estados de emergencia en torno a Ayacucho. Si bien, el DS 001-CCFA-PE-DI (*El Peruano*, 16 de enero de 1983), ya referido, al extender el estado de emergencia a la provincia de Tayacaja (Huancavelica), indicó que «las Fuerzas Armadas asumirán el control del orden interno de dicha zona» (artículo 2), el siguiente DS 003-83-IN (*El Peruano*, 26 de febrero de 1983), que renueva la excepción en toda la zona y la amplía geográficamente, emplea la expresión «control político-militar» (artículo 2).

Con ello, el DS 003-83-IN da a entender con claridad que la tarea encomendada a la corporación militar no es sólo la de cautelar el orden interno (una tarea meramente policial), sino que su mandato incluye el ejercicio de potestades de naturaleza política. Se trataba, por cierto, de un exceso que iba más allá de lo previsto en la Constitución, la cual estatúa el carácter «no deliberante» de las Fuerzas

Armadas (y de las Fuerzas Policiales) y su subordinación al «Poder Constitucional» (artículo 278 de la Carta Fundamental de 1979).

La misma cláusula concerniente al «mando político-militar» de las Fuerzas Armadas fue incluida en todos los Decretos Supremos que luego se refirieron al estado de emergencia en Ayacucho, Apurímac y Huancavelica en dicho año 1983 (en total, 6 Decretos más).

Primeros estados de emergencia de alcance nacional, campaña electoral municipal

- 5) El año 1983 trajo también los primeros estados de emergencia de alcance nacional bajo la Constitución de 1979, esto es, después de la restauración del régimen democrático, formalmente determinada por la asunción del cargo de presidente de la República por el arquitecto Belaunde Terry el 28 de julio de 1980. Dos veces fue proclamado el estado de excepción en «toda la República», la primera a fines de mayo (DS 022-83-IN [*El Peruano*, 31 de mayo de 1983]) y la segunda, a inicios de agosto (DS 036-83-IN [*El Peruano*, 4 de agosto de 1983]).

Los dos Decretos Supremos exhibieron justificaciones someras. El DS 022-83-IN sostuvo que «se viene repitiendo casos de sabotaje con la finalidad de interrumpir el servicio eléctrico interconectado de la República» [sic], por lo que había de realizarse «un vasto operativo para capturar a los culpables y evitar la repetición de tales acciones, que afectan el orden público y la economía del país». A su turno, el DS 036-83-IN, junto con aludir a la persistencia de actos violentos y de sabotaje en los «servicios esenciales interconectados en toda la República», añadió una razón de índole política, como era el deber gubernativo de adoptar las medidas que habían de permitir el desarrollo de la campaña electoral municipal con vistas a los comicios a realizarse en el mes de noviembre de ese año 1983.

Esta razón, sin embargo, no incidió sobre el régimen de los derechos fundamentales —fueron suspendidos los cuatro derechos susceptibles de suspensión conforme al texto constitucional—, sino que determinó que el Gobierno encomendara al Ministerio del Interior dictar «las medidas pertinentes que permitan el desenvolvimiento de las actividades políticas con motivo de las próximas elecciones municipales» (artículo 2). Venía a ser, en consecuencia, una suerte de democracia electoral endeble, sujeta a régimen de excepción constitucional y bajo tutela policial, la cual se expresaría también mediante el ejercicio de potestades normativas sobre la esfera de derechos fundamentales de naturaleza política.

En ambos casos, la duración prevista fue la máxima de 60 días y, como se acaba de decir, se suspendió las cuatro garantías susceptibles de suspensión conforme al artículo 231.a de la Constitución. Más bien, llama la atención que ninguno de los dos Decretos Supremos que declararon el estado de emergencia a nivel de todo el país estipulara nada acerca de la institución que estaría a cargo del control del orden interno. Esta omisión, empero, significa que se mantenía la situación ordinaria, es decir, la responsabilidad de la Policía en el desempeño de esta tarea primordial.

De otro lado, si bien el DS 036-83-IN definió su acción como una «prórroga», lo cierto es que, en rigor legal, ya había cesado el estado de emergencia nacional instaurado mediante el DS 022-83-IN (sus efectos caducaron el 1 de agosto). En consecuencia, debe entenderse que el DS 036-83-IN instauró (o, si se prefiere, reinstauró), no prorrogó, el estado de emergencia en toda la República. Hubo varios días entre uno y otro estado de emergencia nacional en que se restableció plenamente, desde el punto de vista jurídico formal, el régimen de la normalidad constitucional.

El error cometido por el Gobierno al emitir el DS 036-83-IN podría ser revelador de un descuido que dejó involuntariamente sin cobertura constitucional el accionar de las fuerzas del orden en todos aquellos lugares que no contaban con disposiciones normativas de excepción constitucional específicas.

Como acaba de indicarse, el primer estado de emergencia nacional vio extinguirse sus efectos sin que hubiese al respecto pronunciamiento oficial de las autoridades públicas. En cambio, en el caso del estado de emergencia declarado mediante DS 036-83-IN, el Ejecutivo determinó dejarlo «sin efecto» mediante el artículo 1 del DS 046-83-IN (*El Peruano*, 10 de septiembre de 1983), esto es, mediante un acto explícito de levantamiento del estado de excepción. Es posible que el deseo de la autoridad estatal de resaltar públicamente el pleno restablecimiento de la democracia constitucional, sobre todo tras un estado de emergencia de alcance nacional, estuviese a la base de esta acción que no era la habitual entonces ni lo sería posteriormente.

Estados de emergencia por alteración del orden público: conflictos laborales y acción en la capital

- 6) Durante el año 1983 también fueron emitidos tres Decretos Supremos de emergencia constitucional motivados por supuestas alteraciones del orden público. Así, el DS 016-83-IN (*El Peruano*, 29 de abril de 1983) declaró el estado de emergencia en el departamento

de Puno, pero lo hizo sólo por 4 días, con suspensión parcial de los derechos fundamentales susceptibles de ser suspendidos (el Decreto no suspendió la garantía relativa a la inviolabilidad del domicilio) y determinó que las Fuerzas Armadas y la Policía trabajarían juntas para superar la amenaza identificada.

Dos aspectos merecen ser destacados en el DS 016-83-IN. De un lado, su parte considerativa incluye como justificación material —junto a la justificación formal consistente en invocar el artículo 231 de la Constitución— la existencia de una pretendida «ilegal paralización de labores en el Departamento de Puno», por medio de la cual «se ha perturbado el orden en el Distrito de Yunguyo e intentado extender la agitación a otros lugares». Este único considerando sustantivo del Decreto muestra el uso, ciertamente indebido, del estado de emergencia frente a conflictos laborales ordinarios.

El segundo aspecto remarcable del DS 016-83-IN es que no sólo estipula el trabajo conjunto de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales, sino que en cierto modo sujeta éste a la dirección política de las autoridades democráticas: «la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales prestarán todo su apoyo a la autoridad política para el cumplimiento del presente dispositivo» [sic] (artículo 2). Es significativa esta previsión, ya que contrasta con lo estipulado en el caso de los Decretos Supremos relativos a la intervención de la corporación militar en la zona de emergencia configurada para combatir la subversión de Sendero Luminoso. En efecto, en las provincias de Ayacucho, Apurímac y Huancavelica no se indica de manera explícita la subordinación de las Fuerzas Armadas a las autoridades políticas democráticas, sino que, por el contrario, como ya se ha indicado, se establece o se reconoce un «mando político-militar» contrario al orden constitucional. De cualquier modo, la previsión del artículo 2 del DS 016-83-IN es inusual y su solitario ejemplo no sería seguido en los años venideros.

- 7) Los otros dos Decretos Supremos sobre un estado de emergencia causado por presuntos problemas de orden público tuvieron por ámbito territorial el departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao. Así, el año 1983 vio también declararse, por segunda vez desde el restablecimiento de la democracia en julio de 1980, el régimen de excepción constitucional en la sede del poder político, económico y social del país. Al igual que en el caso de Puno, la duración prevista en el DS 020-83-IN (*El Peruano*, 26 de mayo de 1983) era de apenas 4 días y se preveía igualmente el trabajo conjunto de la Fuerza Armada y la Policía, pero en esta ocasión sí se suspendía todas las garantías constitucionales susceptibles de suspensión.

En cuanto a la justificación material, es relevante que se invoque la producción de «actos de indisciplina en una parte del personal de tropa de las Fuerzas Policiales», ya que ningún elemento del propio Decreto deja ver que se trataba de una «amenaza existencial». Más bien, el DS 021-83-IN (*El Peruano*, 27 de mayo de 1983), al levantar la emergencia proclamada el día anterior, especificó que el problema que causó la declaración del régimen de excepción había sido «las incidencias de un reclamo policial sobre haberes». Es decir, se trataba de un conflicto laboral, si bien en la institución encargada del mantenimiento del orden público.

Por otra parte, el DS 020-83-IN confirió poderes normativos a la máxima instancia de dirección de la corporación militar: «El Comando Conjunto de la Fuerza Armada dictará las disposiciones pertinentes de acuerdo con los planes previstos para estas circunstancias» (artículo 3).

En fin, debe mencionarse que el DS 021-83-IN cesó los efectos del estado de emergencia en el departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao antes del vencimiento del plazo estipulado (era de cuatro días y se levantó luego del primer día). La fundamentación para ello es nuevamente tan genérica como escueta e insuficiente: «Que habiéndose cumplido el propósito...». Para el levantamiento de la excepción constitucional se utiliza nuevamente la figura de la derogación. Por último, el DS 021-83-IN señala que el Gobierno autorizó el patrullaje de las Fuerzas Armadas en Lima, de suerte que, según afirma, quedó asegurado a plenitud el orden público, lo que contó, a tenor del Decreto, con «la apreciada y serena colaboración de la ciudadanía».

Años 1984-1986: aspectos generales

- 8) Durante los años sucesivos (1984, 1985 y 1986) de este segundo período en que quedan agrupados los Decretos Supremos de la Base de Datos I, la situación se mantiene más o menos similar a la comentada respecto del año inicial de 1983. Como lineamientos generales, puede destacarse los siguientes: primero, habiendo remitido el «Fenómeno del Niño», los Decretos Supremos por desastres naturales disminuyen de manera considerable (1, equivalente al 5.3%, en 1984; 2, equivalentes al 9.5%, en 1985; y ninguno en el año 1986). Segundo, los Decretos Supremos causados por el fenómeno subversivo y terrorista de Sendero Luminoso conservan sus rasgos principales perfilados en el año previo de 1983: prórrogas continuas, no debidamente justificadas, con el máximo rigor permitido por la Constitución, y con paulatina ampliación territorial.

Tercero, se vuelve a proclamar el estado de emergencia varias veces a nivel nacional, así como en el ámbito de Lima y Callao. Tampoco se observa una adecuada justificación jurídica para ello. En cuarto lugar, se aprecia un rasgo parcialmente distinto presente en los años 1984 a 1986, por contraste respecto del precedente año 1983, y es que se emplea nuevamente como justificación de los correspondientes Decretos Supremos la realización de presuntas alteraciones del orden público, pero ya no sólo frente a problemas laborales y movilizaciones de protesta. Además de esto, ocurre en varios casos que la causa de la declaración o de la extensión temporal del régimen de excepción constitucional no surge del texto del Decreto, o que el motivo parece estar vinculado al fenómeno de la subversión senderista (aunque la literalidad de los considerandos normativos no es clara), pese a lo cual se usa un fraseo alusivo a meras perturbaciones del orden público. Quizá este rasgo responda al deseo del Ejecutivo de restar importancia al desafío subversivo, a fin de evitar en lo posible que se intensificara la alarma y zozobra que provocaba el terrorismo entre la ciudadanía.

- 9) En el año 1984, se emitió un total de 19 Decretos Supremos. De entre ellos, hubo uno solo (5.3%) que estuvo motivado por desastres naturales, mientras que hubo 12 (63.1%) causados por actos terroristas y 6 (31.6%) que pueden ser clasificados como concernientes de modo genérico a asuntos de orden público. En el año 1985, los Decretos Supremos relativos a estados de emergencia fueron 21 y tuvieron la siguiente distribución, considerando los motivos de su expedición: 2 (9.5%) corresponden a desastres naturales y 19 (90.5%) fueron originados por acciones subversivas o terroristas, mientras no hubo ningún caso que pudiera ser asociado en términos genéricos con perturbaciones del orden público. Durante 1986, el último año de este segundo período de clasificación de los Decretos Supremos de la Base de Datos I, hubo 18 Decretos Supremos. Entre ellos no aparecen dispositivos legales motivados en la ocurrencia de catástrofes naturales, en tanto los provocados por la insurgencia senderista fueron 7 (38.9%) y los vinculados con alteraciones del orden público como causa genérica se incrementaron de manera notable, llegando a ser 11 (61.1%).

Decretos de emergencia por desastres naturales: naturaleza preventiva e imprecisión territorial

- 10) De los tres Decretos relacionados con desastres naturales emitidos entre 1984 y 1986, vale la pena detenerse en el DS 087-84-PCM (*El*

Peruano, 15 de diciembre de 1985). Dos son las razones para ello. De un lado, es de notar su naturaleza «preventiva», ya que su parte considerativa señala que «con la finalidad de minimizar los daños que pudieran generarse en la próxima temporada de lluvias, es necesario ejecutar obras de prevención en la Cuenca del Río Rímac». De otro lado, llama la atención la imprecisión y falta de rigor técnico con la que se refiere al ámbito territorial sobre el que recae. En efecto, su artículo 1 enuncia lo siguiente: «Declárase en estado de emergencia la Cuenca del Río Rímac, a partir del km. 77 de la Carretera Central hasta la desembocadura del citado río».

Prórrogas sucesivas y ampliación territorial en la región sur central

- 11) A lo largo de todo el trienio 1984-1986, el Gobierno emitió puntualmente los Decretos Supremos de prórroga continua del estado de emergencia en la «región sur central» constituida por aquellas provincias de los departamentos de Ayacucho, Apurímac y Huancavelica asoladas por la subversión de Sendero Luminoso. Los 18 Decretos expedidos repitieron las características establecidas durante el año anterior: hablaron en términos vagos de la subsistencia de acciones de violencia y subversión, suspendieron todos los derechos permitidos constitucionalmente, fijaron el plazo máximo de 60 días y encomendaron a las Fuerzas Armadas el control del orden interno, refiriéndose expresamente al «Control o Mando Político-Militar» de la zona de emergencia (salvo en un caso, en el que la referencia fue indirecta: DS 003-85-IN [*El Peruano*, 8 de febrero de 1985], por remisión al DS 065-84-IN).

De otro lado, el ámbito territorial de esta zona de emergencia original siguió extendiéndose a lo largo del trienio bajo examen. De nuevo hubo diversas instauraciones, prórrogas y ceses, que no hace falta reseñar en detalle, pero con una clara tendencia general hacia la ampliación del área bajo régimen de excepción constitucional. En tal sentido, a fines de 1986, las comarcas comprendidas en dicha área eran las siguientes (DS 035-86-IN [*El Peruano*, 29 de noviembre de 1986]):

- i) Provincias de Cangallo, Huamanga, Huanta, La Mar, Víctor Fajardo, Huancasancos, Viscashuamán y Sucre (departamento de Ayacucho).
- ii) Provincias de Acobamba, Angaraes, Castrovirreyna, Huancavelica, Tayacaja, Huaytará y Churcampá (departamento de Huancavelica).
- iii) Provincia de Chincheros (departamento de Apurímac).

- iv) Provincias de Huaycabamba, Huamalíes, Dos de Mayo y Ambo (departamento de Huánuco).

Como se puede ver, al concluir el período 1983-1986, ha aumentado de manera notoria el número de provincias bajo estado de emergencia en los tres departamentos originales. Estas provincias son ahora 16 (8 en Ayacucho, 7 en Huancavelica y 1 en Apurímac). A ellas se añaden 4 provincias de Huánuco que son también incluidas en el DS 035-86-IN. En consecuencia, de las 7 provincias en 3 departamentos a inicios de 1983, se ha pasado a 20 provincias en 4 departamentos a fines de 1986¹⁶³³.

Una modificación formal: Decretos comprehensivos de diversas zonas de emergencia. No invocación de Ley 24150

También debe indicarse, en relación a los estados de emergencia en Ayacucho y comarcas aledañas, que el cambio de Gobierno, producido el 28 de julio de 1985, dio lugar a una modificación formal en los Decretos Supremos de prórroga del estado de emergencia en la mencionada circunscripción. En efecto, a partir del DS 042-85-IN (*El Peruano*, 8 de agosto de 1985), emitido ya bajo el mandato del presidente Alan García Pérez, se inaugura la práctica de incluir en un solo dispositivo legal las diversas renovaciones del estado de emergencia vigente en distintas zonas del territorio nacional. Así, además de las habituales provincias ayacuchanas, huancavelicanas y apurimeñas, el DS 042-85-IN incluyó la provincia de Tocache, en San Martín, el departamento de Huánuco, con excepción de las provincias de Puerto Inca y Pachitea, y la provincia de Daniel Alcides Carrión, en Pasco.

Igual de significativo es el silencio de los Decretos Supremos referidos a Ayacucho y comarcas aledañas en cuanto a la recientemente aprobada Ley 24150, la cual entró en vigor el 8 de junio de 1985. En efecto, ninguno de estos Decretos Supremos invocó como fundamento normativo la mencionada ley, regulatoria precisamente de las atribuciones de las Fuerzas Armadas al hacerse cargo del control del orden interno bajo régimen de excepción.

1633 Aunque no debe perderse de vista que diversas provincias eran de reciente creación —por ejemplo, la provincia de Chincheros, en Apurímac (DS 010-84-IN [*El Peruano*, 17 de marzo de 1984]; las provincias de Huancasancos y Vilcashuamán, en Ayacucho (DS 054-84-IN [*El Peruano*, 13 de octubre de 1984]); la provincia de Churcampa, en Huancavelica (DS 003-85-IN [*El Peruano*, 8 de febrero de 1985]); la provincia de Sucre, en Ayacucho (DS 029-86-IN [*El Peruano*, 2 de octubre de 1986])—, lo cierto y objetivo es que fueron paulatinamente incluidas en las declaraciones de emergencia, aumentando el número de provincias bajo estado de excepción constitucional.

La omisión ya es observable en los últimos Decretos de emergencia emitidos por el Gobierno de Fernando Belaunde para distintas zonas (dictó cuatro entre el 7 y el 27 de julio de 1985) y se mantuvo en los restantes Decretos relativos a problemas de terrorismo en otras localidades del país, mediante los que se dispuso la intervención de las Fuerzas Armadas durante lo que restaba del período de cuatro años bajo análisis.

Expansión territorial del estado de emergencia

- 12) Entre los años 1984 y 1986, el estado de emergencia también se extendió a otras localidades ubicadas fuera de la región sur central integrada por Ayacucho, Huancavelica y Apurímac (a la que habían sido añadidas las provincias de Huaycabamba, Huamalíes, Dos de Mayo y Ambo, del departamento de Huánuco, como ha sido indicado en el anterior punto 11).

La expansión del fenómeno subversivo y terrorista de Sendero Luminoso a otros escenarios regionales durante este período, la cual fue provocada en parte por la intensidad de la violencia desatada en la región sur central con el ingreso de las Fuerzas Armadas a la zona del conflicto¹⁶³⁴, dio lugar a la instauración y prórroga del estado de emergencia en nuevas circunscripciones del territorio nacional. Crecía, pues, el ámbito territorial de la «anormalidad constitucional» en el Perú, a la vez que se prolongaba en el tiempo, configurando el fenómeno de la «normalización de la emergencia». El primero de los nuevos sitios específicos bajo régimen de excepción constitucional motivado en la insurgencia senderista, fue el conformado por el departamento de Huánuco y la provincia de Mariscal Cáceres, en el departamento de San Martín. Así, el DS 052-84-IN (*El Peruano*, 7 de octubre de 1984), enlazando con un estado de emergencia nacional anterior (DS 040-84-IN [*El Peruano*, 7 de agosto de 1984]), prorrogó el régimen excepcional únicamente en los lugares indicados. Lo hizo por 60 días, suspendiendo todos los derechos susceptibles de ser suspendidos y ratificando a las Fuerzas Armadas en el ejercicio del «mando Político-Militar». La justificación, tan escasa, vaga e insuficiente como en los restantes casos, mencionó de modo expreso la persistencia de «actos subversivos».

La evolución posterior supuso una prolongación idéntica del estado de excepción (DS 063-84-IN [*El Peruano*, 4 de diciembre de

1634 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo I, pp. 109-110; Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú, *En honor a la verdad*, op. cit., p. 72.

1984]), y luego su renovación con ciertas reducciones (exclusión de las provincias de Puerto Inca y Pachitea, del departamento de Huánuco) y cierta ampliación (fue incluida la provincia de Daniel Alcides Carrión, del departamento de Pasco) (DS 064-84-IN [*El Peruano*, 8 de diciembre de 1984]). Más adelante, ya durante el año 1985, se mantuvo bajo estado de emergencia a las mismas provincias de Huánuco, pero con el añadido de la provincia de Tocache y la exclusión de la provincia de Mariscal Cáceres, del departamento de San Martín (DS 001-85-IN [*El Peruano*, 2 de febrero de 1985]). A la vez, la provincia de Daniel Alcides Carrión (Pasco) recibió un tratamiento separado (DS 002-85-IN [*El Peruano*, 5 de febrero de 1985]).

Tras diversas extensiones temporales, ceses y nuevas instauraciones en los departamentos de Huánuco, San Martín y Pasco, con distinto alcance territorial según los casos, el estado de emergencia vio la extinción de sus efectos en la provincia de Mariscal Cáceres (San Martín) a inicios de abril de 1985 (DS 001-85-IN [*El Peruano*, 2 de febrero de 1985]). Lo mismo ocurrió en la provincia de Tocache, también del departamento de San Martín, al comenzar el mes de diciembre de 1985 (DS 050-85-IN [*El Peruano*, 7 de octubre de 1985]). No se restauraría el estado de excepción en Tocache ni Mariscal Cáceres en lo que restaba del período bajo examen.

En la provincia de Daniel Alcides Carrión, del departamento de Pasco, por su parte, el régimen de excepción fue objeto de prórrogas sucesivas a lo largo del año 1985, habiéndosele unido la provincia de Pasco (del departamento del mismo nombre) desde mayo de aquel año, pero mediante Decreto individual (DS 020-85-IN [*El Peruano*, 11 de mayo de 1985]). Entre noviembre y diciembre de 1985 ambos estados de emergencia vieron cesar sus efectos. Fue reinstaurado el régimen de excepción constitucional en ambas localidades, empero, durante el segundo semestre de 1986, mediante DS 015-86-IN (*El Peruano*, 18 de junio de 1986), y prorrogado puntualmente cada dos meses (el último Decreto del año relativo a estas dos circunscripciones fue el DS 036-86-IN [*El Peruano*, 14 de diciembre de 1986]).

En lo que respecta a las localidades huanuqueñas, hasta el DS 050-85-IN (*El Peruano*, 7 de octubre de 1985) se mantuvieron las prórrogas continuas del departamento con excepción de las provincias de Puerto Inca y Pachitea, como parte de la regulación conjunta dispuesta desde la asunción del cargo de presidente de la República por el líder del partido aprista, Alan García Pérez. Sin embargo, el DS 052-85-IN (*El Peruano*, 6 de diciembre de 1985) varió el alcance territorial relativo a Huánuco, incluyendo a partir de entonces y hasta el final del período bajo análisis únicamente a

las provincias de Huaycabamba, Huamalíes, Dos de Mayo y Ambo (DS 035-85-IN [*El Peruano*, 29 de noviembre de 1986]).

Asimismo, por primera vez se declara el estado de emergencia en la provincia de Yauli, del departamento de Junín, para lo que se aduce que «se viene produciendo acciones terroristas contra la vida y la propiedad pública y privada...» [sic] (DS 033-85-IN [*El Peruano*, 23 de julio de 1985]). Todas las garantías del artículo 231.a de la Constitución fueron suspendidas y las Fuerzas Armadas recibieron el encargo de controlar el orden interno, pero el plazo establecido para ello fue breve, de tan sólo 12 días.

Estados de emergencia de alcance nacional: diversos problemas, incluyendo disposiciones retroactivas

- 13) En los tres años finales del período bajo análisis (1984, 1985 y 1986), hubo 6 Decretos Supremos relativos a estados de excepción que tuvieron alcance en todo el territorio de la República. Todos ellos fueron emitidos durante el año 1984. Dada la extensión nacional de los mismos, es obvio que debía tratarse de situaciones extremas, lo que sin embargo no aparece demostrado, ni aun argumentado, en el propio texto de las disposiciones legales.

Peor aún, dos de los cinco casos (uno de los Decretos se expide para poner fin a un estado de emergencia, de manera que no cuenta como caso separado) enfrentan simples problemas de disturbios reales o imaginados cuya causa se relaciona con conflictos laborales. Así, el DS 021-84-IN (*El Peruano*, 9 de junio de 1984) señala de modo directo una «paralización de labores entre los servidores de la Administración Pública», pese a un reciente aumento de remuneraciones, y sindic a «agitadores políticos» como causantes de «disturbios callejeros». En consecuencia, instauro el estado de emergencia en todo el país por 30 días, con suspensión de todas las garantías susceptibles de ser suspendidas conforme a la Constitución. No obstante, mantuvo (por omisión regulatoria) el control del orden interno a cargo de la Policía.

Algo similar se observa en el DS 058-84-IN (*El Peruano*, 28 de noviembre de 1984), el cual tiene por motivo explícito la convocatoria a un «paro general a nivel nacional», la cual es hecha por organizaciones sindicales tanto del sector público como del sector privado. El plazo establecido es de 30 días y quedan suspendidos los cuatro derechos previstos en el artículo 231.a de la Carta Fundamental, mientras se omite toda referencia a la institución que se encargaría del control del orden interno (lo que, como se sabe, lo mantiene en manos de la Policía). Como quiera que fuere, pocos días después, ciertamente antes del vencimiento del término

estipulado, el DS 062-84-IN (*El Peruano*, 3 de diciembre de 1984) puso fin al régimen de excepción constitucional, con una fundamentación tan escueta, genérica e insuficiente como se iba volviendo costumbre: «Que habiendo desaparecido las causales que motivaron tal decisión gubernamental».

Algo significativo del DS 062-84-IN, sin embargo, es que tiene el cuidado de indicar que el levantamiento del estado de emergencia deja a salvo lo dispuesto mediante los Decretos Supremos 052-84-IN y 054-84-IN, esto es, los relativos a los regímenes de excepción específicos prorrogados en el departamento de Huánuco y la provincia de Mariscal Cáceres (departamento de San Martín), y en diversas provincias de Ayacucho, Huancavelica y Apurímac, respectivamente, cuya causa era el accionar subversivo y terrorista. Quiere decir entonces que, por el breve lapso de 6 días, en que estuvo vigente el DS 058-84-IN, se superpusieron los regímenes excepcionales particulares referidos y el estado de emergencia a nivel nacional.

De los otros tres Decretos Supremos relativos a estados de emergencia en toda la República, uno alude de manera genérica a problemas de «alteraciones» del «orden interno» que podrían poner en peligro «la vida y la propiedad de las personas» (DS 011-84-IN [*El Peruano*, 21 de marzo de 1984]). Si bien en este caso se determinó la suspensión de todos los derechos mencionados en el artículo 231.a de la Constitución, el plazo fijado fue de tan solo 3 días, brevedad que abona a la interpretación de que el país no enfrentaba una «amenaza existencial».

De cualquier modo, un aspecto del DS 011-84-IN debe ser destacado. Y es que pretende surtir efectos desde el mismo día de su publicación, lo que contradice el mandato constitucional que establece que la ley sólo puede regir desde el décimo sexto día siguiente al de su publicación (artículos 195 y 87 de la Constitución de 1979). Se trata, pues, de una disposición retroactiva, ya que estipula que habrá de surtir efectos antes de su entrada en vigencia formal.

A su turno, el DS 026-84-IN (*El Peruano*, 8 de julio de 1984) y el DS 040-84-IN (*El Peruano*, 7 de agosto de 1984) aducen como justificación el fenómeno subversivo, pero sin mayores precisiones (incremento de violencia y sabotaje en diferentes partes del país, subsistencia de tales circunstancias) que permitan una evaluación seria de la gravedad de la emergencia.

De modo especialmente relevante, el DS 026-84-IN, que invoca como causa el aumento de la violencia terrorista, ordena la prórroga del estado de emergencia introducido mediante DS 021-84-IN, el cual, como se ha expuesto antes, estuvo motivado expresamente por un conflicto de índole laboral (una huelga de servidores

públicos). La deficiencia jurídico-constitucional de la disposición es manifiesta y muestra la manera irreflexiva y poco responsable como fue empleado el régimen de excepción.

El DS 026-84-IN previó un plazo del estado de emergencia de 30 días, y el DS 040-84-IN, al determinar la prórroga, lo duplicó. Sin embargo, ambos dispositivos, por omisión regulatoria, mantuvieron el control del orden interno en manos de la Policía.

Declaraciones de emergencia en Lima y Callao: valor simbólico, conexión entre conflictos laborales y subversión, retroactividad

14) Entre los años 1984 y 1986, el Gobierno emitió 7 Decretos Supremos sobre el estado de emergencia en Lima y Callao. El primero tiene rasgos peculiares que merecen ser comentados. En efecto, el DS 044-84-IN (*El Peruano*, 25 de agosto de 1984) no instaura, prorroga ni cesa un estado de emergencia, sino que únicamente autoriza a las Fuerzas Armadas a asumir el control del orden interno, por el breve lapso de un día, «en la Capital de la República» (la ciudad de Lima, según el artículo 84 de la Constitución de 1979). En realidad, esta disposición era innecesaria, ya que estaba en vigor el DS 040-84-IN (*El Peruano*, 7 de agosto de 1984), que extendió por 60 días un estado de emergencia de alcance en toda la República, motivado por el terrorismo, según se ha comentado antes. En consecuencia, el valor del DS 044-84-IN parece ser puramente simbólico. Desde luego, se trata de un simbolismo nada desdeñable, en la medida en que el propósito del Decreto habría sido transmitir una imagen de garantía del orden y la seguridad públicos a través de la intervención de la Fuerza Armada.

Por otro lado, es importante notar que mediante el DS 044-84-IN el Gobierno vuelve a asociar el fenómeno subversivo con los conflictos de índole laboral. Ello ocurre no sólo porque este dispositivo legal se apoya de manera explícita en el DS 040-84-IN —cuya causa era el terrorismo, como se ha dicho—, sino porque la misma parte considerativa del DS 044-84-IN menciona que «elementos interesados en subvertir el orden público vienen generando un clima de agitación en la Capital de la República...», tras lo cual se refiere a una «marcha y concentración públicas» convocadas por «organizaciones políticas gremiales y sindicales», las mismas que no habían sido autorizadas por la Prefectura de Lima.

Finalmente, el DS 044-84-IN incurre en manifiesta retroactividad —grave vicio jurídico que lo afecta—, al pretender que entraría en vigencia «en el día de la fecha» de su promulgación (artículo 1), la cual ocurrió un día antes de su publicación oficial. Algo similar se aprecia en el caso del DS 044-84-IN (*El Peruano*, 25 de agosto de

- 1984), de alcance en «todo el territorio nacional», que pretende surtir efectos jurídicos desde el día de su aparición en el diario oficial.
- 15) El estado de emergencia fue declarado nuevamente en la ciudad de Lima, a la que se le añadió la Provincia Constitucional del Callao, en el año 1986. Así, el DS 002-86-IN (*El Peruano*, 8 de febrero de 1986) proclamó el régimen de excepción invocando de modo genérico un incremento de los «actos de violencia», pero sin mención expresa al fenómeno subversivo. Por lo demás, el Decreto no estableció un plazo de vigencia, omisión seria, en especial considerando que quedaron en suspenso todos los derechos fundamentales susceptibles de suspensión y se encomendó el control del orden interno a la corporación militar. Cabe mencionar que, al amparo del DS 002-86-IN, se instauró además el «toque de queda» en la capital y en la Provincia Constitucional del Callao¹⁶³⁵. A lo largo del año, el estado de emergencia fue renovándose puntualmente «en la Provincia de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao», lo que se hizo inicialmente con un Decreto de «prórroga», el DS 005-86-IN (*El Peruano*, 6 de abril de 1986), pese a que el ámbito territorial no era exactamente el mismo señalado en el Decreto precedente (como es obvio, la provincia de Lima es más amplia que la ciudad del mismo nombre). El tenor de todos estos Decretos de renovación del estado de emergencia es semejante al primero ya comentado, es decir, ellos no aluden directamente a problemas de subversión o terrorismo, sino que invocan como causa el que «continúan los actos de violencia» o que «subsisten las razones que motivaron la expedición» de un Decreto anterior.

Relajación del régimen de excepción por los comicios municipales y suspensión parcial de garantías constitucionales

Debe indicarse, empero, que el DS 026-86-IN (*El Peruano*, 31 de agosto de 1986) mencionó el inicio del proceso electoral municipal como razón para el régimen menos drástico que impuso: no suspendió el derecho de reunión pacífica y sin armas, y suspendió «parcialmente» las garantías del artículo 2.9 de la Constitución, relativo a la libertad de tránsito. Tanto el fundamento como el régimen de los derechos (menos gravoso) se vieron repetidos en el DS 032-86-IN (*El Peruano*, 29 de octubre de 1986).

De este modo, a diferencia de lo sucedido tres años antes con el DS 036-83-IN (*El Peruano*, 4 de agosto de 1983), el cual no modificó el régimen de suspensión completa de los derechos suscep-

¹⁶³⁵ Véase Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), *Violencia Política en el Perú 1980-1988*, Tomo I, *op. cit.*, p. 141.

tibles de ser suspendidos conforme a la Constitución, esta vez el deseo de facilitar el ejercicio de los derechos políticos con vistas al proceso electoral municipal sí llevó al Gobierno a una menor severidad en la afectación formal de los derechos fundamentales bajo el estado de excepción constitucional.

La característica de no suspender todas las garantías constitucionales susceptibles de suspensión conforme al artículo 231.a de la Carta Fundamental —el derecho de reunión quedaba incólume y la libertad de tránsito era suspendida «parcialmente», aunque sin mayores precisiones acerca del alcance de esta operación, mientras la protección frente al arresto arbitrario y la inviolabilidad del domicilio resultaban suspendidas *in toto*— se observa en varios otros Decretos del período bajo examen: en dos casos para las provincias de Daniel Alcides Carrión y Pasco (departamento de Pasco) y en otro para la provincia de Lima (departamento del mismo nombre) y la Provincia Constitucional del Callao (DS 030-86-IN [*El Peruano*, 16 de octubre de 1986], DS 036-86-IN [*El Peruano*, 14 de diciembre de 1986]), DS 040-86-IN [*El Peruano*, 27 de diciembre de 1986]).

Estado de emergencia por perturbación del orden público: ¿conexión con acciones subversivas?

- 16) En el trienio 1984-1986, el Poder Ejecutivo dictó un total de 17 Decretos Supremos motivados por perturbaciones del orden público, sin indicación expresa de vínculo con las acciones de grupos subversivos —entre 1982 y 1984 el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) había iniciado acciones subversivas, como ha sido ya advertido—, salvo un único caso (el correspondiente a la masacre de los penales). Algunas de estas disposiciones ya han sido comentadas, al abordar en esta investigación los Decretos de alcance nacional (4 por razones de orden público) o los Decretos referidos a Lima y Callao (8 vinculados a perturbaciones del orden público). Sin embargo, en los restantes casos (4 Decretos), que recaen sobre comarcas comprendidas en la «región sur central» ampliada (en un caso, la provincia huancavelicana de Castrovirreyna; en tres casos, las provincias de Daniel Alcides Carrión y Pasco, del departamento de Pasco), cabe suponer que la causa específica era en realidad la subversión, debido a la situación de violencia política que atravesaban estas localidades.

Decretos de emergencia de carácter preventivo, retroactividad

- 17) Aunque son excepcionales, conviene reparar en cuatro Decretos Supremos de carácter «preventivo», que el Gobierno dictó en el

período bajo análisis. Dos de ellos estaban relacionados con desastres naturales (DS 087-84-PCM [*El Peruano*, 15 de diciembre de 1984] y DS 030-85-PCM [*El Peruano*, 14 de abril de 1985]). El tercero tuvo por causa un conflicto laboral en la ciudad de Lima (DS 044-84-IN [*El Peruano*, 25 de agosto de 1984]). Y el cuarto estaba motivado en razones genéricamente vinculadas a perturbaciones del orden público, sin que existan elementos específicos que lo vinculen ni a actos subversivos ni a manifestaciones de protesta laboral, social o política; no obstante, a tenor del fraseo de la parte considerativa, esta última posibilidad no puede ser descartada (DS 007-84-IN [*El Peruano*, 28 de febrero de 1984]).

Ninguno de estos cuatro Decretos —de causas variadas, como acaba de exponerse— proporciona razones precisas o argumentos de interpretación constitucional para otorgar este carácter preventivo al estado de emergencia que la Constitución contempla.

El DS 044-84-IN (*El Peruano*, 25 de agosto de 1984), por lo demás, exhibe un estatus jurídico muy peculiar. En efecto, este Decreto estaba llamado a regir solamente por un día, precisamente aquel en el que diversas organizaciones gremiales y sindicales harían una marcha y una concentración de naturaleza pública. No obstante, la regla que el Decreto Supremo pretendió introducir —otorgar a las Fuerzas Armadas el control del «orden público» en la capital de la República— no pudo surtir efectos legales, ya que el mismo Decreto estableció que entraría en vigencia el día de su promulgación, que era el mismo en el que habían de realizarse las manifestaciones gremiales y sindicales que fueron consideradas por el Gobierno como una amenaza que ameritaba la instauración del estado de emergencia constitucional.

Como la entrada en vigor del Decreto sólo podía producirse desde el día siguiente al de su publicación en el diario oficial —asumiendo para ello una interpretación jurídica que entendiera que su propósito era regir desde ese momento, y no desde el décimo sexto día posterior a su publicación—, era, pues, materialmente imposible que se cumpliera la disposición que el DS 044-84-IN contenía, pues en el momento de su eventual entrada en vigencia los hechos que pretendía regular ya habían acaecido.

Inexistencia de estado de excepción en Puno

- 18) Una omisión significativa debe advertirse en el empleo del estado de emergencia por el Poder Ejecutivo durante el año 1986. Y es que a partir de este año se observa un intenso despliegue de violencia por las fuerzas subversivas y por la Policía nacional en el

departamento de Puno¹⁶³⁶. No obstante, el Gobierno no proclama el estado de emergencia ese año, como tampoco en los años sucesivos hasta 1990.

El contraste es muy marcado con lo que ocurría en otras regiones del país, en las que, como se ha anotado ya, el presidente de la República introdujo primero y luego prorrogó sucesivamente el régimen de excepción constitucional, ampliando de manera considerable el territorio nacional bajo control de las Fuerzas Armadas. No queda claro cuál puede haber sido la razón para este tratamiento diferenciado. Lo cierto es que Puno no estuvo bajo estado de emergencia entre 1986 y 1990, pese a que las acciones subversivas y terroristas de Sendero Luminoso fueron cada vez más frecuentes en diversas comarcas puneñas. De cualquier modo, desde la arremetida senderista de 1986 y la respuesta también violenta de las fuerzas policiales en las localidades del Altiplano, «evitar la implantación del modelo de emergencia aplicado en Ayacucho» se volvió la «preocupación prioritaria del movimiento regional puneño expresada en la consigna “paz con justicia social”», de tal suerte que la regionalización y la reestructuración «debían ocurrir sin militarización»¹⁶³⁷.

La masacre de los penales y abusos extremos del estado de emergencia

- 19) Un comentario final debe hacerse sobre el terrible episodio de la «masacre de los penales», perpetrada, como se sabe, los días 18 y 19 de junio de 1986 por las fuerzas del orden. En tal ocasión, estaba vigente el estado de emergencia prorrogado por 60 días mediante DS 012-86-IN en la provincia de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao (*El Peruano*, 2 de junio de 1986). Lamentablemente, el marco de principios y normas establecido por la Constitución y la ley fue largamente desbordado por la acción represiva del Gobierno, lo que produjo una enorme cantidad de muertos y heridos, cuyos derechos humanos fueron violentados con métodos de barbarie.

Al respecto, especial gravedad reviste la aprobación del DS 006-86-JUS (*El Peruano*, 20 de junio de 1986)¹⁶³⁸, que declara «zona militar

1636 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo V, pp. 533, 539-558 y 561-565; Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), *Violencia Política en el Perú 1980-1988*, Tomo I, op. cit., pp. 142-144, 148, 151, 154-155, 158, 161, 167, 175-176; Comisión de la Verdad y Reconciliación, «Cronología 1978-2000» (Anexo 1), en *Informe Final*, op. cit., pp. 105, 120-121, 124, 131, 133.

1637 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo V, p. 522.

1638 Puede verse el DS 006-86-JUS transcrito y mencionada su publicación en una Edición Extraordinaria de la separata de normas legales del diario *El Peruano*, aparecida el 20 de junio de 1986, en Rolando Ames et al., *Informe al Congreso sobre los Sucesos de los Penales*

restringida bajo la competencia y jurisdicción del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas» a los establecimientos penitenciarios en los que se había producido el amotinamiento de los reclusos de Sendero Luminoso, esto es, las cárceles «San Juan Bautista» (ex «El Frontón»), «San Pedro» (ex «Lurigancho») y «Santa Bárbara» (para mujeres).

Pese a que el DS 006-86-JUS invocó en sus considerandos el artículo 5.g de la Ley 24150, como base legal justificativa de la supuesta necesidad de constituir los centros penitenciarios en «zona militar restringida», lo cierto es que esta acción carecía de fundamento normativo constitucional y legal. Más bien, tuvo una manifiesta intención encubridora del accionar completamente desproporcionado y homicida del Gobierno.

Por lo demás, el DS 006-86-JUS también incluyó una cláusula de retroactividad, ciertamente inválida, al estipular: «El presente Decreto Supremo rige a partir del día de su promulgación» (artículo 3). Como quiera que fuere, tanto la promulgación como la publicación del Decreto fueron posteriores a las acciones militares para vencer a los reclusos amotinados.

2.3. Los años del despliegue nacional de la violencia (1987-1989)

Panorama general

- 1) El tercer período de clasificación de los Decretos Supremos que integran la Base de Datos I comprende los años de lo que el Informe Final de la CVR denomina «el despliegue nacional de la violencia». Este va desde la «matanza de los penales», perpetrada el 18 y 19 de junio de 1986, hasta el ataque de Sendero Luminoso, apoyado por narcotraficantes, al puesto policial de Uchiza, en el departamento amazónico de San Martín, realizado el 27 de marzo de 1989¹⁶³⁹.

Con este trienio se completa la primera década de la guerra interna, a lo largo de la cual la violencia subversiva y contrainsurgente fue escalando en intensidad y se extendió a amplias zonas del país desde su núcleo original en Ayacucho y comarcas aledañas.

(Lima: Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz *et al.*, 1988), pp. 250-251 y 253. Véase también Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo VII, pp. 234-263; Carlos Chipoco, Francisco Eguiguren y Miguel Talavera, *Los Sucesos de los Penales: Nueva Abdicación de la Autoridad Democrática. Un Enfoque Jurídico*, *op. cit.*; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*, *op. cit.*, pp. 255-271.

1639 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 96, 109 y 112-113.

En el año 1987, hubo un total de 31 Decretos Supremos. De ellos, 4 (12.9%) fueron causados por desastres naturales, en tanto 7 (22.6%) estuvieron motivados de manera expresa en acciones subversivas, un elevado número de 18 (58.1%) invocaron razones genéricamente asociadas a perturbaciones del orden público, y 2 (6.4%) no incluyeron el motivo en el propio texto del Decreto.

En el año 1988, los Decretos Supremos sobre estados de emergencia fueron 25. No comprendieron ninguno que se debiera a catástrofes de la naturaleza, 11 (44%) tuvieron por origen el accionar de las organizaciones subversivas y terroristas, y nuevamente una alta cifra de 14 (56%) consignaron la causa en términos genéricamente vinculados a la necesidad de conservar el orden público.

Durante el año 1989 —que el Informe Final de la CVR considera como «uno de los más difíciles de nuestra historia republicana», en razón del «clímax» de la crisis económica y del inicio de «un período de extrema agudización del conflicto armado interno»¹⁶⁴⁰—, todos los 17 Decretos Supremos relativos al estado de excepción constitucional expusieron como causa de su emisión las acciones violentas de los grupos alzados en armas.

En términos generales, las cifras del trienio muestran, en primer lugar, que los estados de emergencia por desastres naturales (lluvias, inundaciones, deslizamientos de tierras, sismos, etcétera) prácticamente desaparecen, pues sólo ha sido posible identificar 4 casos correspondientes al año 1987 y ninguno para los dos años siguientes. En segundo lugar, siempre desde una perspectiva general, las cifras confirman que durante los dos primeros años se mantiene el fenómeno de asociar la justificación de los Decretos Supremos a problemas de perturbación del orden público. No obstante, en el año final del período bajo examen todos los Decretos indican como causa de su expedición la subversión y el terrorismo.

Estado de emergencia por desastres naturales: repetición y agravamiento de errores por restricción de derechos y retroactividad

- 2) Vale la pena reparar en el DS 025-87-PCM (*El Peruano*, 12 de marzo de 1987), que declara en estado de emergencia la ciudad de Chosica y, de modo por demás impreciso y poco técnico, «los sectores del distrito de Lurigancho afectados por las precipitaciones y huaycos» (artículo 1). Este Decreto, repitiendo lo visto en anteriores casos de desastre natural, invoca como fundamento jurídico el artículo 211.20 de la Constitución, no el artículo 231.a, como correspondía.

¹⁶⁴⁰ Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo I, p. 113.

El error legal es serio debido a que, a diferencia de los demás casos por catástrofes naturales examinados hasta aquí, el DS 025-87-PCM dispone que el Comando General del Ejército ordene la participación de 300 efectivos militares «en el resguardo del orden», en adición a «una compañía de ingeniería para contribuir a la apertura de las vías afectadas» (artículo 2). Es decir, el Decreto no sólo se refiere a la intervención de las Fuerzas Armadas en tareas de «defensa civil» conforme al artículo 280 de la Constitución de 1979, sino al control del «orden interno», lo que suponía cumplir las exigencias de los artículos 231.a y 275 de la Carta Fundamental, esto es, las normas formales y sustantivas que distinguen al régimen de excepción constitucional.

Tanto o más grave aún es que el DS 025-87-PCM autoriza severas restricciones sobre diversos derechos fundamentales de las personas (naturales y jurídicas), excediendo el marco constitucional. Así, la Prefectura de Lima recibe un permiso expreso para requerir a «las diferentes empresas privadas de construcción» el poner a disposición del Comando de Emergencia las maquinarias que se les solicite («volquetes, cargadores frontales, tractores, motoniveladoras»), so pena de incurrir en «responsabilidad legal» aquellos que «negaran su concurso bajo cualquier pretexto» (artículo 3). Como puede apreciarse, se trata de derechos y libertades económicas (propiedad, libre empresa, iniciativa privada) cuya suspensión no está prevista en el artículo 231.a de la Carta peruana de 1979.

De otro lado, el DS 025-87-PCM también incide negativamente sobre el ámbito de protección del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio. En efecto, el Decreto declara «lugares habilitados para el alojamiento de damnificados todos los Centros Escolares, Centros Comunales, depósitos y establecimientos que sean requeridos por el Comando de Emergencia» (artículo 7). Como se ve, la cláusula tiene un enunciado tan general que incluye no sólo a los centros y locales públicos, sino también a aquellos de naturaleza privada. Si bien el derecho a la inviolabilidad del domicilio es uno de los susceptibles de suspensión a tenor del artículo 231.a de la Carta Fundamental, el Decreto bajo análisis no realizó la tal suspensión, como ya ha sido indicado.

Dos rasgos adicionales son también criticables en el DS 025-87-PCM. El primero es que él mismo señala que la población afectada por la emergencia es de 25,000 personas (parte considerativa y artículo 3), lo cual supone un reconocimiento explícito de que no existía una amenaza existencial según los estándares vigentes de DIDH, ya que no estaba afectada toda la población del país (ni siquiera de manera indirecta). El segundo es que el Decreto tiene carácter retroactivo, en la medida en que dispuso que regiría «a partir del día de su pro-

mulgación», una pretensión contraria al texto constitucional, como ha sido expuesto en relación a casos anteriores.

Mantenimiento de tendencias en materia de estados de excepción: prórrogas sucesivas y ampliación territorial

- 3) Ahora bien, entre los años 1987 y 1989, no se aprecia variaciones significativas en las tendencias ya observadas en los años precedentes, aunque debe ser destacado el que no se emite ningún Decreto de alcance en toda la República.

Así, en primer lugar, en la «región sur central» conformada en torno a Ayacucho, se consolida la práctica de prórrogas continuas del estado de emergencia y prosigue su paulatina expansión geográfica como régimen jurídico-constitucional orientado a facilitar la respuesta militar del Estado frente a la subversión. En efecto, a todo lo largo del trienio, cada dos meses se emite el Decreto Supremo que renueva el régimen de excepción en Ayacucho y comarcas aledañas, con la severidad acostumbrada: por 60 días, con suspensión de todo el elenco de derechos susceptibles de ser suspendidos y con la corporación militar a cargo del orden interno. Los 18 Decretos del período mantienen la zona de emergencia, la cual sufre, empero, ciertas variaciones territoriales en distintos momentos.

Durante el año 1987, hay dos esfuerzos de leve reducción del ámbito geográfico comprendido en la emergencia de la región sur central: el DS 009-87-IN (*El Peruano*, 28 de marzo de 1987) elimina las provincias de Huaycabamba y Dos de Mayo (departamento de Huánuco); y el DS 049-87-IN (*El Peruano*, 19 de noviembre de 1987) suprime la provincia de Castrovirreyna (departamento de Huancavelica). Al año siguiente, sin embargo, el estado de emergencia es reinstaurado en esta última localidad por 60 días mediante Decreto individual (DS 009-88-IN [*El Peruano*, 5 de marzo de 1988]) y luego es prorrogado por 20 días más mediante otro decreto individual (DS 019-88-IN [*El Peruano*, 27 de abril de 1988]), antes de volver a ser incorporado en los Decretos englobantes de todas las circunscripciones comprendidas en la región sur central (a partir del DS 021-88-IN [*El Peruano*, 15 de mayo de 1988]).

El recién citado DS 021-88-IN añade además varias provincias apurimeñas (Abancay, Aymaraes, Antabamba, Andahuaylas y Grau) a la lista acostumbrada de localidades contenidas en los Decretos relativos a Ayacucho y comarcas aledañas.

A contracorriente de este inicial movimiento de reducción, a mediados del año 1988 se produce una ampliación territorial en la región sur central. En efecto, el DS 029-88-IN (*El Peruano*, 14 de

julio de 1988) «prorroga» el estado de excepción en todo el territorio de los departamentos de Apurímac y Huancavelica¹⁶⁴¹, además de hacerlo en las habituales provincias de Ayacucho (Cangallo, Huamanga, Huanta, La Mar, Víctor Fajardo, Huancasancos, Viscas-huamán y Sucre) y las localidades del departamento de Huánuco (las provincias de Ambo y Leoncio Prado, el distrito de Monzón [provincia de Huamalíes] y el distrito de Cholon [provincia de Marañón]).

El DS 029-88-IN incluyó en su ámbito territorial también a todo el departamento de San Martín —hasta entonces solo afectado por el régimen excepcional en determinadas localidades— y a las provincias de Daniel Alcides Carrión y Pasco (departamento de Pasco). Estas circunscripciones venían siendo objeto de tratamiento mediante Decretos Supremos independientes. A partir del DS 029-88-IN, empero, quedaron englobadas en un único Decreto de estado de emergencia.

Las prórrogas sucesivas en la cada vez más amplia región sur central, y en otras zonas de emergencia tratadas en conjunto con ésta a partir de ahora, ordenaron siempre el máximo rigor permitido por la Constitución. Es decir, fijaron un plazo de 60 días y ordenaron la suspensión de los cuatro derechos fundamentales susceptibles de ser suspendidos conforme a la Carta vigente, así como la intervención de las Fuerzas Armadas a cargo del control del orden interno, por lo general mediante la institución del Comando Político-Militar.

- 4) Ahora bien, en cuanto a la evolución previa experimentada en los nuevos departamentos incluidos en el DS 029-88-IN, es de notar que, desde mediados de 1987 (DS 026-87-IN [*El Peruano*, 15 de julio de 1987]), se había instaurado el régimen excepcional en las provincias sanmartinenses de Mariscal Cáceres y Tocache (junto con las localidades huanuqueñas posteriormente incluidas en el DS 029-88-IN), el cual fue prorrogado una y otra vez. También fueron objeto de extensiones temporales sucesivas las provincias de Daniel Alcides Carrión y Pasco (departamento de Pasco).

En las localidades pasqueñas, sin embargo, el régimen legal no fue tan severo. Y es que sólo fueron suspendidos el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la protección frente al arresto arbitrario, mientras sobre la libertad de tránsito recaía una

1641 Hasta ese momento, los departamentos de Apurímac y Huancavelica sólo habían sido objeto de declaraciones y extensiones temporales en determinadas provincias, por lo que en algunas de éstas se trataba ahora más bien de una «instauración». En el departamento de Apurímac, además de las provincias incorporadas por el DS 021-88-IN (*El Peruano*, 15 de mayo de 1988), la provincia de Cotabambas fue declarada bajo estado de emergencia por 30 días mediante DS 0024-88-IN (*El Peruano*, 14 de junio de 1988).

suspensión parcial (cuyos términos quedaban, empero, indeterminados), y el derecho de reunión pacífica y sin armas permanecía incólume. Por desconcertante que pueda parecer, ninguno de los Decretos emitidos al respecto expone las razones para este tratamiento menos limitativo de los derechos constitucionales (desde la emisión del DS 004-87-IN [*El Peruano*, 11 de febrero de 1987] hasta la expedición del DS 022-88-IN [*El Peruano*, 1 de junio de 1988]). Por su parte, entrando al cuarto trimestre del año 1987, se instaaura (y luego se lo mantiene repetidamente) el estado de emergencia en las provincias de Abancay, Aymaraes, Antabamba, Andahuaylas y Grau, del departamento de Apurímac, mediante DS 038-87-IN (*El Peruano*, 23 de septiembre de 1987). Al inicio se encomendó a las Fuerzas Policiales la conservación del orden interno en la provincia de Abancay, pero luego se las sustituyó por la corporación militar (DS 050-87-IN [*El Peruano*, 21 de noviembre de 1987]), la misma que había recibido tal encargo desde el comienzo en las otras provincias apurimeñas referidas. Todos los Decretos correspondientes suspendieron las cuatro garantías susceptibles de suspensión de conformidad con la Carta Fundamental.

Es también posible observar la instauración y prórrogas sucesivas en relación a las provincias sanmartinenses de Moyobamba, Bellavista, Huallaga, Lamas, Picota, Rioja y San Martín, aunque en este caso siempre serán las Fuerzas Armadas quienes se harán cargo del orden interno (desde la emisión del DS 046-87-IN [*El Peruano*, 11 de noviembre de 1987]). Es de notar que en esta circunscripción territorial, a la inversa de lo visto en otros casos, el régimen legal comenzó con la consabida máxima severidad autorizada por el marco constitucional (plazo de 60 días, suspensión de los cuatro derechos susceptibles de ser suspendidos y control del orden interno por la Fuerza Armada), para luego experimentar cierta moderación, al menos en cuanto a la dimensión temporal prevista (38 días y 29 días en los Decretos Supremos 020-88-IN [*El Peruano*, 8 de mayo de 1988] y 0026-88-IN [*El Peruano*, 14 de junio de 1988], respectivamente).

- 5) En definitiva, entonces, desde julio de 1988, con la expedición del DS 029-88-IN, el estado de emergencia en la región sur central y la región anexa de la sierra y selva centro-oriental de Pasco, Huánuco y San Martín (proyectada sobre la zona selvática del Alto Huallaga) comprende las siguientes localidades:
 - i) Provincias de Cangallo, Huamanga, Huanta, La Mar, Víctor Fajardo, Huancasancos, Viscashuamán y Sucre (departamento de Ayacucho).

- ii) Departamentos de Apurímac y Huancavelica.
- iii) Provincias de Daniel Alcides Carrión y Pasco (departamento de Pasco).
- iv) Provincias de Ambo y Leoncio Prado, distritos de Monzón (provincia de Huamalíes) y de Cholón (provincia de Marañón) (departamento de Huánuco).
- v) Departamento de San Martín.

La situación establecida por el DS 029-88-IN fue confirmada en dos ocasiones sucesivas (DS 032-88-IN [*El Peruano*, 7 de septiembre de 1988] y DS 043-88-IN [*El Peruano*, 4 de noviembre de 1988], siendo de notar que en la primera de ellas fue incorporada en el Decreto comprehensivo o globalizador la provincia de Lima (del departamento de Lima) y la Provincia Constitucional del Callao, manteniéndose así en las renovaciones sucesivas hasta su nuevo tratamiento separado mediante DS 037-89-IN (*El Peruano*, 24 de octubre de 1989). Previamente, durante el segundo semestre de 1987 y los meses iniciales del año 1988, la emergencia fue prorrogada en la provincia de Lima (del departamento de Lima) y la Provincia Constitucional del Callao sólo por 30 días cada vez. Y en el mes de julio de 1987, el toque de queda vigente en Lima desde febrero de 1986 (impuesto al amparo del DS 002-86-IN [*El Peruano*, 8 de febrero de 1986]), fue levantado¹⁶⁴².

A fines de aquel año de 1988, un Decreto individual instauró el estado excepcional en nuevas localidades de Ayacucho y Huánuco. Se trataba, en consecuencia, de una nueva ampliación territorial en la región sur central y la región anexa de la sierra y selva centro-oriental (proyectada sobre el Alto Huallaga). En efecto, el DS 047-88-IN (*El Peruano*, 9 de diciembre de 1988) introdujo el régimen de excepción constitucional en las provincias de Lucanas, Parinacochas y Páucar del Sara Sara (departamento de Ayacucho), y en las provincias de Pachitea, Huánuco, Dos de Mayo, Huamalíes y Marañón (departamento de Huánuco).

Poco después, un nuevo Decreto Supremo comprehensivo de las diversas zonas de emergencia determinó una extensión territorial adicional, estableciendo que estarían bajo el estado de emergencia la integridad de los departamentos de Apurímac, Huancavelica, San Martín, Junín, Pasco, Ayacucho y Huánuco, así como la provincia de Lima (departamento del mismo nombre) y la Provincia Constitucional del Callao (DS 049-88-IN [*El Peruano*, 31

¹⁶⁴² Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, «Cronología 1978-2000» (Anexo 1), en *Informe Final* (Lima: CVR, 2003), p. 128.

de diciembre de 1988]). De ese modo, siete departamentos del país, además de la provincia donde se ubica la Capital de la República y la contigua Provincia Constitucional del Callao, se hallaban sujetos a la «Constitución de la anormalidad» al inicio del año 1989.

Como se aprecia, la «región sur central» se había consolidado como territorio en emergencia constitucional (los departamentos de Ayacucho, Huancavelica y Apurímac en toda su integridad). A ello se había agregado una amplia zona del centro y del oriente del país: los departamentos agrícolas y mineros de Junín y Pasco, y los departamentos selváticos y de cultivos cocaleros de Huánuco y San Martín. El círculo se completaba con las muy importantes circunscripciones de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, sedes del poder político, económico y social del país, las que también veían expandirse y arraigarse dentro de sus confines el régimen de excepción constitucional que acompañaba a la guerra interna desde 1981.

- 6) Durante el año 1989, la situación que se acaba de presentar se mantuvo esencialmente igual. La primera prórroga del Decreto comprehensivo o globalizador, dictada mediante DS 0005-89-IN (*El Peruano*, 3 de marzo de 1989), reprodujo lo estipulado a fines del año anterior, con la sola excepción de haber excluido a la provincia de Andahuaylas, lo que se mantuvo en el Decreto siguiente (DS 009-89-IN [*El Peruano*, 30 de abril de 1989]). En el DS 015-89-IN (*El Peruano*, 1 de julio de 1989), sin embargo, se volvió a establecer el estado de emergencia en todo el departamento de Apurímac, junto a las demás comarcas acostumbradas.

El estado de excepción ganó nuevos territorios a partir del mes de junio, cuando la provincia de Contamana, del departamento de Loreto, y todo el departamento de Ucayali fueron declarados en estado de emergencia (DS 012-89-IN [*El Peruano*, 1 de junio de 1989]). Las cosas variaron en algo desde la expedición del DS 0019-89-IN (*El Peruano*, 1 de julio de 1989), el cual alcanzó al departamento de Ucayali y la provincia de Ucayali (departamento de Loreto).

Luego, estas dos últimas localidades fueron incorporadas en el Decreto Supremo comprehensivo que prorrogaba consuetudinariamente el estado de emergencia (a partir del DS 023-89-IN [*El Peruano*, 1 de septiembre de 1989]).

También debe ser destacado que en el año 1989 nuevas localidades del departamento de Lima fueron comprendidas en el régimen de excepción constitucional. Así, el DS 0021-89-IN (*El Peruano*, 9 de agosto de 1989) proclamó el estado de emergencia en la provincia limeña de Huarochirí, y lo mismo hizo el DS 030-89-IN (*El Peruano*, 9 de octubre de 1989) en la igualmente limeña provincia

de Yauyos, mientras el DS 034-89-IN (*El Peruano*, 23 de octubre de 1989) introdujo el régimen de excepción en las provincias de Cajatambo, Oyón, Barranca y Huaura (departamento de Lima). En el primer caso, el plazo previsto fue de 30 días y en los otros dos casos fue de tan solo 15 días, aunque en todos ellos quedaron suspendidos los cuatro derechos susceptibles de suspensión y las Fuerzas Armadas recibieron el encargo de controlar el orden interno.

En todas estas provincias del departamento de Lima, en conjunto, se renovó la emergencia por 30 días mediante DS 040-89-IN (*El Peruano*, 7 de noviembre de 1989), mientras que dicho régimen fue instaurado, igualmente por 30 días, en las provincias de Huaral, Canta, Huarochirí y Cañete, también pertenecientes al departamento de Lima, mediante DS 041-89-IN (*El Peruano*, 7 de noviembre de 1989).

Hacia fines de año, la provincia de Lima (departamento del mismo nombre) y la Provincia Constitucional del Callao volvieron a ser objeto de tratamiento separado mediante la emisión de Decretos individuales (DS 039-89-IN [*El Peruano*, 1 de noviembre de 1989] y DS 042-89-IN [*El Peruano*, 23 de noviembre de 1989]).

Una curiosidad que llama la atención en este último año de la primera década en que quedan agrupados los Decretos Supremos que conforman la Base de Datos I es que la provincia de Andahuaylas (departamento de Apurímac) fue declarada en estado de emergencia mediante DS 016-89-IN (*El Peruano*, 1 de julio de 1989), no obstante que ya se hallaba bajo tal régimen en virtud de su inclusión en el DS 015-89-IN (emitido en el mismo día 1 de julio de 1989).

Como quiera que fuere, a fines de 1989 extensas porciones del territorio peruano se hallaban bajo estado de emergencia con la finalidad de facilitar las operaciones militares de guerra contrasubversiva (DS 0445-89-IN [*El Peruano*, 29 de diciembre de 1989]):

- i) Departamentos de Ayacucho, Huancavelica y Apurímac.
- ii) Departamentos de Junín, Pasco, Huánuco, San Martín y Ucayali.
- iii) Provincia de Ucayali (departamento de Loreto).

Así, pues, al finalizar la trágica década de los ochenta, el Perú tenía ocho departamentos completos bajo estado de excepción constitucional, además de una provincia de un noveno departamento. La región sur central había visto consolidarse la zona de emergencia, abarcando ya la totalidad del territorio de los tres departamentos originales (Ayacucho, Huancavelica y Apurímac). Junto a ella

había surgido, y se había consolidado también, una amplia zona de emergencia anexa en la sierra y selva centro-oriental del país, comprehensiva de los departamentos de Junín, Pasco, Huánuco, San Martín y Ucayali, a los que se agregaba la provincia de Ucayali (departamento de Loreto).

Por su parte, la provincia de Lima (departamento del mismo nombre) y la Provincia Constitucional del Callao —muy importantes por ser sedes del poder político, económico y social del país— habían visto cesar el régimen de excepción el 24 de diciembre de 1989 (DS 042-89-IN [*El Peruano*, 23 de noviembre de 1989]), el cual había venido siendo objeto de prórrogas sucesivas a lo largo de 1987 y 1988. La interrupción, sin embargo, sería breve, pues la declaración de emergencia en estas circunscripciones sería reanudada al cabo de tres meses, mediante el DS 004-90-IN (*El Peruano*, 24 de marzo de 1990).

- 7) Otra característica observable en los Decretos Supremos emitidos entre los años 1987 y 1989, similar a lo ya visto en los años anteriores de la década, es la tendencia a emplear el máximo rigor posible en el régimen legal de la Constitución de emergencia. Ello comprende, como se sabe, el plazo máximo de 60 días, la suspensión de los cuatro derechos que la Carta habilita y el control del orden interno en manos de las Fuerzas Armadas.

Menor rigor en la implementación del estado de emergencia: plazo y estatus de los derechos fundamentales

En cuanto al plazo, ya se ha anotado cómo en el caso de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, las prórrogas ordenadas en el segundo semestre de 1987 y al inicio de 1988 lo fueron sólo por 30 días. Luego, empero, se volvió a estipular el término máximo de 60 días (DS 006-88-IN [*El Peruano*, 15 de febrero de 1988], DS 017-88-IN [*El Peruano*, 15 de abril de 1988] y DS 028-88-IN [*El Peruano*, 14 de julio de 1988])¹⁶⁴³.

También se observa el uso de plazos inferiores al máximo en varios Decretos relativos a localidades del departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao durante el año 1989 (a partir del DS 0021-89-IN [*El Peruano*, 9 de agosto de 1989], referido a la provincia limeña de Huarochirí).

Esta característica consistente en fijar un plazo reducido puede deberse al deseo del Gobierno de mostrarse, siquiera formalmente,

1643 En el ínterin, el DS 0025-88-IN (*El Peruano*, 14 de junio de 1988) retornó fugazmente al plazo reducido de 30 días.

menos severo y más respetuoso de los principios básicos de un régimen democrático y constitucional, aun cuando hubiera considerado necesario recurrir al estado de excepción.

Ello, desde luego, va en consonancia con el establecimiento de un régimen legal menos oneroso sobre los derechos fundamentales, ya referido respecto de las provincias de Daniel Alcides Carrión y Pasco (departamento de Pasco). Tal régimen de derechos es menos lesivo en la medida en que sólo suspende *in toto* los derechos a la inviolabilidad del domicilio y la protección frente al arresto arbitrario, mientras la libertad de tránsito es objeto de suspensión «parcial» (aunque sin precisiones sobre el alcance de esta expresión) y el derecho a reunión pacífica y sin armas se mantiene intangible.

El mismo tratamiento especial, menos limitativo de los derechos fundamentales, se observa en la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao (desde la emisión del DS 001-87-IN [*El Peruano*, 25 de enero de 1987] hasta la del DS 028-88-IN [*El Peruano*, 14 de julio de 1988]). Tampoco aquí se exponen las razones para ello, por sorprendente que pudiera parecer.

Concesión de poderes normativos sobre derechos fundamentales a autoridades administrativas

En este punto debe mencionarse una característica sobresaliente de los Decretos relativos a las provincias de Daniel Alcides Carrión y Pasco (departamento de Pasco) y a la provincia de Lima (departamento del mismo nombre) y la Provincia Constitucional del Callao. Y es que, durante los años 1987 y 1988, sin excepción, todos los Decretos individuales de prórroga emitidos en estas circunscripciones confirieron potestades normativas a una autoridad subordinada del Poder Ejecutivo. Tales potestades normativas fueron otorgadas a la «Autoridad Prefectural» [sic] (dependiente del Ministerio del Interior), con vistas a regular «el ejercicio del derecho de reunión, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú».

Así, se concedía poderes normativos sobre derechos fundamentales de naturaleza política a autoridades subalternas del Gobierno, sin que mediara la necesaria ley, como en rigor jurídico-constitucional correspondía. Por lo demás, ninguno de los Decretos argumentaba la razón de ser de esta importante medida, como tampoco exponía razones para justificar el que se distinguiera el régimen legal de los derechos fundamentales en estas localidades, por contraste con lo que ocurría en otras también bajo estado de excepción constitucional.

Intervención de las Fuerzas Armadas

- 8) En lo que atañe a la intervención de las Fuerzas Armadas en el trienio 1987-1989, la situación es semejante a la constatada en los años previos. Es decir, se consolida la práctica de encomendárseles el control del orden interno, con frecuencia a través del Comando Político-Militar, que es mencionado expresamente en los correspondientes Decretos Supremos.

Sólo de manera excepcional, al parecer en los casos que se juzga menos graves o incipientes, se estipula que será la Policía la institución a cargo del mantenimiento del orden interno. Tal ocurre, al inicio, en el caso de la provincia de Leoncio Prado y el distrito de Cholon (provincia de Marañón), del departamento de Huánuco, y las provincias de Mariscal Cáceres y Tocache, del departamento de San Martín (DS 026-87-IN [*El Peruano*, 15 de julio de 1987] y DS 034-87-IN [*El Peruano*, 13 de septiembre de 1987]). Lo mismo se aprecia en el caso de la provincia de Abancay, del departamento de Apurímac (DS 038-87-IN [*El Peruano*, 23 de septiembre de 1987]).

También sucede que se encomienda el control del orden interno al Ministerio del Interior, bajo cuyo mando está la Policía Nacional, en la extraña reinstauración del estado de emergencia en la provincia de Lima (departamento del mismo nombre) y la Provincia Constitucional del Callao, mediante DS 037-89-IN (*El Peruano*, 24 de octubre de 1989). Es extraño este Decreto ya que la circunscripción mencionada se hallaba en estado de excepción en virtud del DS 023-89-IN (*El Peruano*, 1 de septiembre de 1989), por lo que no era necesario hacer una nueva proclamación. A no ser, por cierto, que el propósito fuera principalmente simbólico y que se deseara recalcar ante la población el mensaje político de menor severidad en el empleo de la Constitución de emergencia, expresado en el hecho de encomendar a la Policía la tarea de mantenimiento del orden interno.

Fuera de estos pocos casos (cuatro) provocados por hechos de violencia en que se reservó el control del orden interno a las Fuerzas Policiales, a los que hay que sumar los cuatro casos de 1987 motivados por desastres naturales, en todos los demás Decretos Supremos del período bajo examen el presidente de la República dispuso que las Fuerzas Armadas reemplazaran a la Policía en la labor de controlar el orden interno (65 Decretos de un total de 73, equivalentes al 89%).

Es más, en varios casos se observa que los Decretos Supremos establecen expresamente la subordinación de las Fuerzas Policiales a la corporación militar en las zonas de emergencia. Una de las fór-

mulas empleadas para ello es la siguiente: «Las Fuerzas Policiales presentes en la jurisdicción declarada en Estado de Emergencia, continuarán cumpliendo sus misiones específicas en adición a las que disponga el Comando Político Militar de la Zona» (artículo 3 del DS 050-87-IN [*El Peruano*, 21 de noviembre de 1987]). Otros Decretos contienen una cláusula más clara y enfática: «Las FFPP [Fuerzas Policiales] ubicadas en las provincias y distritos declarados en Estado de Emergencia por el presente Decreto Supremo, pondrán a disposición del Jefe Político Militar todo el personal y medios presentes en dichas zonas y cumplirán las misiones que éste les asigne» (artículo 4 del DS 046-87-IN [*El Peruano*, 11 de noviembre de 1987]).

Justificaciones deficientes en fondo y forma

- 9) Tampoco hay ninguna novedad en lo que concierne a la justificación de los Decretos Supremos en el último trienio de la década de los ochenta. En cuanto a la fundamentación sustantiva, la parquedad, generalidad e insuficiencia de las razones esgrimidas es la misma ya anotada en relación a los años anteriores. Así, la parte considerativa de los Decretos suele remitirse a enunciados vagos, tales como: «continúan las razones que motivaron la expedición» de un Decreto precedente, o «continúan los actos de violencia». La invocación de la necesidad de mantener el orden público es también frecuente.

En ocasiones, la referencia a la actividad de los grupos alzados en armas es, como ya se ha anticipado, explícita. En tales casos, los Decretos recurren a fórmulas como: «elementos interesados en subvertir el orden público vienen realizando actos de violencia...» (DS 009-88-IN [*El Peruano*, 5 de marzo de 1989]). En fin, en ciertos casos, se menciona que el Ministerio de Defensa ha solicitado la instauración o prórroga del estado de emergencia (DS 0015-89-IN-DM [*El Peruano*, 1 de julio de 1989], DS 0021-89-IN [*El Peruano*, 9 de agosto de 1989]).

En cuanto a la fundamentación formal, apenas sí se realiza la ritual invocación del artículo 231 de la Constitución como fundamento jurídico-normativo. Sin embargo, en ninguno de los Decretos del período bajo análisis se cita la Ley 24150, vigente desde junio de 1985, como fundamento normativo específico para la regulación de las potestades de las Fuerzas Armadas en aquellos supuestos —la inmensa mayoría, como se ha anotado— en que se ordenó su intervención.

Un caso ciertamente extremo es el del DS 046-87-IN (*El Peruano*, 11 de noviembre de 1987), el cual simplemente prescinde de toda

fundamentación material. Este Decreto, en efecto, se limita a invocar el artículo 231 de la Constitución y a indicar que ha obtenido el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y que el Gobierno dará cuenta al Congreso de la República.

Estado de emergencia por perturbación del orden público

- 10) Si bien es elevado el número de Decretos emitidos entre 1987 y 1989 cuya fundamentación puede ser asociada en términos genéricos a la perturbación del orden público y no específicamente a problemas de subversión y terrorismo —tales Decretos son 18 en el año 1987 y 14 en el año 1988, como ya ha sido dicho—, esta vez ninguno de ellos permite identificar si existen problemas de conflictividad laboral o social como trasfondo de la decisión gubernamental de introducir o prorrogar un estado de emergencia. Solo el DS 0021-89-IN (*El Peruano*, 9 de agosto de 1989) hace referencia a «actos de violencia en los centros mineros como Casapalca y San Mateo, entre otros», los cuales —afirma el Decreto— producen «significativas pérdidas económicas tanto a la empresa privada como al país». Sin embargo, el DS 0021-89-IN vincula dichos actos violentos con «elementos interesados en subvertir el orden público». En consecuencia, no es posible inferir del propio texto de la norma si la problemática era únicamente de orden laboral; muy bien podría haber sido originada por acciones de los grupos alzados en armas.

Como quiera que fuere, en dos oportunidades durante el trienio la fundamentación de los Decretos se refiere a «actos delincuenciales» atentatorios contra la vida y la propiedad pública y privada, en determinadas localidades de los departamentos de Huánuco y San Martín (DS 026-87-IN [*El Peruano*, 15 de julio de 1987] y DS 0034-87-IN [*El Peruano*, 13 de septiembre de 1987]). Empero, el contexto de la guerra interna, la cual se había extendido hacia esas zonas, hace pensar en que la asociación entre «delincuencia» y subversión quizá sea expresión de la idea, ciertamente equivocada, consistente en definir el accionar subversivo como una mera modalidad de delincuencia común.

Retroactividad

- 11) Particular preocupación causa la existencia de un alto número de Decretos de carácter retroactivo, los cuales son 6 en el año 1987, 4 en el año 1988 y 8 en el año 1989 (18 Decretos Supremos retroactivos, de un total de 73 Decretos en el período, equivalentes

al 24.6%). La frecuencia de su uso, su aparición a todo lo largo del trienio y la multiplicidad de ámbitos geográficos y situaciones (desastres naturales, problemas de subversión y de perturbación del orden público) a las que respondieron estos Decretos los muestra como expresión de una práctica que se va asentando, pese a su manifiesta, grave y peligrosa inconstitucionalidad.

En estos casos, se observa la pretensión del Gobierno de que los Decretos entren en vigencia «a partir de la fecha de expedición» (por ejemplo, DS 011-87-IN [*El Peruano*, 10 de abril de 1987]) o «a partir de la fecha de publicación» (por ejemplo, DS 021-88-IN [*El Peruano*, 15 de mayo de 1988]).

2.4. Los años de la crisis extrema (ofensiva subversiva y contraofensiva estatal, 1990-1992)

Panorama general

- 1) El cuarto período en el que están agrupados los Decretos Supremos que componen la Base de Datos I se corresponde en gran medida con los años de lo que la CVR denomina: «La crisis extrema: ofensiva subversiva y contraofensiva estatal». En el Informe Final de la CVR, el hito inicial de esta etapa es el momento inmediatamente posterior al asalto senderista al puesto policial de Uchiza —en la provincia de Tocache, del departamento de San Martín—, ocurrido el 27 de marzo de 1989, y el hecho que la concluye es la captura de Abimael Guzmán, máximo líder de Sendero Luminoso, realizada por la Policía Nacional el 12 de septiembre de 1992¹⁶⁴⁴.
- 2) Los primeros años de la última década del siglo XX vieron producirse dos eventos de singular importancia política en el Perú. De un lado, se realizó la transferencia democrática del poder y el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, mediante comicios libres, sucedió al abogado Alan García Pérez en la presidencia de la República. De otro lado, el presidente Fujimori perpetró el ominoso golpe de Estado del 5 de abril de 1992, que interrumpió la continuidad democrática y quebrantó el orden constitucional, marcando un cambio drástico en la conducción política e institucional del país.
- 3) En lo que atañe a la evolución normativa sobre el régimen de excepción constitucional, es de señalar la emisión por el Poder Ejecutivo, sobre la base de facultades delegadas por el Parlamento,

¹⁶⁴⁴ Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo I, pp. 96, 113 y 117. Véase también Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú, *En honor a la verdad*, op. cit., p. 241.

del Decreto Legislativo 749 (*El Peruano*, 12 de noviembre de 1991), el cual entró en vigor treinta días después de su publicación (artículo 5). El Decreto Legislativo 749 modificó la Ley 24150 (*El Peruano*, 7 de junio de 1985), en el sentido de ampliar y fortalecer las potestades del Comando Político Militar, acogiendo así algunos de los principales reclamos de las Fuerzas Armadas en relación a la lucha contrasubversiva.

- 4) En el año 1990 fueron expedidos 21 Decretos Supremos. Ninguno tuvo por origen un desastre natural. Las actividades subversivas motivaron dos tercios de los Decretos (14, equivalentes al 66.6%), mientras que las razones genéricamente asimilables a simples perturbaciones del orden público —esto es, sin referencia expresa a las acciones de los grupos alzados en armas— fueron determinantes en el tercio restante, alcanzando a 7 Decretos (33.3%).
- 5) En el año 1991 los Decretos Supremos relativos a estados de emergencia fueron considerablemente más. En efecto, el total de este año fue de 40 Decretos. La distribución, considerando las motivaciones de los mismos, es la siguiente: ninguno por desastres naturales, 42 por causa del accionar de las organizaciones subversivas y terroristas (93.3%) y sólo 3 asociados de modo genérico a disturbios del orden interno (6.6%).
- 6) Durante el año 1992, el último del período y en el cual se produce la captura policial de Abimael Guzmán y la cúpula senderista, con la consiguiente debacle de esta organización subversiva, hubo un total de 45 Decretos Supremos. Los desastres naturales causaron la expedición de 4 Decretos (8.9%), mientras la subversión dio origen a 41 (91.1%) y no hubo ninguno que tuviera como razón de ser actividades genéricamente vinculadas a perturbaciones del orden público.
- 7) Hablando en términos generales, en el trienio 1990-1992 se observa una sensible disminución de los Decretos relativos a catástrofes naturales (ninguno en los años 1990 y 1991 y apenas 4 en el año 1992, como se ha indicado). También es muy significativa la reducción del número de Decretos Supremos cuya motivación son acciones de mera perturbación del orden público (es decir, que no hacen referencia explícita a actos subversivos), los cuales son 7 en 1990 y 3 en 1991, mientras que no se registra ninguno en 1992.

El sinceramiento de las causas de la emergencia constitucional en los Decretos que la introducen o la extienden en el tiempo, en el sentido de reconocer que son una respuesta al accionar de los grupos subversivos y terroristas, resulta positivo y contrasta con la práctica elusiva y generalizadora de los años anteriores. No obstan-

te, es de lamentar también en este período el mantenimiento del rasgo de absoluta insuficiencia de la justificación en tales Decretos, ya que ninguno se esfuerza por probar o argumentar que existe una amenaza existencial para el país.

- 8) De igual manera, debe ponerse de relieve que en este período el Poder Ejecutivo no proclamó ningún estado de emergencia de alcance para toda la República. Así, queda confirmada la insularidad de la experiencia vivida en el año 1984, en el cual, como se ha dicho antes, fueron emitidos seis Decretos de alcance nacional (el último fue el DS 062-84-IN [*El Peruano*, 3 de diciembre de 1984]), que levantó o cesó el estado de emergencia proclamado mediante el DS 058-84-IN [*El Peruano*, 28 de noviembre de 1984]). Tales seis Decretos de 1984 fueron los únicos aplicables en todo el territorio de la República dictados entre los años 1980 y 1992 (desde el año de inicio de la guerra interna hasta la captura de Abimael Guzmán).

Ampliación territorial de las zonas de emergencia

- 9) En cuanto a la manera cómo evoluciona la extensión territorial de los estados de emergencia, debe repararse ante todo en lo sucedido en la región sur central y en la región anexa de la sierra y selva centro oriental. Y es que, si bien durante el año 1990 y el primer semestre del año 1991 el Gobierno prorrogó regularmente, en las mismas localidades y con las características acostumbradas, el régimen de excepción heredado del año anterior (por 60 días, con suspensión de todos los derechos derogables e intervención militar para enfrentar a la subversión), a partir de agosto de 1991 deja de renovar el Decreto comprehensivo para todas estas zonas del país (el último es el DS 031-91-DE-MINDEF [*El Peruano*, 21 de junio de 1991]), levantándose la emergencia en varias localidades y pasándose a tratamientos independientes en otras. Conviene detenerse a examinar con algún detalle este proceso:

- i) En primer lugar, las prórrogas sucesivas de 1990 y el primer semestre de 1991 tuvieron lugar con dos ampliaciones y una reducción. Las ampliaciones son la del distrito de Yurimaguas (Alto Amazonas, Loreto) y la del distrito de Quimbiri (La Convención, Cusco) (DS 021-90-IN [*El Peruano*, 26 de julio de 1990], DS 037-90-IN [*El Peruano*, 3 de agosto de 1990] y DS 033-90-IN [*El Peruano*, 26 de agosto de 1990]). La exclusión es la de la provincia de Huamanga, del departamento de Ayacucho, que forma parte del emblemático

núcleo inicial de la región sur central (a partir del DS 052-DE/SG [*El Peruano*, 24 de octubre de 1990]). El Decreto asevera que ha habido una «disminución de la actividad subversiva» en dicha provincia, la cual ha sido comunicada por el jefe político militar de la zona, lo que «justifica la suspensión del estado de emergencia».

- ii) En segundo lugar, al terminar los efectos del DS 031-91-DE-MINDEF, el estado de emergencia cesó en todas las localidades que venían siendo reguladas por los Decretos comprensivos que se expedían consuetudinariamente cada sesenta días, esto es, en los departamentos de Apurímac, Huancavelica, San Martín, Junín, Pasco, Ayacucho (excepto la provincia de Huamanga), Huánuco y Ucayali, así como en la provincia de Ucayali (departamento de Loreto), el distrito de Quimbiri (provincia de La Convención, departamento del Cusco) y el distrito de Yurimaguas (provincia de Alto Amazonas, departamento de Loreto).
- iii) En tercer lugar, sin embargo, la impresión favorable que podría producir el levantamiento del régimen de excepción constitucional en vastas zonas del país se ve diluida, puesto que muy pronto el Gobierno retoma la práctica de declarar y renovar sucesivamente el estado de emergencia de manera independiente en diversas zonas y comarcas del territorio nacional.

Es lo que ocurre en los siguientes lugares:

- a) Departamentos de Huánuco (excepto la provincia de Puerto Inca y el distrito de Huacrachuco) y San Martín, y distrito de Yurimaguas (provincia de Alto Amazonas, departamento de Loreto), a partir del DS 042-DE-EP (*El Peruano*, 27 de agosto de 1991).
- b) Departamento de Ucayali, provincia de Ucayali (departamento de Loreto) y provincia de Puerto Inca (departamento de Huánuco), desde el DS 048-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 28 de septiembre de 1991).

En esta circunscripción se apreciaba una reducción del ámbito territorial del departamento de Ucayali, el cual ya no abarcará a todo el departamento, sino sólo a las provincias de Coronel Portillo y Padre Abad, a partir del DS 018-92-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 26 de marzo de 1992). Así se mantendría en las renovaciones sucesivas durante lo que restaba del período.

- c) Gran cantidad de provincias y distritos específicamente señalados de los departamentos de Junín y Pasco, a partir del DS 054-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 28 de septiembre de 1991).

En los departamentos de Junín y Pasco, además, se dan ampliaciones territoriales significativas, mediante DS 060-91-DE-MINDEF (*El Peruano*, 1 de noviembre de 1991) y DS 005-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 24 de enero de 1992).

- d) Departamento de Apurímac, desde el DS 065-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 21 de noviembre de 1991).

- iv) En cuarto lugar, al poco tiempo de iniciado este casi inmediato proceso de reconstitución paulatina de distintas zonas de emergencia, el Poder Ejecutivo emite el DS 012-92-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 25 de febrero de 1992), en virtud del cual no sólo prorroga el estado de emergencia en las provincias de Pasco y Daniel Alcides Carrión (departamento de Pasco), y en las provincias de Huancayo, Concepción, Jauja, Satipo y Chanchamayo (departamento de Junín), sino que además lo reinstaura en las provincias de Castrovirreyna, Huaytará y Huancavelica (departamento de Huancavelica), y en las provincias de Lucanas, Huamanga y Cangallo (departamento de Ayacucho).

De ese modo, seis meses después de haberse levantado el estado de excepción constitucional en los emblemáticos departamentos de Ayacucho y Huancavelica, el Poder Ejecutivo lo volvía a introducir. Esta vez, empero, sólo en tres provincias de cada uno de esos departamentos.

La nueva región sur central resultaba entonces más reducida que la configurada en diciembre de 1982, cuando el Gobierno ordenó el ingreso de las Fuerzas Armadas a la zona inicial del accionar subversivo. De cualquier modo, se veía unida a una también acotada región de la sierra central (provincias de Junín y Pasco), con proyección a las zonas orientales de la selva, caracterizadas por poseer extensos cultivos cocaleros y serios problemas de narcotráfico.

En lo que resta del período bajo análisis se prorrogaría sucesivamente el estado de excepción en estas localidades, con una ampliación a todo el departamento de Pasco a partir del DS 045-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 23 de junio de 1992), la cual se mantendría hasta el final (DS 089-92-DE-CCFFAA [*El Peruano*, 19 de diciembre de 1992]).

Reinstauración del estado de emergencia en Lima y Callao: moderación inicial y endurecimiento posterior

- 10) En el caso de la provincia de Lima (departamento del mismo nombre) y la Provincia Constitucional del Callao, el estado de emergencia es también reinstaurado poco tiempo después de su cese en diciembre de 1989. En efecto, ya en marzo de 1990 se lo vuelve a declarar mediante DS 004-90-IN (*El Peruano*, 24 de marzo de 1990), pero sólo por 30 días, con suspensión únicamente de tres derechos fundamentales (quedó intocado el derecho de reunión pacífica y sin armas), invocación de razones genéricamente vinculadas al control del orden público y fundamentación insuficiente. Llama la atención, sin embargo, que el Gobierno deje cesar el régimen de excepción en estas circunscripciones por llegar a su fin el plazo estipulado, pero lo vuelva a proclamar en mayo, esta vez manteniendo intacta también la libertad de tránsito, además del derecho de reunión (DS 012-90-IN [*El Peruano*, 31 de mayo de 1990]). Las otras condiciones son las mismas. Luego, el DS 016-90-IN (*El Peruano*, 1 de julio de 1990) ordena una prórroga, con una única modificación importante en el contenido normativo, y es que omite regular el punto relativo a la institución a cargo del control del orden interno, lo que, como se sabe, determina que dicha tarea esencial corresponda a la Policía Nacional (por cierto, no podría descartarse que se trate de un error cometido por descuido).

Merece ser anotado que ninguno de estos tres Decretos Supremos que suspenden sólo tres o dos derechos fundamentales en las circunscripciones bajo análisis, otorga o reconoce potestades normativas a autoridades dependientes del Poder Ejecutivo para introducir regulaciones sobre la esfera de los derechos fundamentales, como se ha observado que ocurría en años anteriores, en particular con relación al derecho de reunión pacífica y sin armas. Los efectos legales del DS 016-90-IN decaen por cumplimiento del plazo el 2 de julio de 1990, pese a lo cual cinco días después el DS 038-90-DE/IN (*El Peruano*, 7 de agosto de 1990) reinstaura el estado de excepción en la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao (junto a otras provincias de distintos departamentos). A diferencia de los casos precedentes, empero, el Decreto Supremo establece la suspensión de todos los derechos derogables conforme a la Carta constitucional, reiterando las demás características de los Decretos anteriores.

Un mes más tarde, el DS 034-DE (*El Peruano*, 5 de septiembre de 1990) amplía el ámbito territorial y pasa a comprender ahora a todo el departamento de Lima (no sólo a la provincia del mismo

nombre), además de la Provincia Constitucional del Callao, bajo las mismas condiciones anteriores.

Durante el resto del período bajo análisis se producirá el fenómeno de las prórrogas sucesivas en las circunscripciones indicadas. Es de notar que a partir del DS 029-91-DE-SG (*El Peruano*, 2 de junio de 1991) los motivos invocados como justificación del régimen excepcional ya no son más hechos asociados a perturbaciones del orden público, sino que se relacionan con el accionar de los grupos subversivos (el último Decreto del período es el DS 085-92-DE-CCFFAA [*El Peruano*, 22 de noviembre de 1992]).

En definitiva, la evolución observada apunta a un deseo inicial de moderar el empleo del estado de emergencia en Lima y Callao, mediante la reducción de los plazos, los ceses temporales, la suspensión de sólo una parte del elenco de derechos fundamentales derogables y aun la devolución transitoria de la tarea de control del orden interno a la Policía (desde luego, en caso de no haberse tratado de un error). Sin embargo, poco a poco se va afirmando una tendencia a endurecer las condiciones, la cual se expresa en la ampliación territorial de la circunscripción de Lima hasta abarcar la integridad del departamento, la suspensión de todos los derechos susceptibles de ser suspendidos y la renovación constante del estado de excepción constitucional.

Extensión a nuevas localidades: Puno, Ica y Cusco

- 11) En el trienio bajo examen se observa también que el estado de emergencia alcanza a nuevas localidades en los departamentos de Puno, Ica y Cusco, con propensión a su permanencia a lo largo del período. Así, el DS 049-DE/SG (*El Peruano*, 13 de octubre de 1990) proclama el régimen de excepción en las provincias de Melgar, Azángaro, Huancané y San Antonio de Putina, del departamento de Puno. Aunque sólo lo hace por 30 días, suspende todos los derechos susceptibles de ser suspendidos, invoca actos subversivos como justificación y encomienda a las Fuerzas Armadas el control del orden interno, todo ello sin exponer los fundamentos necesarios.

El Gobierno instaura de nuevo, mediante DS 004-DE/SG (*El Peruano*, 18 de febrero de 1991), el estado de emergencia en las mismas provincias puneñas, a las que añade la provincia de Lampa (también de Puno), así como las provincias arequipeñas de Caravelí, La Unión y Caylloma. Esta vez, sin embargo, lo hace ya por 60 días, manteniendo las demás condiciones del Decreto anterior. Luego hay una prórroga en términos idénticos, mediante DS 019-DE/SG (*El Peruano*, 18 de abril de 1991), a la que sigue una más, en la que sin embargo se introducen dos variaciones importantes.

En efecto, el DS 030-91-DE-MINDEF (*El Peruano*, 2 de junio de 1991) no sólo hace la prórroga correspondiente en las provincias ya indicadas, sino que, de un lado, declara en estado de emergencia las provincias de Sandia y Carabaya (departamento de Puno), aduciendo en su parte considerativa que en estas localidades se ha producido un incremento de «actividades subversivas». De otro lado, el DS 030-91-DE-MINDEF omite regular la cuestión relativa a la suspensión de derechos fundamentales, lo que trae como consecuencia que, desde el punto de vista jurídico constitucional, tales derechos gocen de plena vigencia. La razón de esto último, empero, podría ser un mero descuido (ciertamente, muy significativo), sobre todo considerando que el propio texto del Decreto alude a un aumento de acciones subversivas.

Como quiera que fuere, el DS 030-91-DE-MINDEF no fue objeto de prórroga. No obstante, el DS 053-91-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 28 de septiembre de 1991) declara el estado de excepción nuevamente, pero sólo en las provincias puneñas de Melgar, Azángaro, Sandia y Carabaya (ya no en las de Lampa, Huancané y San Antonio de Putina) y por 30 días, manteniendo las restantes condiciones precedentes.

Luego de ello, el Gobierno extenderá en el tiempo el régimen de excepción constitucional en distintas localidades puneñas por lo que resta del período bajo análisis, pero con tendencia a la disminución del ámbito territorial bajo estado excepcional. Así, mediante DS 061-91-DE-MINDEF (*El Peruano*, 1 de noviembre de 1991) «prorroga» el estado de emergencia en las provincias de Melgar, Azángaro y Sandia (con exclusión ahora de la provincia de Carabaya) bajo las mismas características anteriores¹⁶⁴⁵. Las posteriores prórrogas comprenden sólo a la provincia de Azángaro por 30 días en dos ocasiones (DS 069-DE-CCFFAA [*El Peruano*, 30 de noviembre de 1991] y DS 076-91-DE-CCFFAA [*El Peruano*, 27 de diciembre de 1991]) y por 60 días en otra más (DS 011-DE-CCFFAA [*El Peruano*, 22 de febrero de 1992]).

Finalmente, el DS 025-92-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 25 de abril de 1992) declara la «prórroga» del estado de emergencia en las provincias de Melgar y Azángaro —en el caso de Melgar, era en verdad una reintroducción, no una prórroga—, reiterando las condiciones acostumbradas. Este estado de cosas se mantendrá en el departamento de Puno hasta el final del período bajo análisis (el último

1645 No se trataba en rigor de una prórroga, sino de una reinstauración, ya que habían cesado los efectos legales del Decreto anterior: la vigencia del DS 053-91-DE-CCFFAA había terminado el 29 de octubre de 1991, mientras que el DS 061-91-DE-MINDEF recién entró en vigor el 2 de noviembre de aquel mismo año.

Decreto es el DS 088-92-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 19 de diciembre de 1992).

Se aprecia, entonces, una tendencia general a mantener diversas localidades puneñas en estado de emergencia desde que se implanta este régimen excepcional en octubre de 1990, aunque con intentos repetidos de no emplear siempre el máximo rigor permitido por la Carta constitucional. Ello se puede ver en los plazos más reducidos, los ceses varios y la disminución del alcance territorial en el último tramo del trienio. Son llamativos, empero, lo que parecen descuidos en relación a prórrogas declaradas que son en verdad instauraciones y quizá a la no suspensión de los derechos fundamentales en junio de 1991.

- 12) En los casos de los departamentos de Cusco e Ica, la duración del estado de emergencia es también prolongada, aunque no tanto como en el caso de Puno. En ambos departamentos, el régimen de excepción es aplicado por primera vez de manera simultánea. En efecto, el DS 009-DE-SG (*El Peruano*, 9 de marzo de 1991) lo instaura en las provincias de Chumbivilcas, Canas, Espinar y Canchis (Región Inca [Cusco]), mientras que el DS 010-DE-SG, publicado en la misma fecha, hace lo propio en las provincias de Ica, Chincha, Nazca, Pisco y Palpa (Región Libertadores-Wari [Ica]).

En las provincias cusqueñas, el régimen legal es el más severo posible (plazo de 60 días, suspensión de todos los derechos derogables, intervención de las Fuerzas Armadas para el control del orden interno). En las provincias iqueñas, la única diferencia es que el plazo es de sólo 30 días. En los dos departamentos se invoca como causa la actividad subversiva, siempre con justificación exigua, generalizadora y del todo insuficiente.

En las localidades cusqueñas referidas hay una prórroga idéntica (DS 024-91-DE/SG [*El Peruano*, 9 de mayo de 1991]), pero luego se produce un cambio. Y es que, tras el cese de los efectos legales de este Decreto, el Gobierno declara el régimen de excepción constitucional en nuevas comarcas del departamento de Cusco, a saber, la provincia de La Convención (excepto el distrito de Quimbiri, incluido, como ya se expuso, en los Decretos relativos a la región sur central y otras zonas) y los distritos de Yanatili y Lares, de la provincia de Calca (DS 041-91-DE-EP [*El Peruano*, 27 de agosto de 1991]). El régimen legal que se establece es el acostumbrado de máximo rigor. Luego se producirán todavía cuatro prórrogas sucesivas bajo las mismas condiciones, llegando la excepción constitucional hasta el mes de junio de 1992 (DS 022-92-DE-CCFFAA [*El Peruano*, 23 de abril de 1992]).

En las provincias del departamento de Ica, por su parte, lo único notable es que hay una sola prórroga de 30 días —las demás con-

diciones se mantienen inalterables—, mediante DS 018-DE/SG (*El Peruano*, 7 de abril de 1991). Tras ella, el Gobierno ordena extensiones temporales sucesivas por 60 días cada vez (bajo las mismas condiciones anteriores), cuyos efectos alcanzan hasta el mes de marzo de 1992 (DS 078-92-DE-CCFFAA [*El Peruano*, 14 de enero de 1992]).

Estados de emergencia ocasionales

13) También debe señalarse que, entre los años 1990 y 1992, hubo varios casos de estados de emergencia ocasionales y por lo general breves en distintos lugares del Perú:

- i) Provincias de Caravelí y La Unión, del departamento de Arequipa (DS 005-90-IN [*El Peruano*, 6 de abril de 1990], con prórroga mediante DS 009-90-IN [*El Peruano*, 5 de mayo de 1990]). Más adelante, estas localidades, a las que se añadió la provincia arequipeña de Caylloma, fueron reguladas en conjunto con determinadas provincias del departamento de Puno (a partir del DS 004-DE/SG [*El Peruano*, 18 de febrero de 1991]), como ya ha sido expuesto.

Especial mención debe hacerse al DS 026-DE/SG (*El Peruano*, 22 de mayo de 1991), ya que no sólo indica en su parte considerativa que ha habido un incremento de la actividad subversiva, sino que además refiere una necesidad operativa que aconseja la regulación en un solo Decreto del estado de emergencia en las diversas localidades arequipeñas: «Que se hace necesario unificar en un solo dispositivo la prórroga y declaración del estado de emergencia en las provincias de la Región Arequipa para una mejor coordinación de las operaciones contrasubversivas en dicha Región».

Este reconocimiento de necesidades bélicas y administrativas relacionadas con la unificación del régimen de excepción en Decretos comprensivos puede brindar un indicio acerca de la razón de esta clase de unificación normativa observada en otros casos (por ejemplo, en el caso de la región sur central y la región anexa de la sierra y selva centro oriental).

- ii) Provincias de Recuay y Bolognesi, del departamento de Áncash (DS 011-90-IN [*El Peruano*, 19 de mayo de 1990]).
- iii) Provincias de Arequipa, Cusco, Puno, Piura, Trujillo, Chiclayo, Maynas, Huaraz y Santa, además de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao (DS 038-90-DE/IN [*El Peruano*, 7 de agosto de 1990]).

- iv) Provincia de Cajabamba, del departamento de Cajamarca (DS 052-DE-CCFFAA [*El Peruano*, 28 de septiembre de 1991]).

En estos cuatro casos, se observa que el régimen de excepción fue establecido con suspensión de todos los derechos susceptibles de ser suspendidos e intervención de la corporación militar para hacerse cargo del control del orden interno, además de que se invoca el accionar subversivo como justificación, pero sin exponer fundamentos suficientes.

Una excepción a esta situación de regularidad es la del DS 030-91-DE-MINDEF (*El Peruano*, 2 de junio de 1991), que omite toda regulación sobre el punto crucial atinente al estatus de los derechos fundamentales, según se ha dicho ya al comentar este Decreto en relación a las provincias puneñas también comprendidas en él.

Asimismo, debe ser mencionado que hay una excepción a la práctica corriente de invocar las acciones subversivas como motivo de los Decretos, y es el caso de las diversas provincias puestas bajo régimen de excepción constitucional en agosto de 1990, pues el DS 038-90-DE/IN aduce como causa meras perturbaciones del orden público.

En lo que atañe al plazo, éste es por lo general de 30 días, salvo en el caso de Cajabamba y en la reinstauración y prórrogas sucesivas relativas a Caravelí y La Unión (y Caylloma) desde la expedición del DS 004—DE/SG (*El Peruano*, 18 de febrero de 1991). En fin, sólo respecto de las indicadas provincias arequipeñas se aprecian extensiones temporales, cuyos efectos legales llegan hasta agosto de 1991 (DS 030-91-DE-MINDEF [*El Peruano*, 2 de junio de 1991]). Es claro entonces que los cuatro casos bajo análisis muestran una tendencia a la ampliación del ámbito territorial del estado de excepción, pero de carácter episódico y por lo general breve, lo que no es óbice para la severidad del régimen legal estipulado por los correspondientes Decretos Supremos.

Vínculo entre terrorismo y narcotráfico

- 14) Un elemento que aparece en este período y que debe ser puesto de relieve es que determinados Decretos Supremos comienzan a hacer mención, entre sus considerandos, a la continuidad de «acciones terroristas y narcoterroristas» como justificación para las prórrogas sucesivas del estado de emergencia. Tales Decretos se refieren a dos zonas selváticas de la región centro oriental del país,

expuestas a condiciones de grave convulsión y violencia debido a las labores agrícolas de cultivo de plantas de coca y la consiguiente actividad de tráfico ilícito de drogas:

- i) Departamentos de Huánuco (excepto la provincia de Puerto Inca y el distrito de Huacrachuco) y San Martín, y distrito de Yurimaguas (provincia de Alto Amazonas, departamento de Loreto), a partir del DS 009-92-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 22 de febrero de 1992).
- ii) Provincias de Coronel Portillo y Padre Abad (departamento de Ucayali), provincia de Ucayali (departamento de Loreto) y provincia Puerto Inca (departamento de Huánuco), desde la emisión del DS 048-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 24 de julio de 1992).

El que surjan referencias a la asociación entre organizaciones subversivas y bandas de narcotraficantes en los Decretos Supremos sobre estados de emergencia no es un dato menor, ya que muestra que desde muy temprano en el país la violencia insurgente estuvo vinculada en ciertas zonas de selva al accionar y a los designios e intereses del narcotráfico. Aunque la expresión «narcoterrorismo» podría ser criticada desde un punto de vista académico debido a su imprecisión, en lo que ahora interesa conviene retener que ella es empleada oficialmente por el Estado peruano como un elemento justificativo de la extensión del régimen de excepción constitucional.

Invocación de la Ley 24150

- 15) Igualmente, merece indicarse que, en el último año del período bajo examen —esto es, con considerable retraso—, los Decretos Supremos empiezan a invocar la Ley 24150 (*El Peruano*, 7 de junio de 1985) y, en particular, su reciente modificación mediante Decreto Legislativo 749 (*El Peruano*, 21 de noviembre de 1991), como fundamento normativo. Ello se observa a partir del DS 012-92-DE-CCFFAA (*El Peruano*, 25 de febrero de 1992) y se mantiene en todo el resto del período. La razón no aparece del propio texto de los Decretos, pero podría deberse al hecho de la ampliación de los poderes de la corporación militar bajo régimen de excepción constitucional que el Decreto Legislativo 749 produce.

Estado de emergencia por desastres naturales

- 16) Conviene ahora, para finalizar, hacer un breve comentario sobre los Decretos Supremos atinentes a desastres naturales. Como ya ha sido dicho, éstos fueron cuatro durante el trienio bajo examen, todos emitidos en el año 1992. Pues bien, los tres Decretos que se refieren al plazo del estado de emergencia que instauran —el DS 038-92-PCM [*El Peruano*, 10 de abril de 1992] lo hace de modo indirecto, por remisión a su predecesor, el DS 036-92-PCM [*El Peruano*, 27 de marzo de 1992]— estipulan plazos manifiestamente inconstitucionales: de 90 días el ya citado DS 036-92-PCM y de 180 días el DS 057-92-PCM (*El Peruano*, 13 de mayo de 1992) y el DS 060-92-PCM (*El Peruano*, 24 de mayo de 1992).

Esta gruesa contravención del mandato constitucional en punto de tanta importancia como el término temporal del estado de excepción es especialmente llamativa, en la medida en que el DS 036-92-PCM y el DS 057-92-PCM invocan como fundamento normativo de su expedición el artículo 231.a de la Carta Fundamental (no lo hace así el DS 060-92-PCM, pero esto no lo exonera del deber de cumplir la Constitución en lo relativo al plazo máximo del estado de emergencia).

Nada en el texto de los Decretos permite conocer la razón para tan ostensible contravención constitucional.

3. LOS AÑOS DEL POSTCONFLICTO (2013-2017)

3.1. Año 2013: remanentes terroristas y proliferación de desastres naturales

Aspectos generales

- 1) El primer año de la Base de Datos II, lo mismo que los restantes años de todo el período, muestra un elevado número de casos de estado de emergencia. De un total de 82 Decretos Supremos y Resoluciones Supremas, 29 (equivalentes al 35.4%) tienen por causa el problema del terrorismo que aún subsistía (subsiste) en ciertas zonas de la sierra y selva del país, mientras que 53 (que representan el 64.6%) se originan en diversos eventos de desastres naturales. No se registran otras causas en este primer año.

Es notable no sólo que sean tantas las disposiciones legales que proclaman o prorrogan el régimen de excepción constitucional, o que autorizan o mantienen la intervención de las Fuerzas Armadas. Lo es también que los Decretos y Resoluciones emitidos por ca-

tácticos de la naturaleza representen casi dos tercios, en tanto los vinculados al fenómeno de los remanentes terroristas sumen algo más de una tercera parte.

- 2) De otro lado, se observa que durante el año 2013 las disposiciones que regulan la aplicación del estado de emergencia invocan dos importantes cuerpos normativos. Se trata del DL 1136, que establece la estructura orgánica, las competencias y las funciones del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas (*El Peruano*, 10 de diciembre de 2012), y del DS 004-2013-DE, que precisa los alcances del comando en acciones u operaciones militares en las zonas declaradas en estado de emergencia, cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno por disposición del presidente de la República (*El Peruano*, 21 de junio de 2013).

Ambas disposiciones legales son citadas para dar fundamento a la acción del Comando Unificado que, bajo dirección de las Fuerzas Armadas, se constituye en tales casos y que subordina a la Policía Nacional del Perú.

Estados de emergencia por terrorismo

- 3) Lo primero que debe anotarse es que, de las 29 disposiciones legales relativas a estados de emergencia motivados por el fenómeno del terrorismo, todavía subsistente en la zona del Alto Huallaga y en el VRAEM y comarcas aledañas, 19 son Decretos Supremos que instauran o prorrogan el régimen de excepción constitucional, y 10 son Resoluciones Supremas mediante las que el presidente de la República ordena la intervención de las Fuerzas Armadas, luego de haber proclamado o extendido en el tiempo el estado de emergencia.

Esta práctica, consistente en dividir las disposiciones legales, de suerte que mediante Decreto Supremo se instaura o prorroga el estado de emergencia, y mediante Resolución Suprema se regula el rol de las Fuerzas Armadas, se mantendrá aún durante el siguiente año 2014, como se verá en seguida. Ella parece deberse a la omisión en que incurre el DL 1095, que disciplina el empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas en el territorio nacional (*El Peruano*, 1 de septiembre de 2010), cuerpo normativo que no prevé de manera específica el procedimiento a seguir para que pueda disponerse la participación de las instituciones castrenses en tareas de control del orden interno cuando existe un estado de emergencia formalmente declarado. Al parecer, por esta razón, se invoca el artículo 25 del DL 1095, que en rigor contiene el procedimiento para habilitar la intervención de unidades militares en apoyo de la

Policía Nacional en los casos en los que no se encuentra vigente un estado de emergencia.

- 4) Los estados de excepción por terrorismo pueden clasificarse en tres grupos, por lo que se refiere a su alcance territorial. En efecto, el primer grupo es el relativo al Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), que comprende diversas localidades de los departamentos de Ayacucho, Huancavelica, Cusco y Junín. Este primer grupo, si bien más reducido, es heredero de la zona sur central declarada en emergencia y bajo control militar durante la guerra interna, en particular, hacia el final del período comprendido en la Base de Datos I.

El segundo grupo está integrado únicamente por la comarca de Echarate, distrito de la provincia cusqueña de La Convención que colinda con la zona del VRAEM (como se verá más adelante, en determinado momento el distrito de Echarate es incluido en las regulaciones del estado de emergencia relativas al VRAEM). Y el tercer grupo lo conforman distritos y provincias de los departamentos de Huánuco y Ucayali, ubicados en la cuenca del río Huallaga. Se trata, pues, igualmente de comarcas cocaleras que se vieron asoladas por acciones subversivas y terroristas de Sendero Luminoso y el MRTA, en las que todavía actúan los denominados «remanentes» de la primera de estas organizaciones ilegales.

La zona sur central (Ayacucho y comarcas aledañas)

- 5) A pesar del tiempo transcurrido desde la fecha de la conclusión de la guerra interna, fecha convencionalmente establecida en el año 2000¹⁶⁴⁶, todavía en el año 2013 el Gobierno peruano sigue declarando habitualmente el estado de emergencia en diversos distritos y provincias de los departamentos de Ayacucho, Huancavelica, Cusco y Junín, en los que aún operan los así llamados «remanentes» de Sendero Luminoso. La situación se mantendrá a lo largo de todo el período cubierto por la Base de Datos II, confirmando el fenómeno de normalización de la emergencia o permanencia de lo excepcional, ya observado antes.

Los remanentes terroristas son grupos pequeños de excombatientes de Sendero Luminoso que, tras la escisión que siguió a la captura de Abimael Guzmán y su claudicación ante el Gobierno de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos, decidieron mantener la lucha armada. Capaces de reclutar algunos adherentes entre las

1646 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*, op. cit., Tomo I, pp. 95-97. Véase también Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú, *En honor a la verdad*, op. cit., pp. 247 y ss.

poblaciones locales, y en posesión de armamento militar y otros pertrechos, se refugian en la espesura de la selva y respaldan sus actos con un discurso subversivo y violentista. Tanto la facción liderada por «Feliciano» en la selva central como la encabezada por «Artemio» en el Alto Huallaga conservaron cierta capacidad de acción subversiva, aunque fueron vinculándose cada vez más al quehacer de bandas de narcotráfico y grupos dedicados a otras actividades ilícitas (extracción ilegal de madera, por ejemplo), mediante el cobro de cupos y otras exacciones¹⁶⁴⁷.

El DS 010-2013-PCM (*El Peruano*, 26 de enero de 2013) prorroga el estado de emergencia preexistente desde el año anterior¹⁶⁴⁸. Sus características son muy similares a las registradas mediante la Base de Datos I, relativa a los años del conflicto armado: extensiones temporales continuas, justificación escueta e insuficiente, suspensión de los cuatro derechos susceptibles de ser suspendidos, plazo máximo de 60 días, control del orden interno encomendado a las Fuerzas Armadas, en sustitución de las Fuerzas Policiales. Es decir, el mayor rigor permitido por el ordenamiento constitucional peruano.

En cuanto al alcance territorial, la zona sur central está ahora conformada de la siguiente manera:

- i) Provincias de Huanta y La Mar, del departamento de Ayacucho.
- ii) Provincia de Tayacaja, del departamento de Huancavelica.
- iii) Distritos de Kimbiri, Pichari y Vilcabamba, de la provincia de La Convención, del departamento del Cusco.
- iv) Provincia de Satipo y distritos de Andamarca y Comas, de la provincia de Concepción, y distritos de Santo Domingo de Acobamba y Pariahuanca, de la provincia de Huancayo, del departamento de Junín.

1647 Véase Basombrío, Carlos y Rospigliosi, Fernando, *La seguridad y sus instituciones en el Perú a inicios del siglo XXI: reformas democráticas o neomilitarismo*, op. cit., pp. 184 (incluyendo la nota 6), 189 y 191. Véase también Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú, *En honor a la verdad*, op. cit., pp. 252-253, 256, 260-262 y 267; Roberto Chiabra, *La seguridad nacional en el siglo XXI*, op. cit., pp. 297-298; José Carlos Agüero, «Situación de Derechos Humanos en la Zona del VRAE - Vizcatán», en *Informe Anual 2008. El Dificil Camino hacia la Ciudadanía* (Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2009), pp. 60-63.

1648 En realidad, la declaración del estado de excepción constitucional y la configuración de una zona de emergencia en el VRAE (luego VRAEM) se produce desde mayo de 2003, cuando se reintrodujo el régimen de excepción en esta región. Véase DS 055-2003-PCM (*El Peruano*, 28 de mayo de 2003) y RS 181-2003-DE (*El Peruano*, 28 de mayo de 2003), así como DS 062-2003-PCM y RS 221-DE/SG (*El Peruano*, 28 de junio de 2003).

Así, pues, se trata de localidades de cuatro departamentos ubicados en zonas de sierra y selva del país, de muy difícil geografía, que se articulan en torno a los ríos Apurímac, Ene y Mantaro, es decir, comarcas cocaleras y territorios aledaños en los que bandas de narcotraficantes despliegan intensas actividades ilícitas vinculadas al comercio de cocaína, y que al parecer requieren protección armada de los remanentes senderistas.

La zona sur central se mantendrá intocada en su dimensión territorial durante todo el año 2013.

- 6) Debe lamentarse que la motivación esgrimida por los Decretos Supremos sea parca y general, omitiendo explicitar las razones que justificarían el estado de emergencia y sus diversas características específicas. En efecto, las disposiciones legales se limitan a mencionar que obra un oficio del jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, conforme al cual «aún subsisten las condiciones» que llevaron a la proclamación del régimen excepcional y que la prórroga es necesaria para que la presencia de las tropas permita que la población se identifique con la finalidad perseguida por el Gobierno nacional, a saber, «la consolidación de la pacificación de la zona y del país» (DS 010-2013-PCM [*El Peruano*, 26 de enero de 2013], DS 028-2013-PCM [*El Peruano*, 26 de marzo de 2013], DS 058-2013-PCM [*El Peruano*, 25 de mayo de 2013], DS 085-2013-PCM [*El Peruano*, 26 de julio de 2013], DS 110-2013-PCM [*El Peruano*, 21 de septiembre de 2013] y DS 122-2013-PCM [*El Peruano*, 26 de noviembre de 2013]).

El propio lenguaje empleado en la parte considerativa de los Decretos es equívoco y sugiere que ya existe una situación de paz, puesto que postula la necesidad de su consolidación. Como es claro, sólo puede consolidarse la paz si ésta ya ha sido restaurada, aunque sea en situación inicial. Pero si éste fuera el caso, entonces no se configuraría la causal presuntamente aplicable («perturbación de la paz o del orden interno»), la misma que, como ha sido expuesto, exige una amenaza grave a la continuidad de la vida nacional.

Como quiera que fuere, los Decretos Supremos no citan la causal específica que el Gobierno juzga pertinente, limitándose a invocar en términos del todo imprecisos el artículo 137.1 de la Constitución de 1993. Desde luego, esto es insuficiente como motivación y supone una infracción al deber constitucional de exponer las razones para introducir o mantener el estado de emergencia, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Además, debe insistirse en que la motivación para las prórrogas debe ser todavía más rigurosa que la exigible para la proclamación de la

emergencia, ya que entonces la situación es por lo común menos apremiante.

- 7) Por lo que atañe a los derechos fundamentales, los Decretos Supremos del 2013 estipulan invariablemente la suspensión de los cuatro derechos previstos en el artículo 137.1 de la Constitución. No se aduce razones que justifiquen esta medida, de suerte que el Gobierno obra al respecto con arbitrariedad. Un detalle formal, empero, llama la atención. Y es que los Decretos, en el encabezado del artículo 2, se refieren a la «suspensión del ejercicio de derechos constitucionales», pese a lo cual al interior del artículo estipulan que «quedan suspendidos los derechos constitucionales relativos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, comprendidos en los incisos 9), 11), 12) y 24), apartado f) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú».

En rigor, la fórmula correcta es la del encabezado ya que los derechos en sí mismos no pueden ser suspendidos, por lo que el desliz gramatical del contenido de las disposiciones legales debía ser enmendado, lo que no ocurre en ninguno de los Decretos bajo examen en este primer año (ni en los sucesivos, dicho sea de paso).

- 8) El plazo máximo autorizado es también mantenido una y otra vez, sin alteración. También aquí se carece de una mínima justificación. Adicionalmente, se detecta un caso de retroactividad. En efecto, el DS 122-2013-PCM señala que la prórroga que ordena debe regir a partir del 26 de noviembre de 2013, que es la fecha de su publicación, por lo que incurre en manifiesta vulneración del artículo 109 de la Carta, que prescribe que la ley obliga desde el día siguiente al de su aparición en el diario oficial, salvo cuando la propia ley posterga su vigencia de manera parcial o total.
- 9) Mención aparte merece la invocación del DL 1095, si bien con una lacónica referencia a que contiene «los procedimientos que regulan la intervención de las Fuerzas Armadas en zonas declaradas en estado de emergencia». Como ya se advirtió, el DL 1095 no incluye normas expresas aplicables al procedimiento de solicitud de intervención de las Fuerzas Armadas en zonas bajo estado de emergencia.

De cualquier modo, es de notar la práctica consistente en no ordenar la intervención de las Fuerzas Armadas para hacerse cargo del control de orden interno, en los Decretos Supremos de prórroga del estado de emergencia. La correspondiente orden del presidente de la República se reserva a las Resoluciones Supremas que, a partir de la RS 036-2013-DE (*El Peruano*, 2 de febrero de 2013), renewan de modo sucesivo y con idénticas expresiones la orden de

intervención de la corporación militar en las zonas de emergencia para encargarse del control del orden interno.

Las Resoluciones Supremas indican que la Policía Nacional del Perú debe contribuir a la tarea que se encomienda a las Fuerzas Armadas. Las disposiciones legales carecen asimismo de justificación suficiente en términos constitucionales, limitándose a invocar el artículo 137.1 de la Carta Fundamental, los Decretos de prórroga y el DL 1095. Sobre este último cuerpo normativo, las Resoluciones incluyen una fórmula retórica que alude a la «potencialidad y capacidad coercitiva» de las Fuerzas Armadas «para la protección de la sociedad, en defensa del Estado de Derecho y a fin de asegurar la paz y el orden interno en el territorio nacional» (RS 036-2013-DE [*El Peruano*, 2 de febrero de 2013], RS 110-2013-DE [*El Peruano*, 28 de marzo de 2013], RS 255-2013-DE [*El Peruano*, 7 de junio de 2013], RS 397-2013-DE [*El Peruano*, 7 de agosto de 2013] y RS 546-2013-DE [*El Peruano*, 3 de octubre de 2013]).

Esta práctica cambia, sin embargo, hacia el final del año, puesto que el ya mencionado DS 122-2013-PCM (*El Peruano*, 26 de noviembre de 2013) vuelve a encomendar el control del orden interno a las Fuerzas Armadas, prescindiendo de la regulación separada mediante Resolución Suprema. Por lo demás, este Decreto también invoca en sus considerandos el DL 1136 (*El Peruano*, 10 de diciembre de 2012), que prevé el «Comando Único» de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, así como menciona el DS 004-2013-DE (*El Peruano*, 21 de junio de 2013) que otorga al Comando Operacional de las Fuerzas Armadas el rol directivo del Comando Único, integrando a la Policía Nacional en posición subordinada.

Las invocaciones al DL 1136 habían comenzado con la RS 255-2013-DE (*El Peruano*, 7 de junio de 2013) y se mantuvieron sin variación durante el resto del año, mientras que las citas del DS 004-2013-DE empezaron con la RS 397-2013-DE (*El Peruano*, 7 de agosto de 2013) y también permanecieron sin cambios en los siguientes meses. De otro lado, la RS 397-2013-DE dispuso igualmente por primera vez, y ello sería mantenido en los meses siguientes, que el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas asumiría el «Comando Unificado de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional» en la zona de emergencia.

La zona de Echarate

- 10) Los Decretos Supremos sobre el estado de emergencia en el distrito de Echarate (La Convención, Cusco) son también de prórroga, desde el primero hasta el último: DS 011-2013-PCM (*El Peruano*, 26 de enero de 2013) y DS 121-2013-PCM (*El Peruano*, 26 de no-

viembre de 2013), respectivamente. Son seguidos por las correspondientes Resoluciones Supremas que encomiendan el control del orden interno a las Fuerzas Armadas, con indicación de la colaboración que debe prestar la Policía Nacional: RS 036-2013-DE (*El Peruano*, 2 de febrero de 2013) y RS 545-2013-DE (*El Peruano*, 3 de octubre de 2013), respectivamente.

Los Decretos no explicitan la causa que amerita el mantenimiento del régimen de excepción constitucional, aunque ciertas expresiones permiten inferir que se trataría de la amenaza de los remanentes terroristas. En efecto, la parte considerativa de los Decretos, con lenguaje similar al observado en el caso de la zona del VRAEM, se refiere al oficio del jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, en el que se señala que «aún subsisten las condiciones» que motivaron la declaración del estado de emergencia, a lo que añade que hace falta extenderlo en el tiempo para que la población pueda identificarse con los fines de «pacificación» perseguidos por el Gobierno, lo que se lograría gracias a la presencia de los militares en la zona.

Las Resoluciones Supremas tampoco señalan de manera directa el problema subversivo como el desencadenante de la emergencia. Su texto empero lo sugiere, al invocar no sólo los Decretos de prórroga y el DL 1095, sino especialmente al hablar de la «capacidad coercitiva» de las Fuerzas Armadas «para la protección de la sociedad» y «en defensa del Estado de Derecho», así como al mencionar la finalidad de «asegurar la paz y el orden interno en el territorio nacional».

El régimen legal adoptado es siempre el de máximo rigor, esto es, suspensión de los cuatro derechos susceptibles de ser suspendidos, plazo de 60 días cada vez, intervención militar en reemplazo de la Policía para encargarse de controlar el orden interno. En ningún caso se aprecia una justificación que cumpla con las exigencias constitucionales.

Es de anotarse que los Decretos Supremos incurren en el mismo error ya registrado en el caso del VRAEM, por lo que atañe al estatus legal de los derechos fundamentales. Es decir, el encabezado de la disposición legal alude a la suspensión del ejercicio de tales derechos fundamentales, pero las cláusulas normativas señalan equivocadamente que estarán suspensos los derechos mismos.

Un comentario final debe hacerse al DS 121-2013-PCM (*El Peruano*, 26 de noviembre de 2013), y es que, de modo semejante a lo observado en el caso del VRAEM (DS 122-2013-PCM, de la misma fecha), hacia el final del año encomienda nuevamente el control del orden interno a las Fuerzas Armadas, prescindiendo de la Resolución Suprema separada que se venía ocupando de esta medida desde inicio del año.

La zona de la cuenca del río Huallaga

- 11) Durante el año 2013, también se prorrogó continuamente el estado de emergencia en la zona de la cuenca del río Huallaga, conformada de la siguiente manera:
- i) Distritos de Cholón (provincia de Marañón) y Monzón (provincia de Huamalíes), y provincia de Leoncio Prado, del departamento de Huánuco.
 - ii) Provincia de Tocache, del departamento de San Martín.
 - iii) Provincia de Padre Abad, del departamento de Ucayali (véase, por ejemplo, DS 002-2013-PCM [*El Peruano*, 3 de enero de 2013], DS 049-2013-PCM [*El Peruano*, 4 de mayo de 2013], DS 134-2013-PCM [*El Peruano*, 28 de diciembre de 2013]).

Se trata, como se puede apreciar, de localidades de tres departamentos, situados en la cuenca del río Huallaga, que en el período de la guerra interna fue escenario de la violencia desatada por el fenómeno subversivo. Además, es zona de sembríos cocaleros, que se vinculan a las actividades delictivas del tráfico de drogas (cocaína).

En todos los casos se repite la estructura y contenido de los decretos de extensión temporal de la emergencia constitucional. También, por desgracia, las deficiencias de justificación ya observadas en los casos del VRAEM y del distrito de Echarate, que en consecuencia no hace falta reiterar aquí.

En cuanto al régimen legal, es similar al establecido en el caso del VRAEM y de Echarate, por lo que se refiere a la suspensión de los cuatro derechos derogables (incluyendo la alusión normativa a la derogación de los derechos mismos, no a la suspensión de su ejercicio) y al plazo máximo de 60 días. Sin embargo, hay una diferencia relevante en lo que atañe a la institución a cargo del control del orden interno, que en esta región no será la corporación militar, sino la Policía Nacional del Perú. No obstante, los Decretos Supremos prevén que las Fuerzas Armadas brinden «apoyo» a la Policía. Otra diferencia relevante es que la parte considerativa de los Decretos menciona de manera explícita los desplazamientos continuos de los «remanentes» de Sendero Luminoso en «columnas terroristas» en esta zona del Huallaga, así como se refiere también al problema adicional del «tráfico ilícito de drogas y el sembrío ilegal de la hoja de coca», principal ocupación de los pobladores. El reconocimiento expreso de esta compleja problemática, si bien

en términos genéricos, llama la atención debido a que contrasta marcadamente con el tenor de los Decretos emitidos en los casos del VRAEM y de Echarate, donde se constata una renuencia a mencionar el problema subversivo.

Por dicha razón, despierta curiosidad que el control del orden interno siga encomendado a la Policía Nacional en las localidades de la cuenca del río Huallaga, y no se comprende la diferencia con aquellos casos en que es la Fuerza Armada la que asume tal tarea. Ciertamente, los Decretos no exponen ni justifican el trato diferenciado.

Estado de emergencia por desastres naturales: proliferación y variedad

- 12) Como ha sido ya dicho, el año 2013 registra un elevado número de Decretos Supremos motivados por desastres naturales —53 Decretos, equivalentes al 64.6% del total anual—, los cuales superan por mucho a los que tienen por causa el problema de los remanentes terroristas.

No constituyendo el objeto de la presente investigación, no se hará aquí un análisis detallado de sus características y contenido. No obstante, sí cabe indicar algunos rasgos relevantes, por contraste con aquellas disposiciones legales (Decretos y Resoluciones) relativas al estado de emergencia declarado o prorrogado por razones de violencia política.

Así, un primer rasgo llamativo es la gran variedad de catástrofes de la naturaleza que los Decretos invocan. Los más frecuentes son los desastres relacionados con lluvias intensas y fenómenos asociados tales como desbordes de ríos e inundaciones (por ejemplo, DS 019-2013-PCM [*El Peruano*, 13 de febrero de 2013], DS 020-2013-PCM [*El Peruano*, 15 de febrero de 2013], DS 073-2013-PCM [*El Peruano*, 19 de junio de 2013], DS 097-2013-PCM [*El Peruano*, 28 de agosto de 2013], DS 022-2013-PCM [*El Peruano*, 4 de diciembre de 2013]).

Diversos tipos de desastres naturales invocados como causa del estado de emergencia son los siguientes:

- i) Epidemia de salud (dengue): DS 008-2013-PCM (*El Peruano*, 19 de enero de 2013).
- ii) Lluvias intensas: por ejemplo, DS 019-2013-PCM (*El Peruano*, 13 de febrero de 2013), DS 020-2013-PCM (*El Peruano*, 15 de febrero de 2013), DS 073-2013-PCM (*El Peruano*, 19 de junio de 2013), DS 097-2013-PCM (*El Peruano*, 28 de agosto de 2013).

- iii) Deslizamientos de tierra: por ejemplo, DS 009-2013-PCM (*El Peruano*, 24 de enero de 2013), DS 012-2013-PCM (*El Peruano*, 3 de febrero de 2013), DS 034-2013-PCM (*El Peruano*, 4 de abril de 2013), DS 067-2013-PCM (*El Peruano*, 8 de junio de 2013), DS 112-2013-PCM (*El Peruano*, 29 de septiembre de 2013).
- iv) Plaga agrícola (roya amarilla del cafeto): DS 048-2013-PCM (*El Peruano*, 4 de mayo de 2013), DS 828-2013-PCM (*El Peruano*, 16 de julio de 2013), DS 113-2013-PCM (*El Peruano*, 3 de octubre de 2013).
- v) Actividad volcánica: DS 104-2013-PCM (*El Peruano*, 12 de septiembre de 2013).
- vi) Actividad sísmica: DS 098-2013-PCM (*El Peruano*, 30 de agosto de 2013), DS 111-2013-PCM (*El Peruano*, 27 de septiembre de 2013).
- vii) Heladas y nevadas: DS 100-2013-PCM (*El Peruano*, 30 de agosto de 2013), DS 101-2013-PCM (*El Peruano*, 30 de agosto de 2013), DS 102-2013-PCM (*El Peruano*, 30 de agosto de 2013), DS 124-2013-PCM (*El Peruano*, 4 de diciembre de 2013).

Junto a la amplia variedad de motivos catastróficos, llama la atención que muchos de los Decretos parecen en verdad responder a dificultades climatológicas o geográficas estacionales y reiteradas (lluvias, heladas y nevadas, por ejemplo). En consecuencia, uno puede preguntarse legítimamente si cumplen las exigencias propias del régimen de excepción constitucional previsto en el artículo 137.1 de la Carta. La respuesta parece ser sin duda que no, puesto que en tales casos no existe excepcionalidad, ni imprevisibilidad ni gravedad. Las medidas previstas parecen apuntar, más bien, a facilitar la acción administrativa y a evitar las restricciones presupuestarias que son habituales bajo la situación de normalidad constitucional, a fin de que las autoridades competentes puedan realizar obras de contención de daños y prevención de riesgos. Por lo demás, debe advertirse que ninguno de los 53 Decretos referidos (de instauración o de prórroga) determina la suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales, y tampoco ordena que las Fuerzas Armadas se hagan cargo del control del orden interno en sustitución de la Policía Nacional, tarea que tampoco se reserva a Resoluciones Supremas complementarias, como se vio que ocurría en los casos de terrorismo durante casi todo el año. En cambio, los Decretos por catástrofe sí se asemejan a aquellos emitidos para enfrentar a los remanentes de Sendero Luminoso en

que disponen que el régimen excepcional habrá de durar el plazo máximo previsto en la Carta, esto es, 60 días. La única excepción viene configurada por el caso de emergencia de salud pública por dengue, en la que el Ejecutivo dispuso que el gobierno de crisis habría de durar sólo 30 días (DS 008-2013-PCM [*El Peruano*, 19 de enero de 2013]).

3.2. Año 2014: irrupción de casos de emergencia por razones de orden público

Consideraciones de orden general

- 1) El segundo año de la Base de Datos II registra una disminución de disposiciones legales relativas a los estados de emergencia en el país, las cuales pasan de ser 82 en el año 2013 a ser 57 en el año 2014. Pese a la reducción, el número sigue siendo elevado: da un promedio de casi cinco disposiciones por cada mes del año.

Del total de 57 Decretos Supremos y Resoluciones Supremas, 18 (31.6%) tienen relación con el problema de la subversión y el terrorismo, mientras los casos de catástrofes son 27, lo que equivale casi a la mitad (47.4%). Lo novedoso, empero, es la aparición de un considerable número de disposiciones legales cuya causa se vincula con problemas de orden público: 12, que representan el 21.0%.

En particular, la conexión de los estados de emergencia con la problemática de la protesta popular y su empleo para combatir la producción y el comercio de drogas en zonas remotas y de difícil acceso de la Amazonía, supondrán un cambio cualitativo en la aplicación de la Constitución de emergencia en el Perú.

Debe ponerse de relieve que en ningún caso se cuenta con justificaciones adecuadas de las medidas de excepción que el Gobierno adopta.

El terrorismo como causa de la prolongación del régimen de excepción

- 2) Durante el año 2014, el fenómeno de los remanentes de Sendero Luminoso continuó provocando la renovación del estado de emergencia en las tres zonas ya identificadas en el año anterior, esto es, la zona sur central (Ayacucho y comarcas aledañas), el distrito de Echarate (La Convención, Cusco) y la zona de la cuenca del río Huallaga.

Estas tres zonas se mantuvieron sin alteración en cuanto a su alcance territorial y en lo que respecta al régimen legal aplicable. En

consecuencia, las localidades bajo estado de excepción continuaron siendo las siguientes:

- i) Conformación de la zona sur central:
 - a) Provincias de Huanta y La Mar, del departamento de Ayacucho.
 - b) Provincia de Tayacaja, del departamento de Huancaavelica.
 - c) Distritos de Kimbiri, Pichari y Vilcabamba, de la provincia de La Convención, del departamento del Cusco.
 - d) Provincia de Satipo y distritos de Andamarca y Comas, de la provincia de Concepción, y distritos de Santo Domingo de Acobamba y Pariahuanca, de la provincia de Huancayo, del departamento de Junín (por ejemplo, DS 008-2014-PCM [*El Peruano*, 23 de enero de 2014], DS 035-2014-PCM [*El Peruano*, 15 de mayo de 2014], DS 067-2014-PCM [*El Peruano*, 20 de noviembre de 2014]).
- ii) Conformación de la zona de Echarate: distrito de Echarate (La Convención, Cusco) (por ejemplo, DS 007-2014-PCM [*El Peruano*, 23 de enero de 2014], DS 049-2014-PCM [*El Peruano*, 24 de julio de 2014], DS 068-2014-PCM [*El Peruano*, 20 de noviembre de 2014]).
- iii) Conformación de la zona de la cuenca del río Huallaga:
 - a) Distritos de Cholon (provincia de Marañón) y Monzón (provincia de Huamalíes), y provincia de Leoncio Prado, del departamento de Huánuco.
 - b) Provincia de Tocache, del departamento de San Martín.
 - c) Provincia de Padre Abad, del departamento de Ucayali (por ejemplo, DS 017-2014-PCM [*El Peruano*, 27 de febrero de 2014], DS 060-2014-PCM [*El Peruano*, 19 de septiembre de 2014], DS 075-2014-PCM [*El Peruano*, 24 de diciembre de 2014]).

Por lo que se refiere al régimen legal de estas tres zonas, tampoco hay novedad en relación al año anterior. Es decir, fueron suspendidos en su ejercicio los cuatro derechos derogables conforme al artículo 137.1 de la Constitución, reiterándose el error de aludir a la suspensión de los derechos mismos en el cuerpo normativo,

mientras el encabezado de los artículos correspondientes designaba la operación correctamente como suspensión del «ejercicio» de tales derechos. El plazo aplicable fue en todas las oportunidades el máximo permitido por la Carta, esto es, el de 60 días. Finalmente, tanto en la zona sur central como en Echarate el control del orden interno fue encomendado a las Fuerzas Armadas, con el apoyo de la Policía Nacional, mientras en la zona de la cuenca del río Huallaga, por el contrario, fue la institución policial quien debía cumplir esa tarea primordial, para lo que habría de contar con el respaldo de la milicia.

Nuevos tipos de catástrofes

- 3) Los estados de excepción motivados por los desastres naturales también disminuyeron en términos absolutos desde 53 en el año 2013 a 27 en el año 2014. No obstante, en términos relativos, el porcentaje siguió siendo bastante elevado (47.4% en 2014, por contraste con 64.6% en el año anterior).

Esta vez ya no se registró ningún caso de epidemia de salud, como tampoco de heladas y nevadas, pero la amplia variedad de motivos catastróficos se mantuvo y aún se vio incrementada:

- i) Lluvias intensas: por ejemplo, DS 002-2014-PCM (*El Peruano*, 5 de enero de 2014), DS 013-2014-PCM (*El Peruano*, 2 de febrero de 2014), DS 018-2014-PCM (*El Peruano*, 8 de marzo de 2014), DS 027-2014-PCM (*El Peruano*, 6 de abril de 2014).
- ii) Deslizamientos de tierra: por ejemplo, DS 015-2014-PCM (*El Peruano*, 14 de febrero de 2014), DS 043-2014-PCM (*El Peruano*, 26 de junio de 2014), DS 044-2014-PCM (*El Peruano*, 26 de junio de 2014), DS 050-2014-PCM (*El Peruano*, 27 de julio de 2014), DS 062-2014-PCM (*El Peruano*, 21 de septiembre de 2014).
- iii) Plaga agrícola (roya amarilla del cafeto): DS 064-2014-PCM (*El Peruano*, 12 de octubre de 2014).
- iv) Actividad volcánica: DS 028-2014-PCM (*El Peruano*, 15 de abril de 2014), DS 042 2014-PCM (*El Peruano*, 12 de junio de 2014), DS 052 2014-PCM (*El Peruano*, 13 de agosto de 2014).
- v) Actividad sísmica: DS 063-2014-PCM (*El Peruano*, 30 de septiembre de 2014), DS 071-2014-PCM (*El Peruano*, 28 de noviembre de 2014).
- vi) Arenamiento: DS 005-2014-PCM (*El Peruano*, 17 de enero de 2014), DS 019-2014-PCM (*El Peruano*, 18 de marzo de 2014) y DS 037-2014-PCM (*El Peruano*, 17 de mayo de 2014).

- vii) Sequía o déficit hídrico: DS 024-2014-PCM (*El Peruano*, 29 de marzo de 2014) y DS 038-2014-PCM (*El Peruano*, 27 de mayo de 2014).

Se observa en esta materia, lo mismo que durante el año precedente, que no se suspende el ejercicio de los derechos fundamentales, ni se ordena la intervención de las Fuerzas Armadas para hacerse cargo del control del orden interno en reemplazo de la Policía Nacional. Asimismo, se repite el rasgo de aplicar el plazo máximo de 60 días, permitido por la Constitución, con la única excepción de la prórroga establecida mediante el DS 053-2014-PCM (*El Peruano*, 24 de agosto de 2014), por deslizamiento de tierras, en la Quebrada de Balcompata, del distrito de Limatambo (provincia de Anta, departamento de Cusco), caso en el que plazo es de sólo 30 días. Es de notar igualmente en muchos casos la normalización de la emergencia, en razón de las prórrogas continuas, así como que las presuntas catástrofes no parecen extraordinarias, ni imprevisibles ni de especial gravedad. Las medidas a adoptar bajo el estado de excepción, según los Decretos, suponen permisos especiales para actuaciones de orden administrativo y presupuestario, a fin de ejecutar obras de mitigación o prevención frente a daños actuales o riesgos posibles. Con ello, se quiere sortear las restricciones propias de la situación de normalidad constitucional.

Intervención de las Fuerzas Armadas sin estado de emergencia por problemas de orden público

- 4) El año 2014 muestra un fenómeno nuevo entre los registrados por la Base de Datos II, y es que el Gobierno comienza a ordenar la intervención de las Fuerzas Armadas en tareas de control del orden interno, sin que medie una declaración formal de estado de emergencia, ante movilizaciones de protesta llevadas a cabo por determinados grupos sociales o sectores de la población. Es de notar que se trata de declaraciones y prórrogas de carácter preventivo, frente a sucesos que se teme puedan llegar a producirse (es decir, que aún no son actuales).

Además, no se aprecia el necesario nivel de severidad en la supuesta emergencia o desafío, que de ninguna manera aparece como una «amenaza existencial» en sentido jurídico constitucional. En consecuencia, estas disposiciones pueden calificar como estados de emergencia *de facto* o informales, en la medida en que configuran situaciones con características que la Constitución reserva sólo al régimen de excepción formalmente introducido, como es la

asunción de tareas de control del orden interno por la corporación militar.

- 5) Desde marzo hasta diciembre (RS 065-2014-IN [*El Peruano*, 21 de marzo de 2014] y RS 243-2014-IN [*El Peruano*, 17 de diciembre de 2014], respectivamente), el Gobierno autoriza la intervención de las Fuerzas Armadas, en apoyo de la Policía Nacional del Perú, en los departamentos de Arequipa, Puno y Madre de Dios. El artículo 1 de cada una de las diez Resoluciones Supremas emitidas enuncia la finalidad de la medida, a saber, «asegurar el control del orden interno y evitar actos de violencia o cualquier ilícito penal que se pudiera cometer con ocasión de las movilizaciones promovidas por la minería ilegal e informal» (por ejemplo, RS 079-2014-IN [*El Peruano*, 22 de abril de 2014] y RS 196-2014-IN [*El Peruano*, 17 de octubre de 2014]).

Las Resoluciones estipulan expresamente que el orden interno continuará encomendado a la Policía (artículo 2.1), añadiendo fórmulas retóricas sobre la defensa de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho, tomadas de la legislación vigente. Así, se indica que las Fuerzas Armadas actuarán con el propósito de contribuir a la garantía de los derechos a la libertad y seguridad personales, libertad de tránsito, a la paz y a la tranquilidad, así como para contribuir al «adecuado funcionamiento de los servicios públicos esenciales» y al resguardo de «puntos críticos vitales para el normal desarrollo de las actividades de la población afectada», con lo cual se facilitaría que la Policía se concentre en el control del «orden público» y en la «interacción con la población» (artículo 2.2).

Una cláusula específica recalca igualmente que la participación de los militares no acarrea «la restricción, suspensión ni afectación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú, las leyes y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Perú es parte» (artículo 4).

Las Resoluciones invocan asimismo el DL 1095 como fundamento legal de la intervención de las Fuerzas Armadas y como marco regulador de las acciones a desarrollar por la corporación militar (artículo 3). Ello se ve complementado con la parte considerativa, en la que se hace mención a artículos particulares del DL 1095, tales como los numerales 5.3 y 21 a 25, que disciplinan la materia con la laxitud que derivó de la sentencia del Tribunal Constitucional 00002-2008-AI, del 9 de septiembre de 2009.

Debe tenerse en cuenta que las Resoluciones Supremas establecieron siempre que la medida comprendería todo el ámbito de los departamentos de Arequipa, Puno y Madre de Dios. El plazo fue

invariablemente de 30 días, esto es, el señalado en la Ley 28222 (*El Peruano*, 18 de mayo de 2004), no modificado por la Ley 29166 (*El Peruano*, 20 de diciembre de 2007) ni por el DL 1965 (*El Peruano*, 1 de septiembre de 2010), como se ha expuesto antes. Tal plazo fue renovado una y otra vez. En fin, se observa una manifiesta retroactividad en la RS 079-2014-IN (*El Peruano*, 22 de abril de 2014), la cual estipula que debe entrar en vigencia desde el 21 de abril, esto es, un día antes de su publicación.

Ni la determinación del alcance territorial de las medidas ni la definición del ámbito temporal van acompañadas de la necesaria justificación.

Estado de emergencia para combatir el tráfico ilícito de drogas en zonas amazónicas remotas

- 6) Otra novedad que trae el año 2014 es que el Poder Ejecutivo emitió dos Decretos Supremos, instaurando y prorrogando el estado de emergencia en dos localidades del departamento de Loreto, cercanas a la frontera con Colombia y Brasil: los distritos de Ramón Castilla y Yavarí, de la provincia de Mariscal Ramón Castilla (DS 057-2014-PCM [*El Peruano*, 11 de septiembre de 2014] y DS 068-2014-PCM [*El Peruano*, 20 de noviembre de 2014], respectivamente).

El régimen legal consiste en suspender el ejercicio de los cuatro derechos fundamentales susceptibles de suspensión bajo estado de emergencia (con el error, ya advertido antes, de afirmar en las cláusulas normativas que la suspensión recae sobre los derechos mismos), por el plazo máximo de 60 días, pero manteniendo el control del orden interno a cargo de la Policía, la que contará con el «apoyo» de las Fuerzas Armadas. Es de observar nuevamente un caso de retroactividad contraria a la Constitución en que incurre un Decreto: el DS 057-2014-PCM, ya citado.

Respecto a la situación suscitada en estas comarcas, los Decretos son explícitos en mencionar al problema del «incremento del tráfico ilícito de drogas en las zonas fronterizas tripartitas», precisamente, en los ámbitos del Putumayo y del Bajo Amazonas. Las disposiciones legales hacen referencia también a los ataques sufridos por las «fuerzas del orden» a manos de las «organizaciones criminales» que operan en las zonas, y que han causado «en muchos casos el deceso de miembros de la Policía Nacional del Perú».

Los Decretos también aluden de modo expreso al aumento de las incautaciones de drogas e insumos químicos, así como al descu-

brimiento de laboratorios de procesamiento de drogas y a la concentración de los cultivos ilegales de plantas de coca.

La justificación es del todo inadecuada, al aducir razones de conveniencia y al señalar que las medidas se encaminan a «reforzar la labor policial» para «combatir de manera efectiva» la comercialización ilegal de drogas, reducir la criminalidad vinculada a esta actividad, «consolidar la pacificación» y desarrollar «cultivos alternativos para sustituir la economía basada en el sembrío ilegal de la hoja de coca».

3.3. Año 2015: escalada de los casos de emergencia por razones de orden público

Aspectos generales

- 1) Durante el año 2015, hubo un notorio aumento en el número de disposiciones legales relativas a estados de emergencia proclamados o prorrogados, que pasaron de ser 57 en el año anterior a ser ahora 89 (100%). La participación de los casos por terrorismo disminuyó sensiblemente, llegando esta vez a 14, equivalentes al 15.7% (habían sido 18, que representaban el 31.6% en el año 2014). Los casos motivados por desastres fueron nuevamente los más abundantes: 39, iguales al 43.8%, confirmando la alta figuración del año anterior (27 disposiciones, equivalentes a 47.4%). No obstante, lo verdaderamente llamativo fue el incremento de los Decretos Supremos y Resoluciones Supremas vinculados a problemas de orden público, los cuales suben ahora a 36, cifra que representa el 40.5% (frente a 12, iguales al 21.0% en 2014). Esta tendencia global, consistente en un número limitado (pero relevante) de casos por terrorismo, junto a una significativa cantidad de disposiciones legales causadas por catástrofes, y una cifra todavía mayor cuyo origen se halla en disturbios internos y perturbaciones del orden público, en particular como respuesta a protestas y movilizaciones populares, se mantendrá constante durante los siguientes dos años del período comprendido en la Base de Datos II.

Los casos por terrorismo: estabilización y normalización del estado de emergencia en la zona sur central y Echarate, levantamiento del régimen de excepción en la zona de la cuenca del río Huallaga

- 2) La situación observada durante los dos años precedentes (2013 y 2014) en relación a las tres zonas declaradas bajo estado de emergencia por el problema del terrorismo —la zona sur central, la

zona de Echarate y la zona de la cuenca del río Huallaga— se mantiene a grandes rasgos igual. A fin de no reiterar lo ya dicho en los acápites anteriores, se anotará aquí tan sólo algunos cambios dignos de ser resaltados, en especial, la muy significativa finalización del estado de emergencia en la zona de la cuenca del río Huallaga.

En primer lugar, en cuanto al ámbito territorial, hay dos modificaciones a registrar:

- i) Al inicio del año, se extiende el territorio bajo estado de emergencia en la zona sur central, ya que son añadidos los distritos de Inkawasi y Villa Virgen (provincia de La Convención, departamento del Cusco) mediante el DS 003-2015-PCM (*El Peruano*, 18 de enero de 2015).

Esta extensión territorial se mantendrá a lo largo de todo el año (por ejemplo, DS 016-2015-PCM [*El Peruano*, 20 de marzo de 2015], DS 062-2015-PCM [*El Peruano*, 12 de septiembre de 2015], DS 078-2015-PVM [*El Peruano*, 12 de noviembre de 2015]).

No hay justificación expresa de esta ampliación en los Decretos que la ordenan¹⁶⁴⁹.

- ii) A partir del mes de septiembre, con el DS 062-2015-PCM (*El Peruano*, 12 de septiembre de 2015), se reduce el ámbito territorial de la zona sur central, específicamente en la provincia ayacuchana de Huanta, en la provincia huancavelicana de Tayacaja y en la provincia de Satipo (departamento de Junín). Desde entonces ya no estarán en estado de excepción todas las localidades de estas tres provincias, sino sólo algunos distritos específicamente mencionados en los Decretos Supremos correspondientes (véase también el DS 078-2015-PCM [*El Peruano*, 12 de noviembre de 2015]).

El DS 062-2015-PCM contiene una escueta, genérica e insuficiente justificación para «levantar» el estado de emergencia en «algunos distritos», aduciendo el hecho de «haber disminuido el accionar subversivo a consecuencia de las operaciones realizadas por el Comando Unificado de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional».

No se registra ningún cambio en el territorio bajo estado de emergencia en la zona de Echarate ni en la zona de la cuenca del río Huallaga.

1649 Debe apuntarse que el DS 003-2015-PCM yerra en su parte considerativa, al señalar que el DS 067-2014-PCM (*El Peruano*, 20 de noviembre de 2014) había comprendido a los distritos cusqueños de Inkawasi y Villa Virgen en su ámbito de aplicación (primer considerando).

En segundo lugar, por lo que se refiere al régimen legal vigente en las tres zonas bajo estado de emergencia por terrorismo, no hay cambios ni importantes ni menores. Así, se suspende los cuatro derechos susceptibles de ser suspendidos conforme a la Constitución (en su ejercicio, como señala correctamente el encabezado del artículo 2 de los Decretos, pero no su contenido normativo, que sigue aludiendo a la suspensión de los derechos mismos), el plazo es siempre el máximo de 60 días y el control del orden interno se asigna a las Fuerzas Armadas con apoyo de la Policía Nacional en la zona sur central y en la zona de Echarate, mientras que en la zona de la cuenca del río Huallaga la figura es la inversa, repitiéndose la situación observada en los dos años anteriores, esto es, la Policía controla el orden interno con ayuda de la corporación militar.

Debe mencionarse, empero, que aparece un nuevo caso de retroactividad inconstitucional: el DS 041-2015-PCM (*El Peruano*, 26 de mayo de 2015) señala que debe entrar en vigor el día de su publicación, lo que resulta contrario al artículo 109 de la Carta Fundamental.

En tercer lugar, y es sin duda el cambio más relevante, el estado de emergencia es levantado en la zona de la cuenca del río Huallaga, desde mediados de año. En efecto, mediante DS 009-2015-PCM (*El Peruano*, 20 de febrero de 2015) y DS 031-2015-PCM (*El Peruano*, 23 de abril de 2015) se prorrogó el régimen de excepción en las localidades habituales de los departamentos de Huánuco, San Martín y Ucayali, y en los términos asimismo acostumbrados: con suspensión de todos los derechos susceptibles de ser suspendidos, con el control del orden interno a cargo de la Policía Nacional, que contaría para ello con el apoyo de las Fuerzas Armadas, y por sesenta días.

Al vencimiento del último plazo, sin embargo, ya no fue renovado el estado de emergencia, ni lo sería tampoco en los dos años siguientes. De manera que a partir del 25 de junio de 2015 queda formalmente restablecida la normalidad constitucional en la zona de la cuenca del río Huallaga, tras largos años bajo estado de emergencia. Como el levantamiento de la excepción ocurre por omisión de la prórroga, no se cuenta con una disposición legal que señale las razones para tal decisión. No obstante, ha de entenderse que la amenaza planteada por los remanentes terroristas ha desaparecido en esta zona, lo que parece una consecuencia de la desarticulación del grupo subversivo que operaba allí, tras la captura del «camarada Artemio», quien los dirigía.

Estados de emergencia por catástrofes

- 3) Tampoco la situación relativa a los estados de emergencia por catástrofes muestra alteraciones respecto de los dos años precedentes (2013 y 2014), por lo que siguen valiendo las anotaciones hechas en los acápite anteriores. Sólo debe indicarse que en muchos casos el origen último de las emergencias declaradas y prorrogadas se halla en el retorno del «Fenómeno del Niño», el que, como se sabe, es cíclico y de largo tiempo conocido, por lo que no puede decirse que los estragos que causa sean repentinos, imprevisibles y de índole estrictamente excepcional. Por lo demás, tampoco parece haberse configurado en ningún caso una situación de verdadera amenaza existencial, en sentido jurídico constitucional.

Algunos ejemplos de mención del «Fenómeno del Niño» como origen o causa del estado de emergencia son los siguientes: DS 045-2015-PCM (*El Peruano*, 5 de julio de 2015), DS 054-2015-PCM (*El Peruano*, 9 de agosto de 2015), DS 067-2015-PCM (*El Peruano*, 25 de septiembre de 2015), DS 094-2015-PCM (*El Peruano*, 26 de diciembre de 2015).

También merece mención especial la reaparición de las heladas como desastres naturales que mueven al Gobierno a instaurar el régimen de excepción constitucional en determinadas comarcas de la sierra del Perú: DS 050-2015-PCM (*El Peruano*, 19 de julio de 2015). El plazo de los estados de emergencia por desastres naturales varía en unos casos y otros sin que pueda advertirse la justificación para tal variación: Por ejemplo:

- i) Plazo de 60 días (DS 007-2015-PCM [*El Peruano*, 28 de enero de 2015], DS 024-2015-PCM [*El Peruano*, 29 de marzo de 2015], DS 070-2015-PCM [*El Peruano*, 7 de octubre de 2015]).
- ii) Plazo de 45 días (DS 019-2015-PCM [*El Peruano*, 26 de marzo de 2015], DS 050-2015-PCM [*El Peruano*, 19 de julio de 2015], DS 088-2015-PCM [*El Peruano*, 19 de diciembre de 2015]).
- iii) Plazo de 30 días: DS 025-2015-PCM [*El Peruano*, 29 de marzo de 2015], DS 084-2015-PCM [*El Peruano*, 7 de diciembre de 2015].

Intervención de las Fuerzas Armadas y estados de emergencia por causas de orden público

- 4) En el año 2015, se renovó constantemente la ambigua situación de emergencia declarada el año anterior en toda la circunscripción

de los departamentos de Arequipa, Puno y Madre de Dios. En tal sentido, fueron expedidas doce Resoluciones Supremas, una cada mes, autorizando la intervención de las Fuerzas Armadas por treinta días, en apoyo de la Policía Nacional del Perú, para colaborar en tareas de control del orden interno, a fin de enfrentar las movilizaciones realizadas en torno a las actividades de «minería ilegal e informal».

Las características de contenido y forma de las Resoluciones, incluyendo su inadecuada justificación, no difieren en nada de las ya observadas respecto de sus homólogas del año 2014, como se aprecia, por ejemplo, en las siguientes disposiciones: RS 069-2015-IN (*El Peruano*, 14 de enero de 2015), RS 097-2015-IN (*El Peruano*, 16 de abril de 2015), RS 145-2015-IN (*El Peruano*, 14 de julio de 2015), RS 226-2015-IN (*El Peruano*, 12 de noviembre de 2015).

- 5) Tampoco hay ninguna diferencia en los seis Decretos Supremos que extienden el régimen de excepción previsto en el artículo 137.1 de la Constitución en los distritos de Ramón Castilla y Yavarí, de la provincia de Mariscal Castilla (departamento de Loreto), por comparación con los Decretos expedidos el año precedente en relación a estas localidades. La semejanza es igualmente de contenido, forma y justificación fallida (por ejemplo, DS 036-2015-PCM [*El Peruano*, 16 de mayo de 2015], DS 046-2015-PCM [*El Peruano*, 16 de julio de 2015], DS 061-2015-PCM [*El Peruano*, 12 de septiembre de 2015]).

Así, con el propósito de combatir más eficazmente la producción y comercio ilegal de drogas en la Amazonía peruana próxima a la frontera con Colombia y Brasil, queda suspendido el ejercicio de los derechos fundamentales —los cuatro que la Carta permite— por sesenta días en cada ocasión, si bien el control del orden interno sigue encomendado a la institución policial, con el apoyo de las Fuerzas Armadas. Sólo es de notar un detalle, y es que en el mes de marzo hubo de instaurarse de nuevo (no prorrogarse) el estado de emergencia (DS 015-2015-PCM [*El Peruano*, 20 de marzo de 2015]), ya que éste había cesado al cumplirse el plazo previsto en el anterior DS 002-2015-PCM (*El Peruano*, 18 de enero de 2015). Como quiera que fuere, a mayor abundamiento, basta entonces remitirse en este punto a lo ya indicado sobre la materia en el acápite 7.3.2.

Situación en la provincia arequipeña de Islay

- 6) Durante el año 2015, la práctica de ordenar la intervención de las Fuerzas Armadas en tareas de apoyo a la Policía para controlar el

orden interno, sin que medie una declaración formal de estado de emergencia, observada en el precedente año 2014 y en el actual año 2015 en los departamentos de Arequipa, Puno y Madre de Dios, se ve ampliada a diversas localidades del país.

El primer caso es el de la provincia de Islay, del departamento de Arequipa, donde la RS 105-2015-IN (*El Peruano*, 8 de mayo de 2015) determina que la corporación militar desempeñará el rol indicado. Para ello, se invoca nuevamente, siempre en términos muy laxos, los artículos 4.3 y 21 a 25 del DL 1095. También se menciona que ha habido una petición formal del ministro del Interior que es admitida por el presidente de la República, conforme al procedimiento previsto en el DL 1095.

La Resolución estipula que la finalidad es «asegurar el control y mantenimiento del orden interno y evitar actos de violencia o cualquier ilícito que se pudiera cometer con ocasión de las movilizaciones y cualquier otro tipo de acto vandálico» (artículo 1). La Policía sigue encargada del control del orden interno —con la ya mencionada colaboración militar—, los derechos fundamentales permanecen intocados y el plazo previsto para la medida es de solo 30 días (artículos 1, 2.1 y 4).

Aparecen aquí también fórmulas retóricas, tomadas o inspiradas en la legislación, sobre la contribución que harán las Fuerzas Armadas a la garantía de los derechos de las personas y al «adecuado funcionamiento de los servicios públicos esenciales», así como al resguardo de «puntos críticos vitales para el normal desarrollo de las actividades de la población afectada»; todo ello, con vistas a facilitar el que la Policía pueda concentrar sus acciones en el control del «orden público» y en la «interacción con la población» (artículo 2.2). Debe recalcar —otra vez a semejanza de lo que ocurre en Arequipa, Puno y Madre de Dios durante los años 2014 y 2015— el carácter preventivo de la medida y la inexistencia de razones que acrediten la gravedad de la situación, de tal suerte que no parece configurarse una «amenaza existencial» en sentido jurídico constitucional. No puede pasar desapercibido, pese a todo, el que la Resolución se refiera a la eventual producción de «actos vandálicos» (meramente potenciales).

Si bien la RS 105-2015-IN no indica de manera expresa que la causa de la medida excepcional es un conflicto social o una situación de movilizaciones y protestas populares, la redacción de la disposición legal, su contraste con los casos de terrorismo y su parecido con otras Resoluciones y Decretos relativos a eventuales disturbios que pudieran ser provocados por manifestaciones de determinados grupos o sectores de la población, llevan a pensar que lo que

motiva la expedición de la Resolución bajo análisis sería una situación de este tipo. Al margen de las reticencias y omisiones de dicha Resolución (y de las Resoluciones que la siguieron), es sabido que la zona de Islay era escenario de un creciente conflicto social entre varios pueblos asentados en dicha zona y una poderosa empresa minera, Southern Copper Corporation¹⁶⁵⁰.

Debe ponerse de relieve, sin embargo, que antes de que se cumpliera el plazo previsto en la RS 105-2015-IN (*El Peruano*, 8 de mayo de 2015), ya citada, el Gobierno decidió declarar formalmente el estado de emergencia, emitiendo para ello el DS 040-2015-PCM (*El Peruano*, 22 de mayo de 2015). Se instauró así, en esta oportunidad con indudable estatus formal *de iure*, el régimen de excepción constitucional contemplado en el artículo 137.1 de la Carta. De modo significativo, la parte considerativa del Decreto expone razones genéricas parecidas a las esgrimidas en la RS 105-2015-IN (así como en las siguientes Resoluciones Supremas que se expedirá sobre la provincia de Islay durante el resto del año).

Esta vez queda suspendido el ejercicio de los derechos fundamentales susceptibles de derogación (con el error habitual en el artículo 2, cuyo contenido suspende los derechos mismos) y el plazo es el máximo de 60 días, aunque la Policía retiene el control del orden interno, con apoyo de las Fuerzas Armadas. El ámbito territorial del Decreto, empero, no comprende toda la provincia de Islay, sino sólo los siguientes distritos de dicha circunscripción arequipueña: Islay, Mollendo, Mejía, Punta de Bombón, Dean Valdivia y Cocachacra (artículo 1).

Entre los considerandos del Decreto Supremo se intenta una justificación en los siguientes términos:

Que, con la finalidad de lograr la estabilidad y gobernabilidad en la provincia de Islay y neutralizar los actos de perturbación de la paz, es necesario que las Fuerzas Armadas garanticen el funcionamiento de los servicios públicos esenciales resguardando los puntos críticos vitales como las vías de comunicación, carretera panamericana sur y los puentes existentes en la zona, para el normal desarrollo de las actividades de la población y de esta manera la Policía Nacional concentre su accionar en el control del orden público y la interacción de la población» (tercer considerando).

1650 Véase José Saldaña Cuba y Jorge Portocarrero Salcedo, «La Violencia de las Leyes: el Uso de la Fuerza y la Criminalización de Protestas Socioambientales en el Perú», *op. cit.*, pp. 327 y 331-333; Abraham Siles y Marco Rodríguez, «Evaluación del Estado de Emergencia Constitucional en el «Corredor Minero del Sur»: Breve Estudio de Caso», *op. cit.*, pp. 239 y ss.

Una diferencia con la situación anterior es que la parte considerativa del Decreto señala también que hace falta «restablecer el orden público» y garantizar las «libertades y derechos humanos», de lo que se colige que el hecho desencadenante del estado de emergencia era actual, no meramente potencial o amenazante. No obstante, el Decreto no expone razones específicas que permitan apreciar la realización de alguna de las causales constitucionales del régimen de excepción, en particular, su necesario alto grado de severidad. Parece claro, en consecuencia, que el DS 040-2015-PCM está desprovisto de adecuada justificación para su emisión, así como para las medidas que ordena. En particular, no se entiende por qué se adopta el cambio entre la inicial situación de intervención de las Fuerzas Armadas sin declaración formal del estado de emergencia (RS 105-2015-IN), y la posterior instauración del régimen de excepción del artículo 137.1 de la Carta Fundamental (DS 040-2015-PCM). En los siguientes meses, el Gobierno decidió volver al modelo de intervención inicialmente elegido, esto es, a la emisión de Resoluciones Supremas que ordenan la intervención de la corporación militar por treinta días sin declaración del estado de emergencia, en toda la provincia de Islay, con propósito preventivo y de disuasión, frente a eventuales desmanes o actos de vandalismo. La respuesta del Estado frente a la conflictividad social y las protestas populares por actividades mineras juzgadas perniciosas por diversas comunidades de la provincia de Islay (departamento de Arequipa), se mantuvo entonces en los mismos términos hasta el mes de noviembre: RS 158-2015-IN (*El Peruano*, 20 de agosto de 2015), RS 191-2015-IN (*El Peruano*, 9 de septiembre de 2015), RS 214-2015-IN (*El Peruano*, 17 de octubre de 2015). Durante los dos últimos meses del año, sin embargo, se suspendió esta práctica.

Recurso a las Fuerzas Armadas frente a eventuales perturbaciones del orden público en siete departamentos

- 7) Hacia fines del mes de mayo, poco después de la instauración del estado de emergencia en Islay (DS 040-2015-PCM [*El Peruano*, 22 de mayo de 2015]) y el mismo día de la prórroga en Echarate (DS 041-2015-PCM [*El Peruano*, 26 de mayo de 2015]), el Gobierno autorizó la intervención de las Fuerzas Armadas en nada menos que siete departamentos del país —Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Moquegua, Puno y Tacna—, mediante RS 118-2015-IN (*El Peruano*, 26 de mayo de 2015).

La forma y el contenido de la RS 118-2015-IN, incluyendo su justificación exigua y defectuosa, son del todo similares a las corres-

pondientes a la provincia arequipeña de Islay, que se acaba de exponer. Esta vez, empero, se explicita que la drástica medida de recurrir a la corporación militar tiene por causa la protesta popular. Así, la parte considerativa de la Resolución invoca «motivos de seguridad interna» y alude al propósito de «garantizar el control y mantenimiento del orden interno y evitar actos de violencia o cualquier ilícito penal que se pudiera cometer, ante las movilizaciones y medidas de protesta promovidas en dichas zonas por diversos frentes, juntas y organizaciones sociales» (cuarto considerando).

Correlativamente, la parte normativa de la Resolución confirma la finalidad preventiva y la levedad de la situación (no supera el umbral de gravedad requerido), al enunciar que la finalidad de la medida es «asegurar el control y mantenimiento del orden interno y evitar actos de violencia o cualquier ilícito penal que se pudiera cometer con ocasión de las movilizaciones y medidas de protesta promovidas en dichas zonas por diversos frentes, juntas y organizaciones sociales» (artículo 1).

A semejanza del régimen legal adoptado en Islay, el aplicable en los siete departamentos ahora militarizados consiste entonces en que las Fuerzas Armadas actuarán en apoyo de la Policía Nacional, mientras el control del orden interno continúa a cargo de ésta. El plazo es el máximo de 30 días, y, desde luego, no se suspende formalmente el ejercicio de los derechos fundamentales (no es posible hacerlo con arreglo a Derecho).

- 8) Más adelante se renovará esta ambigua emergencia, con intervención militar frente a movilizaciones populares que podrían causar disturbios internos leves, en determinadas circunscripciones territoriales, más reducidas. Así, cuatro meses después, mediante RS 200-2015-IN (*El Peruano*, 25 de septiembre de 2015), se vuelve a autorizar la participación de las Fuerzas Armadas en las provincias de Grau y Cotabambas, del departamento de Apurímac, y en las provincias de Chumbivilcas y Espinar, del departamento de Cusco. La medida es por un plazo de 30 días y no suspende formalmente el ejercicio de derechos fundamentales.

Se invocan meras razones de conveniencia (quinto considerando) y la naturaleza de la Resolución es nuevamente preventiva, procurando «asegurar el control y mantenimiento del orden interno y evitar actos de violencia o cualquier ilícito que se pudiera cometer con ocasión de las movilizaciones y cualquier otro tipo de acto vandálico» (artículo 1).

Es de notar que el Gobierno reitera la asociación entre las movilizaciones populares y el vandalismo, como ya había hecho en el caso de Islay. De esta manera parece deslegitimar de origen el ejer-

cicio de los derechos fundamentales a la libertad de reunión y a la libertad de expresión, entre otros, que dan sustento constitucional a las manifestaciones públicas y protestas populares, en particular cuando los canales institucionales ordinarios están bloqueados o no son receptivos a las demandas del pueblo o de determinados grupos sociales, incluyendo en ocasiones casos de «distancia deliberativa» (serias dificultades o imposibilidad de participación en el debate público sobre cuestiones que les atañen) y de violaciones sistemáticas de derechos humanos¹⁶⁵¹.

- 9) Casi de inmediato, a través del DS 068-2015-PCM (*El Peruano*, 29 de septiembre de 2015), el Poder Ejecutivo declaró el estado de emergencia en las mismas provincias, a las que añadió las de Andahuaylas y Chincheros (departamento de Apurímac). Esta vez sí ordenó la suspensión del ejercicio de los cuatro derechos constitucionales susceptibles de derogación conforme al artículo 137.1 de la Carta Fundamental, mientras mantuvo el control del orden interno a cargo de la Policía Nacional con el apoyo de las Fuerzas Armadas, y el plazo establecido fue de tan solo 30 días (es decir, la mitad del máximo legal permitido).

En esta oportunidad, el Decreto Supremo vuelve a señalar, en términos genéricos, sin ninguna precisión, que se han producido ya actos «contrarios al orden interno», con afectación del «normal desenvolvimiento de las actividades» en las provincias comprendidas en la disposición legal; por consiguiente, se considera necesario adoptar las medidas previstas en la Constitución para «restablecer el orden interno» (cuarto considerando).

Además, el Gobierno vuelve a acudir a un intento de justificación, siempre genérico e insuficiente, sin adecuada probanza o argumentación de que se ha cruzado el necesario umbral de gravedad, en los siguientes términos:

Que, con la finalidad de lograr la estabilidad y gobernabilidad, al producirse perturbación de la paz y alteración del orden interno, es necesario que las Fuerzas Armadas garanticen el funcionamiento de los servicios públicos esenciales resguardando los puntos críticos vitales, como las vías de comunicación, carreteras y puentes existentes en la zona, para el normal desarrollo de las actividades de la población y de esta manera la Policía Nacional del Perú concentre su accionar del orden público y la interacción de la población (tercer considerando).

1651 Véase Roberto Gargarella, «Un Diálogo sobre la Protesta Social», en ed. Roberto Gargarella, *De la Injusticia Penal a la Justicia Social* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2008), pp. 167-168, 188-195 y 199-200.

- 10) La figura legal de la intervención de las Fuerzas Armadas sin que medie una declaración formal de estado de emergencia será nuevamente utilizada en las provincias de Grau y Cotabambas, del departamento de Apurímac, mediante RS 227-2015-IN (*El Peruano*, 14 de noviembre de 2015). Habían cesado para entonces los efectos del estado de emergencia instaurado por 30 días mediante el DS 068-2015-PCM (*El Peruano*, 29 de septiembre de 2015). Las características ahora son en todo similares a las anotadas en el caso anterior: orden interno a cargo de la Policía, por treinta días, con apoyo de la milicia. La naturaleza de la intervención es preventiva, sin justificación adecuada de la necesidad de la participación militar, ni de las tareas a realizar. Por lo demás, vuelve a invocarse razones de mera «conveniencia», no de necesidad (quinto considerando), y se vincula las movilizaciones de protesta a «actos vandálicos», restándoles legitimidad de inicio y en abstracto. La situación es extendida en el tiempo, con idénticos rasgos, mediante RS 246-2015-PCM (*El Peruano*, 12 de diciembre de 2015).

Intervención de la corporación militar en Yauli ante protestas populares y nueva asociación al vandalismo

- 11) También en la provincia de Yauli, del departamento de Junín, se ordena y prorroga sucesivamente, sin pausa, la intervención militar frente a la conflictividad social y las movilizaciones o protestas, entre los meses de agosto y diciembre de 2015. Ello puede observarse en las siguientes disposiciones legales: RS 190-2015-IN (*El Peruano*, 9 de septiembre de 2015), RS 209-2015-IN (*El Peruano*, 8 de octubre de 2015), RS 223-2015-IN (*El Peruano*, 7 de noviembre de 2015) y RS 244-2015-IN (*El Peruano*, 11 de diciembre de 2015). Las características son las mismas ya apuntadas en los casos inmediatamente anteriores, incluyendo la justificación inadecuada por incurrir en generalizaciones y no demostrar la presencia de una «amenaza existencial» en sentido jurídico constitucional, así como por referirse a hechos meramente potenciales y por una inmerecida asociación con el vandalismo, apriorística y abstracta.

Estados de emergencia frente a problemas de delincuencia

- 12) El año 2015 muestra la aparición de otro fenómeno nuevo entre los registrados en la Base de Datos II. Y es que en dos localidades se instaura el estado de emergencia como medio de hacer frente al desafío que representa la delincuencia. En efecto, mediante DS 083-2015-PCM (*El Peruano*, 4 de diciembre de 2015), se proclama el régimen de excepción en la Provincia

Constitucional del Callao. La causa es esta vez «el incremento del índice delictivo» en la localidad, así como la operación de organizaciones criminales de traficantes de drogas, las que además cometen sicariato, homicidio, lesiones y extorsión (tercer considerando).

La parte considerativa del Decreto menciona también que ya se han producido «actos contrarios al orden interno», por lo que resulta «necesario» restablecer el orden interno mediante las medidas «constitucionalmente previstas» (cuarto considerando).

Se trata, como se puede apreciar, de una motivación parca, genérica, abstracta e insuficiente.

En cuanto al régimen legal aplicable, es interesante observar que el control del orden interno sigue a cargo de la Policía, sin que se autorice el apoyo de la corporación militar. De otro lado, aunque hay suspensión del ejercicio de derechos fundamentales, ésta sólo alcanza a los derechos a la libertad y seguridad personales y a la inviolabilidad del domicilio (artículos 2.24.f y 2.9 de la Constitución), quedando excluidos los derechos a la libertad de tránsito y a la libertad de reunión (artículos 2.11 y 2.12 de la Carta). Finalmente, el plazo establecido no es tampoco el máximo, sino que se fija sólo en 45 días. No obstante, el Decreto se resiente de una manifestación retroactividad inconstitucional, al disponer que debe entrar en vigor el día de su publicación (artículo 1), lo que contraviene el artículo 109 de la Norma Fundamental¹⁶⁵².

Algo similar ocurre con el DS 093-2015-PCM (*El Peruano*, 24 de diciembre de 2015), que instaura el estado de emergencia en las provincias del Santa y Casma, del departamento de Áncash. Las características de fondo y forma, incluyendo la fallida justificación y el problema de retroactividad inconstitucional, son idénticas a las anotadas en relación al Callao, por lo que es válido remitirse a lo que se acaba de decir al respecto, para excusar innecesarias repeticiones.

3.4. Año 2016: mantenimiento esencial de la situación

Consideraciones generales

- 1) Durante el año 2016 el número de disposiciones legales relativas al estado de emergencia sigue siendo alto: 90 (100%). De ellas, sólo

1652 Para un análisis pormenorizado del estado de emergencia declarado en la Provincia Constitucional del Callao para combatir la delincuencia, véase Abraham Siles, «Estudio de caso: breve evaluación preliminar sobre el estado de emergencia en El Callao, a la luz del Derecho Constitucional peruano y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 123-140.

12, equivalentes al 13.3%, son causadas por los remanentes del terrorismo, mientras que 32, que representan el 35.6%, se deben a la producción de catástrofes. Los problemas de orden público, asociados a movilizaciones y protestas populares, ascienden a 46, iguales al 51.1%. Las cifras muestran, entonces, un panorama semejante al del año precedente en el combate a las actividades terroristas, una disminución de los casos por desastres naturales y un aumento en los casos por razones de orden público.

Son elementos destacados en este período anual el que la Policía vuelve a hacerse cargo del control del orden interno en la zona sur central por casos de terrorismo, así como que los Decretos de prórroga en estas localidades, lo mismo que en la zona de Echarate, definan a los «remanentes terroristas» como un «grupo hostil» para los efectos de la aplicación del DL 1095.

Igualmente, es de resaltar la normalización de la Constitución de emergencia por razones de orden público, con la continuidad de la intervención de las Fuerzas Armadas en diversas localidades para contribuir al control del orden interno frente a movilizaciones populares asociadas a actos de vandalismo.

Cambios significativos en los casos por terrorismo

- 2) En los estados de emergencia causados por los remanentes de Sendero Luminoso se aprecia algunas variaciones significativas. Así, en primer lugar, es muy relevante que en la zona sur central se encomiende nuevamente las tareas de control del orden interno a la Policía Nacional del Perú, mediante DS 002-2016-PCM (*El Peruano*, 14 de enero de 2016). Tal situación sería mantenida hasta el mes de octubre (DS 017-2016-PCM [*El Peruano*, 15 de marzo de 2016], DS 031-2016-PCM [*El Peruano*, 12 de mayo de 2016], DS 044-2016-PCM [*El Peruano*, 12 de julio de 2016] y DS 070-2016-PCM [*El Peruano*, 11 de septiembre de 2016]).

Durante el lapso señalado, los Decretos Supremos dispusieron que la Policía tendría a su cargo el control del orden interno, mientras que las Fuerzas Armadas pasarían a brindar apoyo a la institución policial (artículo 3).

El fundamento normativo de este cambio se halla en el DS 085-2015-PCM (*El Peruano*, 11 de diciembre de 2015), el cual delimita el ámbito de actuación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en las zonas del VRAEM en estado de emergencia. Este Decreto, efectivamente, señala que la jefatura del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas estima que la corporación militar debe enfocarse en «contrarrestar el accionar de los remanentes terroristas», en tanto la Policía debe dedicarse a la «lucha frontal contra el

tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas» (sexto considerando). Ello, añade la fundamentación del Decreto, «permitirá de manera progresiva y ordenada transferir del Comando Especial del VRAEM al Comando Único Policial, que se creará en esta región, las responsabilidades territoriales en aquellos distritos, provincias y/o departamentos en los que se levante el estado de emergencia» (sexto considerando).

En consecuencia, la parte normativa del DS 085-2015-PCM estipuló el indicado reparto de competencias operativas entre las Fuerzas Armadas y la Policía (artículos 1 y 2). Adicionalmente, dispuso que la institución policial debía asumir el control del orden interno, una vez que cesara la prórroga de la emergencia ordenada mediante DS 078-2015-PCM y DS 079-2015-PCM (artículo 3); los ámbitos territoriales de estos dos últimos Decretos comprendían precisamente a la zona sur central y a la zona de Echarate.

En definitiva, a partir del DS 002-2016-PCM y hasta el DS 070-2016-PCM, la Policía Nacional recupera la tarea primordial de hacerse cargo del control del orden interno en las localidades bajo estado de emergencia, lo que constituye un indicador muy importante de la disminución de la gravedad de la situación.

Pese a ello, se conserva la suspensión del ejercicio de todos los cuatro derechos susceptibles de ser suspendidos, de conformidad con el artículo 137.1 de la Constitución (sin corregir el error de considerar suspendidos los derechos mismos en el cuerpo normativo de los Decretos, si bien en el encabezado de los artículos respectivos se habla correctamente de suspensión del ejercicio de tales derechos). También se conserva el plazo máximo de 60 días en cada Decreto.

- 3) Tanto o más destacable resulta que, a partir del DS 017-2016-PCM (*El Peruano*, 15 de marzo de 2016), los Decretos de prórroga en la zona sur central optan por calificar a los «remanentes terroristas» como un «grupo hostil» en los términos definidos por el DL 1095 y validados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como indica la parte considerativa del Decreto, «se considera grupo hostil a la pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: 1) están mínimamente organizados; 2) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego; y, 3) participan en las hostilidades o colaboran en su realización» (tercer considerando).

Como se sabe, la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el DL 1095 consideró contrario a la Constitución y por ello nula la cláusula legal que incluía en la definición de grupo hostil a quienes emplearan armas «punzo cortantes o contundentes en cantidad», lo que podía prestarse a interpretaciones amplias que comprendieran

en el enunciado normativo a grupos que realizan actos de protesta social.

El enfoque del DS 017-2016-PCM sobre los remanentes terroristas como grupo hostil en la zona sur central se mantendrá en las prórrogas del estado de emergencia durante el resto del año: DS 031-2016-PCM (*El Peruano*, 12 de mayo de 2016), DS 044-2016-PCM (*El Peruano*, 12 de julio de 2016) y DS 070-2016-PCM (*El Peruano*, 11 de septiembre de 2016).

- 4) También es digno de mención, respecto de la zona sur central, el que se haya ampliado el ámbito territorial a partir del mes de septiembre, al incluirse el distrito de Santiago de Tucuma (provincia de Tayacaja, Huancavelica), el distrito de Oronccoy (provincia de La Mar, Ayacucho), y el distrito de Megantoni (provincia de La Convención, Cusco), mediante el DS 070-2016-PCM (*El Peruano*, 11 de septiembre de 2016). La situación sería luego mantenida en los siguientes meses: DS 076-2016-PCM (*El Peruano*, 6 de octubre de 2016) y DS 091-2016-PCM (*El Peruano*, 8 de diciembre de 2016). A partir del DS 076-2016-PCM, se registrará otra extensión territorial, al incluirse el distrito de Echarate, hasta poco antes regulado en disposiciones legales separadas, en las prórrogas del estado de emergencia en la zona sur central.

Finalmente, debe anotarse que se observa un caso de retroactividad inconstitucional, pues el DS 017-2016-PCM (*El Peruano*, 15 de marzo de 2016) estipula que debe entrar en vigor el mismo día de su publicación, lo que contraviene el artículo 109 de la Carta Fundamental.

- 5) La zona de Echarate muestra rasgos en esencia iguales en fondo, forma y justificación fallida a los que se acaba de comentar en relación a la zona sur central, por lo que cabe remitir a lo ya dicho al respecto, para evitar innecesarias repeticiones (por ejemplo, DS 003-2016-PCM (*El Peruano*, 15 de enero de 2016), DS 018-2016-PCM (*El Peruano*, 17 de marzo de 2016), DS 045-2016-PCM (*El Peruano*, 12 de julio de 2016).

Debe indicarse, empero, que la última regulación por separado para la zona de Echarate fue la del DS 071-2016-PCM (*El Peruano*, 15 de septiembre de 2016), cuya única diferencia con los anteriores Decretos consiste en que el plazo se fija en tan sólo 25 días. Luego de esto, el distrito de Echarate seguirá viendo prorrogado el régimen de excepción, pero en conjunto con las demás localidades que integran la zona sur central (a partir del DS 076-2016-PCM [*El Peruano*, 6 de octubre de 2016]).

- 6) Conviene anotar, igualmente, que durante el año 2016 se mantiene el cambio iniciado en junio del año anterior y no se declara el

estado de emergencia en la zona de la cuenca del río Huallaga, situación que permanecerá sin alteración en el siguiente año 2017. Se consolida así el levantamiento del régimen de excepción en el Alto Huallaga, tras largos años de existencia.

Normalización de la emergencia por catástrofes

- 7) Durante el año 2016 el recurso a las declaraciones y prórrogas de estados de emergencia por catástrofes se mantiene, *grosso modo*, igual que en los años anteriores. Por lo tanto, son válidos para este caso los comentarios hechos respecto de los años 2013 a 2015, a los cuales se remite. Con todo, conviene llamar la atención sobre algunas características o cambios significativos.

En primer término, se observa la aparición de nuevos motivos de catástrofes que parecen derivar de acciones u omisiones del hombre o estar estrechamente asociadas con ellas:

- i) Derrame de petróleo: DS 012-2016-PCM (*El Peruano*, 28 de febrero de 2016), DS 014-2016-PCM (*El Peruano*, 3 de marzo de 2016), DS 016-2016-PCM (*El Peruano*, 11 de marzo de 2016), DS 083-2016-PCM (*El Peruano*, 29 de octubre de 2016), DS 094-2016-PCM (*El Peruano*, 28 de diciembre de 2016).

En los cinco casos registrados queda en claro la intervención de seres humanos, ya que la causa de la catástrofe está en la rotura del Oleoducto Nor Peruano, operado por la empresa estatal Petróleos del Perú, la cual produce contaminación en aguas y suelos y afecta la salud de las poblaciones, en especial, de comunidades nativas, en diversas localidades de la Amazonia (departamentos de Loreto y Amazonas).

En los cuatro primeros casos, el Gobierno instaura el estado de emergencia, mientras que en el último prorroga el régimen de excepción declarado en los distritos de Urarinas y Parinari, de la provincia de Loreto (departamento de Loreto).

En todos los casos, el régimen legal consiste en que no se suspende el ejercicio de los derechos fundamentales susceptibles de ser suspendidos, no se dispone la intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno y el plazo se fija en el máximo de 60 días. Como en anteriores ocasiones, parece recurrirse al régimen de excepción constitucional tan sólo para facilitar acciones administrativas y para sortear los requerimientos ordinarios propios de la gestión del presupuesto público.

La justificación es de carácter técnico y se apoya predominantemente en las normas relativas al Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (SINAGERD), aunque igualmente se invoca el artículo 137.1 de la Constitución.

- ii) Contaminación por mercurio: DS 034-2016-PCM (*El Peruano*, 23 de mayo de 2016), DS 054-2016-PCM (*El Peruano*, 28 de julio de 2016).

Los dos casos se refieren a grave contaminación derivada de la actividad de la minería ilegal e informal, que afecta a grupos de personas que muestran niveles de mercurio en el organismo superiores a los límites permisibles, además de observarse contaminación en aire, agua, sedimentos y peces.

Las comunidades afectadas se sitúan en el departamento de Madre de Dios.

Las características de los decretos son similares a las ya comentadas en otros casos de catástrofes, naturales o derivadas de la actividad humana.

En segundo lugar, se mantiene una amplia variedad de motivos catastróficos invocados, con alguna aparición inédita (como los incendios forestales):

- i) Lluvias intensas: por ejemplo, DS 030-2016-PCM (*El Peruano*, 5 de mayo de 2016), DS 047-2016-PCM (*El Peruano*, 13 de julio de 2016), DS 068-2016-PCM (*El Peruano*, 27 de agosto de 2016).
- ii) Heladas y friaje: por ejemplo, DS 033-2016-PCM (*El Peruano*, 20 de mayo de 2016) y DS 055-2016-PCM (*El Peruano*, 28 de julio de 2016).
- iii) Sequía y Fenómeno del Niño: DS 035-2016-PCM (*El Peruano*, 29 de mayo de 2016).
- iv) Deslizamientos de tierra: por ejemplo, DS 058-2016-PCM (*El Peruano*, 11 de agosto de 2016), DS 064-2016-PCM (*El Peruano*, 18 de agosto de 2016), DS 078-2016-PCM (*El Peruano*, 8 de octubre de 2016).
- v) Actividad sísmica: por ejemplo, DS 062-2016-PCM (*El Peruano*, 16 de agosto de 2016), DS 065-2016-PCM (*El Peruano*, 25 de agosto de 2016) y DS 080-2016-PCM (*El Peruano*, 15 de octubre de 2016).
- vi) Déficit hídrico: por ejemplo, DS 073-2016-PCM (*El Peruano*, 23 de septiembre de 2016), DS 074-2016-PCM (*El Peruano*,

29 de septiembre de 2016) y DS 087-2016-PCM (*El Peruano*, 28 de noviembre de 2016).

vii) Incendios forestales: DS 085-2016-PCM (*El Peruano*, 22 de noviembre de 2016).

En tercer lugar, es notable que, de los 32 casos de estado de emergencia por catástrofe, en 30 se halla establecido el plazo máximo de 60 días permitido por el artículo 137.1 de la Constitución. Las únicas excepciones fueron el caso de los incendios forestales en localidades del departamento de Lambayeque y del departamento de Cajamarca (DS 085-2016-PCM [*El Peruano*, 22 de noviembre de 2016]) y un caso de deslizamiento de tierras en dos distritos arequipeños (DS 090-2016-PCM [*El Peruano*, 8 de diciembre de 2016]), en que la extensión temporal de la excepción se estableció en 30 días.

La normalización de la emergencia por catástrofes provocadas por la naturaleza o por los seres humanos tiende, pues, a procurar los plazos más amplios permitidos por el ordenamiento constitucional.

Normalización de la Constitución de emergencia por razones de orden público

- 8) Durante el año 2016, la existencia de estados de excepción *de iure* o *de facto* en gran número de localidades del país se expande y estabiliza. Ello se refiere tanto a la declaración del estado de emergencia del artículo 137.1 de la Carta de manera formal, como a la emisión de disposiciones que ordenan la intervención de las Fuerzas Armadas en tareas de control del orden interno, en apoyo a la Policía Nacional, sin que medie instauración formal del régimen excepcional.

En cuanto a lo primero, se observa cuatro circunscripciones sometidas al estado de emergencia conforme a la Norma Fundamental, lo que se debe principalmente a problemas de delincuencia común (tres casos), comenzando por la Provincia Constitucional del Callao y las provincias ancashinas del Santa y Casma, a las que se añade esta vez una localidad del departamento de Puno y otra del departamento del Cusco (por conflictos sociales en este último caso). Valen para estos casos lo ya dicho en relación al Callao y El Santa y Casma para el año 2015, pues no existen diferencias esenciales. Las situaciones son las siguientes:

- i) Provincia Constitucional del Callao: el estado de emergencia iniciado y mantenido durante el año 2015 se sigue pro-

rrogando sucesivamente durante el año 2016, hasta el mes de octubre: DS 004-2016-PCM (*El Peruano*, 16 de enero de 2016), DS 013-2016-PCM (*El Peruano*, 2 de marzo de 2016), DS 024-2016-PCM (*El Peruano*, 15 de abril de 2016), DS 036-2016-PCM (*El Peruano*, 31 de mayo de 2016), DS 056-2016-PCM (*El Peruano*, 30 de julio de 2016), DS 066-2016-PCM (*El Peruano*, 27 de agosto de 2016).

El régimen legal es el ya comentado para el año anterior, esto es, sólo se suspende el ejercicio de dos derechos (libertad y seguridad personales e inviolabilidad del domicilio) y el control del orden interno se encomienda a la Policía, sin que se asigne ningún rol a las Fuerzas Armadas.

Debe resaltarse empero la variación, bastante errática, en la fijación de los plazos de la excepción, ya que es de 45 días en los tres primeros Decretos, pero pasa a 60 días en el cuarto, descende a 30 días en el quinto y vuelve al término inicial de 45 días en el sexto y último Decreto, antes de cortarse la seguidilla de prórrogas.

Nada en el texto de los Decretos Supremos permite colegir la razón de estos cambios en el plazo.

- ii) Provincias de El Santa y Casma, del departamento de Áncash: la situación es esencialmente igual que la establecida en El Callao. Caben dos anotaciones, sin embargo: de un lado, el plazo se mantiene en 45 días en todos los decretos; de otro lado, hay dos casos de retroactividad inconstitucional: DS 009-2016-PVM (*El Peruano*, 10 de febrero de 2016) y DS 020-2016-PCM (*El Peruano*, 24 de marzo de 2016).
- iii) Provincia de San Román, del departamento de Puno: en la misma línea de acción ya en desarrollo en El Callao y en El Santa y Casma, el Poder Ejecutivo declara el estado de emergencia en la localidad puneña de San Román, por problemas ordinarios de delincuencia común (DS 088-2016-PVM [*El Peruano*, 29 de noviembre de 2016]).

La medida se aplicará con suspensión de los cuatros derechos derogables, por un plazo de 30 días, con el control del orden interno a cargo de la institución policial, pero con apoyo de las Fuerzas Armadas.

En cuanto a la justificación, la parte considerativa señala que se han producido «actos contrarios al orden interno», los cuales afectan las actividades normales de la población, tras lo que se afirma que «resulta necesario adoptar las medidas constitucionalmente previstas para restablecer el orden interno» (tercer considerando).

Además, el Decreto señala que la misma Policía de la región ha solicitado la declaración del estado de emergencia «a fin de fortalecer la lucha contra la delincuencia ante los altos índices de inseguridad ciudadana» (cuarto considerando).

Ciertamente, no puede estimarse que estemos ante una justificación jurídico constitucional sólida en defensa de la proclamación del régimen de excepción. Como se ve, se trata de razones genéricas e insuficientes, lo que confirma la tendencia ya observada en la presente investigación.

- iv) Provincia de Chumbivilcas, del departamento del Cusco: el DS 093-2016-PCM (*El Peruano*, 20 de diciembre de 2016) instaura el régimen de excepción como una medida preventiva frente a eventuales conductas violentas relacionadas con «conflictos sociales».

Según dice el Decreto, la Policía regional ha solicitado la medida «a fin de asegurar el control del orden público y evitar actos de violencia o cualquier ilícito penal que se pudiera cometer en dicha zona», refiriéndose específicamente a «los conflictos sociales advertidos en la provincia antes mencionada» (tercer considerando).

Aquí también, al igual que en San Román, se suspende todos los derechos susceptibles de ser suspendidos y se fija un plazo reducido de tan sólo 30 días. No obstante, a diferencia de lo determinado para el caso de la provincia puneña, en Chumbivilcas se encomienda a las Fuerzas Armadas el control del orden interno, con el apoyo de la Policía Nacional. La intervención militar puede deberse a que esta vez se está ante un conflicto social vinculado a actividades de industrias extractivas (llevadas a cabo por empresas mineras), por lo que el elemento político y la envergadura económica del conflicto podrían ser los desencadenantes del rol militar.

- 9) Cabe destacar que durante el año 2016 no se vuelve a extender el régimen de la anomalía constitucional en los distritos de Ramón Castilla y Yavarí, de la provincia de Mariscal Ramón Castilla, del departamento de Loreto. Como se ha expuesto en relación al precedente año 2015, se aplicó el estado de emergencia en esta zona cercana a la frontera con Colombia y Brasil, para combatir el tráfico ilícito de drogas. La última prórroga fue dispuesta, por el plazo de 60 días, mediante DS 077-2015-PM (*El Peruano*, 12 de noviembre de 2015).

Prórroga de la intervención militar en Arequipa, Puno y Madre de Dios

- 10) De modo semejante a lo sucedido durante los años 2014 y 2015, durante el año 2016 el Poder Ejecutivo determinó la renovación incesante de la intervención de las Fuerzas Armadas en los departamentos de Arequipa, Puno y Madre de Dios. Siempre por treinta días, sin afectación formal de los derechos fundamentales y para brindar apoyo a la Policía Nacional, que retiene la competencia de controlar el orden interno. La causa siguió siendo la existencia de movilizaciones populares vinculadas a la minería ilegal e informal. Las características de las Resoluciones Supremas no muestran cambios sustanciales respecto de las ya comentadas respecto de los años anteriores, por lo que se evita aquí una reiteración innecesaria (por ejemplo, RS 092-2016-IN [*El Peruano*, 11 de enero de 2016], RS 139-2016-IN [*El Peruano*, 8 de abril de 2016], RS 270-2016-IN [*El Peruano*, 6 de septiembre de 2016], RS 335-2016-IN [*El Peruano*, 8 de octubre de 2016]).

Sí llama la atención que en el mes de febrero no se haya emitido una Resolución de prórroga para todos los departamentos de Arequipa, Puno y Madre de Dios, pese a lo cual la RS 122-2016-IN (*El Peruano*, 11 de marzo de 2016) invoca la RS 105-2016-IN (*El Peruano*, 8 de febrero de 2016) como fundamento de una supuesta extensión temporal en dicho mes de febrero (cuarto considerando), siendo que esta última disposición solo comprende a la provincia arequipeña de Islay.

De otro lado, tampoco en el mes de diciembre se renueva la medida que ordena la intervención militar en los tres departamentos indicados. La situación habría de variar en el siguiente año 2017, como se expondrá luego.

Continuidad de la intervención militar en diversas localidades por movilizaciones asociadas a actos vandálicos

- 11) Durante el año 2016 persiste el curso de acción gubernativa ya observado en el anterior año 2015, consistente en mantener la presencia de las Fuerzas Armadas, para realizar tareas de apoyo a la Policía, en diversas localidades del país en las que se producen movilizaciones o manifestaciones de protesta contra industrias extractivas y que son asociadas con actos de violencia y vandalismo. A menudo, se trata de medidas de carácter preventivo o disuasivo, orientadas a evitar la comisión de actos ilícitos o delitos. No se aprecia, por lo demás, justificaciones adecuadas ni para el necesario nivel de gravedad, ni para las acciones específicas que habrán de llevarse a cabo.

Tales localidades son las siguientes:

- i) Provincia de Yauli, del departamento de Junín: la intervención militar se mantiene, cada treinta días, hasta entrado el mes de noviembre: por ejemplo, RS 001-2016-IN (*El Peruano*, 8 de enero de 2016), RS 104-2016-IN (*El Peruano*, 3 de febrero de 2016), RS 121-2016-IN (*El Peruano*, 8 de marzo de 2016), RS 188-2016-IN (*El Peruano*, 6 de julio de 2016), RS 330-2016-IN (*El Peruano*, 6 de octubre de 2016).
- ii) Provincia de Cotabambas, del departamento de Apurímac: se prolonga la militarización del conflicto social, mes a mes, hasta los primeros días de diciembre: por ejemplo, RS 093-2016-IN (*El Peruano*, 13 de enero de 2016), RS 106-2016-IN (*El Peruano*, 9 de febrero de 2016), RS 001-2016-IN (*El Peruano*, 8 de enero de 2016), RS 142-2016-IN (*El Peruano*, 12 de abril de 2016), RS 179-2016-IN (*El Peruano*, 11 de junio de 2016), RS 271-2016-IN (*El Peruano*, 6 de septiembre de 2016), RS 391-2016-IN (*El Peruano*, 9 de noviembre de 2016).
- iii) Provincia de Islay, del departamento de Arequipa: se volvió a disponer, en febrero de 2016, la intervención de la corporación militar en esta provincia arequipeña, la cual había sido suspendida en noviembre del año anterior: RS 105-2016-IN (*El Peruano*, 8 de febrero de 2016).

3.5. Año 2017: Consolidación de la Constitución de emergencia, con disminución de los casos por orden público

Aspectos de orden general

- 1) Durante el año 2017 hay algunas variaciones en la aplicación de la Constitución de emergencia en el Perú, pero no en puntos esenciales, por lo que puede decirse que la tendencia global es la misma observada para el año anterior.

Así, la cifra total de disposiciones legales desciende, ubicándose en 66 (100%), de las cuales sólo 7, que representan el 10.6%, son provocadas por el fenómeno de los remanentes terroristas. Los casos vinculados a eventos catastróficos son ahora 40, que equivalen al 60.6%, cifra ciertamente elevada, y los Decretos Supremos y Resoluciones Supremas motivados por afectaciones del orden público son 19, iguales al 28.8%, un número alto, pero no tanto como en los dos años precedentes.

Casos por remanentes terroristas

- 2) Los casos provocados por los denominados «remanentes terroristas» se mantuvieron esencialmente estables en contenido, forma y justificación deficiente. Así, se siguió prorrogando el estado de emergencia en la zona central, ya unificada con la incorporación del distrito de Echarate desde el año 2016, según se ha indicado ya. Por ejemplo, DS 010-2017-PCM (*El Peruano*, 1 de febrero de 2017), DS 042-2017-PCM (*El Peruano*, 8 de abril de 2017), DS 063-2017-PCM (*El Peruano*, 8 de junio de 2017), DS 079-2017-PCM (*El Peruano*, 30 de julio de 2017).

Ha de insistirse en que no hubo novedades en el régimen legal impuesto, es decir, fueron suspendidos en su ejercicio los cuatro derechos susceptibles de suspensión conforme al texto constitucional (con el error de declarar suspendidos los derechos mismos en el cuerpo normativo de los Decretos, aunque no en el epígrafe del artículo correspondiente), se encomendó el control del orden interno a las Fuerzas Armadas, con el apoyo de la Policía Nacional, y el plazo fue el máximo de 60 días.

Sólo llama la atención que en el mes de septiembre se instauró el estado de emergencia en diversas localidades que venían siendo excluidas de los Decretos de prórroga. En efecto, mediante DS 094-2017-PCM (*El Peruano*, 15 de septiembre de 2017) se volvió a introducir el régimen de excepción en las siguientes comarcas: distrito de Luricocha (provincia de Huanta, departamento de Ayacucho); distritos de San Marcos de Rocchac, Huaribamba, Pazos, Acraquia, Ahuaycha, Daniel Hernández y Colcabamba (provincia de Tayacaja) y provincia de Churcampá (departamento de Huancaavelica). También fueron suspendidos en su ejercicio todos los derechos fundamentales susceptibles de serlo conforme a la Constitución y se encomendó el control del orden interno a la corporación militar, que debía contar para ello con el apoyo de la Policía Nacional. El plazo, empero, fue fijado esta vez sólo en 20 días.

Luego, las localidades comprendidas por el DS 094-2017-PCM fueron incorporadas a los acostumbrados Decretos de prórroga en la zona sur central unificada: DS 097-2017-PCM (*El Peruano*, 5 de octubre de 2017), DS 114-2017-PCM (*El Peruano*, 1 de diciembre de 2017). No obstante, en estos últimos Decretos ya no se comprende a toda la provincia de Churcampá, añadida por el DS 094-2017-PC, recién referido, sino sólo a algunos de sus distritos: Anco, Chinchihuasi, Churcampá, Cosme, El Carmen, La Merced, Locroja, Pachamarca, Paucarbamba, San Miguel de Mayocc, San Pedro de Coris.

Es de observar, en fin, la aparición de un caso de retroactividad inconstitucional, pues el DS 063-2017-PCM (*El Peruano*, 8 de junio

de 2017) establece que debe entrar en vigencia el mismo día de su publicación en el diario oficial, lo que contradice el artículo 109 de la Carta Fundamental.

Estados de emergencia por catástrofes

- 3) Aquí también el panorama permaneció estable y similar al observado en los años anteriores. A fin de evitar reiteraciones innecesarias, se indicará aquí tan sólo lo siguiente:
 - i) Las causas fueron las habituales, aunque con un enorme predominio de las vinculadas a lluvias intensas: por ejemplo, DS 005-2017-PCM (*El Peruano*, 26 de enero de 2017), DS 008-2017-PCM (*El Peruano*, 28 de enero de 2017), DS 014-2017-PCM (*El Peruano*, 10 de febrero de 2017), DS 027-2017-PCM (*El Peruano*, 17 de marzo de 2017), DS 036-2017-PCM (*El Peruano*, 1 de abril de 2017), DS 060-2017-PCM (*El Peruano*, 1 de junio de 2017), DS 073-2017-PCM (*El Peruano*, 9 de julio de 2017), DS 098-2017-PCM (*El Peruano*, 5 de octubre de 2017), DS 108-2017-PCM (*El Peruano*, 14 de noviembre de 2017).
Otras causas fueron: actividad volcánica (DS 004-2017-PCM [*El Peruano*, 20 de enero de 2017]) y deslizamientos de tierras (DS 080-2017-PCM [*El Peruano*, 4 de agosto de 2017], DS 109-2017-PCM [*El Peruano*, 15 de noviembre de 2017], DS 111-2017-PCM [*El Peruano*, 22 de noviembre de 2017]).
 - ii) Los plazos siguieron siendo fijados de manera más o menos caprichosa, o al menos sin que las disposiciones legales permitieran conocer con precisión las razones para tratamientos diferentes:
 - a) Sesenta días: DS 004-2017-PCM (*El Peruano*, 20 de enero de 2017), DS 005-2017-PCM (*El Peruano*, 26 de enero de 2017), DS 039-2017-PCM (*El Peruano*, 7 de abril de 2017), DS 070-2017-PCM [*El Peruano*, 29 de junio de 2017].
 - b) Cuarenta y cinco días: DS 025-2017-PCM (*El Peruano*, 15 de marzo de 2017), DS 027-2017-PCM (*El Peruano*, 17 de marzo de 2017), DS 041-2017-PCM (*El Peruano*, 8 de abril de 2017), DS 055-2017-PCM (*El Peruano*, 26 de mayo de 2017), DS 105-2017-PCM (*El Peruano*, 9 de noviembre de 2017).

Constitución de emergencia, perturbaciones del orden público y conflictividad social

- 4) En el presente período anual, prosiguió la militarización como respuesta ante movilizaciones populares y conflictos sociales en diversas localidades del país.

El año se abre con la RS 004-2017-IN (*El Peruano*, 12 de enero de 2017), que autoriza la intervención de las Fuerzas Armadas para apoyar a la Policía Nacional en tareas de control del orden interno en el departamento de Arequipa por el plazo de 30 días, a fin de controlar las movilizaciones que se llevan a cabo por personas y grupos vinculados a la minería ilegal e informal. Las características son semejantes a las de los años precedentes en contenido, forma y justificación fallida. Es de notar, empero, que esta vez no se incluye a los departamentos de Puno y Madre de Dios, diferencia importante.

Sin embargo, la RS 009-2017-IN (*El Peruano*, 10 de febrero de 2017), además de prorrogar la intervención de la corporación militar en Arequipa, la reinstaura en el departamento de Puno, bajo las mismas condiciones habituales. Luego de esto, ya no se renueva esta intervención en el resto del año, aunque no se emite una Resolución Suprema que justifique el levantamiento de la medida.

- 5) En el primer mes del año, mediante RS 005-2017-IN (*El Peruano*, 28 de enero de 2017), también se extiende la presencia de las Fuerzas Armadas en la provincia de Yauli, del departamento de Junín. La medida se adopta, como antes, con carácter preventivo, para evitar actos de violencia y «cualquier ilícito que se pudiera cometer» (cuarto considerando). En tal sentido, la corporación militar debe apoyar el trabajo de la Policía Nacional, por un plazo de 30 días.

- 6) Durante el año 2017 se proclama y luego se prorroga sucesivamente el régimen de excepción en el distrito de Tumbay, de la provincia de Chiclayo (departamento de Lambayeque). Como en otros casos semejantes, se trata de una medida extrema, no justificada, a la que se recurre para enfrentar «conflictos sociales» con propósito preventivo y sin que se configure la necesaria gravedad (tercer considerando). La finalidad inmediata declarada es «restablecer el orden interno», presuntamente alterado (cuarto considerando).

En todos los casos, se determina la suspensión del ejercicio de los cuatro derechos fundamentales derogables y se dispone que la Policía retiene su función de controlar el orden interno, pero con el apoyo de las instituciones castrenses, por un plazo de 30 días.

Ello queda registrado en las siguientes disposiciones legales: DS 064-2017-PCM (*El Peruano*, 12 de junio de 2017), DS 074-2017-

PCM (*El Peruano*, 12 de julio de 2017), DS 083-2017-PCM (*El Peruano*, 11 de agosto de 2017), DS 090-2017-PCM (*El Peruano*, 10 de septiembre de 2017), DS 100-2017-PCM (*El Peruano*, 10 de octubre de 2017), DS 104-2017-PCM (*El Peruano*, 9 de noviembre de 2017), DS 119-2017-PCM (*El Peruano*, 8 de diciembre de 2017).

- 7) El estado de emergencia es también declarado y mantenido por conflictos sociales vinculados a la actividad de industrias extractivas de minerales en varias comarcas del país, en especial, en la zona del Corredor Minero del Sur¹⁶⁵³:

- i) Mediante DS 015-2017-PCM (*El Peruano*, 10 de febrero de 2017), se instaure la excepción constitucional en la provincia de Cotabambas, del departamento de Apurímac. Se determina la suspensión de todos los derechos susceptibles de ser suspendidos de conformidad con el artículo 137.1 de la Carta Fundamental, con el control del orden interno a cargo de la Policía, que empero contará con el apoyo de las Fuerzas Armadas, y por 30 días de plazo.

El Decreto repite en contenido, forma y justificación insuficiente lo ya observado en otros casos de conflictividad social, esto es, en lo sustancial, su carácter preventivo, para intentar que no se produzcan actos de violencia ni se cometan delitos, pese a que no se verifica la necesaria gravedad. Debe anotarse asimismo que el DS 015-2017-PCM incurre en retroactividad contraria a la Constitución, al disponer que debe entrar en vigor el mismo día de su publicación.

Más adelante, se vuelve a acudir al estado de emergencia frente al mismo conflicto social y en similares términos. Ahora, sin embargo, el ámbito territorial resulta definido de manera más limitada, pues el Decreto no comprende toda la provincia de Cotabambas, sino solo algunos de sus distritos, a saber, Chalhuanahuacho, Haquira y Mara: DS 085-2017-PVCM (*El Peruano*, 16 de agosto de 2017).

Luego de esto, se ordenan prórrogas sucesivas, sujetas al mismo régimen legal, pero con variaciones territoriales:

- a) DS 093-2017-PCM (*El Peruano*, 15 de septiembre de 2017): prorroga el estado de emergencia en los distritos de Chalhuanahuacho, Haquira y Mara (provincia de Cotabambas, departamento de Apurímac) y lo instau-

1653 Sobre la aplicación del régimen de excepción en el corredor minero del Sur, véase Abraham Siles y Marco Rodríguez, «Evaluación del Estado de Emergencia Constitucional en el “Corredor Minero del Sur”: Breve Estudio de Caso», *op. cit.*, pp. 239-254.

- ra en el distrito de Capacmarca (provincia de Chumbivilcas, departamento de Cusco). El régimen legal y la pretendida justificación son los acostumbrados, pero el plazo es de sólo 30 días y la Policía conserva la función de controlar el orden interno con apoyo de las Fuerzas Armadas.
- b) En los mismos términos y en las mismas localidades, pero con la exclusión del distrito cotabambino de Haquira, el DS 101-2017-PCM (*El Peruano*, 14 de octubre de 2017) renueva el estado de emergencia. No hay justificación adecuada del levantamiento de la excepción en Haquira, pues el Decreto, tras remitirse a la petición cursada por la Policía regional, apenas señala: «no siendo necesaria la prórroga del estado de excepción en el distrito de Haquira...» (quinto considerando).
 - c) Algo similar se observa en las extensiones temporales ordenadas mediante nuevos Decretos en el resto del año, incluyendo justificaciones genéricas, someras y formalistas: DS 107-2017-PCM (*El Peruano*, 14 de noviembre de 2017), DS 120-2017-PCM (*El Peruano*, 14 de diciembre de 2017).
- ii) Mediante DS 020-2017-PCM (*El Peruano*, 21 de febrero de 2017), se implanta el estado de emergencia en el distrito de Coporaque, de la provincia de Espinar, del departamento del Cusco, a causa del conflicto social provocado por la industria extractiva de la zona. No hay diferencias ni sustanciales ni de forma, tampoco en la justificación fallida, respecto de los casos recién comentados. El régimen legal consiste en la acostumbrada suspensión del ejercicio de todos los derechos fundamentales derogables de acuerdo al artículo 137.1 de la Constitución, en encomendar el control del orden interno a la Policía Nacional con apoyo de las Fuerzas Armadas y en fijar el plazo en sólo 30 días.
 - iii) Mediante DS 078-2017-PCM (*El Peruano*, 19 de julio de 2017), también como una forma de enfrentar la conflictividad social, y con similares defectos a los ya registrados en los casos anteriores, se instaure la Constitución de emergencia en el distrito de Juliaca (provincia de San Román, departamento de Puno) y en los distritos de Wanchaq y San Sebastián (provincia de Cusco, del departamento del mismo nombre).

- 8) El último caso a comentar parece especialmente significativo. Y es que, mediante RS 015-2017-IN (*El Peruano*, 20 de marzo de 2017), se autoriza la intervención de las Fuerzas Armadas con la finalidad de apoyar a la Policía Nacional, por treinta días, «para la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país y de servicios públicos esenciales, atendiendo a lo solicitado por el ministro del Interior» (artículo 1).

Lo interesante de este caso es que la parte normativa del Decreto no define con claridad y certeza el ámbito territorial en el que las instituciones castrenses deben cumplir las funciones encomendadas. La invocación de la solicitud del ministro del Interior lleva a una serie de estados de emergencia declarados por desastres naturales originados en lluvias intensas, en diversas localidades de los departamentos de Ica, Lima, Huancavelica, Arequipa, Tumbes, Piura, Lambayeque, Loreto, Áncash, Cajamarca, La Libertad y la Provincia Constitucional del Callao.

Así, en estos once departamentos y la Provincia Constitucional del Callao, los acostumbrados problemas estacionales causados por el clima del país mueven al Gobierno a ordenar la intervención militar ante lo que juzga como una amenaza de orden público, por la eventualidad de que se produzcan actos delictivos. En tal sentido, la Resolución Suprema explicita lo siguiente:

Que, la Policía Nacional del Perú se encuentra comprometida en las tareas de apoyo a la población de los distritos, provincias y departamentos declarados en el Estado de Emergencia, situación que podría ser aprovechada por la delincuencia para cometer delitos contra el patrimonio, lo cual podría rebasar la capacidad operativa de la Policía Nacional del Perú» (décimo cuarto considerando).

Como se puede apreciar, nuevamente aparece aquí el uso de la Constitución de emergencia para combatir actividades delictivas ordinarias («delitos contra el patrimonio»), con carácter preventivo, ante situaciones meramente potenciales e inciertas, y, en especial, sin que se configure una «amenaza existencial» en sentido jurídico constitucional, dado que los hechos no alcanzan a trasponer el necesario umbral de gravedad. La justificación, desde luego, como se ha observado aquí de manera constante, es sumamente pobre: genérica, superficial y del todo insuficiente.

- 9) Debe anotarse también que, pese a lo que se acaba de decir sobre la RS 015-2017-IN, a lo largo del año 2017 no se renueva el estado de emergencia para combatir el fenómeno delictivo de la Provincia Constitucional del Callao y en las provincias del Santa y Casma, del departamento de Áncash. Esta decisión es ciertamente adecuada y

respetuosa de las elevadas exigencias contenidas en la Constitución de emergencia del Perú, incluidas aquellas derivadas de su articulación con el DIDH.

CONCLUSIONES

- 1) La Constitución de la normalidad necesita de la Constitución de emergencia. Sólo mediante ella puede asegurar su continuidad, su valor normativo y su eficacia ante verdaderas «amenazas existenciales», que pongan en peligro la vida de la nación o la subsistencia de las instituciones de la democracia constitucional.

A lo largo de la historia ha habido ilustres defensores de un orden constitucional sin régimen de excepción, como Benjamin Constant en Francia y Luis Felipe Villarán en el Perú, y aun ordenamientos jurídicos que han excluido la posibilidad de su suspensión para enfrentar las emergencias (por ejemplo, Bélgica, Italia). No obstante, el modelo del «Derecho para todas las estaciones» o «Derecho para todas las eventualidades» —«Law for all seasons», a decir de Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin— resulta inadecuado, pues en la práctica se ve desbordado por aquellos hechos que configuran un desafío extremo, lo que empeora la situación de vulnerabilidad de los derechos fundamentales de las personas y dificulta la defensa de la supremacía constitucional.

Conviene, pues, que la Norma Fundamental del Estado contenga un régimen de excepción aplicable ante tales desafíos extremos, el cual ha de fundarse en los principios y reglas del Estado Constitucional de Derecho. En consecuencia, el régimen de excepción no supone una suspensión o aniquilamiento del orden de la constitucionalidad, sino su flexibilización para que el Estado pueda enfrentar las emergencias sin traicionar su esencia, por un tiempo breve y con la finalidad del pronto y total restablecimiento de dicho orden constitucional.

- 2) Los rasgos esenciales del estado de excepción son tanto sustantivos como formales. Son características esenciales sustantivas las siguientes: la presencia de una «amenaza existencial» en sentido jurídico constitucional, la concurrencia de circunstancias excepcionales, así como una situación de necesidad y el carácter temporal o provisorio del régimen excepcional, además del cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas

a adoptar, y la disponibilidad y aplicación de controles efectivos de naturaleza política y jurisdiccional.

Son características formales esenciales las siguientes: la determinación de las autoridades competentes para la proclamación de la emergencia, la fijación del procedimiento a seguir para su instauración y monitoreo y las formalidades que deben ser cumplidas en el marco de dicho procedimiento, así como la obligación de informar o notificar a los órganos de supervisión, incluyendo a la Legislatura nacional y a los órganos internacionales previstos en el DIDH.

A estas características debe añadirse el requisito imperativo de que la finalidad a perseguir con el estado de excepción ha de ser de naturaleza restaurativa, es decir, debe apuntar al restablecimiento pleno de la normalidad constitucional, sin que sea posible que el propósito resida en la introducción de una nueva Constitución.

- 3) Proclamado el régimen de excepción —el estado de emergencia, en el caso de la presente investigación—, las medidas a adoptar quedan sujetas a los principios del Estado constitucional de Derecho, incluyendo su articulación con el DIDH sobre la base del concepto de «bloque de constitucionalidad». Por lo tanto, todas las medidas estipuladas durante el Gobierno de crisis deben estar sometidas a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, incluyendo la dimensión de temporalidad, y además también deben ser materia de controles políticos y, en especial, jurisdiccionales, tanto de Derecho interno como de DIDH.
- 4) En multitud de países y en toda época —ciertamente en el Perú—, el estado de excepción ha sido empleado a menudo de modo abusivo, con distorsión de sus rasgos esenciales, otorgando a los gobernantes un marco legal que permite la concentración del poder y favorece la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos fundamentales de las personas. Así, el Gobierno de crisis ha devenido con frecuencia en mera tiranía, operando como un mecanismo opresivo contra el pueblo y sirviendo al beneficio ilegítimo de los detentadores del poder.

Una de las manifestaciones más nocivas de esta práctica es lo que la doctrina del Derecho Constitucional y del DIDH conoce como la «normalización de la emergencia» o la «permanencia de lo temporal». En virtud de este fenómeno, las instituciones de la excepción constitucional, lejos de ser extraordinarias y transitorias o de breve duración, perduran en el tiempo y se tornan en una nueva normalidad, con lo que socavan las bases mismas del modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho.

- 5) Muchas veces, para evitar la acusación de ejercer una dictadura, los Gobiernos optan por no declarar formalmente el estado

de excepción constitucional. Acuden, empero, a mecanismos informales de emergencia, con lo que se configuran modalidades de régimen de excepción *de facto*, por contraste con las modalidades *de iure*.

El propósito, ciertamente ilegítimo en términos constitucionales, es aparentar la vigencia de la Constitución de la normalidad, cuando en verdad existe un gobierno de crisis en la práctica. Es lo que se observa en el Perú cuando el presidente de la República determina la intervención de las Fuerzas Armadas, sin instauración del estado de emergencia, ante situaciones de movilización popular o protesta social, en particular, en años recientes, frente a actividades de industrias extractivas juzgadas perniciosas por ciertos sectores del pueblo o determinados grupos sociales.

- 6) En el Perú, el régimen de excepción fue usado durante la guerra interna o conflicto armado interno (1980-2000) para la implementación de medidas de combate a grupos subversivos y terroristas (Sendero Luminoso y MRTA) que permitieron la comisión de innumerables y graves abusos contra los derechos fundamentales. Llegaron a constituir, en determinados momentos y lugares del período de la violencia política, patrones sistemáticos y generalizados de violación de derechos humanos y aun atrocidades y crímenes de lesa humanidad, en particular, desde el ingreso de las Fuerzas Armadas a las zonas de emergencia en los meses de diciembre de 1982 y enero de 1983.

De conformidad con el Informe Final de la CVR, entre los principales problemas derivados de la declaración inicial del régimen de excepción frente a la guerra interna, sus prórrogas continuas y su paulatina extensión geográfica hasta comprender a una vasta parte del territorio nacional, se hallan los siguientes:

- i) La perpetración de graves violaciones de los derechos humanos, las mismas que, como se acaba de indicar, llegaron a ser sistemáticas y generalizadas en ciertos momentos y lugares.
- ii) La abdicación de las potestades constitucionales y legales de las autoridades democráticas (Presidencia de la República, Parlamento nacional) para la conducción de la guerra, en favor de una indebida delegación de poderes a las Fuerzas Armadas, poderes exorbitantes y no sujetos a control.
- iii) El otorgamiento de potestades políticas a los jefes de los así denominados «Comandos Político-Militares» establecidos en las zonas de emergencia.
- iv) La ausencia de controles políticos y la falta de implementación o uso de mecanismos de democracia deliberativa por parte del Congreso de la República.

- v) La ausencia o insuficiencia de controles jurisdiccionales por los tribunales ordinarios y por la jurisdicción constitucional (en especial, por sus órganos máximos, el Tribunal de Garantías Constitucionales bajo la Carta de 1979 y el Tribunal Constitucional en el marco de la Constitución de 1993).
 - vi) La falta de una cultura constitucional arraigada entre gobernantes y ciudadanos que permitiese implementar y usar mecanismos efectivos de rendición de cuentas de las autoridades estatales ante la opinión pública.
- 7) A los efectos de la presente investigación, se asume la existencia de cuatro grandes formas clásicas o modelos históricos de estado de excepción de especial relevancia, a saber, la dictadura en la República romana clásica, la ley marcial de origen inglés, el estado de sitio surgido en la Francia revolucionaria y los poderes de emergencia constitucional empleados durante la República de Weimar en Alemania. En todos los casos, especialmente en los tres primeros, es marcado el origen bélico de las instituciones de excepción constitucional y su evolución y adaptación para ser aplicadas como mecanismo de represión contra la población civil. Algunas características de especial valor en el modelo de dictadura constitucional de la República romana clásica son: la heteroinvestidura, en cuya virtud la potestad de declarar la existencia del estado de excepción compete a una autoridad distinta de aquella que recibe los poderes extraordinarios, su carácter temporal, su naturaleza excepcional, el otorgamiento de poderes de actuación limitados a un propósito concreto y determinado, y la finalidad de preservar el orden constitucional y no de modificarlo o derribarlo. De la ley marcial inglesa debe destacarse su flexibilidad y evolución que la configuran como una institución sujeta al Estado de Derecho, en particular, al excluir comportamientos arbitrarios o, peor aún, actos de crueldad extrema al reprimir invasiones, rebeliones o revueltas acaecidas en el país o en los territorios coloniales de ultramar. Debe destacarse especialmente el principio de necesidad para el empleo de los poderes extraordinarios y de las medidas a adoptar bajo su marco, así como la configuración de controles tanto por el Parlamento como por la judicatura ordinaria, en virtud de una exigencia fundamental de rendición de cuentas o responsabilidad de la Corona y del Gobierno.
- Del estado de sitio francés debe ponerse de relieve la diferencia ente estado de sitio efectivo» o «real» y estado de sitio «político» o «ficticio». En efecto, esta distinción conceptual y práctica permite aplicar un marco legal originalmente creado para hacer frente a

situaciones bélicas, a contextos de perturbación del orden público por parte no de enemigos, sino de ciudadanos que protestan o se oponen a determinadas políticas o medidas que el Gobierno pretende imponer. También cabe destacar la regulación anticipada y en detalle del marco normativo aplicable a las emergencias, el importante papel del Poder Legislativo en la declaración y control sobre el Gobierno, la función reconocida a la autoridad militar y la intervención de la jurisdicción castrense. Finalmente, conviene llamar la atención acerca de dos ausencias importantes: de un lado, el estado de sitio francés no otorga poderes legislativos al Poder Ejecutivo, y, de otro lado, al menos en el diseño normativo, no implica cambios en la relación entre la Legislatura y el Gobierno, como tampoco entre las autoridades civiles y las militares, quedando estas últimas siempre sometidas a la dirección política del Ejecutivo.

De los poderes extraordinarios bajo la República de Weimar en Alemania, que es la experiencia histórica más cercana a nuestros días y que inaugura el estado de excepción contemporáneo en el constitucionalismo occidental, es necesario resaltar el diseño constitucional signado por los principios del Estado democrático y social de Derecho, los cuales empero fueron distorsionados por prácticas extensivas y abusivas. Éstas, en efecto, cada vez más autoritarias y distanciadas del modelo constitucional, llevaron a la configuración de un régimen presidencialista en los hechos que contribuyó a la debacle institucional de la República de Weimar y a su reemplazo por el régimen nazi. El nazismo, sin embargo, se apropió con toda naturalidad de las prácticas de excepción normalizadas durante la República de Weimar, para instaurar un régimen totalitario fundado en un estado de emergencia permanente.

- 8) Los supuestos típicos tradicionales para el empleo de las instituciones de excepción constitucional han sido, a lo largo de la historia, fundamentalmente dos: guerra y rebelión. Es decir, han sido casos de extrema gravedad, vinculados a experiencias bélicas o similares y con un fuerte contenido político. No obstante, con el paso del tiempo y de acuerdo a las necesidades políticas definidas por los propios Estados, han sufrido transformaciones para ser aplicados a diversos conflictos políticos y sociales que no constituyen casos de «amenaza existencial» en sentido jurídico constitucional.

En el caso peruano se observa, tanto bajo el marco de la Constitución de 1979 como al amparo de la Carta de 1993, actualmente en vigor, que el estado de emergencia ha sido (es) utilizado para combatir el fenómeno subversivo y terrorista (ahora declinante), pero también, de manera creciente, para enfrentar situaciones de

catástrofe, en particular las provocadas por desastres naturales, y sobre todo como mecanismo de disuasión y represión ante protestas populares y movilizaciones de sectores del pueblo o determinados grupos sociales que se oponen a la actividad de industrias extractivas o a ciertas políticas del Estado.

Estas actuaciones del Estado peruano, bajo el marco del régimen de excepción, muestran gran cantidad de falencias e incurrir en manifiestas transgresiones del orden constitucional (por ejemplo, no verificación de causales, violación de los principios de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y temporalidad, ausencia de controles efectivos de naturaleza política y jurisdiccional). Es indispensable, en consecuencia, corregir las prácticas identificadas en la presente investigación, a fin de restaurar el verdadero sentido y alcance de la Constitución de emergencia del Perú, permitiendo así la mejor realización del modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, inclusive bajo condiciones de anormalidad constitucional.

- 9) Más allá del espíritu que animara a una u otra de las Constituciones peruanas del siglo XIX, más allá de su signo autoritario o democrático, de su impronta conservadora o liberal, de su vocación de favorecer el militarismo o más bien de someterlo, todas ellas (salvo la primera, de 1823) coinciden en que resulta indispensable consagrar el estado de excepción, a fin de dotar a los poderes públicos de herramientas idóneas para enfrentar las emergencias de naturaleza política (tales como la guerra y la revolución).

En adición a ello, las distintas Constituciones decimonónicas, pese a sus diferencias ideológicas, tienden a admitir y aún a favorecer la latitud de los poderes extraordinarios con los que sería investido el Ejecutivo. Lo que ciertamente ocurre de manera ambigua, ya que con dicha latitud coexisten regulaciones específicas que apuntan a limitar la acción del presidente de la República en ejercicio de las facultades excepcionales. En consecuencia, puede decirse que al interior mismo de la regulación constitucional se debaten, desde el inicio del constitucionalismo peruano y a lo largo de su desarrollo histórico durante el primer siglo de vida republicana, dos tendencias opuestas, cada una de las cuales pugna por prevalecer, en detrimento de la otra, en el terreno de la Constitución de emergencia. De un lado, está aquella postura que procura paz y orden mediante la imposición de la fuerza. Y, de otro lado, se halla aquella visión, contraria a la anterior, que intenta mantener los principios básicos del constitucionalismo y, por ende, trata de limitar el poder y de proteger los derechos fundamentales de las personas, aún en las situaciones de crisis más desafiantes.

La Constitución de 1860, la de más larga duración en la historia constitucional peruana, pese a su elogiada moderación y equilibrio entre extremos, permitía un uso amplio y virtualmente irrestricto de los poderes de emergencia, lo que fue advertido críticamente por Luis Felipe Villarán. Durante los largos años de su vigencia formal, se produjeron numerosos episodios en los que se consideró que la Patria se hallaba en peligro y que la suspensión de garantías individuales era una herramienta indispensable. Como señala Brian Loveman, tanto las élites civilistas como los caudillos militares, tanto los líderes de pensamiento liberal como los defensores de las doctrinas conservadoras, todos por igual, habían alcanzado al menos un «acuerdo fundamental» a esas alturas del siglo XIX, a saber, que no era posible gobernar el país si no era mediante la suspensión de garantías cuando la Patria se hallaba en peligro. Este principio, en opinión del profesor estadounidense, no es sólo la «doctrina constitucional dominante» en aquel entonces, sino parte esencial de la política en el Perú, proyectada inclusive a todo lo largo del siguiente siglo XX.

- 10) En materia de estado de excepción, el constitucionalismo peruano del siglo XX mostró novedades desde el comienzo. En efecto, tras largas décadas de regulación e intentos de paulatino perfeccionamiento normativo, la Carta de 1920 incluyó, a contracorriente de una tradición ya arraigada, una cláusula que prohibía la suspensión de las garantías constitucionales. Los hechos desbordaron este esquema inadecuado, por lo que mediante la Ley 5470, del 28 de septiembre de 1926, se reintrodujo el régimen de excepción, el cual fue mantenido y perfeccionado en la Constitución de 1933. Especial relevancia tiene la dimensión práctica, esto es, el uso y aplicación del estado de sitio (y la ley marcial) observado en la presente investigación en el período que corre de 1929 a 1939. En definitiva, la praxis histórica deja algunas lecciones, pues se observa la existencia y consolidación de prácticas que distorsionan el régimen excepcional, en una lógica represiva, arbitraria y contraria al ejercicio de los derechos fundamentales. En diversas ocasiones, el recurso al estado de excepción fue el cuestionable manto legal de la violencia ejercida por el Estado contra protestas legítimas de la clase trabajadora, o permitió la persecución de grupos políticos disidentes y minoritarios, o también fue la tenue cobertura jurídica para medidas de represión draconiana e injusta que llegaron a la imposición de la pena capital en Cortes Marciales sin respeto a las mínimas garantías del debido proceso. Se aprecia igualmente una indebida comprensión de las exigencias que impone el marco constitucional para el empleo del estado de

excepción, exigencias que son a menudo incumplidas: no indicación de las garantías que se suspende, suspensión de garantías no susceptibles de ser suspendidas, no señalamiento del plazo, incumplimiento de las causales admitidas por la Carta Fundamental, etcétera. Ciertamente, una dificultad mayor parece estar en el equivocado entendimiento del régimen excepcional como uno de «estado de sitio», inclusive en los casos en que éste ya no tiene acogida constitucional. Es claro, en fin, que el estado de sitio viene asociado a una visión del mismo como institución fuertemente militarizada, lo que acarrea inclusive la instauración de Cortes Marciales. El desarrollo histórico posterior, bajo las Cartas de 1979 y 1993, habrá de mostrar cómo varias de estas perniciosas características perdurarán bajo esquemas constitucionales nominalmente más restrictivos de los poderes extraordinarios y más tutelares de los derechos fundamentales de las personas durante el gobierno de crisis.

- 11) El constituyente de 1933 optó por reducir el régimen de excepción a la figura de la «suspensión de garantías», la cual había aparecido por primera vez en un texto constitucional peruano, vinculada con la potestad de declarar la República o la Patria en peligro, en la Norma Fundamental de 1860, había sido eliminada en las Constituciones de 1867 y 1920, y había resurgido, asociada de modo expreso al estado de sitio, en la Ley 5470, de enmienda constitucional, promulgada el 21 de septiembre de 1926. Bajo el influjo del artículo 42 de la Constitución de la República española de 1931, la Carta peruana de 1933 estableció que el régimen de excepción consistiría en la suspensión total o parcial, y en todo o en parte del territorio nacional, de determinadas garantías expresamente mencionadas (artículo 70).

Las garantías susceptibles de suspensión fueron: libertad y seguridad personales (artículo 56), inviolabilidad del domicilio (artículo 61), derecho de reunión (artículo 62), libre entrada, tránsito y salida del territorio de la República (artículo 67) y libertad de residencia y prohibición de destierro salvo sentencia ejecutoriada o aplicación de la ley de extranjería (artículo 68). El supuesto habilitante o causal quedó definido en términos preocupantemente amplios e indeterminados —«cuando lo exija la seguridad del Estado»—, de tal suerte que podía dar lugar a arbitrariedades y abusos, como en efecto ocurrió numerosas veces en los casi cincuenta años de vigencia formal de la Constitución de 1933. El plazo máximo del estado excepcional se fijó en treinta días, aunque se admitió la prórroga mediante «nuevo decreto». Asimismo, el artículo 70 de la Constitución estipuló que una ley había de determinar «las faculta-

des del Poder Ejecutivo durante la suspensión de garantías», ley muy necesaria pero que infortunadamente nunca llegó a ser aprobada. Novedad de especial relevancia fue que, por primera vez, una Constitución peruana reconoció al Poder Ejecutivo la potestad de autoinvestidura, esto es, la facultad de instaurar por sí mismo el estado de excepción y suspender las garantías, aun cuando el Parlamento estuviera en funciones. En consecuencia, la intervención del Congreso dejaba de ser la tradicional, heredada del siglo XIX, y ya no consistiría en declarar la emergencia, conferir potestades extraordinarias al presidente de la República y suspender las garantías. Si la ley de reforma constitucional de 1926 había permitido al Poder Ejecutivo instaurar el estado de sitio durante el receso del Congreso, la Carta de 1933 relegó a la representación nacional y otorgó este rol decisivo al Gobierno, aun cuando la Legislatura estuviera reunida. Las Cartas de 1979 y 1993 mantendrían dicha característica, de manera que nunca más se volvería al esquema que prevaleció durante el siglo XIX e inicios del siglo XX, en el que la proclamación del estado excepcional correspondía al Parlamento. En cuanto a la jurisprudencia en materia de habeas corpus bajo estado de excepción, emitida durante los años de vigencia formal de la Constitución de 1933, pese a que ésta consagró el proceso de habeas corpus para la protección de «todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución» (artículo 69), los tribunales de justicia interpretaron que, al quedar suspendidas las garantías individuales, la acción de hábeas corpus resultaba «improcedente», lo cual ya había sido previsto en la antigua Ley de 21 de octubre de 1897 (artículo 21). Todavía más, mientras estuvieron en vigor las leyes de excepción, los habeas corpus fueron desestimados, no obstante que hubo ciertos casos aislados que se apartaron de esta regla. Dos casos judiciales alcanzaron un relieve singular, a saber, el de Felipe Barreda Laos y el de José Luis Bustamante y Rivero, ambos resueltos por la Corte Suprema de Justicia en sentido adverso a los derechos de las personas, vulnerados de manera flagrante por el Gobierno.

- 12) La configuración actual de la Constitución de emergencia en el Perú se debe a las regulaciones contenidas en las Cartas de 1979 y 1993, las cuales son en esencia iguales entre sí, pese a algunas importantes diferencias específicas. Puede decirse que el nuevo régimen de excepción, propio del constitucionalismo peruano posterior a la Segunda Guerra Mundial, quedó establecido en el Texto Fundamental de 1979, el cual fue luego perfeccionado en la Carta que lo reemplazó en los primeros años de la última década del siglo XX. Diversas características de dicho régimen de excepción

son herederas de la tradición constitucional local o extranjera, expuesta en los capítulos precedentes.

Ahora bien, tanto los enunciados abstractos como la aplicación práctica de la Constitución de emergencia peruana, vigente durante las convulsas dos décadas finales de la pasada centuria y durante los también desafiantes dos decenios del presente siglo XXI, muestran limitaciones y deficiencias al enfrentar amenazas políticas, las cuales es necesario corregir y superar. Entre los principales cambios requeridos se hallan los siguientes:

- i) La introducción del estado de alarma para los supuestos de catástrofe, lo que debe hacerse mediante una enmienda constitucional.
- ii) El fortalecimiento del control parlamentario sobre la asunción de poderes extraordinarios por el Ejecutivo (mecanismo de autoinvestidura).
- iii) La interpretación de las causales del estado de emergencia a la luz de los estándares del DIDH, de suerte que siempre y en todos los casos se entienda que debe estar presente una «amenaza existencial», es decir, debe estar en peligro la continuidad de la vida de la nación o de las instituciones de la democracia constitucional.
- iv) Consolidar un nuevo entendimiento sobre la figura de la suspensión o derogación de los derechos fundamentales durante el estado de emergencia, conforme al cual lo que se suspende o deroga no son los derechos en sí mismos, los cuales son inherentes a los seres humanos y a su atributo esencial de dignidad, sino su ejercicio.

Por lo demás, la suspensión no debe ser concebida como el aniquilamiento o la desaparición de los derechos fundamentales ni como la imposibilidad absoluta de valerse de los procesos constitucionales para su tutela, sino sólo como una restricción de especial intensidad, mayor a la que existe durante la situación de normalidad constitucional, pero siempre sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y a controles de naturaleza parlamentaria y jurisdiccional.

Tampoco puede pensarse que los derechos fundamentales suspendidos o derogados lo son en su totalidad, sino que la restricción especial únicamente recae sobre algunos de sus aspectos, sin imposibilitar del todo su ejercicio.

- v) Reforzar la comprensión —en especial, a la luz de la jurisprudencia de los órganos de supervisión del DIDH, seña-

ladamente la Corte IDH— de que existen ciertos derechos fundamentales que, pese a no figurar entre los no susceptibles de suspensión o inderogables, lo son debido a que resultan indispensables para el ejercicio de aquellos expresamente definidos como tales. Es el caso del derecho al debido proceso, como lo es también el de las garantías necesarias para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o derogación.

vi) Fortalecer la concepción —en especial, a la luz de la jurisprudencia de los órganos de supervisión del DIDH, señaladamente la Corte IDH— de que hay un núcleo no susceptible de suspensión o inderogable de ciertos derechos definidos por el ordenamiento constitucional o el DIDH como sujetos a suspensión o derogación. Tal es el caso del derecho a la libertad personal.

vii) Adecuar la legislación y las prácticas de los diversos órganos del Estado peruano a una interpretación constitucional en cuya virtud la intervención de las Fuerzas Armadas en tareas de control del orden interno, bajo estado de emergencia, sólo es posible cuando éste viene instaurado de manera formal, de conformidad con el artículo 137.1 de la Constitución.

En consecuencia, debe superarse la práctica inconstitucional consistente en la intervención de la corporación militar en funciones de apoyo a la Policía Nacional para el control del orden interno, en aquellos supuestos en los que no media proclamación o prórroga formal del régimen de excepción.

viii) Modificar la interpretación constitucional prevaleciente que permite prórrogas sucesivas e ilimitadas del estado de emergencia, por contravenir de manera flagrante el principio de temporalidad que es consustancial al Gobierno de crisis. De ese modo, se evitará los perniciosos efectos de la «normalización de la emergencia», que socavan los fundamentos mismos del orden constitucional.

Se puede introducir mediante una ley de reforma constitucional el principio de escala creciente de mayorías, propuesto por Bruce Ackerman tomando como base la experiencia de la Constitución de Sudáfrica.

También la jurisprudencia constitucional podría señalar criterios interpretativos orientados a fijar límites temporales a las prórrogas sucesivas del estado de emergencia, como práctica que distorsiona el sentido y alcance de la Constitución de emergencia.

- ix) Fortalecer la jurisprudencia constitucional sobre estados de excepción, de manera que desarrolle y profundice el control sobre la concentración del poder y sobre el ejercicio de los poderes extraordinarios, así como los medios de protección de los derechos fundamentales de las personas.

Para ello, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia, en especial la desarrollada en los casos peruanos en los que se ha examinado la cuestión de los estados de excepción.

Se aprecia una evolución en los criterios interpretativos empleados por la Corte de San José, así como en la atención brindada a ciertas cuestiones específicas dentro del amplio ámbito material comprendido por el régimen de suspensión de garantías previsto en el artículo 27 de la CADH. En particular, es de notar que el máximo órgano jurisdiccional de derechos humanos en la región, sobre la base de análisis cada vez más refinados y precisos, determina el alcance sólo parcial de la suspensión de derechos tales como el derecho a la libertad personal, lo mismo que, correlativamente, el carácter inderogable de algunos aspectos de tales derechos. Las sentencias de la Corte de San José muestran avances sustantivos en diversos aspectos específicos de los estados de emergencia, tales como los relativos a los supuestos habilitantes de una detención, el plazo al que debe estar sometida la misma y la necesidad de registrarla oficialmente, así como en lo que atañe al alcance de la revisión judicial, la naturaleza jurídica de la prohibición de tortura (norma de *ius cogens*) y los límites a la intervención de las Fuerzas Armadas y al uso de armas letales en contextos no bélicos. La Corte estima que la sola instauración del estado de emergencia no acarrea la desaparición del derecho a la libertad personal y que los supuestos previstos en la Carta peruana para detener a una persona bajo situación de normalidad constitucional son exigibles también durante el gobierno de crisis, en determinadas circunstancias. A ello ha de añadirse que la norma convencional que estipula el deber de la autoridad estatal de poner a los detenidos, sin dilación, bajo control judicial sigue vigente durante el estado de excepción. En fin, debe igualmente ser destacado que, para el alto órgano jurisdiccional del sistema interamericano, a menudo los hechos del caso vulneran el «debido proceso legal», al dejar sin la protección de la ley a los detenidos y sin posibilidades de que se implementen los necesarios controles judiciales.

La remisión al debido proceso armoniza con el notable desarrollo doctrinal efectuado al respecto por la Corte en su Opinión Consultiva 9, emitida en octubre de 1987, en la que el tribunal determinó que el debido proceso, lo mismo que las garantías judiciales indispensables, tiene naturaleza inderogable.

la Corte IDH también ha considerado que el Estado peruano ha vulnerado el derecho de los detenidos a revisión judicial como medio idóneo de control de la ilegalidad y arbitrariedad de los arrestos, así como el derecho al habeas corpus y el amparo como garantías indispensables para la tutela de derechos no susceptibles de suspensión, tales como el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, garantías que además son necesarias para la preservación de la legalidad en una sociedad democrática. Por último, en lo que atañe al objeto de la presente investigación, el Tribunal de San José ha recalcado la prohibición estricta de la tortura por el DIDH y ha recordado que tal prohibición «es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, “lucha contra el terrorismo” y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas».

De este modo, la jurisprudencia de la Corte IDH viene a complementar y precisar determinados aspectos del régimen jurídico que rige los estados de emergencia constitucional en el Perú. Si bien quedan aún áreas no abordadas o indefinidas —por ejemplo, las causales, o también derechos distintos de libertad personal, integridad personal, vida o debido proceso—, lo cierto es que las sentencias del Tribunal de San José son un valioso instrumento que contribuye a la interpretación constitucional de los regímenes de excepción en el Perú.

- x) Aprobar una ley integral sobre los regímenes de excepción constitucional, que supere la actual legislación fragmentaria y dispersa, que se orienta en función de la normativa sobre uso de la fuerza por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

- 13) El análisis de las Bases de Datos I y II (1980-1992 y 2013-2017, respectivamente) revela serios problemas en los Decretos Supremos y Resoluciones Supremas relativos al estado de emergencia en el

Perú. Por lo que atañe a los regímenes de excepción vinculados a problemas de naturaleza política (subversión y terrorismo, perturbaciones del orden público asociadas a movilizaciones populares y protesta social), que son parte del objeto de esta investigación, se observa un conjunto de deficiencias que se repiten a lo largo del tiempo y que abarcan regulaciones referidas a diversos problemas específicos. Tales deficiencias son las siguientes:

- i) Justificación demasiado genérica, parca y superficial, desprovista de datos circunstanciados que demuestren que la nación enfrenta una «amenaza existencial» en sentido jurídico constitucional.
- ii) Carencia de regulaciones detalladas sobre los poderes de excepción a ejercer. Por lo general, nada se dice de los órganos competentes que reciben los poderes extraordinarios, ni de los planes que deben ser implementados. Tampoco se introduce medios de protección especial de los derechos fundamentales de las personas, ni mecanismos de remediación de eventuales abusos.

Además, los Decretos y Resoluciones no establecen principios, formas y procedimientos para una adecuada dirección política de las acciones por las autoridades civiles y democráticas durante la emergencia. En fin, no estipulan reglas sobre la rendición de cuentas y los mecanismos de control. Por consiguiente, los poderes extraordinarios a ser ejercidos para conjurar las emergencias cuentan con un margen de discrecionalidad demasiado amplio.

- iii) Por lo común, el régimen legal que se aplica durante los estados de emergencia relacionados con violencia política real o percibida es el de mayor rigor posible. Es decir, se determina la suspensión en el ejercicio de los cuatro derechos fundamentales susceptibles de ser suspendidos, se encomienda el control del orden interno a las Fuerzas Armadas en reemplazo de la Policía Nacional y se fija el plazo en el máximo de 60 días permitido por la Constitución. Tampoco hay justificación adecuada de estas medidas, sino casi tan solo su enunciación.

A este panorama debe añadirse el fenómeno de la «normalización de la emergencia», derivado de las prórrogas sucesivas e incesantes que traen como consecuencia el que el estado de emergencia dure largos períodos de tiempo, inclusive años, en diversas localidades del país.

- iv) Un fenómeno de especial relevancia y cuidado es la creciente intervención de las Fuerzas Armadas para participar en tareas de control del orden interno, por lo general en apoyo a la Policía Nacional, en situaciones en las que no media la declaración formal del estado de emergencia. Esto ocurre con frecuencia en casos de perturbación del orden público asociados a movilizaciones de determinados sectores del pueblo o grupos sociales que protestan contra industrias extractivas o se oponen a determinadas políticas estatales.

Puesto que, en la interpretación defendida en esta investigación, las Fuerzas Armadas sólo pueden desempeñar dicha función de control del orden interno conforme al estado de emergencia regulado por el artículo 137.1 de la Constitución, entonces se configura una situación de estado de emergencia *de facto* o informal, por oposición al estado de emergencia *de iure*.

- v) También es llamativo que el empleo de la Constitución de emergencia, si bien se mantiene para los casos de subversión y terrorismo (los así llamados «remanentes terroristas» de Sendero Luminoso) y para los casos de catástrofes, en especial las causadas por la misma naturaleza (lluvias intensas, sismos, actividad volcánica, etcétera), su uso es creciente para casos de disturbios o perturbaciones del orden público que se originan en movilizaciones populares o actos de protesta social contra industrias extractivas o en oposición a ciertas políticas del Estado.

En varias ocasiones el estado de emergencia también ha sido usado para combatir la delincuencia común (por ejemplo, en la Provincia Constitucional del Callao y en las provincias ancashinas del Santa y Casma).

Con sorprendente frecuencia estas expresiones populares son vinculadas a actos vandálicos, ilícitos o aún delictivos, para facilitar el uso represivo del régimen de excepción contra el pueblo, lo que lleva al Gobierno a valerse incluso de las Fuerzas Armadas.

En ninguno de estos casos se aprecia la concurrencia de los elementos que configuran una amenaza existencial en sentido jurídico constitucional, en particular, al no superarse el necesario umbral de gravedad.

Por lo demás, generalmente se trata de un uso preventivo del estado de emergencia, que apunta a evitar la producción

de actos de violencia o la comisión de delitos, no actuales sino meramente hipotéticos o potenciales.

- vi) Otras deficiencias observables en los Decretos Supremos y Resoluciones Supremas son que en no pocos casos incurren en retroactividad inconstitucional, por vulneración del artículo 195 de la Carta Fundamental de 1979 o del artículo 109 de la Norma Suprema de 1993, y que definen con imprecisión el ámbito territorial en el que ha de regir el régimen de excepción.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. «Debate Constituyente de 1855-1856.» *El Comercio*. May 7, 1856.

Abad Yupanqui, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales: Estudio Introductorio, Legislación, Jurisprudencia e Índices*. Séptima edición. Lima: Palestra Editores, 2018.

———. «Defensoría Del Pueblo y Procesos Constitucionales: Reflexiones Después de Ocho Años.» En *Ocho Años de Procesos Constitucionales En El Perú: Los Aportes de La Defensoría Del Pueblo, 1996-2004*, 15-60. Lima: Defensoría del Pueblo, 2004.

———. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

———. *Selección de Jurisprudencia Constitucional: Hábeas Corpus y Amparo*. Lima: Comisión Andina de Juristas - Fundación Friedrich Naumann, 1990.

Abad Yupanqui, Samuel, y Carolina Garcés Peralta. «El Gobierno de Fujimori: Antes y Después Del Golpe.» En *Del Golpe de Estado a La Nueva Constitución*, eds. AA. VV., 85-190. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1993.

Ackerman, Bruce. *Antes de Que Nos Ataquen de Nuevo: La Defensa de Las Libertades En Tiempos de Terrorismo*. Barcelona: Ediciones Península, 2007.

———. «The Emergency Constitution.» *The Yale Law Journal*, 113.5 (2004), 1029-91.

Agamben, Giorgio. *Estado de Excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2007.

Agüero, José Carlos. «Situación de Derechos Humanos En La Zona Del VRAE - Vizcatán.» En *Informe Anual 2008. El Difícil Camino Hacia La Ciudadanía*, 59-69. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2009.

Aguilar Rivera, José Antonio. «El Experimento Constitucional Bajo La Lupa: Respuesta a Mis Críticos.» *Política y Gobierno*, IX.2 (2002), 469-85.

———. *El Manto Liberal: Los Poderes de Emergencia En México, 1821-1876*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

———. *En Pos de La Quimera: Reflexiones Sobre El Experimento Constitucional Atlántico*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica - Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2000.

Alarcón Quintana, Luis. *Origen y Proceso de La Constitución de 1933: Los Debates de La Constituyente*. Lima: Editorial Científica, 1978.

Aliaga Abanto, Óscar. «Constitución Peruana, Derechos Humanos y Libertad Física.» En *La Constitución Peruana de 1979 y Sus Problemas de Aplicación*, ed. Francisco Eguiguren, 19-95. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1987.

Aljovín de Losada, Cristóbal. *Caudillos y Constituciones. Perú 1821-1845*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo de Cultura Económica, 2000.

Altuve Febres-Lores, Fernán. «La Constitución de 1828.» En *Homenaje a Fernando Trazegnies Granda (Tomo 1)*, eds. AA. VV., 207-222. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

Alvites, Elena. «La Constitucionalización Del Ordenamiento Jurídico Peruano: Avances y Obstáculos Del Proceso.» *Derecho PUCP*, 80 (2018), 361-90.

Alzamora Silva, Lizardo. *Estudios Constitucionales*. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.

Americas Watch. «Abdicación de La Autoridad Democrática, Derechos Humanos En El Perú.» Lima, 1984.

———. *Derechos Humanos En El Perú: Cierta Pasividad Frente a Los Abusos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1987.

———. *Derechos Humanos En El Perú: Primer Año Del Presidente García*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1986.

———. «Tolerancia Frente a Los Abusos: Violaciones a Los Derechos Humanos En El Perú.» New York, 1988.

Ames, Rolando et al. *Informe Al Congreso Sobre Los Sucesos de Los Penales*. Lima: Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz et al., 1988.

Amnesty International. «Dangerously Disproportionate: The Ever-Expanding National Security State in Europe.» Londres, 2017.

———. «Peru: Violations of Human Rights in the Emergency Zones.» New York, 1988.

———. «Upturned Lives: The Disproportionate Impact of France's State of Emergency.» Londres, 2016.

Amnistía Internacional. *Informe 2016/17: La Situación de Los Derechos Humanos En El Mundo*. Londres: Amnesty International, 2017.

———. «Perú: Tortura y Ejecuciones Extrajudiciales. Carta de Amnistía Internacional Al Presidente Fernando Belaunde Terry.» Londres, 1983.

Amnistía Internacional. «Perú: Derechos Humanos En Un Clima de Terror.» Madrid, 1991.

Angelino, Carlo. *Carl Schmitt Sommo Giurista Del Führer*. Génova: Il Melangolo, 2006.

Arendt, Hannah. *Eichmann En Jerusalén*. Barcelona: DeBolsillo, 2004.

———. *Los Orígenes Del Totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial, 2013.

Asamblea Constituyente de 1978. *Diario de Los Debates*. Lima: Congreso de la República, s.f., Tomos I-VIII.

Asamblea Nacional de 1919. *Proyecto de Reforma de La Constitución Del Perú Presentado Por La Comisión de Constitución*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2017.

Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

Baño León, José María. «Carl Schmitt: La Autoridad Del Poder (Estudio Preliminar).» En *Ensayos Sobre La Dictadura 1916-1932*, XIII-LXXVI. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

Basadre, Jorge. *Historia de La República Del Perú*. Séptima edición. Lima: Editorial Universitaria, 1983.

Basombrío, Carlos; Rospigliosi, Fernando. *La Seguridad y Sus Instituciones En El Perú a Inicios Del Siglo XXI: Reformas Democráticas o Neomilitarismo*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2006.

Becket, James. «The Greek Case Before the European Human Rights Commission.» *Human Rights*, 1.1 (1970), 91-117.

Belaunde, Víctor Andrés. *Bolívar y El Pensamiento Político de La Revolución Hispanoamericana*. Quinta edición. Lima: Jomm Editores, 1983.

———. *Obras Completas, Tomo IV (El Debate Constitucional)*. Tercera edición. Lima: Comisión Nacional del Centenario, 1987.

Benazzo, Antonella. *L'Emergenza Nel Conflitto Fra Libertà e Sicurezza*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

Benda, Ernesto. «Dignidad Humana y Derechos de La Personalidad.» En *Manual de Derecho Constitucional*, eds. Ernesto; Benda *et. al.*, Segunda edición, 117-144. Madrid: Marcial Pons, 2001.

Bendersky, Joseph W. *A Concise History of Nazi Germany*. Cuarta edición. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2014.

———. *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*. Princeton: Princeton University Press, 1983.

Benjamin, Walter. «Sobre El Concepto de Historia.» En *Obras. Libro I. Vol. 2*, eds. Rolf Tiedemann y Hermann Schweppenhäuser, 303-318. Madrid: Abada Editores, 2008.

Benton, Lauren. «Constitutions and Empires.» *Law & Social Inquiry*, 31.1 (2006), 177-98.

Bernal Pulido, Carlos. «Refutación y Defensa Del Neoconstitucionalismo.» En *Teoría Del Neoconstitucionalismo*, ed. Miguel Carbonell, 289-325. Madrid: Editorial Trotta - IJ - UNAM, 2007.

Bernales Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*. Quinta. Lima: Editora Rao, 1999.

Bidart Campos, Germán. *Derecho Constitucional Tomo II*. Buenos Aires: EDIAR, 1966.

———. *Teoría General de Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991.

Blume Fortini, Ernesto. *El Proceso de Inconstitucionalidad En El Perú*. Lima: Editorial ADRUS - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 2009.

Bobbio, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad: Por Una Teoría General de La Política*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2001.

———. *Liberalismo y Democracia*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1989.

———. *Teoría General Del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 1992.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. «The Concept of The Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory.» En *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ed. David Dyzenhaus, 37-55. Durham y Londres: Duke University Press, 1998.

———. «The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances.» En *Constitutional and Political Theory: Selected Writings (Volume I)*, eds. Mirjam Künkler y Tine Stein, 108-132. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Borea Odría, Alberto. *El Amparo y El Habeas Corpus En El Perú de Hoy*. Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985.

Bosc, Yannick, Florence Gauthier, y Sophie Wahnich. «Referencias Cronológicas.» En *Por La Felicidad y La Libertad: Discursos (Maximilien Robespierre)*, eds. Yannick Bosc, Florence Gauthier, y Sophie Wahnich, 287-295. Barcelona: El Viejo Topo, n.d.

Bowman, Harold M. «Martial Law and the English Constitution.» *Michigan Journal of International Law*, 15.2 (1916), 93-126.

Boynton, Lindsay. «Martial Law and the Petition of Right.» *The English Historical Review*, 79.311 (1964), 255-84.

Brewer-Carías, Allan. *La Dictadura Judicial y La Perversión Del Estado de Derecho: El Juez Constitucional y La Destrucción de La Democracia En Venezuela*. Madrid: Iustel, 2017.

Buerghenthal, Thomas. «The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences.» *American University Law Review*, 30 (1981), 155-166.

Bühler, Ottmar. «Texto de La Constitución Alemana de Agosto de 1919 y Comentario Sistemático a Sus Preceptos,» 115-358. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

Burchill, Richard. «When Does an Emergency Threaten the Life of the Nation? Derogations from Human Rights Obligations and the War on International Terrorism.» *Yearbook of New Zealand Jurisprudence*, 8.1 (2005), 99-118.

Burdeau, Francois, y Maurice Quesnet. «De l'inefficacité Des Pouvoirs de Crise En France de La Révolution à Vichy.» *Pouvoirs*, 10 (1979), 11-20.

Caldwell, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham y Londres: Duke University Press, 1997.

Cameron, Iain. *An Introduction to the European Convention on Human Rights*. Upsala: Iustus Förlag, 2006.

Campbell, Colm. «Law, Terror and Social Movements: The Repression-Mobilisation Nexus.» En *Emergencies and the Limits of Legality*, ed. Victor V. Ramraj, 172-198. New York: Cambridge University Press, 2008.

Cançado Trindade, Antonio Augusto. *El Derecho Internacional de Los Derechos Humanos En El Siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

Capua, J. V. «The Early History of Martial Law in England from the Fourteenth Century to the Petition of Right.» *Cambridge Law Journal*, 36.1 (1977), 152-73.

Carbonell, Miguel. *Para Comprender Los Derechos. Breve Historia de Sus Momentos Clave*. Lima: Palestra Editores, 2010.

Carrasco Durán, Manuel. «Medidas Antiterroristas y Constitución, Tras El 11 de Septiembre de 2001.» En *Terrorismo, Democracia y Seguridad, En Perspectiva Constitucional*, ed. Javier Pérez Royo, 13-56. Madrid: Marcial Pons, 2010.

Carrillo Thorne, Enrique. «La Constitución de 1933 y Las Leyes de Excepción.» Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

Carrithers, David W. «Montesquieu and Tocqueville as Philosophical Historians: Liberty, Determinism, and the Prospects for Freedom.» En *Montesquieu and His Legacy*, ed. Rebecca E. Kingston, 149-177. New York: State University of New York Press, 2009.

———. «Not so Virtuous Republics: Montesquieu, Venice, and the Theory of Aristocratic Republicanism.» *Journal of the History of Ideas*, 52.2 (1991), 245-68.

Cassese, Antonio. *Los Derechos Humanos En El Mundo Contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1993.

Castañeda Otsu, Susana Ynes. *El Proceso de Hábeas Corpus: Un Estudio Comparativo Entre España y El Perú*. Lima: Jurista Editores, 2016.

Castillo-Córdova, Luis. «¿Se Suspenden o Restringen Realmente Los Derechos Constitucionales? Especial Referencia a Los Procesos Constitucionales En Los Regímenes de Excepción.» En *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, ed. Eloy Espinoza-Saldaña Barrera, 323-70. Lima: Jurista Editores, 2005.

Castillo Córdova, Luis. «Acerca de La Constitucionalidad Material de Las Causales Que Habilitan El Rechazo Sin Más Trámite Del Recurso de Agravio Constitucional.» En *El Debate En Torno a Los Límites Al Recurso de Agravio Constitucional*, ed. Pedro Grández Castro, 71-101. Lima: Palestra Editores, 2014.

Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO). *Violencia Política En El Perú 1980-1988, Tomo I*. Lima: DESCO, 1989.

Cheney, Richard B. «Remarks by the Vice President to the Republican Governors Association.» The American Presidency Project, 2001. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=85601>.

Chevallier, Jean Jacques. *Las Grandes Obras Políticas Desde Maquiavelo Hasta Nuestros Días*. Bogotá: Temis, 2011.

Chiabra, Roberto. *La Seguridad Nacional En El Siglo XXI*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2009.

Chipoco, Carlos, Francisco Eguiguren, y Miguel Talavera. *Los Sucesos de Los Penales: Nueva Abdicación de La Autoridad Democrática. Un Enfoque Jurídico*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1986.

Chirinos Soto, Enrique. *Historia de La República: 1821 - Perú - 1982*. Segunda edición. Lima: Editorial Minerva, 1982.

———. *La Nueva Constitución Al Alcance de Todos*. Tercera edición. Lima: AFA Editores, 1984.

Chirinos Soto, Enrique, y Francisco Chirinos Soto. *La Constitución: Lectura y Comentario*. Quinta edición. Lima: Editorial Rhodas, 2006.

Chowdhury, Subrata Roy. *Rule of Law in a State of Emergency*. Londres: Pinter Publishers, 1989.

Coloma Marquina, José. «El Régimen de Excepción En La Constitución Peruana de 1979 y Derechos Humanos.» Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985.

Comisión Andina de Juristas. *Garantías Constitucionales: Legislación Vigente de Los Procesos Constitucionales En El Perú*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1998.

———. *Perú y Chile: Poder Judicial y Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988.

Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional - 1993*. Lima: Congreso de la República del Perú, 2001, Tomos I-V.

Comisión de la Verdad y Reconciliación. «Cronología 1978-2000.» En *Informe Final*. Lima: CVR, 2003.

———. *Informe Final, Tomo I*. Lima: UNMSM - PUCP, 2004.

———. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003, Tomos II-IX.

Comisión Especial del Senado. *Violencia y Pacificación*. Lima: DESCO - Comisión Andina de Juristas, 1989.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*. Washington, D. C.: General Secretariat of the Organization of American States, 1973.

———. «Informe Anual 1980-1981.» Washington, D. C., 1981.

———. «Informe Sobre El Séptimo Período de Sesiones (7-25 de Octubre de 1963).» Washington, D. C.: Secretaría General de la OEA, 1964.

———. «Resolución Sobre La Protección de Los Derechos Humanos Frente a La Suspensión de Las Garantías Constitucionales o Estado de Sitio.» En *Informe Sobre La Labor Desarrollada Durante El Decimoctavo Período de Sesiones (1-17 de Abril de 1968)*, 46-48. Washington, D. C.: Secretaría General de la OEA, 1968.

———. «Informe Sobre La Labor Desarrollada Durante El Décimocuarto Período de Sesiones (3-21 de Octubre de 1966).» Washington, D. C., 1966.

———. «Informe Sobre La Labor Desarrollada Durante El Decimonoveno Período de Sesiones (Extraordinario) (1-11 de Julio de 1968).» Washington, D. C., 1968.

———. «Informe Sobre La Situación de Los Derechos Humanos de Un Sector de La Población Nicaragüense de Origen Miskito.» Washington, D. C., 1983.

———. «Informe Sobre La Situación de Los Derechos Humanos En Bolivia.» Washington, D. C., 1981.

———. «Informe Sobre La Situación de Los Derechos Humanos En Colombia.» Washington, D. C., 1981.

———. «Informe Sobre La Situación de Los Derechos Humanos En Paraguay.» Washington, D. C., 1987.

———. «Proyecto de Convención Interamericana Sobre Protección de Derechos Humanos.» En *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*, 388-419. Washington, D. C.: General Secretariat of the Organization of American States, 1973.

———. «Institucionalidad Democrática, Estado de Derecho y Derechos Humanos En Venezuela: Informe de País.» Washington, D. C., 2017.

Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú. *En Honor a La Verdad*. Segunda edición. Lima: Ejército del Perú, 2012.

Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. *Diario de Los Debates*. Lima: Congreso de la República, s.f., Tomos I-VIII.

Comité de Derechos Humanos (Comité DD. HH.). Observación General No 29, «Estados de emergencia» (artículo 4) (2001).

———. Observación General No 5, «Suspensión de las obligaciones» (artículo 4) (1981).

———. «Observaciones Finales Al Primer Informe Del Estado de Bolivia.» En *Compilación de Observaciones Finales Del Comité de Derechos Humanos Sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, 78-90. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile - OHCHR, s.f.

———. «Observaciones Finales Al Primer Informe Del Estado de Chile.» En *Compilación de Observaciones Finales Del Comité de Derechos Humanos Sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, 145-159. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile - OHCHR, s.f.

———. «Observaciones Finales Al Primer Informe Del Estado de Perú.» En *Compilación de Observaciones Finales Del Comité de Derechos Humanos Sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, 455-468. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile - OHCHR, s.f.

———. «Observaciones Finales Al Segundo Informe Del Estado de Chile.» En *Compilación de Observaciones Finales Del Comité de Derechos Humanos Sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, 127-145. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile - OHCHR, s.f.

———. «Observaciones Finales Al Segundo Informe Del Estado de Perú.» En *Compilación de Observaciones Finales Del Comité de Derechos Humanos Sobre Países de América Latina y El Caribe (1977-2004)*, 450-454. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile - OHCHR, s.f.

———. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú (2013).

Committee of Ministers of the Council of Europe. «Resolution DH (70) 1.» En *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 12, 511-515. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1972.

Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional: Pleno - 1993*. Lima: Congreso de la República del Perú, 1998, Tomos I-V.

Congreso Constituyente de 1823. «Discurso Con Que La Comisión de Constitución Presentó El Proyecto de Ella Al Congreso Constituyente.» *Pensamiento Constitucional*, 1.1 (1994), 193-223.

Consejo de Europa. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Estrasburgo: European Court of Human Rights - Council of Europe, s.f.

Constant, Benjamin. *Curso de Política Constitucional*. Granada: Editorial Comares, 2006.

———. «Sobre El Espíritu de Conquista y de Usurpación En Sus Relaciones Con La Civilización Europea.» En *Curso de Política Constitucional*, 163-289. Madrid: Taurus, 1968.

———. «Sobre La Ley de Excepción Contra La Libertad Individual.» En *Escritos Políticos*, 239-256. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Constant, Benjamin, y Dominique De Pradt. «Documentos Del Debate Constant-De Pradt.» En *Bolívar y Europa En Las Crónicas, El Pensamiento Político y La Historiografía (Vol. 1)*, ed. Alberto Filippi, 310-360. Caracas: Presidencia de la República, 1986.

Contreras, Carlos, y Marcos Cueto. *Historia Del Perú Contemporáneo*. Cuarta edición. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2007.

Corbett, Ross. «The Extraconstitutionality of Lockean Prerogative.» *The Review of Politics*, 68.3 (2006), 428-48.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Cantoral Benavides vs. Perú (2000).

———. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (2007).

———. Caso Castillo Páez vs. Perú (1997).

———. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú (1999).

———. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú (2015).

———. Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú (2015).

———. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (2004).

———. Caso Durand y Ugarte vs Perú (2000).

———. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú (2014).

———. Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú (2015).

- . Caso J. vs. Perú (2013).
- . Caso La Cantuta vs. Perú (2006).
- . Caso Loayza Tamayo vs. Perú (1997).
- . Caso Neira Alegría y otros vs. Perú (1995).
- . Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú 2013.
- . Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú (2016).
- . Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú (2014).
- . Caso Tenorio Roca vs. Perú (2016).
- . Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador (2007).
- . Opinión Consultiva 6/86: La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986).
- . Opinión Consultiva 8/87: El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos humanos) (1987).
- . Opinión Consultiva 9/87: Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1987).
- Corwin, Edward S. «Martial Law, Yesterday and Today.» *Political Science Quarterly*, 47.1 (1932), 95-104.
- Criddle, Evan J. «Testing Human Rights Theory During Emergencies.» En *Human Rights in Emergencies*, ed. Evan J. Criddle, 1-12. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Criddle, Evan J., y Evan Fox-Decent. «Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law.» *Human Rights Quarterly*, 34 (2012), 39-87. <https://doi.org/10.2307/41345471>.
- Cruz Villalón, Pedro. *El Estado de Sitio y La Constitución: La Constitucionalización de La Protección Extraordinaria Del Estado (1789-1978)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- . *Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.
- . *La Formación Del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Defensoría del Pueblo. «Restricción de Derechos En Democracia. Supervisando El Estado de Emergencia (Informe Defensorial No 76).» Lima, 2003.
- De la Jara, Ernesto. «El Sistema de Justicia Durante Los Años de Violencia: Abdicación de Funciones.» En *Ensayos Sobre Justicia y Derechos Humanos*, 47-67. Lima: Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva, 2003.

Delgado-Guembes, César. «El Debate Parlamentario de La Ley No 25397.» *Pensamiento Constitucional*, 2.2 (1995), 263-97.

———. *Manual Del Parlamento: Introducción Al Estudio Del Congreso Peruano*. Lima: Congreso de la República, 2012.

Francesca Denegri y Alexandra Hibbett. «El Recordar Sucio: Estudio Introductorio.» En *Dando Cuenta: Estudios Sobre El Testimonio de La Violencia Política En El Perú (1980-2000)*, eds. Francesca Denegri y Alexandra Hibbett, 21-63. Lima: PUCP, 2016.

Despouy, Leandro. *Los Derechos Humanos y Los Estados de Excepción*. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 1999.

Díaz, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus, 1983.

Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Octava edición. Holmes Beach - Florida: Gaunt, Inc., 1996.

Donayre Montesinos, Christian. «Fuerza Militar y Constitución En El Perú Sobre Las Reglas Para El Uso de La Fuerza y Un Análisis Acerca de Su Constitucionalidad.» En *Memoria Del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tomo 2*, eds. AA. VV., 175-191. Lima: PUCP - APDC - UNAM - IIDC - IDEMSA, 2009.

———. *Las Fuerzas Armadas y La Policía Nacional Del Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

Dworkin, Ronald. *Los Derechos En Serio*. Barcelona: Ariel, 2012.

Dyzenhaus, David. «Introduction: Why Carl Schmitt?». En *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ed. David Dyzenhaus, 1-20. Durham y Londres: Duke University Press, 1998.

———. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

———. «The Compulsion of Legality.» En *Emergencies and the Limits of Legality*, ed. Victor V. Ramraj, 33-59. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

———. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

———. «The Permanence of the Temporary: Can Emergency Powers Be Normalized?». En *The Security of Freedom: Essay on Canada's Anti-Terrorism Bill*, eds. Kent; Daniels, Ronald J.; Macklem, Patrick; Roach, 21-37. Toronto: University of Toronto Press, 2002.

———. «The Puzzle of Martial Law.» *University of Toronto Law Journal*, 59 (2009), 1-64.

European Court of Human Rights (ECHR). Case of Lawless vs. Ireland (No 3) (1961).

———. Case of Ireland vs. The United Kingdom (1978).

———. «Derogation in Times of Emergency.» Estrasburgo, 2016.

Eguiguren, Francisco. «Defensa Nacional, Estados de Excepción y Control Del Orden Interno En La Constitución Peruana de 1979.» *Defensa Nacional*, 6 (1986), 25-37.

———. «El Actual Estado de Emergencia: Justificación, Alcances, Imprecisiones y Riesgos.» *Foro Jurídico*, 2 (2002): 230-31.

———. «El Estado de Emergencia y Su Aplicación En La Experiencia Constitucional Peruana 1980-1988.» En *La Constitución Diez Años Después*, eds. AA. VV., 261-287. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989.

———. «El Hábeas Corpus En El Perú: Enero 1983 - Julio 1990. Análisis Cuantitativo.» *Lecturas Constitucionales Andinas*, 1 (1991), 105-42.

———. «Libertad Personal, Detención Arbitraria y Hábeas Corpus: Las Novedades En La Constitución de 1993.» En *La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios II*, 13-30. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995.

———. *Los Retos de Una Democracia Insuficiente*. Lima: Comisión Andina de Juristas - Fundación Friedrich Naumann, 1990.

Eguiguren, Luis Antonio. *En La Selva Política*. Lima: Sanmartí y Cía. Editores, 1933.

Erle Richards, H. «Martial Law.» *Law Quarterly Review*, 18.79 (1902), 133-42.

Espinoza-Saldaña, Eloy. «Estados de Excepción, Control Jurisdiccional y Hábeas Corpus. Experiencias y Riesgos a La Luz Del Caso Peruano.» En *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*, 167-226. Lima: ARA Editores, 2003.

Espitia Garzón, Fabio. «Dictadura, 'Estado de Sitio' y Provocatio Ad Populum En La Obra de Mommsem.» *Revista de Derecho Privado*, 21 (2011), 7-20.

Eto Cruz, Gerardo. «La Justicia Constitucional Ante Las Desapariciones Forzadas. Informe Sobre El Caso Peruano.» En *En Defensa de La Libertad Personal. Estudios Sobre El Habeas Corpus*, ed. Luis Castillo Córdova, 35-68. Lima: Palestra Editores, 2008.

European Commission of Human Rights. «Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece.» En *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 12, 1-510. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1972.

———. «Greece v. The United Kingdom (Volume I).Pdf.» Estrasburgo, 1958.

———. «Ireland vs. United Kingdom.» Estrasburgo, 1976.

———. «Lawless v. The Republic of Ireland.» Estrasburgo, 1959.

———. «Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights.» Estrasburgo, 2018.

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). «Emergency Powers.» Estrasburgo, 1995.

———. «Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations.» Estrasburgo, 2006.

European Commission of Human Rights Secretariat. «Preparatory Work on Article 15 of the European Convention on Human Rights.» Estrasburgo, 1956.

Fairman, Charles. «The Law of Martial Rule and the National Emergency.» *Harvard Law Review*, 55.8 (1942), 1253-1302.

Fassin, Didier, y Mariella Pandolfi. «Introduction: Military and Humanitarian Government in the Age of Intervention.» En *Contemporary States of Emergency*, ed. Didier Fassin y Mariella Pandolfi. New York: Zone Books, 2010.

Fatovic, Clement, y Benjamin A. Kleinerman. «Introduction: Extra-Legal Measures and the Problem of Legitimacy.» In *Extra-Legal Power and Legitimacy: Perspectives on Prerogative*, eds. Clement Fatovic y Benjamin A. Kleinerman, 1-23. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de Los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*. Tercera edición. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

Feldman, William. «Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege.» *Cornell International Law Journal*, 38.3 (2005), 1021-1048.

Ferejohn, John, y Pasquale Pasquino. «The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers.» *International Journal of Constitutional Law*, 2.2 210-239. <http://www.blackwell-synergy.com/doi/abs/10.1111/j.1467-8675.2006.00416.x>.

Fernández Segado, Francisco. *El Estado de Excepción En El Derecho Constitucional Español*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.

———. «Naturaleza y Régimen Legal de La Suspensión General de Los Derechos Fundamentales.» *Revista de Derecho Político*, 18-19 (1983), 31-58.

Ferrajoli, Luigi. *Principia Iuris. Teoría Del Derecho y de La Democracia, Tomo II*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Finlason, William F. *A Treatise on Martial Law, as Allowed by the Law of England in Time of Rebellion*. Londres: Stevens & Sons, 1866.

———. *Considerations Upon Martial Law*. Londres: Stevens & Sons, 1867.

Finn, John. *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 1991.

Fioravanti, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de Las Constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

Fiss, Owen. *Los Mandatos de La Justicia. Ensayos Sobre Derecho y Derechos Humanos*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

———. *Una Guerra Sin Igual: La Constitución En Los Tiempos Del Terrorismo*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

Fitzpatrick, Joan. *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 1994.

Fix-Zamudio, Héctor. «Los Estados de Excepción y La Defensa de La Constitución.» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 111 (2004), 801-860.

Flores Galindo, Alberto. *Los Mineros de La Cerro de Pasco 1900-1930*. Segunda edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983.

Friedrich, Carl. *Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y Práctica En Europa y América. Tomo II*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

Friedrich, Carl Joachim. «Dictatorship in Germany?» *Foreign Affairs*, 9.1 (1930), 118-132.

Frier, Pierre-Clément. «Les Législations d 'Exception.» *Pouvoirs*, 10 (1979), 21-34.

Frosini, Tommaso Edoardo. «El Estado de Derecho Se Ha Detenido En Guantánamo.» *Revista Española de Derecho Constitucional*, 76 (2006), 33-74.

Fujimori, Alberto. «Manifiesto a La Nación Del 5 de Abril de 1992.» En *Proceso de Retorno a La Institucionalidad Democrática En El Perú*, ed. Eduardo Ferrero Costa, 129-135. Lima: Centro Peruano de Estudios Internacionales, 1992.

García-Sayán, Diego. *Habeas Corpus y Estados de Emergencia*. Lima: Comisión Andina de Juristas - Fundación Friedrich Naumann, 1988.

———. «Perú. Estados de Excepción y Su Régimen Jurídico.» En *Estados de Emergencia En La Región Andina*, ed. Diego García-Sayán, 93-125. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1987.

García Belaunde, Domingo. «Bases Para La Historia Constitucional Del Perú.» *Derecho PUCP* 52 (1999), 369-407.

———. «El Constitucionalismo Peruano En La Presente Centuria.» En *La Constitución En El Péndulo*, ed. Domingo García Belaunde. Arequipa: Editorial Universidad Nacional de San Agustín, 1996.

———. *El Habeas Corpus En El Perú*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979.

———. *El Habeas Corpus Interpretado (1933-1970)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971.

———. «Los Inicios Del Constitucionalismo Peruano (1821-1842).» *Pensamiento Constitucional*, IV.4 (1997), 233-244.

———. «Regímenes de Excepción En Las Constituciones Latinoamericanas.» En *Normas Internacionales Sobre Derechos Humanos y Derecho Interno*, eds. AA. VV., 77-111. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1984.

———. «Suspensión de Garantías ¿o de Derechos? (Un Debate En Torno Al Régimen de Excepción Peruano).» En *Estudios En Homenaje Al Doctor Héctor Fix Zamudio*, eds. AA. VV., 275-288. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 1988.

———. «Vino Viejo En Odres Nuevos.» En *La Constitución Traicionada: Páginas de Historia Reciente*, 87-89. Lima: Seglusa Editores, 1993.

García de Enterría, Eduardo. *El Sistema Europeo de Protección de Los Derechos Humanos*. Segunda edición. Madrid: Editorial Civitas, 1983.

García Márquez, Gabriel. *Cien Años de Soledad*. Bogotá: Santillana Ediciones Generales, 2007.

García Rada, Domingo. *Memorias de Un Juez*. Segunda edición. Lima: Editorial San Marcos, 2004.

Gargarella, Roberto. *La Sala de Máquinas de La Constitución: Dos Siglos de Constitucionalismo En América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

———. «Un Diálogo Sobre La Protesta Social.» En *De La Injusticia Penal a La Justicia Social*, ed. Roberto Gargarella, 163-202. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.

Gauchet, Marcel. *La Revolución de Los Derechos Del Hombre*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Giesecke Sara-Lafosse, Margarita. *La Insurrección de Trujillo*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2010.

Godoy Arcaya, Oscar. «Selección de Textos Políticos de Benjamin Constant.» *Estudios Públicos*, 59 (1995), 1-68.

Goldman, Robert Kogod. «Editor's Foreword.» En *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, ed. Joan Fitzpatrick, IX-X. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 1994.

Gómez Corona, Esperanza. «Estados Unidos: Política Antiterrorista, Derechos Fundamentales y División de Poderes.» En *Terrorismo, Democracia y Seguridad, En Perspectiva Constitucional*, ed. Javier Pérez Royo, 58-96. Madrid: Marcial Pons, 2010.

Gonzalez-Jacome, Jorge. «Emergency Powers and the Feeling of Backwardness in Latin American State Formation.» *American University International Law Review*, 26.4 (2011), 1073-1106.

Gorriti, Gustavo. *Sendero: Historia de La Guerra Milenaria En El Perú*. Segunda edición. Lima: Editorial Planeta Perú, 2009.

Greene, Alan. «Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights.» *German Law Journal*, 12.10 (2011), 1764-1785.

Grimm, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

Groppi, Tania. «Turchia 2017: L'attacco Allo Stato Di Diritto e Il Fallimento Della Condizionalità Europea.» *Osservatorio Costituzionale*, 1 (2017), 1-23.

Gross, Oren. «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?» *Yale Law Journal*, 112.5 (2003), 1011-1134.

———. «Constitutions and Emergency Regimes.» En *Comparative Constitutional Law*, eds. Tom Ginsburg y Rosalind Dixon, 334-355. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2014.

———. «Extra-Legality and the Ethic of Political Responsibility.» En *Emergencies and the Limits of Legality*, ed. Victor V. Ramraj, 60-93. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

———. «Stability and Flexibility: A Dicey Bussiness.» En *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, eds. Victor V. Ramraj, Michael Hor, y Kent Roach, 90-106. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

———. «The Concept of 'Crisis': What Can We Learn from the Two Dictatorships of L. Quinctius Cincinnatus?» *Minnesota Legal Studies Research Paper*, 5.20 (2005).

Gross, Oren, and Fionnuala Ní Aoláin. «From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights.» *Human Rights Quarterly*, 23 (2001), 625-49.

———. «Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice.» Cambridge University Press, 2006.

Grossman, Claudio. «Algunas Consideraciones Sobre El Régimen de Situaciones de Excepción Bajo La Convención Americana Sobre Derechos Humanos.» En *Derechos Humanos En Las Américas: Homenaje a La Memoria de Carlos A. Dunsbee de Abranches*, eds. AA. VV., 121-134. Washington, D. C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984.

Guastini, Riccardo. «¿Peculiaridades de La Interpretación Constitucional?». En *Estudios de Teoría Constitucional*, edited by Riccardo Guastini, 255-278. México, D. F.: Fontamara, 2001.

Guerra, Margarita. *Historia General Del Perú*. Lima: Editorial Milla Batres, 1984.

Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - IJ- UNAM, 2003.

Hafner-Burton, Emilie M.; Helfer, Laurence R.; y Fariss, Christopher J. «Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties.» En *Human Rights in Emergencies*, ed. Evan J. Criddle, 83-123. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Hakansson Nieto, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2009.

———. «En Un Estado Constitucional de Derecho, ¿se Pueden Suspender Los Derechos Fundamentales? La Interposición de Garantías Constitucionales Durante Los Regímenes de Excepción.» En *Derechos Fundamentales. Actas de Las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, ed. César Landa, 255-266. Lima: Palestra Editores, 2018.

Hamilton, Alexander, James Madison, y John Jay. *El Federalista*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2001.

Hartman, Joan F. «Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency.» *Harvard International Law Journal*, 22.1 (1981), 1-52.

———. «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision.» *Human Rights Quarterly*, 7.1 (1985), 115.

Hayakawa, Riho. «L'Assassinat Du Boulanger Denis François Le 21 Octobre 1789.» *Annales Historiques de La Révolution Française*, 333 (2003), 1-19.

Head, Michael. *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2016.

Heller, Hermann. «¿Estado de Derecho o Dictadura?» En *Escritos Políticos*, ed. Hermann Heller, 283-301. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

———. «¿Ha Procedido El Reich Constitucionalmente?». En *Prusia Contra El Reich Ante El Tribunal Estatal: La Sentencia Que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen En Weimar*, ed. Leticia Vita, 187-195. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Henning, Virginia Helen. «Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: Has the United Kingdom Made a Valid Derogation from the European Convention on Human Rights?» *American University International Law Review*, 17 (2002), 1263-97.

Hernando Nieto, Eduardo. *Deconstruyendo La Legalidad: Ensayos de Teoría Legal y Teoría Política*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Fundación Academia Diplomática del Perú, 2001.

———. «Excepción y Realismo Político: Algunas Cuestiones de Fondo.» *Revista Enfoques*, VII, 10 (2009), 47-65.

———. *Pensando Peligrosamente: El Pensamiento Reaccionario y Los Dilemas de La Democracia Deliberativa*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Hobsbawm, Eric. *La Era de La Revolución: 1789-1848*. Barcelona: Editorial Crítica, 2011.

Holdsworth, W. S. «Martial Law Historically Considered.» *Law Quarterly Review*, 18.79 (1902), 117-132.

Huerta Guerrero, Luis Alberto. «Tipos de Habeas Corpus En El Ordenamiento Jurídico Peruano.» En *En Defensa de La Libertad Personal: Estudios Sobre El Habeas Corpus*, ed. Luis Castillo Córdova, 89-105. Lima: Palestra Editores, 2008.

Huertas Vallejos, Lorenzo. *Injurias Del Tiempo: Desastres Naturales En La Historia Del Perú*. Lima: Universidad Ricardo Palma, 2009.

Hulsebosch, Daniel Joseph. *Constituting Empire: New York and the Transformation of Constitutionalism in the Atlantic World, 1664-1830*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2005.

Human Rights Watch. *World Report 2017 (Events of 2016)*. New York: Human Rights Watch, 2017.

Human Rights Committee. «Case of Consuelo Salgar de Montejó vs. Colombia.» En *Selected Decisions under the Optional Protocol*, 127-130. New York: United Nations, 1985.

———. «Case of Jorge Landinelli Silva *et al.* vs. Uruguay.» En *Selected Decisions under the Optional Protocol*, 65-66. New York: United Nations, 1985.

Inter-American Commission on Human Rights. *Ten Years of Activities 1971-1981*. Washington, D. C.: General Secretariat of the Organization of American States, 1982.

International Commission of Jurists *et al.* «The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant for Civil and Political Rights.» *Human Rights Quarterly*, 7.1 (1985), 3-14.

International Commission of Jurists. *States of Emergency: Their Impact on Human Rights*. Geneva: International Commission of Jurists, 1983.

International Law Association (ILA). «Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Fourth Conference of ILA.» Queensland, 1990.

———. «Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Second Conference of ILA.» Seúl, 1986.

———. «Interim Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-Three Conference of ILA.» Varsovia, 1988.

———. «Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law to the Sixty-First Conference of ILA.» Vol. 1. París, 1984.

Jamanca, Marco Antonio. *La Constitución Inacabada: Ideas y Modelos Constitucionales En El Momento Fundacional Del Perú. Primera Mitad Del Siglo XIX*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2015.

Jellinek, Walter. «El Proceso de Elaboración de La Constitución de Weimar.» En *La Constitución de Weimar*, eds. AA. VV., 77-114. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

Joseph, Sarah. «Human Rights Committee: General Comment 29.» *Human Rights Law Review*, 2.1 (2002), 81-98.

Kalyvas, Andreas. «The Tyranny of Dictatorship: When the Greek Tyrant Met the Roman Dictator.» *Political Theory*, 35.4 (2007), 412-442.

Keane, Ronan. «The Will of The General: Martial Law in Ireland, 1535-1924.» *Irish Jurist* 25-27 (s.f.), 150-180.

Kempees, Peter. *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*. Países Bajos: Wolf Legal Publishers, 2017.

Kennedy, Ellen. *Carl Schmitt En La República de Weimar. La Quiebra de Una Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2012.

———. «Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich President According to Article 48 R . V . Constellations, 18.3 (2011), 284-297.

Knox, B. A. «The British Government and the Governor Eyre Controversy, 1865-1875.» *The Historical Journal*, 19.4 (1976), 877-900.

Kovaliov, Serguéi Ivánovich. *Historia de Roma*. Tercera. Madrid: Ediciones Akal, 1989.

Landa Arroyo, César. «Corsi e Ricorsi Del Certiorari Constitucional.» En *El Debate En Torno a Los Límites Al Recurso de Agravio Constitucional*, ed. Pedro Grández Castro, 41-70. Lima: Palestra Editores, 2014.

———. *La Constitucionalización Del Derecho: El Caso Del Perú*. Lima: Palestra Editores, 2018.

———. *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores, 2003.

Landa, César. «Base de Datos Sobre Estados de Emergencia En El Perú.» Lima, 1995.

———. «Dignidad de La Persona Humana.» En *Constitución y Fuentes Del Derecho*, ed. César Landa, 15-39. Lima: Palestra Editores, 2006.

- . «Executive Power Ant the Use of the State of Emergency.» En *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, ed. Ana María *et al.* Salinas de Frías, 205-231. New York: Oxford University Press, 2012.
- . «Implementación de Las Decisiones Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos En El Ordenamiento Constitucional Peruano.» In *Constitución y Fuentes Del Derecho*, edited by César Landa, 117-32. Lima: Palestra Editores, 2006.
- . *Teoría Del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2003.
- Lefebvre, Georges. *La Revolución Francesa y El Imperio (1787-1815)*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Lerner Febres, Salomón. «¿Se Aprendió La Lección Del Conflicto Armado Interno?» En *Perú Ante Los Desafíos Del Siglo XXI*, ed. Luis Pásara, 49-73. Lima: PUCP, 2011.
- . «Prefacio.» En *Informe Final*, 29-35. Lima: UNMSM - PUCP, 2004.
- Levinson, Sanford, y Jack M. Balkin. «Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design.» *Minnesota Law Review*, 94 (2010), 1789-1866.
- Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, Pub. L. No. 4/1981, 1 (1981).
- Lillich, Richard B. «The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency.» *American Journal of International Law*, 79 (1985), 1072-1081.
- Lintott, Andrew. *The Constitution of the Roman Republic*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Lissagaray, Hippolyte Prosper-Olivier. *Historia de La Comuna de París*. Barcelona: Editorial Estela, 1971.
- Locke, John. *Segundo Tratado Sobre El Gobierno Civil*. Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de La Constitución*. Segunda edición. Barcelona: Ariel, 1976.
- Lorente, Sebastián. *Escritos Fundacionales de Historia Peruana*. ed. Mark Thurner. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos - COFIDE, 2005.
- Lovatón Palacios, David. *Tribunal Constitucional y Reforma de La Justicia Militar*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- Loveman, Brian. *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1993.
- Manrique, Nelson. *El Tiempo Del Miedo: La Violencia Política En El Perú, 1980-1996*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2002.

———. *Historia de La República*. Lima: Corporación Financiera de Desarrollo, 1995.

Maquiavelo, Nicolás. *Discursos Sobre La Primera Década de Tito Livio*. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

Martins, Daniel Hugo. «La Protección de Los Derechos Humanos Frente a La Suspensión de Las Garantías Constitucionales o 'Estado de Sitio. En *La Organización de Los Estados Americanos y Los Derechos Humanos 1960-1967*, ed. General Secretariat of the Organization of American States, 122-154. Washington, D. C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1972.

Martucci, Roberto. «La Constitución Inencontrable. Conflicto Político y Estabilización Constitucional En Francia En La Transición de La Monarquía a La República (1789-1799).» *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría Del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 2 (2000), 165-270.

Marx, Carlos. *La Guerra Civil En Francia*. Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1978.

Marx, Karl. *El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

McEvoy, Carmen. «El Motín de Las Palabras: La Caída de Bernardo Monteagudo y La Forja de La Cultura Política Limeña (1821-1822).» *Boletín Del Instituto Riva Agüero*, 23 (1996), 89-139.

McCormick, John P. *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

———. «The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers.» In *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ed. David Dyzenhaus, 217-51. Durham y Londres: Duke University Press, 1998.

McGoldrick, Dominic. «The Interface between Public Emergency Powers and International Law.» *International Journal of Constitutional Law*, 2.2 (2004), 380-429.

Meléndez, Florentín. *La Suspensión de Los Derechos Fundamentales En Los Estados de Excepción Según El Derecho Internacional de Los Derechos Humanos*. San Salvador: Imprenta Criterio, 1999.

Montesquieu. *El Espíritu de Las Leyes*. Madrid: Ediciones Istmo, 2002.

———. *Grandeza y Decadencia de Los Romanos*. Cuarta edición. Madrid: Espasa-Calpe, 1962.

Mortati, Costantino. «Una Valoración de Conjunto Sobre La Experiencia de La Constitución de Weimar.» En *La Constitución de Weimar*, eds. AA. VV., 17-76. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

Mouffe, Chantal. «Introducción: El Desafío de Schmitt.» En *El Desafío de Carl Schmitt*, ed. Chantal Mouffe, 11-17. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2011.

- Müller, Ingo. *Los Juristas Del Horror*. Bogotá: Librería Jurídica Álvaro Nora, 2009.
- Murakami, Yusuke. *Perú En La Era Del Chino: La Política No Institucionalizada y El Pueblo En Busca de Un Salvador*. Segunda edición. Lima: Center for Integrated Area Studies, Kyoto University - Instituto de Estudios Peruanos, 2012.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
- Noel Moral, Roberto. *Ayacucho: Testimonio de Un Soldado*. Lima: CONCYTEC, 1989.
- Norris, Robert E., y Paula Desio Reiton. «The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties.» *American University Law Review*, 30.1 (1980), 189-223.
- Novak, Fabián, y Elizabeth Salmón. *Las Obligaciones Internacionales Del Perú En Materia de Derechos Humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
- Nowak, Manfred. *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Kehl: N. P. Engel Verlag, 2005.
- O'Donnell, Daniel. «Estados de Excepción.» *La Revista*, 21 (1978), 107-117.
- . «Legitimidad de Los Estados de Excepción a La Luz de Los Instrumentos de Derechos Humanos.» *Derecho*, 38 (1984), 165-231.
- . *Protección Internacional de Los Derechos Humanos*. Segunda. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989.
- Oake, Roger B. «Montesquieu's Analysis of Roman History.» *Journal of the History of Ideas*, 16.1 (1955), 44-59.
- Olivo, Juan F., ed. *Constituciones Políticas Del Perú*. Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1922.
- Oraá, Jaime. *Human Rights in States of Emergency in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Oré Guardia, Arsenio. «¿Es La Sentencia Interlocutoria Denegatoria Compatible Con La Constitución?» En *El Hábeas Corpus En La Actualidad. Posibilidades y Límites*, eds. Edgar Carpio Marcos, Luis Sáenz Dávalos, Óscar Pazo Pineda, y Jimmy Marroquín Lazo, 541-566. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2018.
- Organización de Estados Americanos. «Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos.» Washington, D. C.: Secretaría General de la OEA, 1969.
- Pacheco, Toribio. *Cuestiones Constitucionales*. Tercera. Lima: Grijley, 1996.

Pactet, Pierre, y Ferdinand Mélin-Soucramanien. *Derecho Constitucional*. Bogotá: Legis Editores, 2011.

Palacios McBride, Rosa María. «La Protección Jurisdiccional de Los Derechos Humanos Durante El Régimen de Excepción.» Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

Palma, Antonio J. «Il Fallito Colpo Di Stato Del 15 Luglio 2016 e Lo Stato Di Eccezione Proclamato in Turchia: Tra Repressione Legittima, Soppressione Dei Diritti Individuali e Pericolo Di Una Deriva Autoritaria per Una Labile Democrazia.» *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2016, 893-913.

Pangle, Thomas L. *The Theological Basis of Liberal Modernity in Montesquieu's «Spirit of the Laws»*. Chicago y Londres: The University of Chicago Press, 2010.

Paniagua Corazao, Valentín. «El Proceso Constituyente y La Constitución Vitalicia (Bolivariana) de 1826 (I).» *Historia Constitucional*, 8 (2007), 67-94.

———. «El Proceso Constituyente y La Constitución Vitalicia (Bolivariana) de 1826 (II).» *Historia Constitucional*, 9 (2008), 181-210.

———. «La Constitución de 1828 y Su Proyección En El Constitucionalismo Peruano.» *Historia Constitucional*, 4 (2003), 103-150.

Pareja Paz-Soldán, José. *Derecho Constitucional Peruano y La Constitución de 1979*, tercera edición. Lima: Ediciones Justo Valenzuela, 1984.

———. *Historia de Las Constituciones Nacionales (1912-1979)*. Segunda edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

Pásara, Luis. *Derecho y Sociedad En El Perú*. Lima: Ediciones El Virrey, 1988.

———. *Jueces, Justicia y Poder En El Perú*. Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, 1982.

Pasquino, Pasquale. «Locke on King's Prerogative.» *Political Theory*, 26.2 (1998), 198-208.

Pease García, Henry. *Así Se Destruyó El Estado de Derecho*. Lima, 2000.

Pease, Henry, y Gonzalo Romero. *La Política En El Perú Del Siglo XX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

Pérez Aguilera, Mar. «Conflictividad Social y Vulneración de Derechos.» En *Informe Anual 2010-2011: Un Año de Gobierno de Ollanta Humala*, ed. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 17-25. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2012.

———. «Conflictos Sociales: ¿enfermedad o Síntoma?» En *Informe Anual 2012-2013: Diez Años Del Informe Final de La CVR*, ed. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Segunda edición, 45-54. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2014.

———. «Criminalización de La Protesta Social.» En *Informe Anual 2014-2015*, ed. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2015.

———. «Criminalización de La Protesta y La Situación de Los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos.» En *Informe Anual 2015-2016*, ed. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 62-81. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2017.

Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

———. «La Democracia Frente Al Terrorismo Global.» En *Terrorismo, Democracia y Seguridad, En Perspectiva Constitucional*, ed. Javier Pérez Royo, 7-12. Madrid: Marcial Pons, 2010.

Pericot García, Luis, y Rafael Ballester Escalas. *Historia de Roma*. Barcelona: Montaner y Simón, 1979.

Pinna, Pietro. *L'Emergenza Nell'Ordinamento Costituzionale Italiano*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

Planas Silva, Pedro. *Democracia y Tradición Constitucional En El Perú*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1998.

Pollock, Frederick. «What Is Martial Law.» *Law Quarterly Review* , 18.79 (1902), 152-158.

Porras Barrenechea, Raúl. *Los Ideólogos de La Emancipación*. Lima: Editorial Milla Batres, 1974.

Power Manchego-Muñoz, Jorge. *Constitución y Estados de Excepción*. Lima: Asociación Acción y Pensamiento Democrático, 1990.

Pozzolo, Susanna. *Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2011.

Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

Provost, René. *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Puente Candamo, José Agustín de la. *La Independencia Del Perú*. Segunda. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2013.

Questiaux, Nicole. «Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency.» New York, 1982.

Raj, Kartik. «Welcome, France, to the 'New Normal',» 2017. <https://www.hrw.org/news/2017/11/01/welcome-france-new-normal>.

Ramos Núñez, Carlos. «Estudio Preliminar.» En *Las Constituciones Del Perú*, ed. Carlos Ramos Núñez, 23-76. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017.

———, ed. *Las Constituciones Del Perú*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017.

———. *Ley y Justicia En El Oncenio de Leguía*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

Reinach, Théodore. *De l'état de Siège: Étude Historique et Juridique*. París: Librairie Cotillon, 1885.

Reisman, W. Michael. «In Defense of World Public Order (Editorial Comments).» *American Journal of International Law*, 95.4 (2001), 833-834.

Relator Especial para Estados de Emergencia. «La Administración de Justicia y Los Derechos Humanos de Los Detenidos: Cuestión de Los Derechos Humanos y Los Estados de Excepción (Décimo Informe Anual), E/CN.4/Sub.2/1997/19,» 1997.

Requejo, Paloma. «¿Suspensión o Supresión de Los Derechos Fundamentales?». *Revista de Derecho Político*, 51 (2001), 105-137.

Rey de Castro Arena, Alejandro. *Republicanism, Nación y Democracia: La Modernidad Política En El Perú, 1821-1846*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010.

Robertson, A. H. «Introduction.» En *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 12, v-vi. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1972.

Robespierre, Maximilien. «Informe Sobre Los Principios Del Gobierno Revolucionario, Realizado En Nombre Del Comité de Salvación Pública.» En *Robespierre: Virtud y Terror*, ed. Jean Ducange, 197-210. Madrid: Ediciones Akal, 2016.

Rogers, Lindsay, Sanford Schwarz, y Nicholas S. Kaltchas. «German Political Institutions.» *Political Science Quarterly*, 47.4 (1932), 576-601.

Rojas Ampuero, Daniel. «El Régimen de Excepción En La Constitución Peruana de 1979.» Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985.

Rospigliosi, Fernando. *Montesinos y Las Fuerzas Armadas*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2001.

Rossiter, Clinton. *Constitutional Dictatorship*. New Jersey: Transaction Publishers, 2011.

Rousseau, Jean-Jacques. *El Contrato Social*. Buenos Aires: Editorial Losada, 2005.

Rozo Acuña, Eduardo. «Estudio Preliminar.» En *La Obra Política y Constitucional de Simón Bolívar*, XV-CCCLV. Madrid: Tecnos, 2007.

Rubio Correa, Marcial. *El Sistema Jurídico: Introducción Al Derecho*. Novena. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

———. *Estudio de La Constitución Política de 1993, Tomo IV*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

———. «Fuerzas Armadas y Constitución En El Perú: 1979-1988.» En *La Constitución Diez Años Después*, eds. AA. VV., 223-260. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989.

———. *Ideas de La Roma Republicana Para Modernizar Las Constituciones de Hoy*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

———. *La Interpretación de La Constitución Según El Tribunal Constitucional*. Tercera. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

———. «Los Orígenes Del Estado Burgués 1789-1848.» En *Burguesía y Estado Liberal*, eds. Enrique Bernales, Laura Madalengoitia, y Marcial Rubio, 21-133. Lima: DESCO, 1979.

Rubio Correa, Marcial, y Enrique Bernales Ballesteros. *Constitución y Sociedad Política*. Segunda. Lima: Mesa Redonda Editores, 1983.

Rubio, Marcial, y Elmer Arce. *Teoría Esencial Del Ordenamiento Jurídico Peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

Rudé, George. *La Europa Revolucionaria 1783-1815*. Madrid: Siglo XXI Editores, 1981.

———. *La Multitud En La Historia*. Buenos Aires: Siglo XXI Argentina Editores, 1971.

Ruiz-Eldredge, Alberto. *La Constitución Comentada*. Lima: Editora Atlántida, 1979.

Rüthers, Bernd. *Carl Schmitt En El Tercer Reich*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional, Tomo 4 (Hábeas Corpus)*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

Salado Osuna, Ana. *Los Casos Peruanos Ante La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Editora Normas Legales, 2004.

Saldaña Cuba, José, y Jorge Portocarrero Salcedo. «La Violencia de Las Leyes: El Uso de La Fuerza y La Criminalización de Protestas Socioambientales En El Perú.» *Derecho PUCP*, 79 (2017), 311-352.

Sánchez Carrión, José Faustino. «Memoria Leyda Al Congreso Constituyente.» En *Genio y Apoteosis de Bolívar En La Campaña Del Perú*, ed. Leonardo Altuve Carriño, 251-282. Barcelona: Editorial Herder, 1979.

Sánchez Montenegro, Juan Pablo. «Las Fuerzas Armadas y El Estado de Emergencia Como Instrumento de Su Recuperación Institucional Durante El Período 2001-2010.» Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

Sánchez Viamonte, Carlos. *Ley Marcial y Estado de Sitio En El Derecho Argentino*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1957.

Schenoni, Luis Leandro. «El Concepto de Lo Político En Nicolás Maquiavelo.» *Andamios* 4.7 (2007): 207-226.

Scheppelle, Kim Lane. «Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11.» *Journal of Constitutional Law*, 6.5 (2004), 1001-1083.

Schmitt, Carl. «Dictadura y Estado de Sitio. Un Estudio Jurídico-Público.» En *Ensayos Sobre La Dictadura 1916-1932*, 21-46. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

———. «Discurso de Clausura Ante El Tribunal Estatal En Leipzig.» En *Prusia Contra El Reich Ante El Tribunal Estatal: La Sentencia Que Enfentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen En Weimar*, ed. Leticia Vita, 199-208. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

———. «El Significado En El Derecho Público Del Reglamento de Necesidad, Especialmente Su Validez Jurídica.» En *Ensayos Sobre La Dictadura 1916-1932*, 361-393. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

———. *Ensayos Sobre La Dictadura 1916-1932*. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

———. *Ex Captivitate Salus*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

———. «Il Führer Custode Del Diritto.» En *Carl Schmitt Sommo Giurista Del Führer*, edited by Carlo Angelino, 21-29. Génova: Il Melangolo, 2006.

———. *La Defensa de La Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

———. *La Dictadura*. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

———. «La Dictadura Del Presidente Del Reich Según El Artículo 48 de La Constitución de Weimar.» En *Ensayos Sobre La Dictadura 1916-1932*, 295-350. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

———. *Legalidad y Legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.

———. «Los Efectos Del Estado de Guerra Sobre El Procedimiento Penal Ordinario.» En *Ensayos Sobre La Dictadura 1916-1932*, 3-19. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

———. *Teología Política*. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía., 1998.

Schwab, George. *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*. New York: Greenwood Press, 1989.

Sheeran, Scott P. «Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics.» *Michigan Journal of International Law*, 34.3 (2013), 491-557.

Sheput Stucchi, Humberto. «El Estado de Sitio y Su Recepción En La Experiencia Constitucional Peruana.» Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

Siles, Abraham. «El Pensamiento de Locke y Montesquieu Como Antecedente de La Configuración Constitucional de Poderes de Excepción Ante Emergencias Políticas.» *Anuario de Investigación Del CICAJ* 2015, 2016, 11-41.

———. «Estudio de Caso: Breve Evaluación Preliminar Sobre El Estado de Emergencia En El Callao, a La Luz Del Derecho Constitucional Peruano y El Derecho Internacional de Los Derechos Humanos.» *Revista de Derecho Público*, 85 (2016), 123-140. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2016.44962>.

———. «La Dictadura En La República Romana Clásica Como Referente Paradigmático Del Régimen de Excepción Constitucional.» *Derecho PUCP*, 73 (2014), 411-424.

———. «La Emergencia... En El Corazón Del Constitucionalismo Peruano: Paradojas, Aporías y Normalización.» *Themis*, 67 (2015), 73-84.

———. «La Lucha Antiterrorista En El Perú: Agujeros Negros Legales, Agujeros Grietas y El Arduo Camino Constitucional. Lecciones Peruanas Para La Guerra Contra El Terrorismo Global.» *Derecho PUCP*, 75 (2015), 75-94.

———. «Maquiavelo: Republicanismo y Dictadura Constitucional En Los Discursos Sobre La Primera Década de Tito Livio.» *Ius et Veritas* 48 (2014), 336-345.

———. «Problemática Constitucional Del Estado de Emergencia En El Perú: Algunas Cuestiones Fundamentales.» *Estudios Constitucionales*, 15.2 (2017), 123-165.

———. «The Peruvian State of Constitutional Emergency in the Light of International Law of Human Rights: Three Relevant Aspects.» En *Challenges of Human Rights in Latin America*, ed. César Landa, 27-48. Cambridge: Cambridge Publishing Scholars, 2019.

Siles, Abraham, y Marco Rodríguez. «Evaluación Del Estado de Emergencia Constitucional En El 'Corredor Minero Del Sur': Breve Estudio de Caso.» En *Derechos Fundamentales. Actas de Las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, ed. César Landa, 239-254. Lima: Palestra Editores, 2018.

Simpson, A. W. B. *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*. New York: Oxford University Press, 2004.

———. «Britain and the European Convention.» *Cornell International Law Journal*, 34 (2001), 523-554.

Skinner, Quentin. *Los Fundamentos Del Pensamiento Político Moderno. I. El Renacimiento*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1985.

Sobrevilla Perea, Natalia. *Andrés de Santa Cruz, Caudillo de Los Andes*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos - Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

———. *Los Inicios de La República Peruana: Viendo Más Allá de La «Cueva de*

Bandoleros. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

Soria Casaverde, María Belén. *Jacobinismo Peruano: Ansiedad y Miedo Durante La Independencia 1820-1826*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011.

Soria Luján, Daniel. «Los Mecanismos Iniciales de Defensa de La Constitución En El Perú: El Poder Conservador y El Consejo de Estado (1839-1855).» *Pensamiento Constitucional*, 5.5 (1998), 355-375.

Special Rapporteur for States of Emergency. «First Annual Report and List of States Which, since 1 January 1985, Have Proclaimed, Extended or Terminated a State of Emergency.» New York, 1987.

———. «Fourth Annual Report and List of States Which, since 1 January 1985, Have Proclaimed, Extended or Terminated a State of Emergency.» New York, 1991.

———. «Second Annual Report and List of States Which, since 1 January 1985, Have Proclaimed, Extended or Terminated a State of Emergency.» New York, 1988.

———. «Third Annual Report and List of States Which, since 1 January 1985, Have Proclaimed, Extended or Terminated a State of Emergency.» New York, 1990.

Straumann, Benjamin. *Crisis and Constitutionalism: Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Svensson-McCarthy, Anna-Lena. *The International Law of Human Rights and States of Exception*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

Taggart, Michael. «Ruled by Law?» *The Modern Law Review*, 69.6 (2006), 1006-1025.

Tenorio Sánchez, Pedro. *Constitución, Derechos Fundamentales y Seguridad. Panorama Comparativo*. Pamplona: Civitas - Thomson Reuters, 2010.

Torres y Torres Lara, Carlos. «Perú: 5 de Abril. De Cómo Se Produce Un Golpe, Un Autogolpe o Un Contragolpe.» En *Los Nudos Del Poder*. Lima: Desarrollo y Paz, 1992.

Trazegnies Granda, Fernando de. *La Idea de Derecho En El Perú Republicano Del Siglo XIX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979.

Tribunal Constitucional (Perú). STC 2730-2006-PA/TC (caso Castillo Chirinos) (2006).

———. RTC 00002-2008-AI (Caso de la Ley No 29166, sobre las reglas del empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas en el territorio nacional) (Aclaración) (2009).

———. STC 00002-2008-AI (Caso de la Ley No 29166, sobre las reglas del empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas en el territorio nacional) (2009).

———. STC 017-2003-AI-TC (Caso de la Ley No 24150, sobre normas a cumplir en

los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno) (2004).

———. STC 02663-2003-HC (Caso Aponte Chuquihuanca) (2004).

———. STC 04587-2004-AA (Caso Martin Rivas) (2005).

———. STC 5854-2005-PA/TC (caso Lizana Puelles) (2005).

———. STC 00022-2011-PI/TC (Caso de la Ley 29548 y los Decretos Legislativos 1094 y 1095) (2015).

———. STC 00671-1997-HC (caso Núñez Núñez) (1998).

———. STC 00987-2014-AA (caso Vásquez Romero) (2014).

———. STC 01383-2001-AA (caso Rabines Quiñones) (2002).

———. STC 01805-2007-HD (caso Casas Chardon) (2009).

———. STC 02275-2018-HC (caso Ataucuri Chávez) (2018).

———. STC 03482-2005-HC (caso Brain Delgado) (2005).

———. STC 05994-2005-HC (caso Centro de Orientación Familiar) (2005).

Tribunal Estatal para el Reich Alemán. «Sentencia de Fondo Del Tribunal Estatal Del 25 de Octubre de 1932 ('Prusia Contra Reich').» En *Prusia Contra El Reich Ante El Tribunal Estatal: La Sentencia Que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen En Weimar*, ed. Leticia Vita, 111-84. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Tushnet, Mark. «Defending Korematsu? Reflections on Civil Liberties in Wartime.» En *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*, ed. Mark Tushnet, 124-140. Durham y Londres: Duke University Press, 2006.

———. «The Political Constitution of Emergency Powers: Some Conceptual Issues.» En *Emergencies and the Limits of Legality*, ed. Victor V. Ramraj, 145-155. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Tusseau, Guillaume. «The Concept of Constitutional Emergency Power: A Theoretical and Comparative Approach.» *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 97.4 (2011), 498-530.

Úbeda de Torres, Amaya. *Democracia y Derechos Humanos En Europa y En América*. Madrid: Editorial Reus, 2007.

Ugarte del Pino, Juan Vicente. *Historia de Las Constituciones Del Perú*. Lima: Editorial Andina, 1978.

UN Secretary-General. «Annotations on the Text of the Draft International Cove-

nants on Human Rights.» New York: United Nations General Assembly, 1955.

Valadés, Diego. *La Dictadura Constitucional En América Latina*. México, D. F.: UNAM, 1974.

Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín. «Las Cortes de Cádiz y La Constitución de 1812.» En *Tres Ensayos Sobre Historia Constitucional*, ed. Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, 77-119. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008.

Varela Suanzes, Joaquín. «La Doctrina de La Constitución Histórica: De Jovellanos a Las Cortes de 1845.» *Revista de Derecho Político*, 39 (1995), 45-79.

———, ed. *Textos Básicos de La Historia Constitucional Comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Vegas Torres, Martín. *Fuerzas Policiales, Sociedad y Constitución*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1990.

Venditti, Maria Elisabetta. «Le Clausole Derogatorie Dei Diritti Umani: L'art. 15 CEDU Alla Luce Dell'invocazione Dello Stato Di Emergenza in Francia e in Turchia.» *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo*, XIX.2 (2017), 483-522.

Vergottini, Giuseppe de. «La Difícil Convivencia Entre Libertad y Seguridad. Respuesta de Las Democracias Al Terrorismo.» *Revista de Derecho Político*, 61 (2004), 11-36.

———. *Las Transiciones Constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

Vermeren, Patrice. «La República Independiente, El Poder Constituyente y El Héroe de La Emancipación.» *Revista de Filosofía*, 67 (2011), 65-85.

Villanueva, Carmen. *Francisco Javier de Luna Pizarro: Parlamentario y Primer Presidente Del Congreso Peruano*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú - Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.

Villanueva, Víctor. *El Militarismo En El Perú*. Lima: Empresa Gráfica T. Scheuch, 1962.

Villarán, Luis Felipe. *La Constitución Peruana Comentada*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2016.

Villarán, Manuel Vicente. «Ensayo Sobre Las Ideas Constitucionales de Bolívar.» En *Páginas Escogidas*, 11-32. Lima: P. L. Villanueva, 1962.

———. «La Constitución de 1823.» En *Páginas Escogidas*, 33-44. Lima: P. L. Villanueva, 1962.

———. «La Constitución de 1828.» En *Páginas Escogidas*, 45-53. Lima: P. L. Villanueva, 1962.

———. «La Constitución de 1834.» En *Páginas Escogidas*, 55-69. Lima: P. L. Villa-

nueva, 1962.

———. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

Villarán, Manuel Vicente *et al.* *Ante-Proyecto de Constitución Del Estado*. Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1931.

———. *Anteproyecto de Constitución Del Estado de 1931: Exposición de Motivos*. Lima: P. L. Villanueva, 1962.

Vita, Leticia. «Los Juristas de Weimar Ante La Sentencia Del Tribunal Estatal de Leipzig.» En *Prusia Contra El Reich Ante El Tribunal Estatal: La Sentencia Que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen En Weimar*, 21-109. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

———. *Prusia Contra El Reich Ante El Tribunal Estatal: La Sentencia Que Enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen En Weimar*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Walker Keyes, Clinton. «The Constitutional Position of the Roman Dictatorship.» *Studies in Philology*, 14.4 (1917), 298-305.

Watkins, Frederick M. *The Failure of Constitutional Emergency Powers under the German Republic*. Cambridge: Harvard University Press, 1939.

Wilde, Marc de. «Locke and the State of Exception. Towards a Modern Understanding of Emergency Government.» *European Constitutional Law Review*, 6 (2010), 249-267.

———. «The State of Emergency in the Weimar Republic. Legal Disputes over Article 48 of the Weimar Constitution.» *The Legal History Review*, 78.1 (2010), 135-158. <https://doi.org/10.1163/157181910X487341>.

Zagrebel'sky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Décima edición. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Zand, Joseph. «Article 15 of the European Convention on Human Rights and the Notion of State of Emergency.» *Journal of the Faculty of Law of İnönü University*, 5 (2014), 159-240.

Zapata, Antonio. *La Guerra Senderista: Hablan Los Enemigos*. Lima: Taurus, 2017.

Zovatto, Daniel. *Los Estados de Excepción y Los Derechos Humanos En América Latina*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE
TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA
PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA
CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com
PÁGINA WEB: www.tareagrafica.com
TELÉFS. 332-3229 / 424-8104 / 424-3411
DICIEMBRE 2020 LIMA - PERÚ



ISBN: 978-612-4440-20-5



9 786124 440205