

**“EL ESTADO DE EXCEPCIÓN: ASPECTOS DOGMÁTICOS Y SU
REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ”**

Prof. Pedro A. Hernández Chávez

INDICE DE CONTENIDO

ÍNDICE	2
I.- A MODO DE INTRODUCCIÓN	3
II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN	5
III.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN	8
1. Situación de anormalidad	9
2. Acto de decretamiento estatal necesario	11
3. Legislación excepcional. Los “regímenes de excepción” como institutos jurídico-constitucionales	14
Los “regímenes de excepción” como institutos jurídico-constitucionales	33
IV.- LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN	35
V.- EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN	48
VI. LA INCIDENCIA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN: ¿CUÁL ES EL OBJETO DE LA AFECTACIÓN?	57
VII.- CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN	68
VIII. LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PERÚ	71
IX. REFLEXIONES FINALES	86
FUENTES DE INFORMACIÓN	88

“EL ESTADO DE EXCEPCIÓN: ASPECTOS DOGMÁTICOS Y SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ”

Prof. Pedro A. Hernández Chávez

phernandezc@usmp.pe

phernandez@hernandez.pe

I.- A MODO DE INTRODUCCIÓN

La clásica afirmación schmittiana de que “*debajo del Estado de derecho duerme la monarquía*” destaca el despojo de las formalidades jurídicas que los Estados modernos experimentan cuando de afirmar la soberanía se trata, ante situaciones de inestabilidad y conflicto social grave, abriendo así las puertas de la *dictadura* en nombre de la *restauración*; situación que –en una clara perspectiva negativa- constituye la razón que justifica la existencia del denominado **Estado de excepción** como institución constitucional de suma importancia para lograr la continuidad histórica de los Estados, siempre que su naturaleza, alcances y finalidad sean adecuadamente concebidas, a partir de dos nociones: *normalidad* y *anormalidad* constitucionales.

Por **normalidad constitucional** entendemos a aquella situación de orden y estabilidad que caracteriza a los modernos Estados de Derecho, donde los dos (02) actores sociales básicos –la persona humana (a nivel individual o asociada) y el Estado- se encuentran en una *relación de armonía y equilibrio*, a partir de la diferenciación de sus respectivos ámbitos de acción, lo cual genera un contexto de permanencia, estabilidad y sosiego en lo social, político y económico.

En la STC N° 00017-2003-AA/TC, nuestro máximo intérprete de la Constitución la define en los siguientes términos:

“10. El concepto normalidad constitucional se sustenta necesariamente en el desarrollo de la relación Estado-ciudadanía con sujeción a pautas jurídicas previamente establecidas y de alcance general. Implica el desenvolvimiento de la actividad del Estado dentro del marco de competencias delimitadas con precisión por la Constitución y demás normas derivadas de aquella, y el que los ciudadanos desplieguen sus actividades ordinarias con el goce efectivo de los derechos a que dicha normatividad –en sentido lato- les reconoce (...)” (f. 10).

Sin embargo, por encima de la aspiración propia del constitucionalismo en sus primeros tiempos y su creencia implícita de que una vez ejercido el poder constituyente cesaban todos los problemas sociales, pronto se advirtió que la continuidad constitucional no era ni rectilínea ni pacífica ni permanente en la medida que cada cierto tiempo surgen diversas emergencias, casos críticos, sobresaltos o, simplemente, situaciones no previstas o “anormales” que perturban el orden interno de la sociedad y la convivencia en general, de manera que muchas veces su intensidad puede llegar –inclusive- a amenazar la continuidad histórica del propio Estado.

La **anormalidad constitucional**, entonces, aludirá a las situaciones extraordinarias que han de implicar la alteración del cotidiano desenvolvimiento de las actividades ciudadanas y del funcionamiento aparato estatal, al extremo de representar un peligro real o amenaza para el normal desenvolvimiento del Estado, para cuya superación se requiere medidas distintas a las diseñadas para los tiempos de normalidad, razón por la cual es necesario conceder, normalmente, al titular del Poder Ejecutivo, un conjunto *de poderes o competencias de un grado y extensión especiales*, que bien pueden llevar a suspender el ejercicio de algunos derechos ciudadanos con la finalidad de evitar un mal mayor y, así, lograr restablecer rápidamente la plenitud del Estado de Derecho (1).

Así las cosas, partiendo de la perspectiva propuesta por García Pelayo (2), así como en la dimensión fáctica es posible determinar al lado de la aludida *normalidad constitucional* la existencia de situaciones de *anormalidad*; en la dimensión normativa el “Estado de Derecho” propio de la normalidad –y el reconocimiento y pleno ejercicio de los derechos fundamentales que lo caracteriza- puede dar paso, en determinadas circunstancias anormales, al ya aludido “Estado de excepción” y las afectaciones a la autonomía personal que le son propias, en una lógica donde mientras la normalidad es regulada por principios y reglas propios del *Estado de derecho*, la anormalidad –en tanto singular e imprevisible- se enfrenta por medio del *Estado de excepción*.

De esta manera, se puede compartir con Fernández Segado (1977) la idea de que el “Estado de excepción” es

“(…) el conjunto de circunstancias, previstas, al menos genéricamente, en las normas constitucionales, que perturban el normal funcionamiento de los poderes públicos y amenazan a las instituciones y principios básicos del Estado y cuyo efecto inmediato es la concentración en manos del Gobierno de poderes o funciones que, en tiempo normal, deben estar divididas o limitadas” (pp. 14-24).

Por su parte, Cruz Villalón (1984) lo define como:

“Llamamos estado excepcional al derecho de excepción basado en el mantenimiento sustancial del orden constitucional incluso en situaciones de crisis, si bien con la previsión de una serie de competencias extraordinarias taxativamente enumeradas, que suponen la suspensión de la Constitución en alguno de sus extremos. El estado excepcional constituye el modelo más característico de derecho de excepción y supone el máximo esfuerzo por extender el imperio de la ley a las situaciones de emergencia” (p. 31).

En la actualidad, y de manera muy general, se puede convenir en que son dos las formas de concebir al Estado de excepción (García Belaunde, 1989: 357-359): i.) en un sentido lato, que alude a **toda contravención del Estado de Derecho**, fundamentalmente a partir la alteración del sistema político con los denominados “gobiernos de facto” y el rompimiento del orden constitucional, y ii.) en un sentido estricto, como la **modificación de determinados mecanismos o instituciones del Estado de Derecho para su**

¹ La doctrina constitucional reserva la denominación **casos críticos** para aludir precisamente a aquellas situaciones de anormalidad que no tienen previsión ni norma alguna en el derecho positivo, es decir, que carecen de un instituto de emergencia o régimen de excepción que sea aplicable; con lo cual se asume que los remedios para dichas situaciones imprevistas se encuentran al margen de la constitución formal (Bidart Campos, 1987 a: 416).

² Para García Pelayo (1961: ...), “(…) toda normatividad supone una normalidad; no hay normas aplicables a un caos. La posibilidad de la vigencia del Derecho está condicionada por una situación social estable; es decir, por una situación en la que se dan los supuestos sobre los que se edificó la normatividad jurídica en cuestión”.

defensa ante situaciones anormales, afectando los derechos y libertades ciudadanas, pudiéndose aludir en este sentido a una suerte de “Constitución alternativa de emergencia” (Cruz Villalón, 1984: 19), “Constitución de reserva” (Benazzo, 2004: 32) o “Constitución de excepción” (Cruz Villalón, 2004: 188), en el mismo sentido que hoy en día se alude a constitución “económica”, constitución “cultural” o constitución “ecológica”.

Desde una perspectiva politológica, por su parte, el surgimiento de situaciones de crisis se vincula con los denominados “*poderes de emergencia*” o “*poderes excepcionales*”, es decir, aquellos a los que un gobernante recurre para hacer frente a una situación definida como “excepcional” (Wright, 2014: 205), lo cual –como es obvio colegir- incide directamente en la forma en que se ejerce el poder ante los ciudadanos; siendo esta la razón por la que se justifica que la Ciencia Política se interese por los Estados de excepción, sobre todo en cómo se emplea este instituto en la práctica por dos razones importantes: i.) su perspectiva empírica puede arrojar luz sobre cómo se usan y sus dimensiones principales en la política actual, y ii.) porque el estudio empírico del poder de emergencia por antonomasia en la región latinoamericana puede arrojar luz sobre los procesos políticos vividos en la región.

A continuación, como primera parte de este trabajo, analizaremos los antecedentes históricos del denominado Estado de excepción.

II.- LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Los *poderes excepcionales* han tenido lugar en todo espacio físico y época en que se suscitaban situaciones de grave peligro, tal como ocurrió en los antiguos Imperios de Egipto, China, India, Persia y tantos otros que recoge la historia, pudiéndose advertir dictadores en Esparta (Harwost), en Salónica (Aesymmet), en Malta (Archus), en Florencia (Balía) y en un sinnúmero de lugares más.

Sin embargo, es pacífico remontar los antecedentes históricos del Estado de excepción a Roma y su permanente preocupación por dotar a la convivencia social del mayor orden posible, principalmente por el hecho que los estudios más acabados y consistentes sobre la institución de la “*Dictadura*” nos llegan precisamente de esta época, gracias a los aportes de Tito Livio, Tácito, Plutarco, Dionisio de Halicarnaso, Suetonio y Cicerón –quien señalaba a Tito Larcus (501 a.C.) como el primer dictador romano-; siendo el período de la República romana (509-530 a.C.) cuando se consolidó esta figura como magistratura encargada de hacer frente a los graves peligros que afrontaba el Estado por razones bélicas –externas o de guerra (*dictadura reigerendae*) o rebeliones internas, sediciones, sublevaciones o reforma del Estado (*dictadura seditionis sedandae*)-, estando a cargo de un *Dictador* (“*el que dicta órdenes*”) al que Bodino definió como simple “comisario” o “tenedor precario de un poder derivado y circunstancial”, y no como un auténtico soberano (Bodino, 1997: L.I, Cap. VIII, 247 y ss.).

Entre las principales características de la dictadura romana tenemos: i.) la existencia de estado de necesidad con respecto a la legitimación, ii.) el carácter excepcional de los poderes de la magistratura (magistrado extraordinario), iii.) la unidad de mando concentrada en el dictador, iv.) temporalidad en el cargo, y v.) posee un carácter “ejecutivo” o “comisario” (dictadura “comisarial” o “comisoria”) (Zúñiga Urbina, 2005:

171) ⁽³⁾. A estas notas, se debe sumar la que –en nuestra opinión- tal vez es la principal característica de la institución: se encontraba legalmente eximida de cualquier tipo de control y, por ende, de responsabilidad por las decisiones adoptadas en el ejercicio del encargo específico de realizar lo necesario para cautelar la integridad y seguridad de Roma, siendo el *dictador* un magistrado extraordinario, no sometido ni a la *provocatio* (conocer previamente la decisión) ni a la *intercessio* (posibilidad de objetar una decisión) de los tribunos en la época republicana (Pardo Martínez 2011: 73); experimentando un cambio de perfil hacia el siglo IV a.C., cuando se utilizó la figura del “dictador” sólo para casos específicos, como combatir una guerra concreta. La dictadura romana clásica funcionó sólo del siglo V al siglo II a.C.

Ya en la Edad media, tuvo lugar la figura de los “*commisarii*” medievales, que eran funcionarios ordinarios denominados “comisarios extraordinarios” que asumían la plenitud de poderes por expreso encargo del Monarca, quien les otorgaba *plenitudo potestatis*; siendo funcionarios normales u ordinarios del monarca, premunidos con poderes de emergencia y sujetos a instrucciones permanentes (Zúñiga Urbina, 2005: 174). Ejemplo de esta figura, son los “intendentes” de la Francia de Enrique IV.

En esta misma época, será Maquiavelo quien –con su *teoría de la razón de Estado*- promovió la supervivencia de la organización estatal por encima de cualquier otro valor de orden ético y moral, sustentando así la idea de que existen ciertos actos fuera de la norma jurídica que son justificables por el hecho de responder a la finalidad de salvar el Estado de cualquier peligro que lo pudiera desestabilizar; promoviendo de esta manera la supervivencia del Estado por encima de cualquier valor de orden ético y/o moral y, por ende, la idea de que existen ciertos actos fuera de la norma que son plenamente justificables para tal fin.

Al respecto, García Pelayo (1968) señala:

“(…) la idea de la razón de Estado significa el descubrimiento de un **logos** propio de la política y de su configuración histórica por excelencia; es decir, del Estado (en donde se revela) un mundo de hechos dominados por la **necesitá** y no por normas puras o de definiciones abstractas... (que gira sobre) ... este principio inteligible; esta **causa finalis**, si se quiere, es el poder, es decir la posibilidad real de mandar a los hombres o para emplear la terminología de la época, de ejercer dominio o señorío sobre ellos” (pp. 246-247).

A partir de estas ideas, los regímenes absolutistas en Europa –surgidos como evolución natural de la organización socio-política que habrá de terminar en los primeros “Estados”- lejos de regular en forma clara las situaciones de emergencia y de conflictos

³ Schmitt (1985: 173-181) opone a la *dictadura soberana* –que, siendo poder constituido, puede llegar a eliminar y sustituir, por tiempo indefinido, incluso las disposiciones constitucionales fundamentales, comportándose como un verdadero poder constituyente, por lo que es propia de regímenes autoritarios (totalitarismo y autoritarismo), estando muy asociada al concepto de “tiranía”, que empezó con Sila y César-, la *dictadura comisaria* –que, por ser un poder constituido con base en un título genérico que la Constitución le confiere, puede suspender la vigencia de ésta para asegurar su pervivencia frente a circunstancias extraordinarias cuya existencia él mismo pondera, siendo de carácter temporal y teniendo como modelo paradigmático a la dictadura romana-.

Sobre esta última, señala de manera puntual:

“Se presupone que una dictadura solamente puede tener lugar cuando la existe una Constitución, porque el dictador lo nombra el chef supreme y su función queda encuadrada dentro del marco de la Constitución, no por el contenido de su actividad, sino por razón de su situación jurídica. La omnipotencia del dictador descansa en el apoderamiento otorgado por un órgano que existe con arreglo a la Constitución, por un órgano constituido. Este es el concepto de dictadura comisarial (...).”

En opinión de Schmitt, el Art. 48 de la Constitución de Weimar contemplaba una dictadura comisarial de decisión del Presidente, bajo control del Reichstag y que podía ejecutarse a través de “*delegados comisariales*”.

internos, insurrecciones o motines, prefirieron reprimir duramente a los levantados con fines propiamente preventivos, para evitar las revueltas en grandes escalas o, inclusive, la usurpación del poder.

Si bien la teoría de la razón de Estado cayó en descrédito, lo esencial de su discurso se pudo mantener con la noción “*estado de necesidad*” que, del derecho civil y del derecho penal, pasó al derecho constitucional y al derecho administrativo, y nos permite aludir a aquella situación de peligro actual que afecta los intereses protegidos por el derecho, frente a la cual no queda otro remedio más que la violación de los intereses de otro. Aplicada dicha lógica al Estado, se sostiene que, al no poder preverse todo, ante un peligro inminente que arriesga su continuidad histórica, será necesario que las leyes cesen su efectividad para dar paso a una concentración de poderes bajo la sola decisión del órgano llamado a beneficiarse: el Ejecutivo.

La dualidad conceptual entre la *asunción de facultades amplias necesarias en momentos de conflictos internos y externos* –que tenían una duración limitada- y el *tirano* –quien usurpaba o distorsionaba estos poderes de manera permanente-, se mantuvo durante mucho tiempo. Se distinguió así el *jura imperii* (que comprendía los atributos del soberano, rey o emperador, incluyendo la expedición de la legislación y su aplicación) del *jura dominationes* (que se ejercitaba durante la guerra y la insurrección, en interés de la existencia estatal y de la tranquilidad social, situación durante la cual el soberano podía apartarse del *ius comune*)- (Fix-Zamudio, 2004: 802); estando las atribuciones del soberano, al menos teóricamente, reguladas jurídicamente por el *ius imperii* –en el primer supuesto- y el *ius speciale* –en el segundo-.

Con el advenimiento del constitucionalismo clásico –con las revoluciones americana y francesa-, se varió sustantivamente la forma de proceder ante las situaciones de emergencias al dismantelarse los procedimientos “preventivos” de antaño para dar paso al establecimiento del concepto “*orden público constitucional*” como noción teórica opuesta al sistema absolutista que estuvo caracterizado por una perspectiva propiamente represiva (y no preventiva), legal (en lugar de arbitraria) y totalmente efectiva (respecto de la ineficacia frecuente del régimen autocrático anterior), tal y como lo sostiene Zambrano Veintimilla (2009); contribuyendo sustantivamente a esta perspectiva la positivización de algunos lineamientos sobre las situaciones de anormalidad, así como la incorporación de los derechos fundamentales de carácter individual (como la propiedad, la libertad y la seguridad) propios del constitucionalismo de primera generación.

En cuanto a la positivización de algunos lineamientos sobre las situaciones de anormalidad, cabe recordar que los excesos producidos en Inglaterra –con la *Ley Marcial* de 1714 (conocida como “*Riot Act*”) (4) y la *Patria en Peligro* adoptada en 1792 (5)- y en Francia –con la creación de Tribunales revolucionarios que provocaron el llamado “período del terror”- permiten explicar el motivo por el cual las constituciones expedidas durante las últimas décadas del siglo XIX incorporaron la exigencia de la intervención obligatoria del órgano legislativo para autorizar y fiscalizar las

⁴ La “*Riot Act*” consagró el ejercicio de facultades legislativas, ejecutivas y hasta jurisdiccionales a través de los tribunales militares, suspendiendo el hábeas corpus y otros derechos fundamentales, y –además- exonerándose de responsabilidad a los agentes del Estado por daños personales y materiales, constituyendo así una verdadera garantía para los funcionarios estatales, más no para la ciudadanía. Se trataba, pues, de un mecanismo de defensa por el estado de necesidad del poder político de superar las crisis o graves desórdenes ciudadanos.

⁵ La “*Patrie en Danger*” se origina en situaciones de emergencia externa (como invasión extranjera del territorio), para lo cual refuerza la intervención de la fuerza armada.

declaraciones de excepción que debía aplicar el Ejecutivo, a través del monopolio de la fuerza pública.

Algo más modernamente, ante el peligro simultáneo generado para Francia con motivo de las guerras con Prusia, Rusia y España, se consagró normativamente mediante ley del 08 de julio de 1791 un régimen aplicable a las plazas y puestos militares en tres situaciones: el *estado de paz*, el *estado de guerra* y el *estado de sitio* (Arts. 6 a 12), siendo esta normatividad la que dio sustento a las dictaduras del *Comité de Salvación Pública* y del *Tribunal Revolucionario*, así como otras expresiones radicales como Babeuf y el “Manifiesto de los Iguales”, de 1796. A este antecedente, se suman el Art. 11 del Título 4 de la Constitución de 1791, el decreto de 1799 de Napoleón Bonaparte (Art. 92), y la Constitución de 1848 (Art. 106) de Carlos Luis Napoleón durante la II República francesa que diferenció entre *estado de sitio “real”* o “*de guerra*” (guerra exterior), y *estado de sitio “ficticio”* o “*político*” (situación de violencia interna); siendo esta la razón por la cual se puede sostener que Francia tiene el título de ser la cuna mundial de los derechos y garantías, pero también -a la vez- es el país donde se originó el sistema de medios extraordinarios para la conservación del orden público y la defensa de las instituciones estatales.

Como se puede apreciar, en el mundo antiguo y hasta bien entrado el siglo XX, el Estado reaccionaba en forma muy enérgica para afrontar una crisis que pusiera en peligro su continuidad histórica, sin preocuparse de los derechos individuales, variando esta situación a mediados del siglo pasado, cuando comienza a verse necesaria la regulación de los Estados de excepción no sólo como una *concesión al Gobierno* que supone potestades extraordinarias para enfrentar situaciones extraordinarias, sino también -y aquí lo importante- como un riguroso freno a los excesos del poder en resguardo de las personas, lo cual evidencia una suerte de evolución de la cultura jurídico-política y la conciencia de la humanidad (Ríos Álvarez, 2002). De esta manera, se sostiene que la excepcionalidad de ciertas situaciones nunca puede entenderse como la autorización para que el gobierno ejerza medidas que se encuentren fuera del ámbito constitucional, en tanto las mismas tienen como límite infranqueable el respeto a los preceptos protectorios de Derechos Fundamentales y el marco constitucional que los regula, suponiendo -pues- el ejercicio de un *poder constituido* sujeto al derecho y al principio de la lógica y la razonabilidad que son propios de los Estados constitucionales modernos.

Advertido esto, podemos establecer algunas semejanzas y diferencias entre los Estados de excepción antiguos y los modernos.

En cuanto a las semejanzas, ambos i.) sólo proceden en situaciones de grave riesgo para la continuidad del Estado, ii.) tienen una duración temporalmente limitada -sin peligro de caducar anticipadamente si el peligro ha sido superado- y iii.) poseen un régimen jurídico-político que supone la entrega al Dictador de un poder individual, absoluto e inapelable (en Roma) y facultades excepcionales que alteran el normal equilibrio de poderes, pero sujetas a control (en el derecho constitucional actual).

Las diferencias, en cambio, se presentan concretamente en dos aspectos: i.) en Roma la afectación de los derechos individuales comprendía a la totalidad de los mismos -incluyendo la propia vida-, mientras que en la actualidad -atendiendo a la noción de “dignidad”, que es implícita a todo derecho fundamental- sólo ciertos derechos pueden ser objeto de suspensión, siendo además susceptibles de control jurisdiccional todas las medidas adoptadas por la autoridad; y ii.) mientras antaño, el órgano titular de la

decisión de declarar la situación extraordinaria era distinto del órgano que lo asumía, en la actualidad, en la mayoría de ordenamientos jurídicos, el órgano que declara la excepción, es quien asume las competencias extraordinarias para enfrentar la anormalidad: el Ejecutivo.

Se advierte, pues, dos grandes posiciones o formas de concebir a los Estados de excepción en este apretado resumen histórico: i.) la **posición decisionista**, que propugna un carácter excepcional y soberano, como los casos de Roma y Francia aludidos, y ii.) la **posición institucionalista**, que supone la “constitucionalización de los estados de excepción” y encuentra su fundamento dentro del propio ordenamiento constitucional moderno, que toma a la necesidad como fuente del derecho; aspectos sobre los que volveremos en el siguiente acápite.

III.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Siendo evidente a estas alturas la importancia del Estado de Excepción para la continuidad de la convivencia social y del Estado mismo, la moderna doctrina constitucional señala como tres (03) sus elementos configuradores: la *situación de anormalidad*, el *acto estatal necesario* y la *legalidad excepcional*, posición que ha sido asumida por nuestro Tribunal Constitucional ⁽⁶⁾.

A continuación, abordaremos los elementos aludidos.

1. **Situación de anormalidad**

La *situación de anormalidad* o, simplemente, **de excepción** implica la existencia de una circunstancia, evento, acontecimiento, fenómeno, contexto o situación de grave riesgo o peligro que afecta el desenvolvimiento cotidiano de una sociedad y, por ello, justifica la necesidad de brindar o implementar una respuesta rápida, efectiva y lo más integral posible por parte del Estado; pudiéndose distinguir dos (02) clases de situaciones de anormalidad que afectan al Estado y, por ende, a su convivencia social y al orden constitucional sobre el que aquella se cimienta:

- a) **Las situaciones de anormalidad con ruptura del orden constitucional.-** que producen un quebrantamiento del orden constitucional y del sistema político, al pretender su reemplazo o cambio por otro distinto, mediante la imposición de nuevos gobernantes y/o el uso de la fuerza y la violencia, como resultado de procesos revolucionarios o golpes de Estado que darán origen a un nuevo pacto social (“*gobierno de facto*”). En este caso, además de la no vigencia de ciertos derechos fundamentales y libertades públicas –que procuran controlar cualquier reacción de la población-, tiene lugar la *subordinación de los otros poderes y órganos constitucionales al Poder Ejecutivo* (fáctico), afectándose gravemente los principios de división y equilibrio de poderes, llegando al extremo de impedir el funcionamiento de alguno de ellos (ej.: cierre del Congreso, no funcionamiento del Poder Judicial, entre otros).
Para superar este tipo de situaciones de anormalidad, llegado el momento, se deberá desplegar el **poder constituyente originario refundacional**, que ha de

⁶ STC peruano N° 00017-2003-AI/TC (f. 19).

concretizarse con la entrada en vigencia de una nueva Constitución Política, operando así la sustitución de un sistema constitucional por otro.

- b) **Las situaciones de anormalidad con alteración del orden constitucional y restitución de la normalidad constitucional.**- son aquellos hechos fácticos y reales que atentan contra el orden constitucional y la denominada “seguridad del Estado” de modo tal que, a pesar de su intensidad de afectación, pueden ser superados mediante mecanismos rápidos que se orientan a conjurar los factores de alteración, con la finalidad de restituir la normalidad constitucional afectada por aquellas en el menor tiempo posible.

Al respecto, Montealegre (1979: 6-7) vincula el concepto “seguridad del Estado” a los tres elementos articuladores de éste, de donde colige que un Estado es realmente seguro cuando es capaz de reaccionar eficaz y coherentemente ante las amenazas de cada uno de sus tres elementos constitutivos: la seguridad del territorio (aseguando su *integridad*), la seguridad del *gobierno*, en tanto titular del poder (logrando su *estabilidad*) y la seguridad de la *población* (a través de la *inviolabilidad de sus derechos fundamentales*); de donde Montealegre colige que un Estado es seguro cuando es capaz de dar protección eficaz a la integridad de su territorio, a la estabilidad de su gobierno y a la inviolabilidad de los derechos humanos de su población. En este supuesto, el orden constitucional se altera con el propósito de enfrentar la crisis que lo afecta, para lo cual se varía o altera la *normal relación equilibrada entre el ámbito de desenvolvimiento estatal* (autoridad) y el *ámbito de desenvolvimiento ciudadano* (libertad), que es propia del Constitucionalismo en situaciones de normalidad.

Para enfrentar estas situaciones, el derecho ha creado la institución que es materia de este trabajo: el **Estado de excepción**.

De esta manera, es fácil advertir que toda situación de anormalidad alude a circunstancias fácticas conformadoras de crisis o de riesgo de crisis para el Estado, y se convierte así en el *presupuesto objetivo* del Estado de excepción, en tanto “*supuestos de hecho habilitantes*” que normalmente se representan mediante *fórmulas* o *conceptos jurídicos indeterminados* pero que sí son “determinables” (Cifuentes Muñoz, 2002), tales como “grave perturbación del orden público”, “amenaza a la estabilidad institucional”, “grave daño a la convivencia ciudadana”, entre otros.

La diversidad de supuestos habilitantes contemplados en el derecho comparado, se puede catalogar en las siguientes tipologías:

- a) **Situaciones de excepción de índole natural.**- también conocidos bajo la denominación genérica de “desastres naturales”, en tanto son resultado de la naturaleza y los fenómenos que ella presenta, sin que intervenga en su acaecimiento la voluntad del hombre, pudiendo clasificarse en dos (02) categorías: i.) de origen geológico (como terremotos, movimiento de masas, deslizamientos, erupciones volcánicas, entre otros) y ii.) de origen hidrometeorológico o climático (donde se encuentran las inundaciones, granizadas, sequías, vientos huracanados, nevadas, heladas, incendios forestales, entre otros); todos ellos, fenómenos que pueden tener repercusiones en la vida política, económica, jurídica y social de los Estados al causar serias y graves alteraciones del orden público (pudiendo originar saqueos, destrucción de bienes, entre otros).

- b) **Situaciones de excepción resultado de la acción humana.**- son aquellas producidas por acción del hombre o por su negligencia o impericia, admitiendo las siguientes categorías (Bidart Campos, 1963 T. I: 576 y ss.):
- i. **Guerra o conflicto internacional (guerra exterior),** contingencia típica del derecho internacional que supone el empleo de la violencia física (militar) por parte de fuerzas armadas organizadas de una nación contra otra, teniendo normalmente por objeto el hacer prevalecer un punto de vista político-internacional (Rousseau, 1966: 541).
 - ii. **Alteraciones internas,** o contingencias de carácter político que suponen una categoría elástica que comprende situaciones de conflictos armados no internacionales de diversa índole, tales como insurrecciones, motines, rebeliones, guerra civil interna, terrorismo, guerrillas, entre otros.
 - iii. **Emergencias económicas,** generadas por los desajustes propios de la economía de un Estado, a partir de decisiones y medidas de carácter oficial, como el alza de precios de ciertos servicios públicos, la congelación de salarios, entre otros.
 - iv. **Accidentes,** que tienen lugar por negligencia o impericia del hombre en el manejo de determinados recursos o en el desarrollo de alguna actividad (ej.: accidentes de carácter químico o biológico, bacteriológicos –pandemias-, sanitarios, radiactivos, nucleares, derrame de petróleo, entre otros), que también pueden desencadenar desórdenes públicos o caos generalizado.

A nivel internacional, las situaciones excepcionales que puede enfrentar un Estado se encuentran consagradas en diversos instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”) (Art. 4 numeral 1: “*En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados parte en el presente Pacto podrán (...)*”; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) (Art. 27 numeral 1: “*En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá (...)*”).

En cuanto a su consagración normativa, se puede advertir que los supuestos fácticos considerados como la *situación de anormalidad* que afecta la dinámica ordinaria del Estado a la que se debe hacer frente, han sido positivizados –algunas veces- por medio de causales “*objetivables con relativa facilidad*” (Rubio Correa y Bernal Ballesteros, 1983: 218-219) tales como “catástrofe”, “guerra exterior”, “guerra civil”, “invasión”, etcétera, respecto de las que existen una idea clara en el mundo jurídico y político; mientras que, en otros casos, inevitablemente se ha tenido que recurrir a “*conceptos jurídicos indeterminados*”, como “perturbación de la paz interna” o “graves circunstancias que afectan la vida de la Nación”, en el propósito de ampliar su espectro abarcativo lo más posible, aunque afectando la precisión que es recomendable en estos casos.

Volveremos sobre este tema cuando analicemos los supuestos contemplados para el caso peruano.

2. **Acto de decretamiento estatal necesario**

Este elemento –también denominado “**decisión excepcional**” o “**decisión constitucional de excepción**” (Garrido López, 2017)- se encuentra constituido por el acto formal que oficializa –como competencia expresamente otorgada- la decisión del Estado de que una determinada *situación de anormalidad* que haga peligrar la continuidad del mismo, no puede ser enfrentada con los instrumentos y mecanismos ordinariamente contemplados por el *Estado de Derecho*, por lo que es indispensable salir de la regulación normativa habitual y reemplazarla por otra donde, como consecuencia del empoderamiento de la autoridad estatal, los derechos fundamentales de los ciudadanos experimentan algunas limitaciones y restricciones, según veremos.

Debemos destacar, sin embargo, que la ocurrencia de una situación de excepción en el plano de los hechos, sólo *habilita al titular de dicha competencia para dictar* el acto estatal que declara el *Estado de excepción*, *sin obligarlo* de ningún modo a hacerlo ⁽⁷⁾, tal y como queda puesto en evidencia al advertirse que han existido y existen muchas situaciones de crisis que han sido superadas sin recurrir a la declaración del Estado de excepción en la medida que la voluntad política optó por implementar una solución diferente.

En este contexto, es posible afirmar que el órgano competente para adoptar el decretamiento aludido posee un amplio “*margen de apreciación*” de los hechos que configuran la situación de anormalidad para decidir si aquella es de tal magnitud o intensidad que puede, o no, ser atentatoria contra la continuidad del Estado ⁽⁸⁾. Al respecto, Cifuentes Muñoz (2002) afirma que “el juicio del Presidente es de naturaleza cognoscitiva e interpretativa, por no estar referido a la oportunidad o convivencia, sino a la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el presupuesto objetivo de los estados de excepción”.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado –en la STC N° 00002-2008-AI/TC- que

“(…) el estado de excepción, por su propia naturaleza, es una decisión jurídico-política empleada como un mecanismo de último recurso, puesto que la función de un régimen jurídico es prever las situaciones de conflicto social y dar respuesta a ello en un ambiente de normalidad. Solamente en casos extremos es que este mecanismo debe ser empleado” (f. 22).

En el ámbito internacional, tanto el Art. 27 de la CADH como el Art. 4 del PIDCP, aluden a la autoridad competente para la proclamación de la emergencia con la referencia general al “*Estado parte*”, en una clara voluntad de que sea el ordenamiento jurídico interno de cada Estado —normalmente, en la respectiva Constitución— el responsable de determinar cuál será el órgano constitucional específico que ha de titularizar esta capacidad jurídica; de acuerdo a los sistemas imperantes en el derecho comparado,

⁷ Por ejemplo, en el Art. 137 de la Constitución peruana de 1993 se establece que Presidente de la República “*puede*” decretar cualquiera de los Estados de excepción contemplados (Estado de emergencia y Estado de sitio).

⁸ Adviértase que, a nuestro modo de ver, la autoridad decretante –en este tema- no tiene un **margen de discrecionalidad**, y menos es posible sostener que estamos ante lo que técnicamente constituye una *facultad* o *poder discrecional*, en la medida que ello supondría que la autoridad (el Ejecutivo) puede decretar el Estado de excepción sin presentarse las circunstancias constitucionalmente previstas.

donde la decisión constitucional excepcional ha sido encargada según dos modelos claramente definidos:

- a) El **modelo de hetero-investidura**, donde la emisión del acto de decretamiento estatal del Estado de excepción se encarga a un órgano constitucional – normalmente el Poder Legislativo, por su clara legitimidad democrática-, para conceder competencias de crisis a otro órgano; tal y como ocurría, por ejemplo, en la clásica dictadura romana, donde la decisión sobre la apreciación de la existencia de la crisis correspondía al órgano ejecutivo ordinario (los Cónsules), quienes delegaban su poder en un hombre eminente al que nominaban como “dictador”, no pudiendo designarse a sí mismos ⁽⁹⁾.
- b) El **modelo de auto-investidura**, en el que la aludida proclamación la realiza el mismo órgano constitucional que asumirá las competencias extraordinarias para enfrentar la situación de crisis, en una vulneración del criterio de Rossiter (2017) de que la decisión de instaurar la “dictadura constitucional” *no debe recaer en la misma persona que ejercerá los poderes extraordinarios*.

La tendencia moderna es encargar el decretamiento del Estado de excepción al titular del Ejecutivo, lo cual –según Siles Vallejos (2017)- deviene absolutamente justificado atendiendo a razones de *rapidez y eficiencia* para hacer frente a la situación de grave crisis, según sostiene:

“(…) parecen válidas las razones del constitucionalismo contemporáneo para permitir que sea el Gobierno, reconocido como más rápido y eficiente, y no el Parlamento, con sus complicados procedimientos y lentas deliberaciones, el que decida si la nación se halla ante una amenaza existencial. Esto es así, en particular, considerando un peligro tan grave y de acciones tan repentinas, como el representado por el terrorismo global, capaz de golpear brutalmente a los Estados de un momento a otro” (p. 142).

Es evidente que el riesgo de ejercer en forma abusiva la potestad de decretamiento es algo siempre latente en la dinámica del poder, frente a lo cual ni el Parlamento ni la judicatura pueden ejercer controles adecuados de orden político y jurisdiccional, respectivamente. Sin embargo, es bueno recordar, siguiendo a Siles Vallejos (2017: 144), que dicho peligro tiene que ver, únicamente, con la apreciación de las circunstancias que habilitan la proclamación, es decir, con la adecuación de la situación fáctica advertida en las causales que la Carta prevé para la introducción del régimen excepcional.

En el Perú, durante el siglo XIX, las sucesivas Constituciones otorgaron al Congreso de la República la facultad de decretar el Estado de excepción para que las competencias excepcionales las ejerza el Ejecutivo, siendo recién con el Texto Fundamental de 1933 (Art. 70) –ya en el siglo XX- que éste recibe la potestad de determinar por sí mismo si la

⁹ Como sostiene Siles Vallejos (2017: 143), no parece reproducible, en la actualidad, la experiencia romana original en que se separaba a quien *debe declarar la emergencia* de quien *debe ejercer los poderes extraordinarios destinados a conjurarla*, en particular; debido a que hoy en día “ambas autoridades han de ubicarse en el campo del Ejecutivo (el gobernante ordinario y el magistrado extraordinario)”. Por tal razón, y a modo de resguardo constitucional, se pueden estipular supuestos de especial gravedad, en los que distintos órganos están facultados para contrapesar la auto-investidura del Ejecutivo, incluso mediante el otorgamiento de autorización o consentimiento, tal y como ocurre con la intervención –coadyuvante y de control *ex post*- del Legislativo que ha sido consagrada modernamente.

afectación de la “seguridad del Estado” exigía o no la “suspensión de garantías”, posición de autoinvestidura que han mantenido las Constituciones de 1979 y 1993.

En América Latina, por su parte, la decisión excepcional se *consagra a favor del propio Poder Ejecutivo*, en la persona del Presidente de la República, quien será así el mismo que se investirá de los poderes excepcionales, contando normalmente con el asentimiento del Consejo de Ministros (*modelo de auto-investidura*), como ocurre en Brasil, Colombia, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana ⁽¹⁰⁾; aunque puede exigirse a veces *la autorización previa del Legislativo* –como en Argentina, Colombia, México, España y Panamá–, en una suerte de *auto-investidura condicionada*. En otros casos, se puede *encargar la declaración al Legislativo por sí mismo*, en forma exclusiva y excluyente, como sucede en Italia y el Estado de guerra (Art. 78 de la Constitución de 1947), y en España con el Estado de sitio (Art. 116.4 de la Constitución de 1978) (*modelo de hetero-investidura*).

Como parte del fortalecimiento de los controles sobre los Estados de excepción, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que –en aras de respetar el principio de equilibrio de poderes– “la declaratoria exige una fundamentación (político-jurídica) y un progresivo sistema de rendición de cuentas, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el político” (STC peruano N° 00002-2008-PI/TC, f. 21).

Finalmente, es importante señalar que, en algunos países, el decretamiento estatal supone la obligación constitucional no sólo la declarar el inicio del Estado de Excepción, sino también su culminación y, por ende, el *restablecimiento de la normalidad*, tal y como por ejemplo se consagra en la Constitución colombiana de 1991 (Arts. 212 y 214.4) para el caso del Estado de Guerra Exterior.

3. **Legalidad excepcional**

La legalidad excepcional –también llamada “**régimen de excepcionalidad**” o “**régimen de excepción**” (en singular)- es la normatividad o conjunto de disposiciones, de carácter extraordinario, que habrán de regir en forma posterior al acto de decretamiento del Estado de excepción, que está destinado a enmarcar jurídicamente la anormalidad (García Toma, 2001: 287), y permitir así encausarla de vuelta hacia la normalidad.

A fin de comprender el marco teórico existente y con ello la trascendencia de este elemento configurador del Estado de excepción, es necesario señalar que, en el Derecho Constitucional Comparado, son dos (02) los modelos imperantes sobre su procedencia: i.) **aqueños que afirman la imposibilidad de exceptuar cualquier prescripción constitucional**, y ii.) **los que sostienen que es perfectamente posible consagrar una normatividad excepcional**, con vigencia temporal y extraordinaria.

¹⁰ Un caso particular, e interesante a la vez, es el de Chile donde el Presidente de la República debe contar con el previo acuerdo del “Consejo de Seguridad Nacional” para declarar, en todo o en parte del territorio, el tipo de Estado de excepción respectivo y los mecanismos a implementarse (Art. 40 de la Constitución de 1980). De conformidad con el Art. 95, el Consejo de Seguridad Nacional se encuentra presidido por el Presidente de la República e integrado por los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República, pudiendo participar también –como miembros del Consejo, con derecho a voz- los ministros encargados del gobierno interior, de las relaciones exteriores, de la defensa nacional y de la economía y finanzas del país; y actuará como Secretario el Jefe del Estado Mayor de la Defensa Nacional.

En el primer modelo, se entiende que *no es posible exceptuar ningún tipo de prescripción constitucional*, en tanto ello supondría una suspensión de la efectividad del Texto Fundamental y, por ende, su relativización como norma suprema del Estado.

En el temprano debate teórico constitucional, fue Constant (2006: 243 y ss.) el primero en oponerse a la posibilidad de suspender la Constitución con el supuesto y declarado propósito de salvarla, atendiendo al siempre presente riesgo de abuso que de allí se derivan, en un contexto como el de entonces, donde recién empezaban a perfilarse los alcances del control constitucional que vería luz muchos años después.

En cuanto a su consagración positiva, el Art. 130 de la Constitución belga de 1831 fue el primero en establecer expresamente que *“la Constitución no podrá ser suspendida total o parcialmente”*; mientras –más modernamente, y de manera tácita- este modelo ha sido recogido en las Constituciones de Italia (1946) y de Bélgica (1994), donde no se contemplan cláusulas sobre la materia, en el entendido que -en ningún supuesto o hipótesis- puede admitirse la suspensión de la Carta Fundamental ni la afectación de los derechos constitucionales, ni siquiera ante peligros que amenacen la continuidad de la vida institucional del país (De Vergottini, 2004: 24).

Para Lamarque (1961: 562 y ss.), el fundamento de las actuaciones del poder político con miras a la defensa del Estado sin exceptuar cualquier prescripción constitucional que es sostenido por esta postura, se sustenta puramente en *consideraciones de tipo político (teorías políticas)* y, de manera específica, en la necesidad de dar respuesta a las exigencias –fácticas, no jurídicas, aunque con innegables consecuencias en el derecho- que se presentan en una sociedad por motivos de *“fuerza mayor”* o por *“estado de necesidad”*.

La denominada *“teoría de la fuerza mayor”* (*“force majeure”*) de Wigny (1952) sostiene que la validez de los actos jurídicos que no son adoptados de acuerdo al proceso regular, se sustenta en el propósito de enfrentar una situación de *fuerza mayor* que afecta gravemente a una sociedad, la misma que se determina a partir de la concurrencia de tres (03) condiciones: i.) que exista una circunstancia fáctica real que imposibilite la observancia de la Constitución (*requisito de gravedad*); ii.) que la Constitución sea respetada en la medida de lo posible (*requisito de respeto constitucional*); y iii.) que el alcance de la inobservancia sea limitado (*requisito de proporcionalidad*)⁽¹¹⁾.

De igual modo, se puede señalar que –si bien la tan cuestionada teoría de la razón de Estado cayó en descrédito por los abusos que se cometieron en su nombre, sobre todo en la época previa al constitucionalismo moderno europeo- lo esencial de su discurso se ha mantenido hasta la actualidad, aunque dentro de ciertos límites de razonabilidad propios del Estado de Derecho, a través de la noción *“estado de necesidad”* que, de las disciplinas jurídicas civil y penal, pasó al Derecho constitucional y administrativo para

¹¹ Sobre estas condiciones, Wigny (1952: 198-200) señala:

- a) “No basta una gran dificultad. Sin embargo, asimilamos a la fuerza mayor el estado de necesidad. El mismo se realiza cuando el funcionamiento regular de la institución no está paralizado, pero expone al Estado a un grave peligro, inminente e inevitable”.
- b) “Más aún, el estado de necesidad no puede ser la justificación de un poder arbitrario. Nos debemos inspirar en el espíritu de la Constitución, escoger las fórmulas que más se acercan, de acuerdo a las circunstancias, los procedimientos ordinarios”.
- c) “No solamente los gobernantes no escogen de acuerdo a su voluntad los nuevos procedimientos, pero además, ellos no pueden utilizar esos mismos para adoptar cualquier medida, ellos se limitarán a aquellas que son a la vez necesarias y urgentes”.

Traducción del francés: Paola Rojas Gálvez.

aludir a aquella situación de peligro de los intereses protegidos por el derecho que justifica y exime de cualquier tipo de responsabilidad la afectación de los intereses de “otro” (12).

Esta lógica, aplicada con referencia al Estado, parte de que ante un peligro inminente que arriesga su continuidad histórica, será necesario que el marco jurídico ordinario altere su efectividad y habitual equilibrio entre la *Libertad ciudadana* y la *Autoridad estatal*, a fin de concentrar el poder público bajo la sola decisión del órgano gubernativo por antonomasia, para una finalidad específica: salvar de perecer a la convivencia social en su conjunto (Bielsa, 1957). En similar sentido, Bidart Campos (1987 b: 581-582) señala que el estado de necesidad es legítimo frente a un hecho extraño a la voluntad directa del Estado, que entraña para la conservación de éste o de la colectividad a él referida, un peligro grave e inminente, ya sea respecto del orden público interno o cuando éste amenaza su integridad política, institucional u orden internacional, para lo cual es necesario disminuir los derechos ciudadanos en defensa de un mayor bien a la comunidad (13).

En tal contexto, siendo indispensable que el Estado se encuentre provisto de los instrumentos necesarios para afrontar y superar las situaciones extraordinarias que impidan el cumplimiento de los fines autoimpuestos por el modelo Social y Democrático de Derecho; resulta perfectamente acorde con las responsabilidades estatales de proveer seguridad y bienestar y promover el desarrollo de la nación, así como con el derecho ciudadano de participar en la consecución de estos fines, dentro del esquema de la “*teoría del estado de necesidad constitucional*”, legitimar toda decisión común de garantía de la organización social y el desarrollo.

Sin embargo, la aparente categoría argumentativa del estado de necesidad no ha estado exenta de crítica. Así, Kelsen (1979) se opuso categóricamente a la utilización del *estado de necesidad* como categoría del derecho constitucional por considerar que ella se erigía sobre una concepción organicista del Estado que –en tanto organismo vivo- lo lleva a reaccionar para su conservación a través de una amplia justificación de la “legítima defensa estatal”, señalando expresamente:

“Se habla de un “derecho de legítima defensa” y se argumenta del modo siguiente: El Estado tiene que vivir, y si es imposible que esto sea por la vía jurídica, los órganos superiores del Estado, especialmente el órgano supremo, el monarca, están obligados para hacer cuanto sea preciso para mantener el Estado. Naturalmente esta no es más que un razonamiento político iusnaturalista que, como de ordinario, intenta hacerse pasar por derecho positivo. Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del “estado de necesidad política”” (p. 206).

De igual modo, Requejo Rodríguez (2001) incide en el sustento del estado de necesidad y cuestiona su aplicación al ámbito constitucional, cuando señala:

¹² La *teoría del estado de necesidad* admite que son cuatro sus elementos: i.) la situación de necesidad (circunstancia fáctica que genera la necesidad), ii.) el acto necesario (para enfrentar la situación de necesidad), iii.) el sujeto necesitado (el sujeto que se beneficia con el acto de necesidad), y iv.) el derecho de necesidad (que regula la problemática jurídica de los otros elementos) (Sagüés, 1990: 122-125).

¹³ En este esquema, es claro que el “*estado de emergencia*” se asume como un tipo o especie del género “*estado de necesidad*”, a modo de necesidad transitoria, excepcional o accidental.

“La negativa constitucional a establecer lo que se conoce como derecho de excepción supone dejar abierta la puerta a la normatividad de lo fáctico. Cuando se presenta una crisis para la que la Constitución no ofrece respuestas, éstas se van a producir en el ámbito de la realidad, esgrimiendo como presupuesto habilitante un estado de necesidad que a posteriori servirá para exonerar de cualquier responsabilidad política e incluso jurídica por la adopción de unas medidas que, aun contrarias a la Constitución vigente, pueden llegar a parecer oportunas y también lícitas, si la necesidad se considera fuente del derecho. Este silencio constitucional propicia, a nuestro entender, una situación que puede poner en cuestión el rasgo definitorio de la Constitución, su supremacía; pues la omisión facilita que se convierta en soberano aquél que, para superar en la práctica la situación de necesidad, puede llegar a disponer sobre la Constitución misma” (p. 108).

En el segundo modelo, el *de procedencia de la normatividad excepcional*, se encuentran quienes preconizan la necesidad de consagrar a nivel constitucional –y, llegado el momento, implementar- una “regulación” de tipo excepcional, que es plenamente justificado aplicar ante situaciones graves de anormalidad, y previo decretamiento por la autoridad competente.

Este modelo ha sido justificado por *teorías de naturaleza jurídica*, donde destacan –a modo de hitos- las posiciones de Maurice Hauriou y Carl Schmitt.

Para Hauriou (1923: 110-111), la posibilidad de que produzcan ciertas circunstancias anómalas, exige prever una normativa de crisis del mayor grado antes que arriesgar la subsistencia del Estado constitucional, pasando a un segundo plano la defensa de la competencia del Legislativo para elaborar las fuentes de Derecho.

Por su parte, Schmitt (1982: 124-126) –a partir de la diferenciación entre “*Constitución en sentido propio*” (entendida como “las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia de un pueblo”) y “*prescripciones legal-constitucionales*”- sostiene que, si bien la Constitución es intangible, la vigencia de las prescripciones legal-constitucionales es susceptible de ser suspendida temporalmente cuando aquellas hayan devenido en un peligro para la forma de existencia política del Estado, por haberse convertido en un obstáculo para la autodefensa del Estado¹⁴). Al respecto, Schmitt (1982) justifica la tangibilidad de las prescripciones legal-constitucionales (“leyes constitucionales”) interpretando el Art. 48.2 de la Constitución de Weimar de 1919 de la siguiente manera:

“La Constitución es intangible, mientras que las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción y violadas por las medidas del estado de excepción (...) Todo esto no atenta a la decisión política fundamental ni a la sustancia de la Constitución, sino que precisamente se da en servicio del mantenimiento y subsistencia de la misma. Por eso sería absurdo hacer de la intangibilidad de la Constitución una intangibilidad de cada una de las leyes constitucionales y ver en cada una de las prescripción legal-constitucionales un obstáculo insuperable para la defensa de la Constitución en su conjunto. Esto, en la práctica, no sería más que colocar la ley particular por encima del conjunto de la forma de existencia política, cambiando en su contrario el sentido y finalidad del estado de excepción” (p. 50).

¹⁴ En una posición crítica a estas teorías jurídicas, Lafuente Balle (1989: 29) realiza dos cuestionamientos que nos parecen interesante de advertir: i.) la alusión de “crisis constitucional” supone una transgresión del principio de legitimidad y, además, configuraría un atentado a los principios del Estado democrático-constitucional; y ii.) el “Derecho de excepción”, en la práctica, resulta inútil para resolver los presupuestos de hecho que generan crisis, en la medida que se trata de una normativa inaplicada que es desplazada por una *legislación especial que regula la creciente complejidad de las soluciones a adoptar en cada particular situación*.

A partir de su implementación, se distinguen dos (02) *sub-modelos* diferenciados fundamentalmente por su nivel de gravedad y por los controles existentes: i.) la *dictadura constitucional* y ii.) el *derecho constitucional de excepción*, que abordamos a continuación.

La ***dictadura constitucional*** es definida por Loewenstein (1976: 285) como: “(...) la sustitución temporal de la técnica que distribuye el poder en las manos del detentador gubernamental, así como la suspensión de los normales controles interórganos de la asamblea frente al Ejecutivo durante la duración del período de excepción”; siendo los ejemplos más característicos la “*Ley marcial*” –de origen inglés (con la “*Munity Act*” de 1689), después consagrada en Estados Unidos (1787) y Francia (1799)- y los “*poderes excepcionales*” del Presidente en la República de Weimar (Art. 48 de la Constitución de 1919) y del Presidente de la V República francesa (Art. 16 de la Constitución de 1958).

Como lo señala Mac Iver (1966: 144), en sus orígenes latinos, la dictadura no puede ser catalogada como una forma de gobierno sino tan sólo como la suspensión temporal del gobierno regular que permite enfrentarse a ciertas crisis de gravedad que exigían en su resolución un liderazgo de excepcional talla y con poderes autocráticos, estando inspirada en el aforismo “*salus populi suprema lex est*” (“*la salud del pueblo es la suprema ley*”), de forma tal que el *Dictador* romano –a modo de “*comisionado*”- asumía todos los poderes existentes por el período limitado de seis (06) meses, no para subvertir el orden, sino –por el contrario- para defender la república, la constitución y su independencia, según sostiene Rossiter ⁽¹⁵⁾. Acorde con su antecedente romano, se puede sostener que la principal característica de la institución radica en que su ejercicio se encuentra legalmente eximido de cualquier tipo de control y, por ende, de responsabilidad por las decisiones adoptadas en el ejercicio del encargo específico de realizar lo necesario para cautelar la integridad y seguridad de la república, en una lógica aparentemente contradictoria donde “*deben cesar las leyes para que puedan regir las leyes*”.

En el denominado “*gobierno de crisis*”, Loewenstein (1976) sostiene que se obliga al Gobierno a tomar fuertemente las riendas del poder, lo que:

“(...) significa la sustitución temporal de la técnica que distribuye el poder entre varios detentadores dotados de mutuos controles por la concentración consciente del poder en manos del detentador gubernamental, así como la suspensión de los normales controles interórganos de la asamblea frente al ejecutivo durante la duración del periodo de excepción” (p. 285).

Así, la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América reguló de forma muy concisa las situaciones de emergencia, en dos dispositivos concretos: i.) en el Art. 1, Sección Octava, inciso 15, relativo al Congreso Federal, dispuso que dicho órgano estaba facultado para convocar a la milicia para ejecutar las leyes de la Unión, suprimir rebeliones y repeler invasiones; y ii.) en el Art. 1, Sección Novena, párrafo 2), donde señaló que el derecho de hábeas corpus no podía ser suspendido por el mismo órgano

¹⁵ Al respecto, en 1948, Rossiter (2017) sostenía:

“Finalmente, este fuerte gobierno, el cual en algunas circunstancias puede convertirse en una dictadura declarada, puede no tener ningún otro propósito que preservar la independencia del estado, el mantenimiento del actual orden constitucional, y la defensa de la libertad política y social de las personas (...)” (p.7).

legislativo, salvo que lo requiriese la seguridad pública, en los casos de rebelión o de invasión ⁽¹⁶⁾.

La ausencia de control en la “Ley Marcial” estadounidense resulta absolutamente clara cuando se decide extender a los civiles las normas de la jurisdicción militar, quedando suspendidas, *ipso facto*, las funciones del órgano judicial ordinario. Si bien es cierto, la Corte Suprema de los Estados Unidos –en el *Caso Ex parte Milligan* de 1866 (71 U.S. 2)- condicionó la legitimidad de la Ley Marcial a dos supuestos (i. que se aplicara en zona real de operaciones bélicas, y ii. que en, esa zona, los tribunales civiles estuvieran impedidos de funcionar) nos parece clara la lógica de la redacción original y su propósito de evitar cualquier tipo de control jurisdiccional.

En la Constitución de Weimar de 1919, el Art. 48 ⁽¹⁷⁾ confirió al Presidente del Reich – en los hechos, al Canciller y su gabinete- un *derecho de necesidad* orientado a restablecer la seguridad y el orden, permitiéndole expedir decretos de necesidad sucedáneos a la ley (*Notverordnung*), todo ello sin control del Reichstag o de tribunales judiciales, por lo que dichos poderes –en la práctica- no pudieron ser limitados temporal ni materialmente, hasta la llegada del Tercer Reich hitleriano del nacionalsocialismo (Bracher, 1975 T. I: 228-305).

En el caso de la Constitución francesa de 1958, el propio Art. 16 ⁽¹⁸⁾ establece una serie de mecanismos de información y control parlamentario: i.) la *grave e inmediata amenaza*, de peligrosa ambigüedad por tratarse de un concepto jurídico indeterminado

¹⁶ Aunque no propiamente es un instituto de emergencia, el régimen federal estadounidense consagra en el Art. 4, Sección Cuarta la denominada “**garantía federal**” o “**intervención federal**”, según la cual los Estados Unidos garantizan a cada Estado de la Unión *una forma republicana de gobierno y protegerá a cada uno de ellos contra la invasión y en el supuesto de violencia interior, a solicitud de la Legislatura o del Ejecutivo cuando la primera no pueda ser convocada.*

¹⁷ El Art. 48 de la Constitución de Weimar de 1919, señala:

“Art. 48.-

Si un País no cumple los deberes que le impone la Constitución o las leyes del Imperio el Presidente de éste podrá obligarle a ello, con ayuda de la fuerza armada.

Cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

El Presidente del Imperio habrá de dar conocimiento inmediatamente al Reichstag de todas las medidas que adopte con arreglo a los párrafos 1º y 2º de este artículo. A requerimiento de éste dichas medidas quedarán sin efecto.

El Gobierno de un País podrá aplicar provisionalmente en su territorio medidas de las expresadas en el párrafo 2º de este artículo cuando implique peligro el retraso en adoptarlas. Tales medidas quedarán sin efecto si lo reclaman el Presidente del Imperio o el Reichstag.

Una ley del Imperio regulará los detalles”.

(El subrayado es nuestro).

¹⁸ El Art. 16 de la Constitución francesa de 1958, señala:

“Art. 16.- Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de una manera grave e inmediata, y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas para tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional.

Informará de ello a la nación por medio de un mensaje.

Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado sobre ello.

El Parlamento se reunirá de pleno derecho.

No podrá ser disuelta la Asamblea Nacional durante el ejercicio de los poderes extraordinarios.

Tras treinta días de ejercicio de los poderes excepcionales, el Consejo Constitucional podrá ser solicitado por el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores, a efectos de examinar si se siguen cumpliendo las condiciones enunciadas en el primer párrafo. Se pronunciará lo antes posible mediante anuncio público. Procederá de pleno derecho a este examen y se pronunciará en las mismas condiciones al término de sesenta días de ejercicio de los poderes excepcionales y en cualquier momento pasado este plazo”.

(El subrayado es nuestro).

de clara dimensión subjetiva, ii.) la *interrupción del funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales*, que supone una más objetiva constatación (Hauriou, 1980: 627-631), iii.) el Presidente de la República, informará de ello a la Nación por medio de un mensaje, iv.) el Parlamento se reunirá de pleno derecho, v.) la Asamblea Nacional no puede ser disuelta durante el ejercicio de los poderes extraordinarios, vi.) las medidas adoptadas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión, y vii.) el Consejo Constitucional será consultado sobre ello. Si a lo señalado se añade que los aludidos poderes excepcionales del artículo 16 de la Constitución francesa de 1958, son una de las respuestas del Derecho francés a las situaciones de crisis, siendo las otras el *estado de sitio* (según Ley de 9 de agosto de 1849 y Art. 36 de la Constitución) y el *estado de urgencia* (según Ley N° 55-385 de 1955), a lo que se puede incluir también la *doctrina de las circunstancias excepcionales* desarrollada por el Consejo de Estado; se puede colegir que el margen de actuación del Presidente francés no es del todo discrecional, aunque se reconozca un amplio margen de acción y decisión no siempre adecuadamente controlado ⁽¹⁹⁾.

Por su parte, el sub-modelo del **derecho constitucional de excepción** supone una normatividad que tiene lugar en situaciones de anormalidad o crisis constitucional, que Cruz Villalón (1984: 31-33) define como “una serie de competencias extraordinarias taxativamente enumeradas, que suponen la suspensión de la Constitución en alguno de sus extremos”, mientras que para Lafuente Balle (1989: 25) se trata de una “garantía frente a las situaciones de crisis constitucional imprevistas, por la que se suspende la vigencia del orden constitucional de ciertos derechos y libertades”.

Dicha excepcionalidad supone necesariamente la *alteración del equilibrio ordinario que consagra la Constitución entre los dos actores socio-político-jurídicos más relevantes*: las personas –y su esfera de autonomía y libertad- (*ámbito de libertad ciudadana*) y el Estado –y el poder político que ejerce de manera limitada- (*ámbito de acción estatal*), que propiamente define lo que hemos denominado la *separación de poderes socio-estructural* ⁽²⁰⁾; para dar paso a un empoderamiento normalmente del titular del Ejecutivo, con la finalidad de dotarlo de las competencias y facultades necesarias que permitan enfrentar el fenómeno que genera la situación de crisis, con la consiguiente afectación de los derechos fundamentales y las libertades públicas ciudadanas, por la vía de la restricción o suspensión ⁽²¹⁾.

¹⁹ En opinión de Goig Martínez (2009: 218), las normas tan abiertas que caracterizan la regulación francesa, no constituye el mejor supuesto de “medidas de emergencia institucionalizadas”, en tanto dicha concentración de poder en manos presidenciales tal vez “suponen un exceso de confianza en las cualidades personales presidenciales y en sus intenciones”, conteniendo los peligros inherentes a toda acumulación de poder.

²⁰ Para nosotros, como principio del constitucionalismo moderno, la separación de poderes presenta tres (03) alcances concretos como criterio de ordenación social que es: i.) diferencia las esferas de actuación y legitimidad del *poder constituyente* –como fuerza fáctica creadora del ordenamiento constitucional que, configurando al Estado, define las condiciones de convivencia en una determinada sociedad- y de los *poderes constituidos* –que configuran el conjunto de órganos e instituciones que la Constitución crea, en tanto pacto social- (**separación de poderes configuradora**); ii.) reconoce y diferencia los respectivos “*ámbitos de desenvolvimiento*” de los dos actores socio-políticos más importantes de la actual dinámica política: el ciudadano (en forma individual o agrupada) (*ámbito de libertad ciudadana*) –definido por el “status” jurídico en que integra la sociedad, en base a los derechos y libertades fundamentales que le son reconocidos- y el Estado (*ámbito de acción estatal*) –precisando la finalidad y funciones básicas del Estado como organización socio-política moderna- (**separación de poderes socio-estructural**); y iii.) dentro de ámbito del Estado como aparato, asume que el poder del Estado (que es uno) –para su mejor racionalización y ejercicio- debe diferenciar diversas “funciones” que han de ser entregadas a distintos “órganos”, para que, entre ellos, se equilibren y controlen mutuamente, dando origen a un “orden competencial” que es su obligada referencia de actuación (**separación de poderes interorgánica**).

²¹ Debe señalarse, que existen sistemas constitucionales, como por ejemplo Alemania e Inglaterra, que –teniendo un derecho de excepción- no necesariamente habilitan la suspensión de derechos y libertades en ninguno de los tipos de situaciones excepcionales que regula; razón por la que el incremento de las facultades atribuidas al Poder Ejecutivo en esos casos, resulta sumamente intenso, tal y como lo sostiene Lafuente Balle (1989: 33) cuando afirma

Así las cosas, debemos señalar que el proceso evolutivo que hemos referido en líneas precedentes encaja perfectamente con las dos corrientes históricas principales identificadas por Lazar (2006: 249) para abordar la problemática de la excepción en el mundo de las ideas políticas: el “*decisionismo*” y el “*excepcionalismo republicano*”. Para el **decisionismo** –que tiene una concepción totalmente pesimista de la vida política-, la búsqueda del bien común es un propósito vano pues la naturaleza humana y el mundo son de por sí caóticos (el “caos” es un hecho permanente de la vida política), por lo que –siendo, la única norma, la excepción- no existirán procedimientos especiales para enfrentarlos, sino que todo el aparato del poder ha de estar empeñado en poner orden a dicho caos, tratándose de una visión relacionada con los monarcas absolutos y los regímenes autoritarios, encontrando su raíz en el pensamiento de Hobbes y, en el siglo XX, con Carl Schmitt⁽²²⁾. El **excepcionalismo republicano**, por su parte, asume que un Estado bien formado y estable –en tanto único lugar donde son posibles la justicia y la virtud (la República)- parte de una distinción fundamental entre lo que es “normal” y lo que es “excepcional” para lo cual necesariamente tiene que haber una situación considerada normal y regular, la misma que necesita ser protegida en situaciones de crisis (excepción) por medio de una figura especial que ha de apartarse temporalmente de la norma, precisamente, para luego volver a la normalidad, siendo sus principales propugnadores Maquiavelo y Rousseau.

Por tal razón, el Estado Constitucional de Derecho moderno asume la postura de la *normatividad excepcional*, apostando la doctrina mayoritaria –de los modelos aludidos (la *dictadura constitucional* y el *derecho de excepción*)- por establecer un “*Derecho de excepción*” como mecanismo de empoderamiento otorgado al Estado para hacer capaz de enfrentar situaciones de crisis.

Así, en la doctrina italiana, De Vergottini (1983: 190-191) sostiene que, ante amenazas a la supervivencia de una sociedad que hacen imposible recurrir a las modalidades constitucionalmente previstas, resulta perfectamente “comprensible que (...) se puede actuar en derogación de la Constitución, provocando su suspensión temporal, introduciendo una nueva normativa excepcional”.

En España, entre otros, Cruz Villalón (1984: 13-23) afirma que el Derecho de Excepción es una “*garantía diacrónica del orden público*” configurada por la Constitución para supuestos de crisis constitucional que superan su propia capacidad normativa, mostrándose favorable al instituto porque mantiene la eficacia formal de la Constitución –a modo de “*Constitución alternativa de emergencia*”- y, además, por facilitar la vuelta ordenada y regulada al marco constitucional ordinario. A mayor abundamiento, Cruz Villalón (1984) destaca el *mutuo condicionamiento* entre la “Constitución de normalidad” y la “Constitución de crisis” cuando señala:

“Con su sola existencia el derecho de excepción pone de manifiesto de manera constante hasta adónde un determinado ordenamiento está dispuesto a llegar en nombre de su propia seguridad sin con ello mismo desautorizarse; con ello, el derecho de excepción aporta permanentemente un elemento de legitimidad al sistema. Finalmente, en ese

que “aunque no se prevea expresamente la suspensión de garantías, es evidente que aquel incremento de poder implicará, cuando menos, una administración más estricta y rigurosa de los derechos y libertades del ciudadano”.

²² Para el *decisionismo* schmittiano, el soberano se ubica dentro del orden jurídico, pero fuera del orden normativo, en tanto su decisión es absoluta y son ilimitados, tanto el supuesto como el contenido de su competencia; con lo cual debe entenderse que el soberano no monopoliza la coacción, sino “*la decisión sobre qué es la normalidad y qué se debe hacer para restablecerla cuándo, a su juicio, se haya perdido*” (Requejo Rodríguez, 2001: 108 nota 2).

“estar ahí”, el derecho de excepción cumple de modo constante una función disuasoria frente a actitudes hostiles a la Constitución (p. 23).

Sin embargo, esta postura no se encuentra exenta de crítica, como aquella que realiza Quiroga Lavié (1982) cuando señala:

“Los estados de excepción no pueden ser institucionalizados, pues ello es una contradicción en sus términos con la función del derecho que no puede admitir la “excepción”, sino la regularidad. Institucionalizar la excepción es equivalente a institucionalizar los golpes de estado” (pp. 625-626).

En similar sentido, y asumiendo que las posturas favorables al derecho de excepción suponen la trasposición de la lógica del “*estado de necesidad*” al ámbito del Derecho Constitucional, se alzan las palabras de advertencia formuladas por Lucas Verdú (1986 Vol. II) cuando sostiene:

“(…) el problema consiste en que, merced a las transformaciones sociales, ha habido una transposición entre la regla y la excepción, entre la norma y el hecho, de manera que el momento excepcional jurídico se ha convertido en fenómeno normal, y entonces, a fuerza de producirse y repetirse, ha desbordado los cauces jurídicos concebidos como ordinaria regulación de lo normal. La repetición del estado de necesidad en el Derecho político conduce a la desvaloración de la normatividad constitucional, en la medida que, aunque ésta haya previsto y se encuentre en ella implícita, la aparición de la anormalidad, no obstante su continuada repetición, hiere gravemente al principio de supremacía de la ley, la cual se concibe en términos genéricos para que impere lo más largamente posible en la normalidad propia del Estado de Derecho” (p. 680).

Estas críticas han llevado a que, autores como Lafuente Balle (1989: 29), sostengan que la teoría de la fuerza mayor de Wigny es la que mejor responde ante una crisis constitucional, siempre y cuando se la asuma como la desvirtualización del “Derecho de excepción” –negando así su existencia-, en una lógica donde, ante la inutilidad del Derecho de excepción, la “*force majeure*” permite “*justificar las actuaciones paraconstitucionales de los detentadores del poder político en orden a la defensa del Estado democrático-constitucional*”.

Sin embargo, pensamos que la aceptación de un “*Derecho de Excepción*” responde al propósito de que la Constitución Política del Estado se convierta, precisamente, en un instrumento jurídico-normativo y político que rija y se encuentre vigente siempre, tanto en épocas de normalidad constitucional como en situaciones anormales o excepcionales, a condición de que no sea asumida como una “*falta de vigencia*” o “*pérdida de eficacia y exigibilidad jurídica*” de la normatividad ordinaria, sino en clave de “*sustitución*” o “*reemplazo*” por expresa *permisión del propio Texto Fundamental*; tal y como lo ha asumido Rossi (1984) al negar el carácter excepcional del *Derecho de Excepción* cuando afirma que, tanto las circunstancias ordinarias como las extraordinarias, se encuentran sujetas a reglas jurídico-constitucionales que serán de aplicación en uno u otro caso, dependiendo de cuáles sean las circunstancias de cada momento, en una lógica donde no es que, ante determinadas circunstancias extraordinarias se excepcionen las reglas jurídicas aplicables a las circunstancias ordinarias, sino que –en tal caso y por la naturaleza de los hechos que se procuran superar- estas reglas *ceden frente a las reglas jurídicas previstas para aquellas*

circunstancias ⁽²³⁾⁽²⁴⁾. Esta situación, a decir de Alzaga Villaamil (1978: 359), pone de manifiesto el gran drama que tiene que aceptar el Estado de Derecho de suspender las libertades y los derechos fundamentales cuando se llega a determinadas situaciones límite, precisamente para que, a la larga, permanezcan salvaguardados tales derechos y libertades; en la misma lógica advertida por Agamben (2007: 109) cuando alude a una de las paradojas irresolubles sobre las que se fundamenta el derecho: *que el estado de excepción es una suspensión del derecho por el derecho* ⁽²⁵⁾.

En esta línea de pensamiento nos parece que se encuentra el planteamiento de SÁCHICA (1988) cuando afirma:

“La lógica obliga a sentar que la Constitución no cesa de regir en estas situaciones de excepción, ya que el objeto de las mismas es precisamente el de asegurar su plena vigencia, pues son mecanismos para su mantenimiento en tiempos de crisis. Se trata de situaciones institucionalizadas y reguladas en la propia Constitución, no extraconstitucionales. Y los poderes extraordinarios solo alcanzan a facultar para restringir y aun negar transitoriamente el ejercicio de algunos derechos o suspender ciertas garantías y libertades, que explícitamente autorice la Constitución” (p. 106).

En similar sentido, en la doctrina nacional, se encuentra la posición de BERNALES BALLESTEROS (1999) cuando sostiene:

“En el Derecho Constitucional existe lo que se denomina *emergencias constitucionales* que son situaciones jurídicamente declaradas en las cuales, por autorización de la propia Constitución, se puede hacer excepción temporal al ejercicio de los derechos constitucionales o de las garantías que protegen a estos derechos y por lo tanto las personas no pueden ejercer o, según el caso, defender dichos derechos” (p. 386).

(El subrayado es nuestro).

De igual modo, Castañeda Otsu (2004) afirma:

“Se parte de la premisa de que en un Estado Democrático de Derecho, el constituyente debe diseñar instituciones para tiempos de normalidad y también para tiempos de crisis, como mecanismos de defensa del régimen constitucional. Y debe hacerlo, porque la historia nos demuestra que muchos Estados han pasado por diversas situaciones de crisis, las que revisten diversas formas de origen externo o interno” (p. 606).

(El subrayado es nuestro).

²³ En una posición crítica de esta propuesta, Lafuente Balle (1989: 27) sostiene que el planteamiento de Rossi es “falaz” porque el carácter excepcional del Derecho de excepción viene dado, precisamente, por su atemporalidad, y “ésta es una característica irrefutable del Derecho de excepción en cuanto que forma parte de su misma definición”.

²⁴ Llegan a coincidir con Rossi y el carácter *no excepcional* de los Estados de excepción –aunque no por los mismos motivos–, dos autores importantes como Troper y Schmitt. Para Troper, el derecho de excepcional no es nada “excepcional” en la medida que la autoridad competente decide ejercerlo a partir de una norma o principio que permita su aplicación, encontrándose el sustento entonces en mismo ordenamiento jurídico ordinario. Para Schmitt –en su perspectiva decisionista– el Derecho contiene en su esencia misma la situación de poder absoluto sobre la norma, señalando Heller –partidario de Schmitt– que soberano es aquel que puede violar la ley o actuar *contra legem*, sin ser ilegal.

²⁵ La segunda paradoja mencionada por Agamben es *que el estado de excepción es la situación en la cual la excepción se hace regla*.

A nivel jurisprudencial, inclusive, también nos parece que ésta es la posición asumida por nuestro máximo intérprete de la Constitución, cuando precisó:

STC N° 00017-2003-AA/TC:

“12. La situación extraordinaria se configura por la alteración del normal desenvolvimiento del aparato estatal y/o de las actividades ciudadanas, y cuya gravedad hace imprescindible la adopción de medidas excepcionales. Y si bien puede predeterminarse en su naturaleza y consecuencias políticas, sociales o económicas, no puede precisarse cuándo se desarrollará.

13. Dentro de ese singular e inusual contexto, el Estado hace frente a la perturbación ocasionada por dicho “clima” de anormalidad empleando, para tal efecto, recursos excepcionales para conjurar y eliminar, rápida y eficazmente, los factores de alteración. Así, la aplicación –con la anuencia de la Constitución– de alguna de las modalidades del régimen de excepción y, por ende, de la asignación de un conjunto de competencias extraordinarias a favor del órgano Ejecutivo, obedece a la necesidad de solucionar o conjurar una serie de circunstancias anormales, lo cual acarrea la supresión, limitación o restricción transitoria de ciertos derechos ciudadanos (...)

14. La doctrina y el derecho constitucional comparado admiten que la vida institucional no es siempre uniforme, permanentemente lineal, ni absolutamente previsora del acontecer coexistencial dentro de una comunidad política; por el contrario, ante los avatares de la historia, la sensatez acredita la necesidad de que el Estado esté premunido de los instrumentos necesarios para afrontar aquellas situaciones extraordinarias que impiden el cumplimiento de los fines de la sociedad estatal y que amenacen su perdurabilidad como tal” (f. 12-14).

(El subrayado es nuestro).

STC N° 00002-2008-PI/TC:

[El régimen de excepción se caracteriza] “(...) 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 (f. 18).

Dentro de esta perspectiva, la propugnada “*aproximación al Estado de excepción dentro del paradigma del Estado de Derecho*” de Ferrajoli (2011 T. II: 101) sostiene que es posible identificar ciertas “condiciones de compatibilidad” entre ambas figuras, si se admite que el Estado de excepción desarrolla una *función de garantía* cuando sus presupuestos, contenidos e instituciones competentes para su realización son rigurosamente preestablecidos por el ordenamiento jurídico-constitucional, lo cual lo convierte en “un poder específico de garantía” contra la subversión y en defensa de la paz y los derechos fundamentales, bajo tres (03) condiciones: i.) como función justamente de garantía, y no como función política o de gobierno, ii.) conforme a presupuestos precisos y contenidos rígidos previstos constitucionalmente, y iii.) al ser confiada a una institución de garantía secundaria, como un Tribunal Constitucional (Ferrajoli, 2011 T. II 103 y 104-105).

Señalado esto, un aspecto que cae por su propio peso a estas alturas, es el referido a cómo se relaciona –precisamente- el aludido “*derecho de excepción*” con el “*derecho constitucional ordinario*” con el que alterna, pudiéndose contar tres (03) posturas predominantes en la doctrina jurídica, según La Torre (2010: 27-28): i.) aquella para la que el estado de excepción *sería una excepción a la regla (extra ordinem)*; ii.) la que entiende que el estado de excepción *estaría dentro de la regla* no porque se da según alguna regla y sin salir de ella, sino *porque tiene su fundamento en la posibilidad de su violación (fundamento intra ordinem)*; y iii.) la que asume que el estado de excepción *estaría dentro de la regla (intra ordinem)*.

La primera postura (*extra ordinem*) afirma que el estado excepción, no es parte del derecho constitucional y se sale de la juridicidad para salvar la regla misma, violándose el orden para, luego, reestablecerlo; siendo esta la posición del modelo de imposibilidad de exceptuar las prescripciones constitucionales y las teorías políticas que la sustentan. En este caso, nunca será posible tener un *nuevo Derecho*, pero sí una situación excusada y concebible desde el punto de vista de la legalidad vigente, probablemente justificado por las tesis de la *fuerza mayor* y del *estado de necesidad* que hemos abordado (*Derecho ex post factum*).

La segunda postura (fundamento *intra ordinem*) sostiene que el estado de excepción se encuentra dentro del derecho, pero no en el sentido de que tendría que decretarse, establecerse o implementarse según el marco jurídico y siempre sin salir de él, sino que ésta (la juridicidad excepcional) encuentra su fundamento en la posibilidad de la violación de aquella, es decir, cuando existe riesgo de que el derecho constitucional ordinario sea desbordado por la situación de emergencia. En palabras de La Torre (2010: 28), el fundamento del límite jurídico, del vínculo normativo o del deber, es la ilimitación o la falta de vínculos, es decir, la capacidad que tiene de ejercer un poder fuerte que se justifica en el Derecho –o, exactamente, en justificaciones de índole jurídica-, pero que no está limitado por él; siendo ese el sentido de la clásica afirmación de Schmitt cuando sostiene que “soberano es aquel que puede decidir sobre el estado de excepción”.

En esta modalidad de la postura *intra ordinem*, dependiendo del fundamento de raigambre jurídica que justifique y legitime al estado de excepción, serán dos las concepciones del derecho de excepción en relación con el derecho constitucional ordinario: i.) como “*derecho constitucional implícito*” o ii.) como “*derecho supraconstitucional*”.

La primera posición, de origen suizo (Werner Kägi), parte de sostener que las reglas constitucionales consagradas no se encuentran en situación de paridad, porque en ellas es posible diferenciar *normas fundamentales* –que aluden a los fines del Estado, a su subsistencia y perdurabilidad- y *otras normas secundarias* –que son de tipo instrumental u organizativo-; diferenciación que, cuando se presenta una situación de emergencia o necesidad, hace que prevalezcan las primeras respecto de las segundas, siendo así el derecho de emergencia algo inherente o implícito a toda Constitución –a modo de “derecho sobreentendido”- en la medida que se orienta precisamente a salvaguardar o cumplir aquellas normas fundamentales protectoras de la perdurabilidad y continuidad estatal (Loewenstein, 1976: 286, nota 54).

Para la segunda postura, que hunde sus raíces en la doctrina del derecho natural, el derecho de excepción es una suerte de “*superación de la Constitución*” o, simplemente,

“*derecho supraconstitucional*”, en el entendido que las “cláusulas fundamentales” referidas a algunas metas esenciales o, por ejemplo, la forma de Estado o de gobierno, hace presuponer la existencia misma del Estado y su necesaria conservación para alcanzar tales objetivos, ya que sin Estado no puede haber Constitución ni ninguna forma jurídico-política posible; razón por la cual el derecho de excepción tiene como principal propósito salvaguardar el Estado y conservarlo ante situaciones de grave emergencia. En opinión de Sagüés (1990), un planteamiento así se sustenta en las tesis de la *existencia presupuesta* y de la *autoconservación del Estado*, a las que se refiere en los siguientes términos:

“La Constitución y su proyecto de organización social reposan, entonces, en un dato previo y obvio: *que tiene que haber Estado*. Si el cumplimiento de la Constitución formal provocase la extinción del sistema político o la desintegración social, obvio es también que allí caería asimismo la Constitución. Y no es sensato imaginar como aceptable esa alternativa de suicidio constitucional.

Concomitantemente, el derecho de necesidad tiene apoyatura jurídica (aún en su versión *supra* o *extraconstitucional*, como evasión de la Constitución), en el principio *impossible nulla obligatio est*. Si la observancia de la Constitución es material o racionalmente imposible en un caso concreto, la norma de necesidad opuesta a la Constitución (derecho de necesidad, permanente o transitorio) se recuesta en el aludido postulado, que aunque no lo enuncie el derecho positivo (aunque alguna vez si lo haga), tendrá base, de todos modos, en el derecho natural” (p. 146).

“(…) si se admite que el Estado, como forma política contemporánea, es un producto natural y necesario *de y para* la convivencia humana, y sin el cual resulta (hasta ahora al menos) inconcebible la coexistencia social; si se reconoce también que para la consecución de valores jurídico-políticos como justicia, orden, paz, igualdad, etc., el Estado aparece como sujeto indispensable y fundante, de tal modo que con prescindencia de él tales tareas metas no pueden obtenerse, no cabe otra alternativa que reconocerle un derecho natural a la subsistencia y conservación, no tanto en función de sí mismo sino de la sociedad y de los hombres a los cuales debe servir, atento, precisamente, al papel *instrumental* (y no inmanente) que debe cumplir la estructura estatal” (p. 147)

Para la tercera postura (*intra ordinem*), el estado de excepción se encuentra dentro de la normatividad jurídica, por lo que no existe emergencia que no pueda ser tratada conforme a los parámetros normativos del sistema positivo vigente, lo cual –en buen romance– significa que todo el Derecho “es negación del estado de excepción, y que éste de todas maneras podría darse sólo dentro del Derecho” (La Torre, 2010: 28); posición que nos parece propia del modelo de normatividad excepcional, de las teorías jurídicas que lo sustentan y de las modalidades señaladas de dictadura constitucional y derecho excepcional.

Según La Torre, para el constitucionalismo de los antiguos, el estado de excepción se enfrentaba mediante dos opciones: i.) la que lo consideraba *extra ordinem*, sin dar origen a ningún tipo de derecho, pero sí a una situación justificación desde el punto de vista de la legalidad vigente (estado de necesidad); o ii.) dentro de la postura de *fundamento intra ordinem*, en el sentido que el derecho le ofrece su *ultima ratio*, su legitimidad y validez en última instancia; mientras que para el constitucionalismo de los modernos no existe soberanía posible fuera de la Constitución, sin que sea posible sostener una soberanía o estatalidad primigenia que pudiera manifestarse en ocasiones excepcionales, por el temor a repetir el ejemplo de los regímenes autoritarios del siglo

XX que enseñaron la muy corta distancia *el Derecho de la crisis y la crisis del Derecho* (La Torre, 2010: 28-29).

En función a lo señalado, y regresando al tema que nos ocupa, pensamos que la denominada “*legalidad excepcional*” –entendida como un “*Derecho Constitucional de excepción*”- no es sino la regulación que tiene lugar durante los “*Estados de excepción*” que, según hemos afirmado, no dejan de ser parte del “*Estado de derecho*” en la medida que también se encuentran sometidos al imperio de la Constitución, con la particularidad de ser una juridicidad aplicable a momentos donde la *normalidad constitucional* es reemplazada por una *anormalidad*, debiendo quedar claro que –si bien pueden tratarse de momentos con marcos jurídicos diferentes- ambos siguen siendo “*estados de derecho*” por encontrarse sometidos a la “*juridicidad constitucional*” (también denominada “*constitucionalidad*”); razón por la que es posible sostener que nos encontramos ante una “*regulación constitucional ad hoc*” destinada a enmarcar la situación de anormalidad dentro de los cauces propiamente constitucionales, siendo ésta la explicación de por qué en ellos no puede –ni debe- imperar la arbitrariedad, aun cuando –a decir de Borea Odría (1996: 452)- el margen de discrecionalidad sea mayor que en las épocas normales. Precisamente por su particular sujeción a la juridicidad constitucional, es que Cifuentes Muñoz (2002) sostiene que los Estados de excepción se definen, por contraste, a partir de la normalidad y, en términos teleológicos, como dispositivos institucionales para retornar a ella.

Así las cosas, a las consideraciones a favor del *derecho de excepción*, debe añadirse el importante efecto práctico que supone adoptar tal planteamiento para la consolidación de los *principios de eficacia normativa y de supremacía de la Constitución*, en la medida que evita que el fenómeno de la “*excepcionalidad*” se halle fuera del mundo jurídico y, por ende, de su racionalidad; con lo cual –además de permitir cualquier contenido a dicho derecho excepcional, por encontrarse expresamente autorizado por la Constitución- se apuesta claramente por fortalecer el Estado de Derecho y la racionalización del fenómeno del poder que es propia del constitucionalismo. Sobre esto, nos parecen muy lúcidas las palabras de Requejo Rodríguez (2001) cuando afirma:

“La negativa constitucional a establecer lo que se conoce como derecho de excepción supone dejar abierta la puerta a la normatividad de lo táctico. Cuando se presenta una crisis para la que la Constitución no ofrece respuestas, éstas se van a producir en el ámbito de la realidad, esgrimiendo como presupuesto habilitante un estado de necesidad que a posteriori servirá para exonerar de cualquier responsabilidad política e incluso jurídica por la adopción de unas medidas que, aun contrarias a la Constitución vigente, pueden llegar a parecer oportunas y también lícitas, si la necesidad se considera fuente del derecho. Este silencio constitucional propicia, a nuestro entender, una situación que puede poner en cuestión el rasgo definitorio de la Constitución, su supremacía; pues la omisión facilita que se convierta en soberano aquél que, para superar en la práctica la situación de necesidad, puede llegar a disponer sobre la Constitución misma” (p. 108).

En tal sentido, es plenamente válida la afirmación de Goig Martínez (2009) cuando destaca el propósito finalista del constituyente al consagrar esta normatividad *ad hoc*, al afirmar que:

“La regulación de los estados de excepción responde a la decisión del Constituyente de garantizar la vigencia y eficacia de la Constitución en situaciones de anormalidad de modo tal que la respuesta estatal para superarlas se produzca dentro de un marco jurídico que garantice la integridad del principio del Estado de Derecho, de manera que

en los estados de excepción, la anormalidad no desvirtúa la separación de poderes” (p. 213).

Y es que, siguiendo la lógica de Schmitt (1988: 15) –según la cual “soberano es quien decide sobre el estado de excepción”–, si el constituyente quiere continuar siendo el gran decisor político-jurídico, no puede dejar de pronunciarse –entiéndase, regular– los aspectos más importantes de la situación de crisis y los mecanismos con que ella debe enfrentarse.

Así las cosas, compartimos plenamente las precisiones que realizan Cruz Villalón (1984: 48) –al señalar que “las situaciones de emergencia no pueden suponer en ningún caso la suspensión genérica de la Constitución”– y Bidart Campos (1993: 304) –en el sentido que ninguna emergencia puede justificar que se confieran poderes superiores o ajenos a la Constitución, ni tampoco *suspender la vigencia de la Constitución*, ni alterar la separación de poderes o permitir la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁽²⁶⁾–; siendo ésta la razón por la que, según Garrido López (2017: 48), el derecho constitucional de excepción “es el resultado de una tensa evolución que racionaliza el principio de necesidad y limita la acción del poder ejecutivo en la crisis”.

Por ende, al no implicar la ausencia de la Constitución ni de los Tratados internacionales sobre derechos humanos y, menos, la desaparición de los derechos fundamentales de las personas; los Estados de excepción requieren de las autoridades competentes una disposición, de razonamiento y actitud, que tenga especial cuidado respecto de su desenvolvimiento y desempeño en el ejercicio del poder, a fin de para evitar posibles excesos.

Aclarados los aspectos dogmáticos que explican y pretenden justificar la *legalidad excepcional*, podemos sostener que –a nuestro parecer– ésta se encuentra conformada por dos (02) elementos que la configuran y articulan como categoría jurídico-constitucional:

- a) El **marco regulatorio extraordinario**, que supone la *variación del equilibrio* característico del Estado Constitucional de Derecho moderno y que regula, en situación de normalidad, la relación ponderada entre *las personas* y su libertad inherente (ámbito de autonomía personal) y *la autoridad* del Estado y el poder político reglado y organizado que detenta (ámbito del poder), en favor de la aludida *autoridad* y la necesidad de su *empoderamiento* para enfrentar la situación de crisis que afecta al Estado en su conjunto, por medio de una concentración de competencias y funciones. El *nuevo* marco regulatorio supone,

²⁶ A estas alturas, nos parece necesario precisar que la aludida “*legalidad excepcional*” es una figura distinta de la denominada “*legislación de emergencia*” que –de manera permanente y no en función de ninguna *situación fáctica habilitante* que se presenta en forma *temporal*, sino por el desenvolvimiento de las personas (“no por lo que hace sino por lo que es”, a decir de Ferrajoli (1984: 275-276), a modo de “*Derecho de emergencia*”–, reduce el ámbito de libertad establecido constitucionalmente con carácter general; tal y como sucede con el caso del Art. 55.2 de la Constitución española de 1978, que autoriza que una Ley orgánica pueda suspender –*en forma individual y con la intervención judicial y el adecuado control parlamentario*– los derechos fundamentales de detención por más de setenta y dos (72) horas (Art. 17.2), la inviolabilidad de domicilio (Art. 18.2) y el secreto de comunicaciones (Art. 18.3) a “*personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas*”; es decir, a personas que aparezcan relacionadas con “investigaciones” correspondientes a la actuación de una “banda armada” o de un “elemento” terrorista, siendo un típico caso de *suspensión individual del ejercicio de derechos*. Por lo general, la legislación de emergencia, se contempla de manera específica a modo de restricción incluida en los propios artículos reguladores de los derechos concretos (ver: Virgala Foruria, 1994). En este caso nos encontramos ante una legislación diferenciada que se encuentra justificada –en mucho– por una suerte de *razón de Estado* que afecta los derechos ciudadanos con la pretensión de luchar contra el terrorismo.

pues, una clara y necesaria *alteración de los términos de equilibrio y respeto mutuo* habitualmente exigidos por el constitucionalismo para que se relacionen los dos principales actores socio-políticos: la persona y la autoridad; reemplazándolo por un *empoderamiento temporal* de la autoridad que, por consiguiente, altera el *status jurídico-constitucional* que detenta el ciudadano. Al respecto, Eguiguren Praeli (1990) señala:

“Desde la ya lejana noción inicial de la “razón de estado”, pasando por las de “la patria en peligro”, el “estado de necesidad” y la evolución subsiguiente, la moderna teoría constitucional ha tenido que reconocer –a partir de su existencia frecuente en la realidad- que en el desenvolvimiento del Estado Constitucional pueden sobrevenir situaciones extraordinarias e imprevistas, que comprometen o trastornan seriamente el funcionamiento de las instituciones jurídico-políticas, la estabilidad o la marcha del Estado o del gobierno, o el desarrollo de las relaciones sociales, ante lo cual resulta imprescindible que el Poder Ejecutivo adopte atribuciones y decisiones excepcionales para enfrentar la crisis y restablecer la normalidad perturbada” (pp. 18-19).

De igual modo, García Toma (2001) afirma:

“Dicha acepción hace referencia a aquellas “competencias de crisis” que la Constitución otorga al Estado con el carácter de extraordinarias, a efectos de que pueda afrontar hechos, sucesos o acontecimientos que, por su naturaleza, ponen en peligro el normal funcionamiento de los poderes públicos o amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política” (p. 611) ⁽²⁷⁾.

En opinión de nuestro Tribunal Constitucional, el marco jurídico regulatorio extraordinario supone

“(…)

- c) (...) la existencia de un marco normativo derivado de una grave situación de anormalidad, el cual, sin embargo, vincula al acto estatal necesario con los valores y principios mismos del Estado de Derecho.

En dicho contexto, si bien las normas que consagran los derechos fundamentales de la persona son previstas para su goce pleno en situaciones de normalidad, en cambio durante los “tiempos de desconcierto” pueden convertirse en instrumentos para la destrucción del propio orden constitucional que los reconoce y asegurar. Por ende, en vía de excepción, legislativamente es admisible la suspensión o limitación de alguno de ellos, sin que ello signifique llegar al extremo de consagrar un estado de indefensión ciudadana y proscripción de la actuación del Estado con sujeción a reglas, principios y valores que justifican su existencia y finalidad” (STC peruano N° 00017-2003-AA/TC, f. 19.c).

La aludida “*afectación*”, “*menoscabo*” o “*limitación*” de la relación de equilibrio ciudadano-autoridad tiene lugar a través de los siguientes tipos de limitaciones *temporales* a los derechos fundamentales o libertades públicas:

²⁷ A nivel jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional –en la STC N° 00017-2003-AI/TC (f. 15)- ha definido al régimen de excepción exactamente en los mismos términos que el profesor García Toma:

“15. El régimen de excepción conceptualmente hace referencia a aquellas “competencias de crisis” que la Constitución otorga al Estado con el carácter de extraordinarias, a efectos de que pueda afrontar hechos, sucesos o acontecimientos que, por su naturaleza, ponen en peligro el normal funcionamiento de los poderes públicos o amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política”.

- **Restricción.-** es aquella intromisión vulneradora del ámbito de protección de un derecho fundamental o libertad pública, que supone un cierto nivel de intervención en el derecho fundamental, pero sin afectar el contenido esencial del mismo; razón por la cual –en opinión de Cabezedo Bajo (2010: 163)- toda restricción se configura por la interrelación de tres (03) elementos –a modo de requisitos-: i.) *que la actuación estatal incida sobre el ámbito de protección del derecho*, ii.) *que dicha actuación estatal constituya una intromisión eventualmente vulneradora*, lo que conforma el supuesto de hecho del derecho fundamental, y iii.) *que la mencionada intromisión sobre el ámbito de protección del derecho, se justifique, de conformidad con un límite y, en última instancia, con el principio de proporcionalidad.*
- **Suspensión.-** es un cese expresamente habilitado, de alcance general y de carácter temporal, que supone la desprotección de un derecho fundamental o libertad pública, con clara incidencia en su ejercicio por parte de su titular, a modo de ineficacia general de todo el contenido constitucional de un derecho fundamental, incluyendo el denominado “contenido esencial” del mismo (Castillo Córdova, 2020: 21); aspecto sobre el que volveremos en líneas posteriores.

Es claro que, entre ambas técnicas limitativas, existe una diferencia fundamental en cuanto a los efectos que tiene en los derechos y su respectivo ejercicio, ya que mientras la *restricción* minimiza los efectos de un determinado derecho, la *suspensión* es una suerte de “negativa” de su uso.

Así las cosas, la puesta en práctica de este marco regulatorio extraordinario tiene dos (02) incidencias directas en el sistema constitucional, específicamente en cada una de las partes de la Constitución, tal y como lo sostiene el profesor Bidart Campos (1993 T.I.: 300-301): i.) en la *parte orgánica*, supone el *acrecentamiento de ciertas competencias al Poder Ejecutivo*, pero sin que ello necesariamente suponga una afectación del orden competencial establecido por la Constitución en relación con los otros poderes y órganos constitucionales consagrados, que mantendrán vigentes y efectivas sus atribuciones y competencias, y ii.) en la *parte dogmática*, implica el establecimiento de *restricciones a las libertades, derechos y garantías individuales* de que gozan los ciudadanos, en sus dimensiones civil, social, política, jurídica y económica, siendo precisamente éste plano aquél donde más incidencia y alteración genera. Por tal razón, no podemos estar de acuerdo con Siles Vallejos (2017: 138) cuando sostiene que la concentración de poder en el Gobierno (a efectos de revertir la causa de la crisis) supone automáticamente una modificación del “*cuadro de división de poderes propio de la normalidad constitucional*”, dando a entender que ello implicaría –en la concepción limitada de aquella- una suerte de *encumbramiento* del Presidente de la República por sobre los demás poderes y órganos constitucionales del Estado –o, *contrario sensu*, la subordinación de éstos al nuevo poder del Ejecutivo-; afirmación que no es del todo exacta, por cuanto el principal efecto de dicho empoderamiento incide, directamente, en la relación que la autoridad estatal tiene con la ciudadanía incidiendo en el normal equilibrio entre el *ámbito de la autoridad estatal* y el *ámbito de la libertad ciudadana*. Por ello, es bueno precisar que más que afectar la *separación de poderes interorgánica* (*ad intra* de la organización estatal del poder) propugnada por Siles Vallejos, el Estado de excepción altera, varía o redefine la *relación*

autoridad-libertad que tiene lugar entre el Estado y los ciudadanos, que constituye una suerte de *separación de poderes socio-estructural* (*ad extra* de la organización estatal del poder) que implica el reconocimiento y la diferenciación de los respectivos “*ámbitos de desenvolvimiento*” de los dos actores socio-políticos más importantes de la actual dinámica política: el ciudadano (en forma individual o agrupada) y el Estado, distinción que se convierte en la nota característica que sustenta el planteamiento garantista del constitucionalismo moderno.

Sobre la temporalidad de cualquiera de ambas medidas, Lamarca Pérez (1985) señala que la duración de esa suspensión o las veces que sea preciso declararla es, en cierto modo, “un problema secundario, porque lo importante es que la misma se presente como un estado transitorio, excepcional y que, si es preciso, deba ratificarse cada cierto tiempo”, por lo que “desde el momento en que la suspensión toma carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico y pierde su carácter transitorio, ocupa un puesto comparable al de la propia Constitución” (p. 367).

- b) El **marco operacional**, que comprende la organización para la gestión del estado de excepción en cuanto a su implementación (Goig Martínez, 2009: 214) a través de las denominadas “**medidas excepcionales**” que son las decisiones, acciones, instrumentos, políticas o medidas (fácticas o normativas), de carácter específico y extraordinario, que se encuentra jurídicamente autorizado a implementar el Ejecutivo para hacer frente a la situación excepcional que afronta el Estado y restablecer así la seguridad jurídica.

La implementación de estas medidas excepcionales tiene como presupuesto la existencia del *marco regulatorio extraordinario* antes aludido, en virtud del cual la autoridad posee un más amplio *margen de discrecionalidad* que le permita adoptar las acciones que, a su criterio, sean las indicadas para superar la crisis, ello en virtud del marco regulatorio extraordinario que altera el equilibrio *ámbito de libertad-ámbito de autoridad* antes aludido; debiendo diseñarse e implementarse *siempre dentro del marco regulatorio establecido por la Constitución*, y siendo consciente –además– que las mismas siempre podrán ser analizadas a nivel judicial⁽²⁸⁾. En tal sentido, las potestades extraordinarias se encuentran establecidas por el propio ordenamiento jurídico, “que fija cuáles son los derechos que pueden suspenderse y las facultades con que cuentan los poderes del Estado” (García Morillo, 2002: 467).

En el caso peruano, una medida excepcional consagrada en forma expresa es la posibilidad de disponer que las Fuerzas Armadas intervengan o no en el control del orden interno al declararse el *estado de emergencia* (segundo párrafo del Art. 137, inciso 1, de la Constitución de 1993), o también la posibilidad de definir cómo habrán de restringirse los derechos fundamentales involucrados.

En el derecho comparado, por su parte, las medidas excepcionales revisten las más variadas fórmulas, pudiéndose encontrar desde el otorgamiento de facultades expresas o de facultades legislativas extraordinarias⁽²⁹⁾ y la

²⁸ Al respecto, nuevamente es necesario distinguir entre el *margen de apreciación* –que tiene la autoridad para analizar la configuración o no del supuesto fáctico de anomalía habilitante, ya aludido en líneas precedentes– y el *margen de discrecionalidad* del que dispone esa misma autoridad para –una vez concluido que se ha configurado la situación de anomalía– decidir i.) decretar el Estado de excepción, ii.) definir las medidas extraordinarias que han de implementarse, y iii.) definir la duración, dentro del marco constitucional establecido.

²⁹ Partiendo de la necesidad de legislar con celeridad ante situaciones excepcionales, esta medida autoriza el otorgamiento –vía delegación– de facultades legislativas extraordinarias al Presidente, más allá de las que goza en tiempo de normalidad. El origen de esta institución se encuentra en las *Defense of the Realm Acts* (DORA) otorgados por el parlamento británico en 1914, durante la 1era. Guerra Mundial, para que el Gabinete tomara medidas

suspensión de los efectos de la Constitución y de las normas constitucionales ⁽³⁰⁾ –como ocurre en Panamá-, hasta la suspensión de leyes vigentes contrarias al Estado de excepción y las medidas que se implementen para superarlo, todo ello consagrado a nivel constitucional o por medio de ley de desarrollo constitucional. Así, en España –según la Ley Orgánica 4/1981-, cuando se produce la declaración del estado de alarma, todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza (Art. 9), siendo dicha autoridad competente el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad (Art. 7). En Colombia, el Presidente está facultado para expedir Decretos Legislativos que pueden *suspender las leyes incompatibles con los casos de Estados de Guerra Exterior, de Conmoción Interna y de Emergencia que declare, y que estarán vigentes en tanto dure la situación de anormalidad* (Arts. 212, 213 y 214 de la Constitución de 1991, respectivamente). En Ecuador, declarado el estado de excepción, el Presidente de la República podrá: i.) decretar la recaudación anticipada de tributos, ii.) utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación, iii.) trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional, iv.) disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado, v.) establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional, vi.) disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones, vii.) disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos, y viii.) disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad (segundo párrafo del Art. 165 de la Constitución de 2008).

En aplicación del *principio de interpretación restrictiva de las medidas limitativas*, tratándose de medidas excepcionales de naturaleza *limitativa* de derechos fundamentales, debe advertirse que éstas deben ser interpretadas en forma *restrictiva* a fin de garantizar de mejor manera la libertad personal, esencia y razón de ser del constitucionalismo moderno, señalando Goizueta Vértiz (1997) que

“(…) toda interpretación relativa tanto a tratados sobre derechos humanos en general, como en materia de estados de excepción en particular, debe tener en cuenta como criterio rector y básico el llamado principio *pro homine* entendiendo por tal que mientras la vigencia de los Derechos Humanos debe interpretarse extensivamente, por el contrario las limitaciones, restricciones y/o suspensiones de estos derechos, deberá hacerse siempre restrictivamente” (p. 193).

administrativas, económicas y militares; siendo su antecedente la asunción discrecional de facultades legislativas por el propio órgano ejecutivo contemplado por la Constitución de Weimar de 1919 (Art. 48.2).

³⁰ Esta medida apareció en la Constitución francesa de 1799.

Conforme a lo señalado en el caso peruano, no habiendo la Constitución facultado al Presidente de la República a dictar un marco normativo especial, es necesario tener claro que la alusión a una “*legalidad excepcional*” no puede entenderse como la posibilidad de expedir normas jurídicas especiales, sino tan solo permite aludir a la variación del “marco constitucional ordinario” –caracterizado por el equilibrio entre el Estado, la Sociedad y el Individuo- y su alteración por disposiciones excepcionales de empoderamiento al Ejecutivo y limitación a los derechos fundamentales de los ciudadanos, pero siempre dentro de lo expresamente establecido por el Texto Fundamental y sin afectar los derechos, garantías, equilibrios y controles que no se suspenden, restringen o limitan, en la medida que –sólo así- se continuará estando dentro del marco constitucional previsto y que lo legítima.

Así las cosas, directamente derivados de sus elementos constitutivos, se puede afirmar que el Estado de excepción –como especie del género “estado de necesidad”- posee tres dimensiones (Sagüés, 1990: 125): i.) una **dimensión fáctica**, que alude a las situaciones fácticas o hechos de anormalidad que justifican que crean una situación de emergencia, crisis o necesidad; ii.) una **dimensión normativa**, que incide en las reglas que regulan las situaciones de anormalidad constitucional; y, finalmente, iii.) una **dimensión axiológica**, referida a la legitimación de la finalidad que se busca alcanzar a través de la instauración o decretación de los regímenes de excepción: el retorno a la normalidad constitucional.

De lo afirmado, podemos colegir que el denominado Derecho de Excepción supone una técnica del constitucionalismo moderno que procura –a través de la flexibilización de las normas constitucionales, mediante una regulación excepcional- encauzar por la senda del Derecho a las situaciones de anormalidad que pueden afectar a la convivencia social, fortaleciendo así la vigencia del paradigma jurídico; razón por la cual no podemos sino compartir la afirmación de Garrido López (2017: 45) cuando señala que el derecho de excepción “*pretende hacer frente a la crisis sin renunciar a la fuerza normalizadora del derecho*”.

Los “regímenes de excepción” como institutos jurídico-constitucionales

La interrelación de dos (02) de los elementos aludidos de los Estados de excepción –i.) la situación de anormalidad (*supuesto fáctico habilitante*) y ii.) la legalidad excepcional (*normatividad de excepción*)³¹- da origen a los denominados “**institutos de excepción**”, “**institutos de emergencia**”, “**estados excepcionales**” (en plural) o, simplemente, “**regímenes de excepción**” (en plural), que son creaciones jurídicas que, a modo de remedios, procuran contener, atenuar, subsanar o superar las emergencias constitucionales.

Sobre el particular, debemos señalar que la exclusión del “*acto de decretamiento estatal necesario*” –el otro elemento del Estado de excepción- como configurador de un *régimen de excepción* se sustenta en su naturaleza de *declaración formal* del Estado pública y publicitada internacionalmente –como veremos-, de innegable naturaleza política –cualquiera sea el órgano de poder que lo realice (Ejecutivo o Legislativo) y sea cual fuere la forma que se utilice para ello-, y que fundamentalmente expresa dos decisiones básicas (Fernández Segado, 1983: 39): i.) por un lado, constituye *la constatación de la*

³¹ En el elemento legalidad excepcional se contempla tanto el **marco regulatorio extraordinario** (*variación de la equilibrada relación socio-política-jurídica “persona-Estado” hacia un empoderamiento de la Autoridad*) como las **medidas excepcionales** (*acciones de respuesta*).

existencia de una situación de emergencia que afecta la convivencia en sociedad y que resulta indispensable enfrentar y superar a fin de garantizar la continuidad histórica de la misma (constatación de un *situación de anormalidad*), con la implícita aceptación de la imposibilidad de aplicar el régimen jurídico de normalidad constitucional; y ii.) por otro lado, activa *la entrada en vigor de una legalidad excepcional* consagrada a nivel constitucional (habilitación de la *legalidad excepcional*), cuya efectividad requiere la definición de su plazo de duración o subsistencia, la extensión territorial que comprende y, de ser el caso, los derechos fundamentales y las libertades públicas que habrán de ser afectados.

Es por esta doble condición de *acto jurídico* y *norma jurídica* que, a pesar de ser un elemento del *Estado de excepción*, el *acto de decretamiento estatal* –propriadamente- no es parte ni de la situación de anormalidad ni de la legalidad excepcional encontrándose en un punto intermedio, en la medida que se trata de un mero *acto declarativo formal* que autoriza y advierte el tránsito de un *status jurídico* a otro y, en tal sentido, activa un régimen de juridicidad distinto al ordinario, pero sin ser parte de él; siendo ésta la razón por la que no lo consideramos un elemento integrante del “régimen de excepción” (32).

Lafuente Balle (1989: 33) afirma que, normalmente, los diferentes “derechos de excepción” establecen una *pluralidad de estados excepcionales* que “se distinguen bien cualitativamente en caso de que respondan a diferentes presupuestos de hecho, o bien cuantitativamente en caso de que comporten efectos sucesivamente más graves para un mismo presupuesto de hecho, en función de la intensidad con que se declare”, en clara alusión a los distintos “*regímenes de excepción*” (33) que se contemplan en el derecho comparado

Por esta razón, en los ordenamientos constitucionales que prevén Estados de excepción en su Texto Fundamental, la disquisición fluctúa entre consagrar i.) un *régimen simple* como instituto excepcional único, o, de manera más pormenorizada, ii.) **establecer varios tipos o modalidades de anormalidad constitucional**. En el primer caso, se encuentra la Constitución argentina de 1853, revisada en 1994 (Art. 23) y, más modernamente, las Constituciones bolivianas de 2004 (Arts. 111-115) y 2009 (Arts. 137-140) -que consagraron únicamente el “*estado de sitio*”- y la Constitución ecuatoriana de 2008 (Art. 164-165) -que contempló solamente el “*estado de excepción*”-.

En el segundo supuesto, resulta muy frecuente en América Latina la consagración de varios institutos de excepción, pudiéndose encontrar los supuesto de “*estado de sitio*”, “*estado de catástrofe*”, “*estado de asamblea*” y “*estado de emergencia*” (Chile); “*estado de guerra exterior*”, “*estado de conmoción interna*” y “*estado de emergencia económica, social y ecológica*” (Colombia); “*estado de emergencia*” y “*estado de sitio*” (Perú); y “*estado de alarma*”, “*estado de emergencia económica*” y “*estado de conmoción interior*” (Venezuela) (34). A ellos, se pueden añadir España –que contempla “*estado de alarma*”,

³² Siguiendo a Garrido López cuando comenta el Art. 116 de la Constitución española (2017: 49), la *decisión excepcional* posee una doble naturaleza jurídica: por un lado, es un *acto jurídico* –que sirve para constatar y proclamar una emergencia-, y por otro lado, se trata de una *norma* –que concreta el estatuto extraordinario del poder y, por ende, constituye una fuente de habilitación de disposiciones y actos de ejecución del estado declarado-.

³³ Señalado esto, y a fin de evitar confusiones, se debe diferenciar entre dos acepciones del término “*régimen de excepción*”: i.) aquella que –generalmente en singular- la entiende como el estatuto jurídico o la legalidad de excepcionalidad –distinta del marco jurídico-constitucional ordinario- que rige una vez que tiene lugar el “acto de decretamiento estatal necesario” y en su virtud (como “*legislación excepcional*”); y ii.) la que lo asume –normalmente en plural- como instituto jurídico-constitucional de emergencia, diseñado en el derecho constitucional comparado para enfrentar las situaciones de anormalidad o excepcionales (como “*instituto de emergencia*”).

³⁴ Debe señalarse que, al momento de denominar a los diferentes “*institutos excepcionales*”, la palabra “*estado*” se utiliza en su acepción genérica y vulgar, como sinónimo de *situación en que se encuentra una persona, cosa o – como en este caso- convivencia social*.

“estado de excepción” y “estado de sitio”, y Alemania que –en la Ley Fundamental de Bonn de 1949- además de la “situación catastrófica u otros accidentes graves” (Art. 36), el “estado de necesidad interno” (Art. 80.a) y el “caso de defensa” (Art. 115), contempla otros institutos de contenido más específico y también más polémico, como la “prohibición de asociaciones contrarias al orden constitucional” (Art 9.2), la “pérdida o privación de derechos por abuso” (Art. 18), la “inconstitucionalidad de partidos políticos anti-sistemáticos” (Art. 21.2), así como la “exclusión de los extremismos ideológicos” (democracia militante) (Faggiani, 2012).

Sin embargo, es importante señalar que en Europa –donde precisamente surge la teorización del Derecho de excepción como un mal menor que el Estado de Derecho debe asumir para su propia defensa y la de la Constitución (Goig Martínez, 2009: 216)- no existe una posición uniforme sobre la regulación de los Estados de excepción, advirtiéndose un diferente tratamiento jurídico entre países como España, Francia y Alemania –donde se ha consagrado constitucionalmente diferentes supuestos, según hemos visto- y otros como Italia, Suiza o Reino Unido donde sus Textos Constitucionales -al igual que ocurre en Estados Unidos- no contemplan las situaciones excepcionales, siendo éstas resueltas mediante el desarrollo legislativo y la labor de los Tribunales. En estos últimos sistemas, al haberse descartado la expresa consagración constitucional de institutos de emergencia, las situaciones excepcionales se enfrentan a través del otorgamiento de poderes necesarios al Gobierno por parte del Parlamento, o bien se reconoce la existencia de poderes implícitos e inherentes a la presidencia del gobierno, tal como sucede en los Estados Unidos.

Finalmente, debemos sostener que todos los aspectos referidos a los elementos de los Estados de excepción, normalmente se encuentran consagrados a nivel positivo en los Textos Fundamentales, por lo general en un Capítulo específico de la misma. Sin embargo, también existen Constituciones que no consagran ningún acápite explícito que aborde los Estados de excepción, aunque sí establecen positivamente disposiciones sueltas, generalmente referidas a atribuciones y competencias de alguno de los actores políticos, tal y como por ejemplo sucede en Argentina, donde la regulación de esta materia se encuentra incorporada dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo y del Congreso.

Habiendo analizado los aspectos dogmáticos más resaltantes del Estado de Excepción, como categoría constitucional, toca ahora pasar revista a los principios más importantes que intervienen en su diseño y aplicación, advirtiendo que ellos inciden en las dimensiones fáctica, normativa y axiológica antes aludidas.

IV.- LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Es importante aclarar que, en todo Estado Constitucional de Derecho, las situaciones de excepcionalidad también se encuentran limitadas, tanto por el marco constitucional nacional como por las obligaciones propias del Derecho Internacional. El primero se convierte en un límite al no autorizar el ejercicio de poderes que la Constitución no ha concedido previamente a los órganos gubernamentales; mientras que el Derecho Internacional ha establecido una serie de requisitos que deben cumplir los Estados para el legal ejercicio de estos poderes de crisis, los mismos que se convierten en obligaciones para los Estados parte de un Pacto y/o Convención internacional sobre derechos humanos.

En forma adicional, la doctrina ha desarrollado múltiples criterios orientados a racionalizar su ejercicio, siendo los más sistematizados los señalados por Rossiter al analizar la *dictadura constitucional* (2017) ⁽³⁵⁾; a lo que se han sumado diversos **principios orientadores** que procuran dotar al Estado de Excepción de la necesaria legitimidad que debe tener como categoría jurídico-constitucional de clara incidencia en los derechos fundamentales y en las obligaciones internacionales asumidas por los Estados para protegerlos.

Para su mejor comprensión, estos principios orientadores bien pueden ser clasificados en dos categorías: *principios configuradores* y *principios garantizadores*, los que serán abordados a continuación.

1. **Principios configuradores.**- aquellos directamente referidos a *la naturaleza del Estado de excepción como medida de urgencia*, dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho; y donde es posible contemplar:

- **Principio de amenaza existencial.**- conforme al cual, el fundamento del Estado de excepción debe estar constituido por circunstancias fácticas que indiquen una situación excepcional de crisis que pone en peligro la existencia del *Estado* –en tanto convivencia moderna- o del *Gobierno* – como institución responsable de la conducción del Estado, según la estructuración constitucional vigente-. Además de estar consagrado en el Texto Constitucional de cada país, a nivel internacional este principio se encuentra consagrado por el PIDCP (Art. 4.1), por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “CEDH”) (Art. 15.1) y por la CADH (Art. 27.1).

Sobre la amenaza excepcional, Castillo Córdova (2005: 5) sostiene que las circunstancias justificativas del estado de excepción han de suponer “un serio riesgo para la normal existencia y desenvolvimiento de la comunidad estatal y de su institucionalidad”, siendo claro el nivel de

³⁵ El profesor Rossiter (2017: 298-306) consideró agrupables –en tres categorías diferenciadas en función del momento de la emergencia (inicio, continuación y finalización)- los siguientes once (11) criterios:

- i. “Ni un régimen general ni una institución particular de la dictadura constitucional debe ser iniciado a menos que sea necesario o aun indispensable para la preservación del Estado y su orden constitucional”.
- ii. “La decisión de instituir una dictadura constitucional nunca debe estar en las manos del hombre u hombres que constituirán el dictador”.
- iii. “El gobierno no debe iniciar una dictadura constitucional sin adoptar una provisión específica para su culminación”.
- iv. “Todos los usos de poderes de emergencia y todos los reajustes en la organización del gobierno deben ser efectuados en procura de requerimientos legales o constitucionales”.
- v. “La institución dictatorial no debe ser adoptada, los derechos no deben ser invadidos, el procedimiento regular no debe ser alterado, si no es absolutamente necesario para resolver una crisis particular”.
- vi. “Las medidas adoptadas en el marco de una dictadura constitucional nunca deben ser permanentes en carácter o efectos”.
- vii. “La dictadura debe ser llevada por personas representativas de cada parte de la ciudadanía interesada en la defensa del orden constitucional existente”.
- viii. “La responsabilidad última debe ser mantenida para cada acción adoptada bajo una dictadura constitucional”.
- ix. “La decisión de terminar una dictadura constitucional, como la decisión de instituir una, nunca debe estar en las manos del hombre u hombres que constituyen el dictador”.
- x. “La dictadura constitucional no debe extenderse más allá de la culminación de la crisis para la cual fue instituida”.
- xi. “La terminación de la crisis debe ser seguida por un retorno tan completo como sea posible a las condiciones políticas y de gobierno existentes antes de la iniciación de la dictadura constitucional”.

Sobre los criterios de Rossiter, Agamben (2007: 35) ha sostenido que los once pueden ser reducidos a solo dos (02) que se configuran como *esenciales*: criterio de necesidad y criterio de provisionalidad.

extrema gravedad con que dicha situación de crisis debe afectar la continuidad de una sociedad.

A nivel internacional, por su parte, los “Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 1985 (en adelante “Principios de Siracusa”), estipulan que una situación constituye una “amenaza a la vida de la nación” cuando: i.) afecta a toda la población y a todo el territorio del Estado o a parte de él, y ii.) amenaza la integridad física de la población, la independencia política, la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto. En forma complementaria, existe un muy prolífico desarrollo en el Derecho internacional, tanto a nivel jurisprudencial ⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾, como por algunos organismos internacionales competentes ⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾.

A mayor abundamiento, en el Informe presentado por el Relator Martins (CIDH 1966: 141) como parte de las actividades de la CIDH en el año 1966, al ocuparse del supuesto habilitante de la emergencia descartó las críticas de excesiva “generalidad” y “muy débiles limitaciones” de los poderes extraordinarios, señalando que la cláusula “cuando así lo exija la seguridad del Estado” es apropiada y suficientemente abarcativa, puesto que alude a “los casos graves en que se amenace la integridad o existencia de los tres elementos constitutivos del Estado: población, territorio, orden jurídico”.

Así las cosas, siguiendo a Criddle y Fox-Decent (2012: 61), el cumplimiento de la exigencia de este principio tiene lugar cuando nos encontramos a eventos de magnitud significativa que consten de cuatro (04) elementos definidos por la jurisprudencia europea y que han devenido ampliamente consensuales, al ser recogidos en el ámbito del Sistema Universal de las Naciones Unidas y también en el Sistema Interamericano: la “emergencia pública” debe ser i.) presente (o inminente), ii.) excepcional, iii.) involucrar a toda la población, y iv.) constituir “una amenaza a la vida organizada de la sociedad”.

³⁶ En el *Caso Lawless vs. Ireland* (del 1° de julio de 1961), el TEDH señaló que el supuesto habilitante de “otro peligro público que amenace la vida de la nación” contenido en el Art. 15.1 de la CEDH alude 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 que compone el Estado” (párr. 28).

³⁷ En el *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* (Sentencia del 04 de julio de 2007. Serie C N° 166), la Corte IDH – tomando como referente el aludido *Caso Lawless vs. Ireland* del TEDH– señala que la necesidad de un Estado de excepción se justifica en tres aspectos: a) que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; b) que ésta afecte a toda la población, y c) que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad (párr. 46).

³⁸ Ante incumplimientos de las disposiciones del PIDCP por los Estados parte, la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), abordó este concepto, por medio de sus Relatores Especiales sobre los Derechos Humanos y los Estados de Excepción.

Así, Nicole Questiaux (1982) sostiene que la *situación de peligro* debe afectar i.) al conjunto de la población, y ii.) ya sea al conjunto del territorio (ej.: caso de guerra externa) o a ciertas partes del mismo (n. 55.3). De manera expresa, sostiene que:

“(…) 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” (n. 55.4).

Por su parte, el señor de Leandro Despouy (1999: 18), entiende por “situaciones de emergencia” a todas aquellas que “resultan de una crisis grave que afecte al conjunto de la población y que ponga en peligro la existencia misma de la comunidad organizada sobre la base del Estado”, concepto que, en opinión del Informante, es la interpretación más próxima a las nociones de “peligro público” o de “situaciones excepcionales” previstas en el PIDCP (Art. 4), la CEDH (Art. 15) y la CADH (Art. 27)

³⁹ El Comité de Derechos Humanos creado por el PIDCP, en la Observación General N° 29 (2001) sobre los “estados de excepción y suspensión de derechos”, ratifica que es una “condición fundamental” el que la situación excepcional “ponga en peligro la vida de la nación”.

- **Principio de estricta necesidad.-** este principio, complementario al *de amenaza existencial*, entiende que sólo puede establecerse un Estado de excepción –en general- ante una situación objetiva de suma gravedad para el Estado, que torna insuficientes los medios ordinarios que éste posee para defenderse, y –en el caso de las medidas restrictivas concretas- solo cuando sea “estrictamente necesario” recurrir a ellas, debiendo tenerse que si existen otros mecanismos que permitan superar las graves circunstancias que afectan al Estado, debiera optarse por ello y no por las medidas excepcionales (Donayre Montesinos, 2015: 580). En este sentido, según Puig Cicchini (2011: 62), se requiere que se encuentre excluida por completo toda otra posibilidad de acción para ese caso concreto, tanto en cuanto al territorio afectado como respecto a las medidas en sí, demandando por tanto: i.) un análisis de la situación real que vive el país en el momento concreto, ii.) demostrar que las medidas ordinarias no son suficientes para hacer frente a la situación, y iii.) cuáles son las otras medidas de emergencia o excepción alternativas que pueden resultar menos lesivas para el disfrute de los derechos fundamentales.
Este principio tiene como objetivo principal, impedir que los Estados ejerzan sus facultades extraordinarias en situaciones de crisis ficticias o menos graves, que bien pueden ser superadas en un contexto de normalidad y a través de los instrumentos y mecanismos que en ella se prevén.
- **Principio teleológico.-** todo Estado de excepción debe tener como finalidad la perdurabilidad y el cabal funcionamiento del Estado y su organización socio-política ordinaria, tal y como se reconoce implícitamente en los Textos Constitucionales y en los instrumentos internacionales, y en la doctrina constitucional; siendo, pues, un presupuesto jurídico que “el establecimiento de un Estado de Excepción tiene como finalidad el preservar el Estado de Derecho” (González Ojeda, 2013: 301). En términos prácticos, siguiendo a Goig Martínez (2009: 213), conforme a este principio se puede sostener que la finalidad de un Estado de excepción consiste es restablecer la normalidad constitucional y democrática, y, mediante ello, garantizar el Estado de Derecho -a través de la defensa del marco constitucional de los Estados y del interés general)-, para lo cual es indispensable la consecución del doble objetivo de i.) salvaguardar los derechos y libertades, por un lado, y ii.) el funcionamiento de los distintos poderes del Estado, por otro.
- **Principio de concentración de poderes.-** la instauración del Estado de excepción supone la concentración del poder político en un detentador unipersonal (el Ejecutivo), a partir de la autorización constitucional de concederle un conjunto de competencias extraordinarias que le permitan llevar a cabo una acción estatal rápida y eficaz capaz de superar los graves peligros que afronta la sociedad y el Estado.
Es importante destacar que esta concentración de poderes trae como consecuencia lógica e inevitable –por un lado- la alteración del “equilibrio constitucional” típico de la situación de normalidad entre las personas (y sus derechos fundamentales y libertades públicas inherentes) y el Estado (normalmente limitado por la distribución del poder en sus diversos

órganos, con competencias taxativas), y –por otro lado- supone también el debilitamiento de las competencias ordinarias de los otros órganos del Estado.

- **Principio de simultaneidad.-** conforme al cual, en caso ocurran dos o más de las situaciones de crisis habilitantes que los hacen viables, la autoridad competente puede decretar, simultáneamente, los regímenes de excepción consagrados en su marco constitucional que correspondan; tal y como –por ejemplo- se establece expreamente en el numeral 5 del Art. 40 de la Constitución chilena de 1980, donde se señala que “*El Presidente de la República podrá decretar simultáneamente dos o más estados de excepción si concurren las causales que permiten su declaración*”.
- **Principio de temporalidad.-** según este principio –también llamado *principio de transitoriedad* o *de provisionalidad*- el Estado de excepción es legítimo por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación que lo genera, no pudiéndose mantener las medidas de excepción más allá de lo estrictamente necesario para superar la situación fáctica excepcional que lo justifica, por lo que las medidas de excepción deben cesar (o levantarse) tan pronto como la amenaza desaparezca. A nivel internacional, es la CADH (Art. 27.1) el único instrumento que lo consagra expresamente ⁽⁴⁰⁾; mientras que el CEDH si bien no trae una mención expresa en el Art. 15, sí contiene en forma implícita una referencia a la temporalidad de la medida, cuando se refiere a la finalidad de conjurar la crisis y la exigencia de proporcionalidad en dicho propósito.
Respecto a este principio, es importante advertir que el mismo plantea la preocupación por la duración del Estado de excepción, pero respecto de dos momentos importantes: i.) *en su decretamiento inicial*, donde habrá de exigir un plazo de duración moderado, y ii.) *en lo referido a su prórroga*, aspecto que normalmente no ha merecido mucha atención por la dogmática constitucional, y sobre el que volveremos en líneas posteriores; siendo claro que, en ambos casos, el propósito principal de la temporalidad es evitar la indebida prolongación o prolongación excesiva del Estado de excepción, a fin de evitar su *desnaturalización* y, por ende, utilización arbitraria ⁽⁴¹⁾.
- **Principio de discrecionalidad.-** según este principio, por mucho que nos encontremos en un Estado que aspira a regular los diversos aspectos de la convivencia, existe un margen de discrecionalidad que es propio e implícito al Estado de Excepción, por lo menos en cuanto a tres (03)

⁴⁰ El Art. 27.1 de la CADH, señala: “(...) éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, (...)”.

⁴¹ Según Goizueta Vértiz (1997: 188), los Estados de excepción se pueden catalogar -según el tipo de desnaturalización que los afecte- en la siguiente tipología: i.) **estados de excepción no notificados** (se produce cuando los estados no notifican de la forma pertinente la declaración del correspondiente estado de excepción, de tal forma que se impide la posible actuación de los órganos de supervisión internacional); ii.) **estados de excepción de hecho** (cuando se mantiene en el tiempo, a pesar de haber sido proclamado oficialmente y luego haberse suspendido); iii.) **estados de excepción permanentes** (implican la permanencia de una situación que nace con vocación de temporalidad, siendo estados de excepción que se perpetúan bien por una prórroga sistemática de hecho o bien porque la Constitución no prevé ninguna limitación temporal para los mismos); y iv.) **institucionalización de los estados de excepción** (que procura facilitar la transición a un sistema democrático, pero lo que en la práctica se consigue es desembocar en un orden constitucional de tendencia autocrática).

aspectos puntuales: i.) la declaración en sí de la situación de excepción, ii.) las medidas extraordinarias a implementarse, y iii.) la duración del mismo, conforme hemos señalado en líneas precedentes.

2. **Principios garantizadores.-** esta tipología de principios orientadores incide directamente a la *función limitadora de los derechos fundamentales*, en tanto generan una alteración de la normalidad constitucional y el régimen jurídico que le es aplicable; pudiendo agruparse en tres (03) categorías: *principios de garantía general*, *principios de garantía procedimental* y *principios de garantía sustantiva*, que abordaremos a renglón seguido.

a) **Principios de garantía general.-** aquellos que procuran enmarcar al Estado de excepción dentro de la lógica de *juridicidad constitucional* propia del Estado Constitucional de Derecho moderno y la lógica personalista que los inspira; entre los que se cuentan:

- **Principio de constitucionalidad.-** que, en opinión de Castillo Córdova (2005: 6), supone reconocer que, inclusive en los casos de excepcionalidad, el poder político debe actuar conforme a los cánones constitucionales, evitando así cualquier conducta o desenvolvimiento que colisione con el marco jurídico existente; de donde se colige que el poder del Estado -tanto en su ejercicio habitual como en el excepcional- deben ser limitados.

- **Principio de reserva de ley.-** atendiendo a los *principios de respeto a la dignidad humana, de personalismo constitucional y de libertad de los ciudadanos* –materializado en la denominada “*cláusula general de libertad*”- que son propios del constitucionalismo actual; los hombres son absoluta y totalmente libres en cuanto a sus conductas personales, por lo que cualquier acto del poder público que incida de modo limitativo en su esfera jurídica personal, debe regularse necesariamente mediante *norma legal (Ley)*, la misma que debe ser expedida con todas las formalidades pertinentes, o sea: i) en ejercicio de la competencia para legislar, ii) siguiendo el procedimiento legislativo constitucionalmente establecido, y iii) en forma de legislación expedida por el Parlamento (reserva de ley). *Contrario sensu*, el *principio de reserva de ley* –o de “*reserva legal*”- hace totalmente prohibida la reglamentación administrativa de aspectos tales como el vestirse de una u otra manera, comer tal o cual alimento, emplear el ocio en dormir, leer, bailar o similares, entre otros aspectos puntuales y propiamente privados.

Sobre el particular, Bernal Pulido (2005) señala:

“Según esta idea, a causa de sus antecedentes en el Estado liberal de derecho, la regla general en el Estado constitucional es la vigencia de los derechos fundamentales. En el Estado constitucional los ciudadanos gozan de una libertad y de unos derechos fundamentales *prima facie*, anteriores a cualquier concesión o restricción del poder político. Estos derechos, no obstante, pueden

ser restringidos por el Estado, a partir del acto fundacional de la sociedad civil, por cuanto la finalidad de la fundación de dicha sociedad radica precisamente en la armonización del ejercicio de los derechos de los distintos titulares, por medio de reglas jurídicas, para superar la situación de caos que produce la libertad absoluta. La sociedad civil reemplaza la ley del más fuerte por la ley jurídica” (p. 81)

Como ejemplos de esta garantía normativa, tenemos el derecho a la inviolabilidad de domicilio (Art. 2 inc. 9 de la Constitución de 1993), al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (Art. 2 inc. 10), a contratar con fines lícitos (Art. 2 inc. 14), a trabajar libremente (Art. 2 inc. 15), entre otros.

- **Principio de legalidad.-** ante la ausencia de una reserva legal, opera el denominado *principio de legalidad de la actividad limitativa*, según el cual los límites de un derecho o una libertad fundamentales deben ser establecidos por una norma legal, descartándose así la potestad normativo-reglamentaria para regular estos temas limitativos. En otras palabras, si bien el principio de reserva de ley se acepta de manera genérica, en la actualidad –debido a la complejidad de la dinámica social- dicho criterio admite la introducción de ciertos matices en virtud de la proliferación de instrumentos normativos distintos a la ley a los que el propio ordenamiento constitucional le ha asignado un valor, rango o fuerza de ley; tal y como sucede con las *normas sucedáneas de ley* que –en nuestro país- son los Decretos Legislativos –en las materias autorizadas- y los Decretos de Urgencia –en materias económico-financieras-. A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos debe materializarse sobre la base de los literales “a” y “b” del inciso 24 del Art. 2 de la Constitución de 1993 (STC N° 01091-2001-HC/TC, f. 5).

Actualmente, es pacífico asumir –tanto el ámbito internacional como nacional- que toda actividad limitadora de un derecho fundamental se encuentra sujeta al *principio de reserva de ley* o, en su defecto, al *principio de legalidad*, pues ambos constituyen garantías normativas con las que se ha dotado a los derechos fundamentales.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) -en la Opinión Consultiva OC-9/87 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986), solicitada por el Uruguay a fin de que se precise la expresión “leyes” empleada por el Art. 30 de la CADH ⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾, señaló:

⁴² El Art. 30 de la CADH señala:

“Art. 30.- Alcance de las Restricciones.

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

⁴³ El aludido término “leyes” puede interpretarse en dos sentidos: i.) en *sentido formal* (como norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formalidades previstas en la Constitución), y ii.) en *sentido material* (como sinónimo de “ordenamiento jurídico”, prescindiendo del procedimiento de elaboración y de la jerarquía normativa).

“(…) no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre… tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (párr. 26).

“La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer la virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado” (párr. 27).

De manera adicional, la Corte IDH señala que, para que las restricciones a los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas, además de ser consagradas por ley formal, ellas deben dictarse *por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*, es decir, deben ser adoptadas en función del “bien común” (Art. 32.2 de la CADH), concepto integrante del “orden público” del Estado democrático (párr. 29) ⁽⁴⁴⁾.

Por su parte, en la misma línea, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el propósito de ambos principios es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y que, por tanto, no establezca restricciones a su ejercicio con criterios de generalidad y abstracción, en los siguientes términos:

“15. (…)

La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen *garantías normativas* con los que la Constitución ha dotado

⁴⁴ Sin perjuicio de asumir el término “leyes” en sentido formal, la Corte IDH (1986) admite la posibilidad de que tengan lugar delegaciones legislativas, en los siguientes términos:

“Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención” (párr. 36).
(El subrayado es nuestro).

a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio (...)" (STC peruano N° 02868-2004-AA/TC, f. 15).

En palabras de Rubio Llorente (1993: 378), la razón de esta exigencia a la actividad limitativa viene dada por la **“superioridad democrática”** del procedimiento de elaboración legal que utiliza la vía parlamentaria por sobre cualquier otra, en especial la producción legal del Ejecutivo. Sobre la mayor envergadura del procedimiento legislativo, la Corte IDH (1986) ha señalado:

“(…) la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezada a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de la cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento e la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder” (Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 22).

Por su parte, sobre la superioridad del órgano legislativo en la concepción del sistema democrático, Ferreyra (1992) afirma:

“La superioridad no debe ser entendida en términos de preeminencia del Congreso sobre el resto de los otros órganos del gobierno, en particular del departamento Ejecutivo. Tampoco quiere decir que el Congreso sea más democrático que otros órganos. Todos los órganos que componen un sistema democrático constitucional lo son. La expresión resalta que el camino de la elaboración legal en el Congreso es comparativamente más ventajoso que cualquier otro. Entonces, superioridad democrática es lo mismo que decir que el Congreso tiene una ventaja comparativa frente a cualquier otra institución para la configuración de la ley. El pluralismo democrático con todo lo que ello debe suponer, aunque muchas veces lamentablemente no lo hace, es decir investigación, inspección, debate, contradicción, publicidad, información, transparencia, argumentación, contraargumentación, etcétera, es el fundamental anclaje de la nota definitoria de la actividad legislativa del Congreso.

En la integración del Congreso se reflejan o deberían reflejarse todas las opciones políticas existentes en la sociedad, es decir oficialismo y oposición. El libre juego de las mayorías y las minorías, que sólo el Congreso es capaz de posibilitar mediante el debate, tiene entidad para poner al descubierto su inmejorable posición institucional (...) Sabido es

que el fenómeno opuesto se da cuando el proceso de producción normativa queda sólo a cargo del Poder Ejecutivo. Si bien es cierto que muchas veces la decisión configuradora del producto legal se forja finalmente en la mayoría del Congreso, ello no quita relevancia al hecho de que a quienes se hayan opuesto o hayan querido hacerlo, se les garantizó o debiera haberseles garantizado constitucionalmente su derecho al debate público y libre, lo cual agrega un argumento adicional a la “justificación” de la “superioridad” democrática del Congreso, delimitada por los parámetros de los cuales he venido hablando.

La discusión honesta, desinhibida, amplia, libre, plural, pública, vigorosa, es la contrastación que da fundamento a la afirmación teórica de que el Congreso es el órgano cuya “superioridad democrática” garantiza su inmejorable y por ello exclusivo posicionamiento para la reglamentación (de la zona periférica) de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución” (pp. 213 y ss.).

En esa lógica, debe tenerse en cuenta que toda medida limitativa no puede exceder los límites estrictos y condiciones impuestas por la Constitución y la ley a la acción del Ejecutivo.

- **Principio de razonabilidad.-** según el cual las medidas implementadas deben guardar correspondencia (conexión lógica o relación de causalidad inmediata) con los objetivos que se pretenden alcanzar, a efectos de erradicar cualquier resquicio de arbitrariedad en la ejecución de tales medidas, procurando así establecer una conexión lógica y una relación de causalidad inmediata y directa entre la situación de excepción y las medidas excepcionales que procurar superarla. Según González Ojeda (2013: 302), este principio exige que debe existir coherencia entre los fundamentos que llevaron a declarar el Estado de excepción, los derechos suspendidos y las medidas que se adopten para superar las causas que motivaron la situación de anormalidad.
- **Principio de proporcionalidad.-** conforme al cual las medidas que se adopten para restablecer la normalidad constitucional deben responder en forma estricta a la situación de crisis que se quiere resolver con la suspensión, debiendo ser coherentes –en tanto convenientes y equilibradas- a la magnitud y características del fenómeno que ha de enfrentarse, procurando así evaluar la necesaria relación que debe existir entre la limitación de derechos o libertades (medidas excepcionales) con el objetivo que se quiere resguardar, para evitar que aquellas sean desmedidas o desproporcionadas.

En opinión de García Toma (2005):

“El principio de *proporcionalidad* implica la necesaria disposición o correspondencia que debe existir entre la causa y el efecto, esto es, entre la situación de anormalidad y su conjuración. Por ende, se exige adoptar únicamente las medidas estrictamente necesarias para restablecer la normalidad constitucional; o sea, que dichas acciones guarden relación con las circunstancias existentes en el estado de excepción” (p. 631).

Este principio ha sido consagrado en los Arts. Art. 4.1 del PIDCP, 15.1 del CEDH y 27.1 de la CADH.

b) **Principios de garantía procedimental.**- que inciden en la *formalización e información que el Estado –como Parte- debe realizar a los organismos internacionales sobre el situación de excepción que ha declarado*, de conformidad con los instrumentos de derechos humanos vigentes; entre los que se pueden mencionar:

- **Principio de proclamación pública (o de formalidad).**- según el cual, el Estado de excepción y los regímenes que se implementan a su amparo, deben ser proclamados en forma oficial, a nivel interno, a fin de asegurar la publicidad de la actuación estatal y, por consiguiente, dar predictibilidad a la ciudadana y evitar situaciones “de hecho” alejadas de las circunstancias excepcionales que la justifiquen. En opinión de Goizueta Vértiz (1997: 196), este principio tiene como objetivos: i.) saber cuáles son las medidas necesarias y proporcionadas para hacer frente a la situación excepcional proclamada, a la vez que también hará posible conocer a partir de cuándo los hechos que originaron la misma han cesado y por lo tanto corresponde su levantamiento, y ii.) comunicar a los habitantes del país, sobre la existencia de la situación de emergencia y sobre los efectos que ella producirá en el disfrute de ciertos derechos humanos; mientras que para Cifuentes Muñoz (2002) persigue i.) dejar constancia de la verificación de un hecho habilitante; ii.) notificar a la población el ingreso al régimen de excepción y iii.) permitir activar los controles políticos y jurídicos sobre la actuación del Ejecutivo ⁽⁴⁵⁾.
- **Principio de comunicación (o información o notificación).**- que obliga a los Estados que declaran una situación de excepción, a poner en conocimiento de la comunidad internacional la adopción del estado de excepción, debiendo informar sobre: i.) la declaración del estado de excepción, ii.) las causas o los motivos del estado de excepción, iii.) las disposiciones cuya aplicación se hayan suspendido, iv.) las medidas gubernamentales adoptadas (el régimen de excepción que se pondrá en vigor), y v.) el tiempo durante el cual van a aplicarse tales medidas, incluyendo su finalización estimativa; estando consagrado en los Arts. 4.3 del PIDCP, 15.3 del CEDH y 27.3 de la CADH.
- **Principio de motivación adecuada.**- que consagra la obligación de los Estados de informar inmediatamente a los demás Estados parte, de las disposiciones cuya aplicación se haya suspendido, así como de “los motivos que hayan suscitado la suspensión”; encontrándose consagrado en los Arts. 4.3 del PIDCP, 15.3 del CEDH y 27.3 de la CADH.

⁴⁵ A nivel internacional, el PIDCP es el único instrumento internacional que consagra este principio de manera expresa, cuando dispone que los Estados parte pueden suspender sus obligaciones internacionales ante situaciones excepcionales “cuya existencia haya sido proclamada oficialmente” (Art. 4.1).

- c) **Principios de garantía sustantiva.-** que aluden a *la necesidad de garantizar una suerte de legitimidad en la adopción del Estado de excepción*, incidiendo en que su otorgamiento debe responder a un severo y real peligro para el Estado (Delfino de Palacios, 1967), y donde se encuentran:
- **Principio de taxatividad de las circunstancias extraordinarias.-** estrechamente vinculado con el principio de legalidad antes aludido, este principio establece que únicamente son situaciones extremas las previstas expresamente en la Constitución, a modo de “*circunstancias habilitantes*” que permite al órgano competente decretar, de manera formal y oficial, el paso de un Estado de Derecho a un Estado de excepción.
 - **Principio de no discriminación.-** la decisión de decretar el Estado de excepción, no puede sustentarse en motivos de raza, sexo, color, idioma, religión u origen social, afectando así la prohibición de discriminación, aspecto que está consagrado en el PIDCP (Art. 4.1) y CADH (Art. 27.1), mientras que el CEDH si bien no tiene una norma expresa sobre el particular contempla una cláusula general de no discriminación (Art. 14) que es aplicable a todas las normas relativas al goce de derechos y libertades.
 - **Principio de intangibilidad de ciertos derechos fundamentales.-** este principio –también denominado *principio de restricción* o *principio de inderogabilidad de ciertos derechos*– entiende que la autorización constitucional para restringir determinados derechos, que es implícita al Estado de excepción, no puede derogar todos los derechos fundamentales por cuanto existen ciertos derechos considerados *intangibles* o *inderogables* en los documentos internacionales de Derechos Humanos, que articulan el denominado “*núcleo duro*” o “*núcleo esencial*”, que ha sido consagrado en las Convenciones de Ginebra (Art. 3 común), el PIDCP (Art. 4.2) ⁽⁴⁶⁾, el CEDH (Art. 15.2) ⁽⁴⁷⁾ y la CADH (Art. 27.2) ⁽⁴⁸⁾.
Al respecto, Goizueta Vértiz (1997) señala:

⁴⁶ Según el PIDCP (Art. 4 inc. 2), no se pueden suspender los derechos consagrados en los Arts. 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18, referidos a: derecho a la vida; derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (derecho a la integridad personal); prohibición de la esclavitud y servidumbre (derecho a la libertad personal); el derecho a la igualdad; prohibición de encarcelamiento por incumplimiento de una obligación contractual; el principio de legalidad y retroactividad; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia y religión.

⁴⁷ El numeral 2 del Art. 15 del CEDH, señala:

“Art. 15.- Derogación en caso de estado de excepción

(...)

2. *La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.*

(...)”.

⁴⁸ El numeral 2 del Art. 27 de la CADH, señala:

“Art. 27.- Suspensión de Garantías

(...)

2. *La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguiente artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y retroactividad); 12 (libertad de conciencia y religión); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.*

(...)”.

“A pesar de la no coincidencia de derechos no suspendibles, se puede afirmar como denominador común que tanto la Convención Americana como el Pacto Internacional, coinciden en reconocer la existencia de un conjunto de derechos que en ningún caso pueden ser suspendidos.

Estos derechos, al no representar obstáculo alguno para la eficaz superación del peligro nacional, no pueden ser objeto de suspensión.

En definitiva, estos derechos inderogables o no suspendibles, son los más fundamentales, aquellos que toda sociedad –sin consideraciones de ideología o sistema político- tiene que proteger en toda circunstancia” (pp. 197-198).

- **Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad con las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional.-** conforme al cual, a las limitaciones impuestas por los principios antes señalados, se añaden aquellas que responden a las obligaciones contraídas por los Estados parte en virtud de otros tratados internacionales, así como a las obligaciones impuestas por la costumbre y a los principios generales del derecho en tanto fuentes del Derecho Internacional. Según Zúñiga Urbina (2005: 180), este principio tiende a armonizar las obligaciones de los Estados, para su aplicación concordante y complementaria de normas de protección de derechos humanos, en congruencia con el principio *favor libertatis* durante las situaciones de excepción. En virtud de ello, por ejemplo, los Estados no pueden derogar los derechos, aunque lo permitan las disposiciones de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos, cuando sean reconocidos por otros tratados o la costumbre internacional o los principios internacionales.
- **Principio de control.-** siendo la decisión de establecer un Estado de excepción una fundamentalmente política y permitida en virtud del propio texto constitucional, debe quedar claro que su establecimiento, desarrollo y ejecución se encuentran sujetos a evaluación y control tanto en el plano jurídico –a través de la justiciabilidad de los actos de aplicación- como en el político –sobre todo, a través del rol fiscalizador del Congreso-.
- **Principio de responsabilidad estatal.-** como consecuencia del aludido principio de razonabilidad y proporcionalidad que inspira a todo Estado Constitucional de Derecho y en relación al principio de control, la autoridad empoderada con el Estado de excepción responderá, a nivel nacional e internacional, por los abusos que pudieran cometerse al hacer uso de las facultades excepcionales que le fueron otorgadas. En virtud de ello, es posible establecer la responsabilidad jurídica (civil, penal y administrativa) de los funcionarios y servidores del Estado –en tanto su agentes-, así como la responsabilidad patrimonial del Estado ante los administrados, por la implementación de medidas suspensivas o restrictivas de un

Estado de excepción; tal y como por ejemplo ha sido consagrado en el Art. 116.6 de la Constitución española de 1978 ⁽⁴⁹⁾, debidamente desarrollado por el Art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981.

Para nadie es un secreto la *progresiva universalización de los derechos humanos* experimentada en las últimas décadas, lo que -según Goizueta Vértiz (1997: 190)- ha supuesto el compromiso internacional de promover y respetar los derechos fundamentales, la exclusión de esta materia como reservada exclusivamente a la jurisdicción interna de los estados, y la existencia y funcionamiento de diversos sistemas de supervisión internacional (universal y varios regionales).

Con base en la aludida universalización, se ha producido también el fenómeno de la *“internacionalización de los estados de excepción”*, según el cual la “excepcionalidad”, en general, es un tema de preocupación de la comunidad internacional, siendo esta la razón de por qué muchos de los principios aludidos en este acápite tienen su origen o han sido consagrados en los diversos instrumentos internacionales aludidos. Y es que, a decir de Zovatto (1990: 79), habiendo los derechos humanos dejado de ser una materia reservada exclusivamente a la jurisdicción doméstica, *“la Comunidad Internacional no puede ni debe desentenderse de ellos, menos aún en situaciones tan peligrosas para su respeto como ocurre durante la vigencia de los estados de excepción”*.

En tal sentido, si bien es al Estado a quien compete tomar la decisión –en primer lugar- de declarar o no el Estado de excepción, ello no implica que esta decisión sea totalmente ajena a una regulación y a un control internacionales, los mismos que tiene por finalidad verificar si aquella se ajusta o no a las condiciones establecidas en los instrumentos de Derechos Humanos para las situaciones de excepción, debiendo tenerse presentes los criterios y normas jurídico-internacionales en materia de suspensión de Derechos Humanos (Goizueta Vértiz, 1997: 192).

Por ello, y en base a los elementos configurados y a los principios señalados, no es descabellado exigir que el Estado de excepción y las medidas que se implementen en su nombre deban caracterizarse por una *“regulación democrática”*, la misma que, según Goig Martínez (2009: 214), supone los siguientes criterios: i.) la situación excepcional debe de ser de tal gravedad, que no puedan ser resueltos mediante los poderes ordinarios de los distintos detentadores; ii.) exista limitaciones materiales y temporales a las medidas adoptadas; iii.) la declaración de los estados excepcionales no debe interrumpir el normal funcionamiento de los poderes establecidos constitucionalmente, evitando así la arbitrariedad; y iv.) la situación de excepcionalidad debe estar garantizada mediante la responsabilidad de la Administración y la justiciabilidad de los actos y disposiciones adoptados.

⁴⁹ El numeral 6 del Art. 116 de la Constitución española de 1978, señala:

“Art. 116.- (...)

(...)

6. *La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”.*

(El subrayado es nuestro).

Es precisamente para constatar los aspectos señalados, que la implementación de los Estados de excepción puede ser objeto del control constitucional, cuyos alcances, tipología y efectos abordaremos a continuación.

V.- EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Siendo la preocupación por los Derechos Humanos un tema que compromete tanto a los propios Estados como a la comunidad internacional, sobre todo a partir de 1945; los Estados de excepción son susceptibles de control en sede internacional y en sede nacional.

Según Goizueta Vértiz (1997: 194), el control internacional de los Estados de excepción se realiza por una doble vía, que supone: i.) la delimitación de las garantías de forma y de fondo que han de respetarse, y ii.) la determinación de los órganos y mecanismos de supervisión en materia de estados de excepción. Las primeras se materializan a través de todos los principios configuradores y garantizadores que, en su gran mayoría, han sido consagrados en los Tratados internacionales como obligaciones de los Estados, para con la comunidad internacional y con los individuos cuyos derechos fundamentales deben de proteger. Las segundas, por su parte, dependen del Sistema de Protección de Derechos Humanos respectivo.

Así, en el Sistema Interamericano de la OEA, se tiene a la Corte IDH, que puede examinar la situación de los Derechos Humanos durante un Estado de excepción, mediante cinco (05) mecanismos: i.) los Informes Anuales de actividades, ii.) los Informes sobre un Estado particular, dentro del Informe Anual (llamados “mini informes”), iii.) los Informes Especiales sobre la situación de los Derechos Humanos en un determinado país, iv.) al examinar las Denuncias individuales que le son sometidas por violación de Derechos Humanos, y v.) al examinar las Denuncias (o Quejas) interestatales. Eventualmente, se añade a la Corte IDH en los casos en los que asuma jurisdicción.

En el Sistema Universal de la ONU, se encuentran: i.) la supervisión del Comité de Derechos Humanos en favor de la aplicación del Art. 4 del PIDCP (a través de tres instrumentos: control vía informes con carácter periódico, el mecanismo de comunicaciones –o quejas- que un Estado Parte formule al Comité en contra de otro Estado parte, por la violación de alguna disposición del Pacto, y la presentación de comunicaciones –o quejas- individuales por la violación del Pacto); ii.) las investigaciones *ad hoc* sobre los abusos de derechos humanos llevadas a cabo por la Comisión de Derechos Humanos; y iii.) el trabajo llevado a cabo en el seno de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías.

En sede interna, por su parte, encontrándose el Estado de excepción bajo la égida de la Constitución, en tanto situaciones de anormalidad constitucional que han sido normativamente racionalizadas, en principio no debería resultar difícil entender que pueden ser objeto de control a efectos de verificar su compatibilidad con el marco constitucional que le sirve de referente.

Al respecto, es importante señalar que, si bien la decisión de implantar un Estado de excepción es fundamentalmente política, su evaluación y control pueden ser realizados tanto en el plano jurídico como en el político, según el siguiente detalle:

- a) El *control jurídico* supone analizarlo como un *acto normativo* del Estado, para lo cual se recurre a parámetros jurídico-normativos típicos del Estado Constitucional de Derecho, como son los aludidos *principios de reserva de ley, de razonabilidad y de proporcionalidad*, otorgándole para tal efecto a la jurisdicción la facultad de revisión y control de las medidas adoptadas, según la posición establecida al respecto a nivel constitucional.
- b) El *control político* necesariamente conlleva a asumirlo como una *decisión política estatal* que –como tal- estará sujeta a los criterios evaluativos de *oportunidad y conveniencia* con que se analizan todos los actos y las decisiones de naturaleza política; estando a cargo del Congreso, órgano cuyo funcionamiento no se ve alterado y, por ende, conserva la plenitud de sus atribuciones constitucionales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado –en la STC N° 00017-2003-AI/TC (f. 18.i) que los controles de orden jurisdiccional y de naturaleza política en sede parlamentaria tienen como propósito “que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política”.

Sobre el **control jurídico** de los Estados de excepción (su *justiciabilidad*), es necesario tener presente que, por tratarse de un tema en el que estrechamente se entrelazan la *juridicidad* y la *politicidad* de los fenómenos estatales ⁽⁵⁰⁾, es posible advertir dos (02) posiciones claramente diferenciadas y hasta antagónicas sobre la posibilidad de la revisión judicial por parte de los operadores jurisdiccionales.

La *tesis negativa* considera al Estado de excepción como una “*cuestión política*” (*political question*) exenta de revisión o control judicial por los órganos jurisdiccionales respectivos, debiendo ser dispuesto y ejecutado por los responsables del manejo del Estado, al concebirse como el “supremo acto de defensa de la Constitución” que, en cuanto tal, no puede ser objeto de ningún tipo control ulterior (Cifuentes Muñoz, 2002).

En esta perspectiva, se concibe al acto de decretamiento estatal del estado de excepción como un acto de naturaleza política que no puede ser objeto de control jurídico de ninguna índole, en ninguna de sus dimensiones ni aspectos; razón por la cual esta postura refleja la posición doctrinaria más antigua que propone que las cuestiones políticas no son justiciables y por tanto están reservadas a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.

Por su parte, la *tesis positiva* sobre el control del Estado de excepción, admite –a su vez- dos modalidades: i.) el *control constitucional de la declaración del Estado de excepción* y, de ser el caso, *su prórroga (tesis del contralor judicial amplio)*, y ii.) el *control constitucional de las medidas específicas durante el desarrollo del Estado de excepción (tesis del contralor judicial parcial)*.

A diferencia de lo comúnmente aceptado, la *tesis del contralor judicial amplio (o pleno)* se ha admitido de manera permanente como parte del control al que se somete el poder

⁵⁰ Al respecto, Gutiérrez Ticse (2018: 288) señala:

“La consideración del estado de excepción como un hecho esencialmente político vinculado al ordenamiento jurídico, sugiere una relación entre la política y el derecho. Esta relación muestra señales de incongruencia ya que, por una parte, la declaratoria del estado de excepción generalmente obedece a momentos de crisis política y se trata en el ámbito de lo político-constitucional, pero, por otro lado, termina siendo objeto de procedimientos jurídicos que no pueden entenderse en el ámbito de (lo) jurídico. Esta dualidad es insita en la medida que el hecho político tiene proyecciones jurídicas (...)” (p. 288).

dentro de un Estado Constitucional de Derecho, efectivizándose a través del clásico *control formal* que verifica la *conurrencia de ciertos requisitos que exige la Constitución* en forma expresa o tácita para su decretamiento e implementación, tales como la competencia del órgano que lo dispuso y el cumplimiento de las formalidades respectivas (firmas), la existencia de motivación, el tiempo por el cual ha sido ordenado (si éste se encuentra dentro de los términos contemplados y, en caso de prórrogas, el número y la duración de éstas), las atribuciones que asumen los encargados del control (de conformidad con el marco constitucional que sirve de referente), entre otros aspectos susceptibles de evaluación ⁽⁵¹⁾.

Sin embargo, a efectos de limitar un sistema de control proclive a los excesos y los autoritarismos –sobre todo bajo regímenes militares ⁽⁵²⁾–, algunos órganos de control constitucional, en una clara expresión de activismo judicial, han desarrollado la denominada *doctrina del control material*, que proclama como punto de análisis judicial la determinación de la existencia real de las circunstancias y hechos habilitantes que sustentan la respectiva declaratoria del Estado de excepción y, además, si el supuesto invocado para decretarlo es sustentable dentro de los cánones constitucionales (ej. mantener la paz, lucha contra la violencia subversiva, etcétera).

Conforme a esta tesis, además de analizar la razonabilidad y proporcionalidad de los actos realizados durante el estado de emergencia, los jueces evalúan la argumentación usada por el Ejecutivo para declarar la emergencia con el objeto de verificar si ellas cumplían con los requisitos establecidos en la Constitución (Pardo Martínez, 2011: 80), siendo propugnada por la Corte Constitucional colombiana en base al modelo consagrado en la Constitución de 1991 y su Art. 214 numeral 6, que dispone –a modo de complemento de los Arts. 212 y 213– que los Decretos Legislativos que dicta el Presidente de la República deben ser remitidos a la Corte Constitucional para que decida sobre su constitucionalidad ⁽⁵³⁾, en el entendido que dicha norma también es el mecanismo formal de su declaración ⁽⁵⁴⁾. De manera expresa, el Alto Tribunal constitucional colombiano –argumentando el *principio de representación democrática indirecta*, según el cual la configuración de sus miembros proviene de un ejercicio de

⁵¹ En esta posición, el profesor chileno Silva Iruarrázaval (1986: 87-89) sostiene que la judicatura puede analizar el cumplimiento de las exigencias constitucionales de dicha declaración, al verificar: i.) si el estado de excepción declarado corresponde a aquellos que la Constitución reconoce como tales, ii.) si la autoridad que declaró el estado de excepción es aquella prevista por la Constitución para hacerlo, y iii.) si la forma de la declaración se ajustó a las exigencias constitucionales (ej.: el decreto haya sido firmado por el ministro respectivo).

⁵² En América Latina, los estados de excepción fueron principalmente utilizados por los gobiernos de facto para cubrir de “legalidad” sus actuaciones, sobreviniendo así su desnaturalización y uso perverso. En el coloquio “Estados de excepción y derechos humanos en el Cono Sur”, realizado en Montevideo en agosto de 1985 por el Instituto de Derechos Humanos, se concluyó que:

“Los estados de excepción constitucional han servido en nuestros países como marco de innumerables excesos, persecuciones y otros distintos modos de violación de los derechos humanos, severamente condenables a la luz de los instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, de los textos de los respectivos textos constitucionales y de la conciencia moral de los pueblos” (Cfr. Pardo Martínez, 2011: 77, nota 9).

⁵³ El numeral 6 del Art. 214 de la Constitución colombiana de 1991, señala:

“Art. 214.- Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

(...)

6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”.

⁵⁴ Sobre la regulación del tema en la Constitución colombiana de 1991, Silva Iruarrázaval (2018: 88) señala que fueron dos puntos que dicho Texto Fundamental omitió aclarar y que eran importantes para determinar el alcance del control jurisdiccional: i.) si la naturaleza del control jurisdiccional era solo formal o también material, y ii.) si los actos sujetos a control eran solo aquellos dictados en el marco del estado excepcional o también comprendía los actos por los que se declara dicho estado. Este resquicio fue llenado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-004 de 1992 donde se desarrolla la tesis amplia o plena.

democracia representativa vía Congreso de la República, que los lleva a ser una suerte de “*conciencia político-jurídica nacional*” en el vigente modelo de Estado Social y Democrático de Derecho (Pardo Martínez, 2011: 81)-; señala:

“(…) si la Corte elude el control material de los decretos de un estado de excepción, ello significaría que las facultades del Presidente de la República en esta materia serían supraconstitucionales. Y más aún: que esta Corte podría tolerar la actividad inconstitucional del ejecutivo renunciando en sí a su deber de restablecer el imperio del estatuto supremo (Sentencia C-004 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Mediante esta fórmula, la Corte Constitucional colombiana señaló que el acto de decretamiento estatal es uno de naturaleza jurídica, y que su control jurisdiccional era tanto formal como material, extendiendo esta competencia contralora a las *declaratorias de los estados de excepción*.

Adviértase que, en el trasfondo de la tesis del contralor judicial total, subyace el cada vez más álgido debate sobre la idea de la división de poderes y el activismo de los jueces, pudiéndose reconducir tal inquietud a intentar responder una pregunta de apariencia simple, pero que deriva en una reflexión más profunda y de claras consecuencias constitucionales: *¿quién es el intérprete final del dispositivo constitucional que otorga la competencia del Ejecutivo para realizar el decretamiento? ¿el propio Ejecutivo o el máximo órgano jurisdiccional?*

Como se podrá advertir, el asunto plantea un serio cuestionamiento a la separación entre el poder político y el poder judicial –y los respectivos tipos de control-, discutiéndose, claro está, la posibilidad de que un tribunal corrija al Ejecutivo en la ponderación de las circunstancias que justifican la declaración de un estado de excepción; pudiendo, inclusive, el tema ir más allá, puesto que tal cuestionamiento podría ser no solo en el sentido de haberse declarado el estado de excepción, sino – como ocurrió en Chile con el terremoto del año 2010- podría llegar a cuestionarse el que no se haya declarado, argumentando una declaración extemporánea (Silva Iruarrázaval, 2018: 83).

Así las cosas, sostener que los tribunales de justicia pueden juzgar la declaración del estado de excepción que realiza la autoridad competente supone, necesariamente, reconocerles capacidad para verificar dos aspectos: i.) si tiene lugar (o no) alguna de las situaciones de excepción contempladas (ej.: guerra exterior o interior, conmoción interior, emergencia, catástrofe, etcétera), y ii.) si, presentándose alguna de aquellas situaciones, ésta afecta gravemente (o no) el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado, lo que lleva a tener que definir distintos niveles de intensidad de la afectación, cuál de esos niveles de intensidad es el que afecta gravemente, y cuáles son los criterios para definirlo). Si bien lo primero puede ser medianamente objetivo, lo segundo sí nos parece una consideración que no es propia de un órgano que realiza control de tipo jurídico y, más bien, se enmarca dentro del ámbito de acción y decisión de órganos políticos que cuentan, para ello, con el voto popular como criterio de legitimación.

La *tesis del contralor judicial parcial (o limitado)*, por su parte, si bien sostiene que es imposible revisar jurisdiccionalmente el *acto de decretamiento estatal* necesario –es decir, la declaración del estado de excepción en sí-, permite que sean objeto de revisión i.) las *medidas excepcionales* decretadas, y ii.) los *presupuestos formales* de su implementación, a partir de los *criterios* de temporalidad (vigencia limitada), de

razonabilidad (análisis de la adecuación de las acciones concretas emprendidas con los hechos causantes) y de proporcionalidad (análisis de la adecuación de la decisión a la gravedad de la situación que la provocó); para efecto de lo cual resulta necesario tener en cuenta las características señaladas por la doctrina para dicha medidas extraordinarias ⁽⁵⁵⁾. En otras palabras, esta tesis sostiene la revisión judicial, única y exclusivamente, de las medidas adoptadas durante el estado de excepción a fin de analizar su razonabilidad y proporcionalidad, pero nunca del *acto de declaratoria*, decisión que -aún hasta hoy- algunos siguen considerando una cuestión política no justiciable (*political question*).

Esta tesis es acorde con la interpretación que ha realizado la Corte IDH del Art. 27 (“Suspensión de Garantías”) de la CADH en dos Opiniones Consultivas que resultan relevantes para el tema: la 8/87 y la 9/87.

La Opinión Consultiva OC-8/87 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987 a) fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para que la Corte IDH interprete los Arts. 25.1 y 7.6 de la CADH en relación a la última frase del Art. 27.2 de la misma y está, por tanto, incluida en la previsión del Art. 64.1, ello motivado en que algunos Estados Partes habían entendido que, en situaciones de excepción, el derecho de protección judicial que se ejerce mediante el hábeas corpus -principalmente- es uno de los derechos cuyo ejercicio puede suspenderse, llegando incluso algunos Estados a consagrar, en su legislación interna, la detención de una persona y su incomunicación durante un prolongado período en el que al detenido se le priva de todo contacto exterior ⁽⁵⁶⁾.

Al respecto, la Corte IDH estableció:

- a) En una sociedad democrática, “los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (párr. 26).
- b) Deben considerarse como garantías “indispensables” –a efectos del Art. 27.2 de la CADH- “aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud” (párr. 29).
- c) Las garantías exigidas por los Arts. 25.1 y 7.4 de la CADH no solo deben ser indispensables sino también “judiciales”, en tanto debe referirse a “medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la

⁵⁵ Al respecto, Zambrano Veintimilla (2009: 380) señala que las *medidas excepcionales* deben obedecer a las siguientes características: a.) tener naturaleza especial y extraordinaria, estando destinadas a regir en períodos de anormalidad constitucional de los Estados de manera temporal, no pudiendo ser permanentes o indefinidos; b.) su ejercicio provoca una alteración en el equilibrio que existe entre los poderes del Estado, generando una concentración de poderes en el Ejecutivo; c.) su ejercicio se fundamenta o justifica ante situaciones graves o insuperables por los mecanismos o instrumentos técnicos y legales normales; d.) no se pueden invocar en momentos de menor gravedad; e.) sus supuestos habilitantes y elementos configuradores básicos deben estar reguladas por la ley, por lo que no son arbitrarias o ilegales, estando además sujetas a controles constitucionales y legales, así como a supervisión internacional; y f.) su extralimitación, en caso de violación de derechos fundamentales, está sujeta a responsabilidad legal, interna e internacional.

⁵⁶ En aquella oportunidad, la CIDH formuló la siguiente pregunta a la Corte IDH: “¿El recurso de hábeas corpus, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los Arts. 7.6 y 25.1 de la CADH, es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2 del Art. 27 de esa Convención, no puede suspenderse por un Estado Parte de la citada CADH?”

intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción” (párr. 30).

- d) El procedimiento judicial sencillo y breve exigido por el Art. 25.1 de la CADH para proteger a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales, es el proceso de amparo (párr. 32).
- e) El recurso contemplado en el Art. 7.6 de la CADH para recurrir ante un juez a fin de que se decida, sin demora sobre la legalidad de la privación de la libertad es el proceso de hábeas corpus (párr. 33, 34, 35 y 36).
- f) Resulta ilegal toda “actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar estrictamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción” (párr. 38).
- g) Los procedimientos de hábeas corpus y amparo son aquellas garantías indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el Art. 27.2 de la CADH, sirviendo, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática (párr. 42).

Por su parte, la Opinión Consultiva OC-9/87 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987 b) fue solicitada por el Uruguay a fin de que la Corte IDH interprete el alcance de la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos, contenida en la CADH (Art. 27.1), en lo referido a i.) la determinación de cuáles son esas garantías judiciales indispensables, y ii.) la relación del Art. 27.2 –en lo pertinente- con los Arts. 8 y 25 de la CADH.

En aquella oportunidad la Corte IDH señaló –*grosso modo*- lo siguiente:

- a) Del Art. 27.1 de la CADH se deriva la necesidad genérica de que “en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la CADH o derivados de ella (párr. 21).
- b) De la obligación general contenida en el Art. 1.1. de la CADH, se deriva el derecho de toda persona a “un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes” que amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la CADH (párr. 22).
- c) La implantación del estado de emergencia –cualquiera sea la dimensión o denominación con que se establezca en el derecho interno- “no puede comportar la supresión o la pérdida efectiva de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma CADH, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia” (párr. 25).
- d) Deben considerarse como “garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión” (según lo establecido en el Art. 27.2 de la CADH):

- i. El hábeas corpus (Art. 7.6), el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (Art. 25.1) destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma CADH (párr. 41.1).
- ii. Aquellos procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (Art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Parte como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el Art. 27.2 de la CADH y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos (párr. 41.2).

Así las cosas, y de conformidad con el aludido *principio de control*, es indispensable señalar que en todo Estado de excepción deben subsistir medios idóneos para el control de las medidas excepcionales que se dicten, a fin de que ellas se adecúen –en clave de razonabilidad y proporcionalidad- a las necesidades de la grave situación a enfrentar que justifica su dación, sin exceder los límites estrictos impuestos por ordenamiento nacional o internacional; razón por la cual no es posible, bajo ningún concepto, suprimir los mecanismos procesales consagrados al interior de cada Estado para permitir la protección de los derechos no susceptibles de suspensión, o de los no suspendidos, o de los suspendidos en cuanto a su aplicación concreta.

A nivel internacional, la referida notificación a los organismos internacionales da por sentado que es materia de interés la protección de tales derechos, siendo lógico que si un país recurre al Estado de excepción, la comunidad internacional pretenda velar para que ese recurso se utilice conforme al objetivo de proteger, única y exclusivamente, la propia continuidad del Estado y, además, al Estado de Derecho ⁽⁵⁷⁾; y así ha sido consagrado, por ejemplo, en el numeral 27.2 de la CADH cuando se prohíbe la suspensión de “*las garantías judiciales indispensables para la protección*” de los derechos que no pueden ser suspendidos.

A nivel interno, por mencionar el caso peruano, este control jurídico se encuentra consagrado expresamente en el quinto párrafo del Art. 200 de la Constitución de 1993 ⁽⁵⁸⁾, habiendo sido complementado con el Art. 23 del Código Procesal Constitucional en cuanto a sus alcances, y sobre el que volveremos en líneas posteriores.

Situación diferente es la referida al **control político** de los Estados de excepción, el mismo que es realizado por el Parlamento como parte del rol fiscalizador que le es inherente, como resultado de la separación de poderes que asume el constitucionalismo moderno, en el entendido que –en la clásica diferenciación tripartita- la legitimidad democrática de esta institución permite concebir a la supervisión que se realiza como

⁵⁷ Al respecto, Faundez-Ledesma (1984: 117) sostiene que confiar de manera absoluta la decisión de declarar la emergencia al mismo Gobierno que se habrá de beneficiar de facultades extraordinarias mediante esta declaración, resulta altamente peligroso por hacer depender la suspensión del ejercicio de ciertos derechos humanos a su sola voluntad; al igual que encargar dicha evaluación a un órgano internacional también puede resultar inconveniente al no poder apreciar, con la celeridad que el caso requiere, la existencia de dicha emergencia; motivo por el cual se asume un doble esquema de responsabilidad compartida, en el que la carga de la prueba del acaecimiento de la situación de emergencia corresponde al gobierno, pero la decisión del decretamiento puede y debe ser evaluada por los organismos internacionales pertinentes a fin de evaluar si se corresponde o no con los requisitos que para ello establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos.

⁵⁸ El quinto párrafo del Art. 200 de la Constitución de 1993, señala:

“Art. 200.- (...)

No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

(El subrayado es nuestro).

concreción del *principio de rendición de cuentas* ante la instancia que concentra la representación política del pueblo por antonomasia; tal y como lo destaca Siles Vallejos (2019) cuando afirma:

“(…) aun cuando la declaración del estado de emergencia da lugar a una fuerte concentración de poderes en manos del Ejecutivo, esto no significa que queden anulados los demás poderes del Estado y suprimido el Estado de derecho y el correspondiente principio de legalidad, así como la protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, la posibilidad real de comisión de graves violaciones de los derechos humanos durante la emergencia hace necesario el rol de contrapeso y contralor a cargo de los otros poderes del Estado, el cual debe operar desde el primer momento (esto es, desde la proclamación de la emergencia)” (p. 426).

En el plano internacional, el control político del Parlamento nos parece directamente aludido cuando la amplitud de los poderes conferidos al órgano encargado de conjurar la emergencia y al rol del Congreso como órgano de control consagrado en el Art. 27 de la CADH, se armoniza con el Art. 29 referido a las normas de interpretación, donde expresamente se estipula que ninguna de las cláusulas del tratado debe “ser interpretada en el sentido de (...) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”; aspectos cuya apreciación debe ser realizada por el Poder Legislativo, órgano político y representativo por antonomasia que -en base a los principios democrático y de separación de poderes- tiene un rol fundamental y activo en el balance y control sobre el Ejecutivo, sobre todo en épocas en que asume poderes extraordinarios y excepcionales con la finalidad de enfrentar un peligro o amenaza graves para la convivencia social, debiendo ejercer dicho rol controlador desde el momento mismo de la proclamación oficial realizada por el Gobierno.

En la misma línea, es importante señalar algunos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos que nos parecen relevantes:

- En la Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de las Garantías Constitucionales o Estado de Sitio d el 16 de mayo de 1968, la CIDH (1968) declaró que para que la proclamación de emergencia sea compatible con el “régimen de gobierno democrático representativo” se requiere como condición indispensable, entre otras, 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”.
- En la aludida Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte IDH (1987 a) señala 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 ella “carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático” (párr. 20)

Como sostienen, pues, Gross y Ní Aoláin (2006: 292) según el marco jurídico y jurisprudencial del Sistema Interamericano de Protección, la declaratoria de un Estado de Excepción no supone la instauración de un régimen absolutista derivado de los poderes extraordinarios que asume el Gobierno como consecuencia de la instauración

del estado de emergencia, sino que en él deben ser respetados los límites del poder establecidos por el principio de legalidad, el modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho y las instituciones democráticas que le son inherentes, incluyendo por supuesto los medios de control.

En América Latina, este control político que ejerce el Parlamento se realiza de muy diversas maneras. En Bolivia, por ejemplo, se ejerce a partir de la aprobación de la Asamblea Legislativa Plurinacional dentro las setenta y dos (72) horas posteriores a la declaración del estado de excepción, medida que será adoptada en una situación de anormalidad y no se ejerce de esta manera el control desde la declaración misma del Estado de Excepción; mientras que en Colombia, el control político se ejerce también a partir de la solicitud de prórroga de la declaración del Estado de Excepción, por lo que el segundo periodo prorrogable, requiere de la aprobación del Senado de la República. En Ecuador, el Presidente de la República debe notificar la declaración del estado de emergencia al congreso Nacional, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la publicación del decreto correspondiente; mientras que, en el Perú, una vez declarados los Estados de Excepción se debe *dar cuenta* al Congreso o a la Comisión Permanente, requiriéndose –en caso de prórroga- la aprobación del Congreso. En Venezuela, el decreto que declare el Estado de Excepción será presentado dentro de los ocho (08) días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación

En todos esos casos de control político, a nuestro modo de ver, el órgano de representación política se encuentra autorizado para analizar dos (02) aspectos concretos: i.) el *acto de decretamiento del Estado de excepción* en sí, por lo que debe constatar -en forma objetiva- la real y plena existencia de las condiciones de excepcionalidad contempladas en el supuesto habilitante consagrado en el Texto Fundamental, pero sin que ello signifique asumir que tiene competencia para revertir la decisión ejecutiva; y ii.) la *forma de actuación del órgano ejecutivo en lo referido a la implementación de las medidas orientadas a superar la situación de anormalidad*, a efectos de analizar si los fines proclamados responden o no a razones objetivas de interés general o –por el contrario- son el velo con el que se pretende cubrir una soterrada intención autoritaria.

En nuestra opinión, y sin perjuicio de advertir la ausencia de regulación al respecto en el Reglamento del Congreso, el aludido control parlamentario se puede materializar, por ejemplo, a través de la formulación de preguntas o por medio de solicitudes de información general que pueden realizar las comisiones parlamentarias al Ejecutivo, o también en virtud de la comparecencia de autoridades y funcionarios, o –inclusive- de la interpelación política a los Ministros respectivos; sin perjuicio de la siempre posible visita a establecimientos policiales o penitenciarios a efectos de verificar los casos de reclusiones indebidas que pudieran presentarse.

Como derivación lógica de lo señalado, debe asumirse que el Estado de excepción y las medidas extraordinarias que lleva implícito, no pueden interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público, fundamentalmente de aquellos que tienen a cargo la verificación de los controles aludidos, como el Poder Judicial y el Poder Legislativo, sin perjuicio de otros órganos constitucionales a cargo de funciones de control; tal y como se ha establecido de manera expresa en la Constitución chilena de 1980, cuando señala que en ningún caso las medidas de restricción y privación de la libertad “*podrán adoptarse en contra de los parlamentarios, de los jueces, de los*

miembros del Tribunal Constitucional, del Contralor General de la República y de los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones” (Art. 41, segundo párrafo del inciso 7).

De manera específica, sobre la necesaria independencia del Poder Judicial para realizar el control judicial, Zovatto (1990) señala:

“La necesidad de que durante estas situaciones de emergencia, el Poder Judicial goce de una independencia real, a fin de impedir que la discrecionalidad se confunda con la arbitrariedad, y asegurando, en definitiva, a los ciudadanos, la protección de sus derechos fundamentales” (p. 57).

Solo garantizando la división y separación de poderes –como principio inalterable del Estado Constitucional de Derecho, inclusive en situaciones de excepción- es posible lograr la más correcta aplicación y control de los Estados de Excepción, sin incurrir en el tradicional uso desmedido y arbitrario que ha caracterizado estas medidas.

VI.- LA INCIDENCIA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN: ¿CUÁL ES EL OBJETO DE AFECTACIÓN?

Analizados los aspectos teóricos más importantes sobre los Estados de excepción, toca ahora hacer algunos alcances sobre la afectación que su decretamiento produce en los elementos básicos del Estado de Derecho que le sirve de referencia permanente, aspecto que resulta indispensable para analizar los alcances de la justiciabilidad de las medidas adoptadas, siendo indispensable para ello saber qué es lo que se suspende (Borea Odría, 1996: 451); siendo tres (03) las propuestas planteadas por la doctrina sobre el particular: dos de ellas como parte del *marco regulatorio extraordinario* que tiene lugar –afectación de derechos o de su ejercicio- y la restante implementable como *medida excepcional* –afectación de garantías procesales- (⁵⁹).

La **tesis de la afectación de derechos** propugna que los derechos consagrados a nivel normativo en el Texto Constitucional –es decir, aquellos atributos de orden jurídico y político que tienen las personas (Fernández Segado, 1983: 36)- pueden ser restringidos o suspendidos –con evidentes alcances de supresión- según lo defina la autoridad

⁵⁹ Antes de continuar, es necesario señalar que el análisis que realizamos, se ubica en la posición *conflictivista* de los derechos fundamentales según la cual, en su dimensión aplicativa, la tendencia del titular hacia una expansión ilimitada de los derechos, exige la *limitación* para permitir su armonización dentro de la convivencia social; posición radicalmente distinta de la postura *no conflictivista* (o *consensualista*) –defendida entre nosotros por Castillo Córdova (2005: 22-34)- para la cual los derechos fundamentales no entran en conflicto entre sí, por lo que el énfasis está puesto en su *delimitación*, y no en el establecimiento de restricciones.

En esos casos, la preocupación que abordamos en este acápite simplemente no existe, puesto que el decreto supremo que declara el estado de emergencia y define los derechos afectados constituye parte de la delimitación de aquéllos, convirtiéndose automáticamente tal sacrificio en un ámbito excluido del derecho en sí, por lo que se produce así una reducción del ámbito de protección del derecho en sí. En palabras del propio Castillo Córdova (2020):

“Así vistas las cosas, la limitación a la libertad de movimiento establecida por el decreto supremo no significa ningún sacrificio del contenido constitucional del derecho fundamental, porque no se tiene derecho, en estas concretas circunstancias de pandemia, a circular por las vías públicas fuera de las situaciones de excepción previstas razonable y constitucionalmente; y, como se comprenderá con facilidad, no se sacrifica el derecho que no se tiene. La limitación de la libertad de movimiento significa el establecimiento de un contorno razonable que delimita el alcance constitucional del derecho fundamental de modo que los elementos que conforman ese contenido constitucional en estas excepcionales circunstancias no podrán ser ni restringidos ni sacrificados. Si se pretendiese algo distinto se incurriría en inconstitucionalidad. Se trata, pues, de que el contenido constitucional del derecho fundamental a la libertad personal, que es un contenido limitado por las concretas circunstancias de excepción, es un contenido absoluto, es decir, no sacrificable, no excepcional.” (p. 20).

política respectiva, en caso de situaciones de grave crisis ⁽⁶⁰⁾. En América Latina, esta es la posición consagrada en España, Ecuador, Guatemala, Honduras, Paraguay y República Dominicana; siendo también la postura asumida en el Perú en las Constituciones de 1860 (Art. 59), de 1920 (modificación del Art. 35, por Ley N° 5470 de 28.09.1926), de 1933 (Art. 70) y de 1979 (Art. 231) ⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾.

Importante es señalar que este planteamiento es propio de una concepción positivista que –en el entendido que los derechos y libertades fundamentales son “otorgados”, a modo de creación, por el Estado- permite que los derechos fundamentales y las libertades públicas puedan ser dispuestos por la autoridad del Estado y, por ende, se encuentren sujetos a su mera voluntad en cuanto a su consagración o retiro se refiere, claro está.

Sobre el particular, y teniendo en cuenta el *principio fundamental de reconocimiento y respeto de la dignidad de la persona humana* que, a su vez, sustenta el *principio de personalismo constitucional* –asumidos ambos por los sistemas constitucionales modernos-; es bueno recordar que los derechos fundamentales son “el conjunto de bienes humanos debidos a la persona humana por ser persona humana, y cuya adquisición le permite alcanzar su pleno desarrollo en la medida que con ello logra satisfacer necesidades y exigencias humanas” (Castillo Córdova, 2009: 42); tratándose, pues, de derechos y libertades que no se otorgan por una decisión libérrima de la autoridad, sino –por el contrario- que posee todo hombre por su mera condición de tal, es decir, por tener una común *naturaleza humana* que, a su vez, es definida por la *dignidad*. En este panorama, los derechos fundamentales no los crea, y menos los otorga, el Estado, sino que sólo se limita a *reconocerlos* como atributos de las personas que son *anteriores y superiores a él*, tal y como lo han sostenido la filosofía liberal y el propio constitucionalismo.

⁶⁰ En cuanto a la terminología de entonces, es bueno señalar que la noción “*garantías constitucionales*” eran entendida en tres (03) sentidos: i.) como **garantías normativas**, en clara alusión a los derechos fundamentales y libertades públicas consagradas positivamente a favor de los ciudadanos; ii.) como **garantías institucionales**, que alude a las instituciones que habrán de garantizar, promover o proteger los aludidos derechos (ej.: el Poder Judicial, la Defensoría del Pueblo, entre otros); y iii.) como **garantías procesales**, que –por el desarrollo de la procesalística- pone incidencia en los procesos diseñados y consagrados para defender o garantizar los derechos fundamentales aludidos (ej.: proceso de hábeas corpus, amparo, etcétera). El sentido en que se utiliza la noción “*garantía constitucional*” hay que entenderlo, por ello, dependiendo de la regulación sistemática del Texto Fundamental respectivo.

⁶¹ El Art. 231 de la Constitución peruana de 1979, señalaba:

“**Art. 231.** - El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, decreta, por plazo determinado, en todo o parte del territorio y dando cuenta la Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que es este artículo se contemplan:

- a) 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. En esta eventualidad, puede suspender las garantías constitucionales relativas a la libertad de reunión y de inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, que se contemplan en los incisos 7, 9 y 10 del Artículo 2 y en el inciso 20-g del mismo Artículo 2. En ninguna circunstancia se puede imponer la pena de destierro. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. La prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno cuando lo dispone el Presidente de la República.
- b) Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, o guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con especificación de las garantías personales que continúan en vigor. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.

(Los subrayados son nuestros).

⁶² En el caso del estado de emergencia, al usar el término “*garantías constitucionales*”, un sector de la doctrina nacional (donde se encuentran José Pareja Paz Soldán, Darío Herrera Paulsen, Alfredo Quispe Correa, Luis Bramont Arias y Borea Odría) señala que la Constitución de 1979 –igual que sus predecesoras- afecta a los derechos o “*garantías normativas*”, y no a las “*garantías procesales*” como cree otro sector (Alberto Ruiz-Eldrege, Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, y Víctor Julio Ortecho Villena), tal como veremos más adelante. En el caso del estado de sitio –por cierto, nunca aplicado en nuestro país- la alusión a “*garantías personales*” nos parece claro que el objeto de afectación son los derechos fundamentales de las personas.

En dicho esquema de raigambre claramente iusnaturalista, González Ojeda (2017: 299) sostiene que existe “una incongruencia a nivel formal” creada por la tesis de suspensión de los derechos fundamentales, en la medida que –al ser éstos anteriores y superiores al Estado- se encuentran fuera de la disposición y el manejo humano, razón por la que no se pueden suspender vía norma jurídica.

Modernamente, asumiendo que los derechos son preexistentes al Estado y éste solo se puede limitar a reconocerlos positivamente, la alusión a *suspensión de derechos* debe entenderse en un sentido diferente, al que García Belaunde (1988) alude en los siguientes términos:

“(...) la suspensión no significa que las personas quedan sin derechos, o peor aún, que para ejercerlos deban pedir permiso a cada momento. Esta interpretación no tiene en cuenta para nada el trasfondo doctrinario de la institución. En realidad, lo que significa la suspensión de derechos, es que el Estado, ante situaciones graves, deja en suspenso parte del orden constitucional concerniente a los derechos que él mismo ha reconocido dentro de su ámbito geográfico. Esto es, con independencia a los eventuales fundamentos jusnaturalistas que esgrimamos, lo cierto es que los derechos humanos para ser *derechos*, necesitan ser positivizados, reconocidos por el Estado. Pues bien, así como el Estado los reconoce, en determinados casos la doctrina constitucional –en forma pareja desde el siglo XIX- admite que puede retirar este reconocimiento estatal, con lo cual, a partir de aquel momento, el Estado se encuentra virtualmente sin ataduras y, en consecuencia, el ciudadano no puede invocar derechos que en ese momento el Estado desconoce (aun cuando sea por breve tiempo) (...) El ciudadano no pierde su derecho; simplemente esos derechos quedan al desamparo, pues el Estado no los reconoce, y al no reconocerlos, toda acción legal (léase vías procesales), se convierte en improcedente por sustracción de la materia. Para efectos prácticos, el ciudadano sigue gozando y ejerciendo sus derechos; pero sabe siempre que el Estado puede traspasar los límites que antes tenía y que no debe ejercerlos públicamente, porque se arriesga a ser interrumpido en el goce de sus derechos. Se mantienen, pues, los derechos, pero su ejercicio queda en suspenso. Durante ese tiempo pueden utilizarse las acciones de garantía, ya que no existe norma expresa que la suspenda; pero devendrán en “improcedentes” mientras dure el estado de excepción; cuando éste finalice, tales acciones podrán reiniciarse (...)” (pp. 286-287)

Sobre el particular, algún tiempo antes, Fernández Segado (1983) señalaba:

“¿Qué implica, pues, la suspensión? La suspensión no afecta per se ni a la existencia ni a la validez de la norma, sino tan sólo a su eficacia. Y así, tras la suspensión, una norma no deja de formar parte del ordenamiento jurídico; concluida la suspensión, la norma es puesta nuevamente en vigor mediante un acto particular. En definitiva, la suspensión queda limitada a la eficacia de la norma, en el sentido de que ésta deja de ser vinculante para el órgano que decreta la suspensión. De ahí que la suspensión de derechos no implique abrogación de la existencia del derecho objeto de la suspensión, sino tan sólo una restricción temporal en el ejercicio de tales derechos. No estamos, pues, en sentido estricto, ante una suspensión de derechos, sino, lo que terminológicamente resulta más exacto, ante una suspensión en el ejercicio de esos derechos” (p. 40).

Por su parte, en similar sentido, Requejo Rodríguez (2001) sostiene:

“La suspensión de los derechos no puede ser entendida como una desaparición absoluta de los mismos, aunque sea temporalmente limitada, puesto que vigente el supuesto desencadenante de la crisis los derechos en su configuración habitual continúan presentes en las relaciones entre particulares, al igual que frente al poder público en

circunstancias que nada tengan que ver con la situación excepcional y con la vuelta a la normalidad. Pero incluso en los casos en que por su incidencia sobre la crisis resulta plenamente admisible la suspensión de los derechos, éstos siguen operativos con un régimen distinto al ordinario que afecta a su contenido, es decir, a las facultades jurídicas que se confieren a su titular para garantizar el objeto mismo del derecho. Mientras dura la excepcionalidad se permite una intervención de los poderes públicos de mayor calado, por lo que las garantías que de ordinario disfruta el derecho sufren una «rebaja» considerable, si bien su titular puede seguir exigiendo, como en cualquier otra circunstancia, que la injerencia se produzca en los términos que normativamente se establezca” (p. 111).

En la doctrina nacional, siguiendo la línea argumentativa señalada, Rubio Correa (1999) sostiene:

“[N]uestra respuesta es que las personas sí tienen esos derechos. En rigor, entonces, no son suspendidos los derechos, sino que puede restringirse o suspenderse el ejercicio por acto de hecho de la autoridad sin que la persona perjudicada pueda defenderse por las vías normales que el Derecho facilita para estos casos, siempre que haya razonabilidad y proporcionalidad en la actuación de la fuerza pública” (p. 473).

Por su parte, Eguiguren Praeli (2003) sostiene:

“Esta “suspensión” no implica que tales derechos “desaparezcan”, sino solo que las autoridades puedan imponer mayores limitaciones o afectar tales derechos en supuestos no permitidos en situaciones normales” (p. 130)

Así las cosas, debe recordarse –con Prieto Sanchís (1990: 249-250)- que cuando tiene lugar la suspensión de derechos, éstos presentan –entre otras- las siguientes características comunes: i.) los derechos suspendidos no “*registran alteración alguna frente a los sujetos privados*”; ii.) “*la suspensión de derechos presenta un carácter abstracto y requiere ulteriores actos de concreta privación o limitación, actos que siguen sometidos al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”, en clara alusión a la necesidad de realizar una implementación razonable y proporcional; y iii.) “*no desaparece la tutela jurisdiccional de los derechos*”, precisamente a fin de analizar los aspectos señalados; siendo precisamente estas notas características las que evidencian que aludir a derechos “suspendidos” durante el Estado de excepción de ninguna manera significa su desaparición; razón por la que Castillo Córdova (2005: 6) afirma que *la suspensión del derecho atañe sólo al ejercicio del mismo, más no afecta su existencia*.

En tal sentido, comentando el sistema constitucional español (Art. 53.1 de la Constitución de 1978), Requejo Rodríguez (2001: 112) señala que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales ha de asegurar que, incluso allí donde quepa su suspensión, el sacrificio al que se les somete nunca pueda llegar a su total supresión, por lo que, si bien el legislador siempre ha de intervenir, en la suspensión se le permite ir más allá llegando a establecer un nuevo régimen jurídico de los derechos más restrictivo que el común, en el que el legislador puede llegar -inclusive- a no respetar el contenido esencial del derecho.

Conforme a lo señalado, es importante –entonces- tener claro que son dos (02) las corrientes que explican en qué consiste la suspensión, según De la Quadra-Salcedo y

Fernández del Castillo (1983: 429 y ss.): i.) la que concibe la suspensión *como una sustitución de la regulación constitucional de los derechos por otra infraconstitucional que les somete a los poderes de excepción*, en virtud de la cual el derecho –sin dejar de ser fundamental- desconstitucionaliza en cierta manera el contenido esencial del derecho al ampliar el margen de su configuración legal, pero sin que ello suponga que los derechos descienden al plano de la legalidad, en la medida que se mantiene “el mínimo indispensable que le permite conservar su naturaleza de derecho fundamental”, ya que, de una parte, el derecho nace a partir de su reconocimiento constitucional (y no a partir de la concreción de su nuevo régimen jurídico) y, de otra, resulta indisponible para unos poderes públicos que no podrán eliminarlo ⁽⁶³⁾; y ii.) la que asume la suspensión *como la afectación de unas garantías que son consecuencia, y no causa, de la naturaleza fundamental del derecho*, en cuyo caso tal naturaleza habrá de pervivir, en tanto el bien protegido –esto es, la dignidad humana- permanece al margen de cambios coyunturales.

En virtud de lo señalado, García Belaunde (1988: 2887) sostiene que las posturas que niegan la posibilidad de suspender los derechos fundamentales durante un Estado de excepción, “no reposan en una adecuada comprensión de la institución constitucional”, por lo que más que negar tal posibilidad lo que se requiere es comprender adecuadamente su perfil.

Sin embargo, nos parece claro que, de admitirse esta tesis, en la práctica, el ámbito de protección ciudadana sufre un menoscabo sustantivo en la medida que la suspensión “del derecho” torna imposible que la persona cuente con un *status jurídico* de protección frente a actos o decisiones de la autoridad, puesto que al no “*tener*” los derechos y libertades fundamentales afectadas, bien puede entenderse al poder estatal como grave y peligrosamente discrecional.

La **tesis de la afectación de garantías**, por su parte, sostiene que durante los regímenes de excepción no son procedentes las *garantías constitucionales* –entiéndase, “procesos constitucionales”- que permiten revisar y hasta corregir (carácter restitutivo) eventuales excesos de las autoridades en la ejecución de la decisión, lo cual supone que no podrá recurrirse a este inmediato remedio jurídico, en una lógica donde la suspensión de las garantías supone suspender la protección jurídica del derecho sin por ello tener que suspender el derecho mismo ⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾; siendo esa la postura asumida por la Constitución peruana de 1979 (Art. 231, incs. “a” y “b”), complementada por el Art. 38 de la Ley N° 23506 (07.12.1982), que prohibió de manera expresa la procedencia del Hábeas Corpus y Amparo “*durante el tiempo de suspensión*” ⁽⁶⁶⁾; al igual que El Salvador, México y Venezuela.

⁶³ A decir de Requejo Rodríguez (2001: 113), la suspensión de los derechos no es equiparable, bajo ningún concepto, a su supresión transitoria, puesto que “los poderes públicos no pueden comportarse “como si” los derechos no existiesen” en tanto ella solo “les habilita a sustituir temporalmente su régimen jurídico habitual por otro que no tiene porqué respetar su contenido esencial”.

⁶⁴ En opinión de Lucas Verdú (1977: 674-675) las garantías son el conjunto de medidas técnicas e institucionales que tutelan los valores recogidos en los derechos y libertades enunciados por la Constitución, que son necesarios para la adecuada integración en la convivencia política de los individuos y grupos sociales.

⁶⁵ Sobre el particular, debemos señalar que siempre queda la posibilidad de pretender enervar por cualquier otro proceso –entiéndase ordinario- la validez o la razonabilidad de la medida empleada que atenta contra el Estado de Derecho, aun cuando se halle éste atravesando por un período de excepción.

⁶⁶ Esta perspectiva fue posteriormente corregida con el Art. 29 de la Ley N° 25398 (06.02.1992) donde se señaló que al haberse decretado cualesquiera de los regímenes de excepción establecidos, los jueces tramitarán las acciones de garantía sólo 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.

El antecedente de la suspensión de la protección jurisdiccional se encuentra en el derecho anglosajón –con la suspensión del hábeas corpus⁽⁶⁷⁾- y francés –con la suspensión de garantías constitucionales⁽⁶⁸⁾-.

En el caso peruano, Rubio Correa y Bernal Ballesteros (1983) señalan:

“Siguiendo el principio de que las normas referentes a los derechos deben interpretarse extensivamente y las que los restringen deben interpretarse restrictivamente, nosotros consideramos que la interpretación correcta es la segunda, es decir, que lo suspendido son las garantías constitucionales para efectivizar los derechos, no los derechos mismos” (p. 220).

En similar sentido, Ortecho Villena (1985.) afirma:

“Entendemos que lo que se suspende son los amparos, la protección que normal y cotidianamente debe dar el Estado a las libertades y derechos constitucionales. Se retira relativamente ese amparo para determinados derechos, no para todos. Pero los derechos no se anulan, subsisten e incluso se ejercen (...)” (p. 511).

La aludida ambigüedad normativo-constitucional, fue superada a nivel positivo con la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo (07.12.1982), la misma que en su Art. 38 precisó la improcedencia de los procesos de hábeas corpus y amparo respecto de los derechos suspendidos, “durante el tiempo de su suspensión”⁽⁶⁹⁾.

Sin embargo, en el Estado de Derecho propio del moderno constitucionalismo, donde las nociones de interdicción de la arbitrariedad y limitación y control del poder son aspectos implícitos de su función garantista, esta tesis tiene cada vez menos adeptos debido a que –en un Estado Constitucional de Derecho- los ciudadanos no pueden verse privados de los mecanismos procesales que permiten examinar judicialmente la legitimidad de determinada medida limitativa de derechos fundamentales, a lo cual debe añadirse su cuestionamiento a nivel internacional en materia de derechos humanos, en la medida que los Tratados vigentes exigen a los Estados garantizar un conjunto de mecanismos procesales cautelatorios de los derechos, posición que también ha sido asumida por la doctrina⁽⁷⁰⁾. Y es que, en la Opinión Consultiva OC-9/87, la Corte IDH

⁶⁷ Es un instituto de origen anglosajón que impide –durante los períodos de agitación política- que las Cortes concedan mandamientos de hábeas corpus, por su limitación a la rama ejecutiva. Su antecedente remoto se sitúa en Inglaterra con la reglamentación del *Avece Corpus* de 1679, pero será en los Estados Unidos de América donde la Constitución de 1787 permite suspender el hábeas corpus en casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera: “*El privilegio de la orden judicial de Hábeas Corpus no será suspendido, salvo en casos de rebelión o invasión en que así lo requiera la seguridad pública*” (Art. 1, Sección Novena, párrafo 2).

En el caso *Ex parte Merryman* del año 1861 (17 F Cas. 144), el Tribunal Supremo declaró i.) que la facultad de suspender el *writ* de hábeas corpus corresponde al órgano legislativo, y ii.) que la naturaleza de dicha medida no implica la autorización de la detención, sino la denegación de tener el privilegio del auto que ordene la libertad.

⁶⁸ En la Constitución francesa de 1799 se denominaba “garantías” a las disposiciones constitucionales que protegían la libertad como a los derechos fundamentales. Sin embargo, será en la Constitución de Cádiz (1812) donde aparecerá expresamente la institución con dicho nombre, texto que se reprodujo en las constituciones españolas de 1837 y 1845, y –con algunos agregados sobre la temporalidad e intangibilidad- en las Constituciones de 1859, 1869 y 1876; trasladándose la institución a las constituciones latinoamericanas de Argentina (1853), México (1917), Perú (1933) y Venezuela (1947). Tal medida era declaraba por el órgano legislativo ante alteraciones del orden público o conmociones internas.

⁶⁹ El Art. 38 de la Ley N° 23506, señalaba:

“*Art. 38.- No proceden las acciones de Habeas Corpus y Amparo respecto de las garantías y derechos señalados específicamente en el artículo 231 de la Constitución Política, durante el tiempo de su suspensión*”.

⁷⁰ Al respecto, Medina Quiroga (1996) señala:

“(...) la norma en el sistema es que los derechos sean respetados y garantizados; la excepción es la suspensión de la obligación internacional de los Estados de garantizar el ejercicio y goce de los derechos, cuando

expresamente señaló que i.) deben considerarse como garantías “indispensables” –a efectos del Art. 27.2 de la CADH- “aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud” (párr. 29), y ii.) que las garantías no sólo deben ser indispensables sino también “judiciales”, en tanto debe referirse a “medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción” (párr. 30).

Por esta razón, la Corte IDH afirma categóricamente:

Opinión Consultiva OC-8/87:

“(…) debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención” (párr. 43).

“(…) los procedimientos jurídicos consagraos en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derecho y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición” (párr. 44).

Opinión Consultiva OC-9/87:

“(…) la implantación del estado de emergencia –cualquiera que sea la dimensión o denominación con el que se le considere en el derecho interno- no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados parte están obligados a establecer, según la misma Convención” (párr. 25).

Sobre el particular, nuestro Tribunal Constitucional –en la STC N° 01383-2001-AA/TC- ha señalado:

“(…) en ningún supuesto existe la posibilidad de que un Estado limite o elimine la posibilidad de que sus ciudadanos puedan acceder a un recurso efectivo para la protección de sus derechos fundamentales (...). Consecuentemente, los Estados están obligados, aún en condiciones atípicas como la señalada [gobierno de facto], a impedir que las garantías judiciales –tales como el amparo o el hábeas corpus– sean suspendidas, por ser indispensables para tutelar los derechos de los ciudadanos, por otro lado, le corresponde al Poder Judicial de cada Estado proteger dicha legalidad, así como el Estado de Derecho” (f. 7-8).

circunstancias muy especiales así lo aconsejan. Esta suspensión, sin embargo, no puede hacerse en relación con las garantías de los derechos respecto de los cuales no hay posibilidad de suspensión de obligaciones ni puede significar la no operabilidad del principio de legalidad” (p. 41).

Un crítica adicional a la aludida imposibilidad de limitar el control, viene dada por la propia implicancia de lo que es una “garantía de protección de derechos fundamentales”, la cual necesariamente involucra la participación, a modo de intervención decisoria, de la función jurisdiccional del Estado y su rol como solución institucional de controversias, que se encuentra a cargo de un tercero imparcial ubicado sobre las partes en conflicto y, como tal, decide el litigio con base en las normas jurídicas estatales, con el propósito de determinar el derecho de las partes y dirimir conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución (Carmona Tinoco, 2007: 190-191).

Lo que olvida un planteamiento como éste, es que la misma posibilidad de recurrir a los órganos de justicia que titularizan y ejercen la función jurisdiccional, a través de los mecanismos procesales garantizadores aludidos, constituye, *per se*, un derecho fundamental de tipo procesal que –según hemos señalado en líneas precedentes- no es susceptible de suspenderse por ser una exigencia de la dignidad, y no algo creado o dispuesto por la autoridad política de turno.

Como tercer planteamiento, la **tesis de la afectación del ejercicio del derecho** se erige como la más acorde con la filosofía y estructuración del moderno Estado Constitucional de Derecho al propugnar sólo la limitación (restricción o suspensión) del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente consagradas sin afectar ni el reconocimiento y la titularidad del derecho, ni tampoco los mecanismos procesales para defenderlos; en una lógica que transfiere a la judicatura la enorme responsabilidad de actuar como guardián del proceso político en la medida que se le encarga la revisión del comportamiento de los poderes Ejecutivo y Legislativo durante la emergencia, cumpliendo así una clara “misión de fiscalización constitucional”, a decir de Borea Odría (.....).

Esta perspectiva también diferenciadora ha sido plenamente asumida por la Corte IDH, según el siguiente detalle:

Opinión Consultiva OC-6/86:

“(...) en condiciones normales, únicamente caben *restricciones* al goce y ejercicio de tales derechos” (párrafo 114)

Opinión Consultiva OC-8/87:

“(...) 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 ejercicio” (párr. 18).

Esta postura es la adoptada por el Art. 200 de la Constitución de 1993 cuando señala que el órgano jurisdiccional debe de analizar la **razonabilidad** y la **proporcionalidad** de la medida adoptada por la autoridad durante la vigencia del régimen de excepción (*test de razonabilidad*), conforme hemos aludidos en líneas precedentes al hablar del control; siendo las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad vinculantes para todas las autoridades y los funcionarios del Estado y de la Administración Pública,

incluyendo al personal de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos de Seguridad interior. En el caso peruano, a la aludida disposición constitucional, se debe añadir lo señalado en el Art. 43 que consagra el Estado Democrático de Derecho.

Pero, en esta lógica, *¿qué significar restringir o suspender el ejercicio de un derecho fundamental? ¿existe acaso alguna diferencia entre ambos tipos de limitación o afectación?*

La respuesta dependerá de la posición doctrinal que se asuma sobre la existencia o no de conflictos entre derechos fundamentales y libertades públicas.

Así, para la *posición consensualista* defendida en nuestro país por Castillo Córdova (2020: ...), en un régimen de excepción -como el declarado por el Decreto Supremo N° 0044-2020-PCM a raíz de la pandemia por el COVID-19- no se sacrifica, ni parcial ni totalmente, el contenido constitucional de ningún derecho fundamental, “sino que las limitaciones que en tal norma se recogen significan *delimitaciones normativas* del alcance razonable de los derechos fundamentales en las concretas circunstancias de excepcionalidad” (la cursiva es nuestra), en la medida que nos encontramos ante un problema de *delimitación* del ámbito del derecho fundamental o la libertad pública involucrada.

En cambio, la *posición conflictivista* habrá de sostener que ambas figuras son dos modalidades de intervención en los derechos fundamentales, existiendo una diferencia entre ellas que *no es cualitativa* (ya que, ambas suponen una limitación) sino de *grado de intensidad de la intervención*; pues -conforme señaláramos en líneas precedentes- mientras la “*restricción*” supone una intervención en el derecho fundamental, pero que no afecta el denominado “contenido esencial” del mismo, reduciendo al mínimo posible el ámbito de acción y desenvolvimiento humano al amparo de dicho derecho, en el caso de la “*suspensión*” ella supone el cese expresamente habilitado, de alcance general y de carácter temporal, que implica la desprotección del derecho fundamental con clara incidencia en su ejercicio por parte de su titular, a modo de ineficacia general de todo el contenido constitucional de un derecho fundamental, incluyendo el denominado “contenido esencial” del mismo.

En tal sentido, la *suspensión* supone una suerte de “franquicia que se otorga al Estado para que pueda desconocer, sin tapujos jurídicos, los derechos de los demás” (García Belaunde, 1988: 276), a modo de “*desprotección legal*” de su ejercicio público, lo cual convierte a los derechos fundamentales y libertades públicas involucrados en posibilidades de conducta *desamparadas ante una autoridad*, en la medida que no necesitará ningún tipo de autorización judicial para afectarlos (ej.: inviolabilidad de domicilio); lo cual -en la práctica- supone reducir sustancialmente “*su posibilidad de ejercicio*” al no contar éste con protección legal respecto de las intervenciones de los agentes del Estado (no por parte de los otros ciudadanos), a pesar que -en el plano fáctico- el decretamiento de su suspensión no suponga la imposibilidad material (física) de ejercitarlo en el mundo real (ej.: el derecho de reunión) o en el ámbito privado (ej.: transitar dentro del domicilio). Así las cosas, Requejo Rodríguez (2001: 113) señala que “la suspensión de los derechos no es equiparable a su supresión transitoria”, en la medida que los poderes públicos no pueden comportarse “*como si*” los derechos no existiesen, en la medida que solo están habilitados para “sustituir temporalmente su régimen jurídico habitual por otro que no tiene porqué respetar su contenido esencial”, ya que el derecho fundamental o la libertad pública involucrada no se anula ni desaparece, sino solo queda desprotegido.

Profundizando sobre el aspecto indisponible del derecho fundamental en el caso de la suspensión, Requejo Rodríguez (2001) señala:

“La suspensión de los derechos no puede ser entendida como una desaparición absoluta de los mismos, aunque sea temporalmente limitada, puesto que vigente el supuesto desencadenante de la crisis los derechos en su configuración habitual continúan presentes en las relaciones entre particulares, al igual que frente al poder público en circunstancias que nada tengan que ver con la situación excepcional y con la vuelta a la normalidad. Pero incluso en los casos en que por su incidencia sobre la crisis resulta plenamente admisible la suspensión de los derechos, éstos siguen operativos con un régimen distinto al ordinario que afecta a su contenido, es decir, a las facultades jurídicas que se confieren a su titular para garantizar el objeto mismo del derecho. Mientras dura la excepcionalidad se permite una intervención de los poderes públicos de mayor calado, por lo que las garantías que de ordinario disfruta el derecho sufren una “rebaja” considerable, si bien su titular puede seguir exigiendo, como en cualquier otra circunstancia, que la injerencia se produzca en los términos que normativamente se establezca” (p. 111).

Lo sostenido por el autor español resulta de vital importancia para comprender a cabalidad lo que significa la *suspensión* de un derecho fundamental o una libertad pública, en la medida que no han sido pocos los casos en que las autoridades entienden que los derechos involucrados no pueden ser ejercidos o, en todo caso, para serlo, debe de solicitárseles una “autorización” en tal sentido, perspectiva que colisiona flagrantemente con la condición de libertad con que toda persona se inserta en el Estado Constitucional de Derecho, según la *cláusula general de libertad* consagrada en los ordenamientos constitucionales modernos. Tal fue, por ejemplo, el caso de algunos Alcaldes distritales de Lima que ante la declaratoria del estado de emergencia por la pandemia COVID-19, implementaron una suerte de “salvoconductos” distritales, llegando inclusive algunos a impedir el ingreso a sus distritos con el bloqueo de las principales vías de acceso; a lo que se suma el caso de la prohibición del uso de los vehículos particulares donde el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú –casi dependiendo del humor del Ministro o del Comandante General- decidían un día incorporar, en el “Pase de Tránsito Laboral”, la utilización de vehículos particulares, y al día siguiente se prohibía.

Otro aspecto importante en este punto, tiene que ver con el alcance de la suspensión acotada, pues ella solo compromete la dimensión social (o ejercicio público) del derecho fundamental o libertad pública involucrados; por lo que -en un sentido rigurosamente técnico- disponer la suspensión de ninguna manera supone que aquéllos no podrán ser ejercidos por sus titulares durante el lapso de tiempo que dicha suspensión dure, puesto que -por ejemplo- la suspensión del derecho al libre tránsito de ninguna manera podría llevar a pensar -por irrazonable- que una persona no pueda transitar libremente dentro de su propia casa teniendo la obligación de permanecer absolutamente quieta (Donayre Montesinos, 2015: 582).

Sin embargo, a pesar de que ambas figuras -restricción y suspensión- suponen una intervención en los derechos fundamentales y libertades públicas ciudadanas, pensamos que se encuentra claramente proscrita toda interpretación que postule la inexistencia de los derechos o la imposibilidad de su ejercicio o defensa judicial durante el estado de emergencia, ya que dicha limitación excepcional siempre ha de estar sujeta al análisis jurisdiccional en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad

antes aludidos, el mismo que -a decir de Requejo Rodríguez (2001: 113)- comprobará si el sacrificio al que se somete al derecho fundamental provoca su desaparición o, de no ser así, si es razonable o proporcionado, según el caso, con la finalidad que se persigue.

Aclarado esto, y teniendo en cuenta la particular interrelación entre el derecho nacional y el derecho internacional, es menester señalar que el decretamiento del Estado de excepción a nivel interno incide en forma directa sobre el compromiso internacional adquirido por los Estados parte de cualquier instrumento de Derechos Humanos, en cuanto a las *obligaciones internacionales* de promover y proteger los derechos humanos de sus ciudadanos.

En tal sentido, la tesis por la que se opte en sede nacional, es complementada a nivel internacional por la denominada **tesis de suspensión de las obligaciones internacionales contraídas**, según la cual, ante situaciones que afecten gravemente la continuidad histórica de los Estados, éstos pueden sustraerse de las obligaciones internacionales asumidas de reconocerlos y, por ende, protegerlos –en la lógica de “desprotección legal” que nos explicara García Belaunde-, y, de esa manera, suspender sus compromisos de protección respecto de algunos derechos fundamentales y libertades públicas consagradas en sede internacional, a fin de permitirle con ello al Estado el empoderamiento necesario que toda situación de excepcionalidad exige; tal y como ha sido consagrado en el PIDCP ⁽⁷¹⁾, en el CEDH ⁽⁷²⁾ y en la CADH ⁽⁷³⁾.

A modo de resumen, debemos señalar que los efectos suspensivos de los Estados de excepción pueden diferenciarse según el ámbito en el que tienen lugar: i.) *a nivel interno*, se suspende el *ejercicio de derechos y libertades fundamentales*, descartándose hoy en día tanto la suspensión de derechos como de garantías por afectar la esencia del Estado Constitucional, mientras que ii.) *a nivel internacional*, se admite la suspensión de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados, para garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos (D.I.DD.HH.).

⁷¹ El numeral 1 del Art. 4 del PIDCP, señala:

“**Art. 4.-**

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados parte en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

(...)”.

(El subrayado es nuestro).

⁷² El numeral 1 del Art. 15 del CEDH, señala:

“**Art. 15.- Derogación en caso de estado de excepción**

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

(...)”.

(El subrayado es nuestro).

⁷³ El numeral 1 del Art. 27 de la CADH, señala:

“**Art. 27.- Suspensión de Garantías**

2. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

(...)”.

(El subrayado es nuestro).

VII.- CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

En la STC N° 00017-2003-AI/TC (f. 18), el Tribunal Constitucional peruano ha precisado las siguientes características inherentes a los Estados de excepción: i.) suponen una concentración de poder con permisión constitucional, en un solo detentador (normalmente el Jefe del Poder Ejecutivo); ii.) la existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad (cuyo origen puede ser de naturaleza político-social o situaciones de fuerza mayor o a crisis económicas); iii.) imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios; iv.) transitoriedad del régimen de excepción; v.) determinación espacial del régimen de excepción; vi) restricción transitoria de determinados derechos; vii.) aplicación –con criterio de proporcionalidad y razonabilidad- de aquellas medidas; viii.) finalidad consistente en defender la perdurabilidad y el cabal funcionamiento de la organización política-jurídica; y ix.) control jurisdiccional expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por nuestra parte, de los diversos aspectos abordados sobre del Estado de Excepción que hemos desarrollado en estas líneas, es posible colegir como características:

- a) Su sometimiento al criterio de *númerus clausus*, ya que no pueden ser más ni distintos a los expresamente consagrados en los Textos Fundamentales.
- b) Sólo puede declararse en las situaciones previstas que los hacen viables (*situaciones habilitantes*), esto es, ante la existencia o el peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad, motivada por diversas causas (político-sociales, económicas, etcétera) que no pueden ser afrontadas, superadas o solucionadas mediante los procedimientos y mecanismos jurídico-constitucionales ordinarios.
- c) Posee un carácter esencialmente teleológico, que consiste en la defensa de la perdurabilidad y adecuado funcionamiento del Estado, como continuidad histórica.
- d) Debe tener una duración acorde la subsistencia de la situación excepcional que motivó su declaración, siendo recomendable su cese cuando desaparecen tales circunstancias.
- e) Supone la necesidad de concentrar, con expresa permisión constitucional, el mayor grado de poder en un solo detentador –el Titular del Poder Ejecutivo, normalmente-, previo cumplimiento de cualquiera de los supuestos expresa y previamente establecidos.
- f) Permite el funcionamiento de los demás órganos estatales, pero experimentando éstos un debilitamiento institucional de algunas de sus competencias, cuando interfieran con los poderes extraordinarios concedidos al Ejecutivo (74).

⁷⁴ Sin embargo, por simple lógica jurídica y razones históricas que resguardan la independencia de los órganos de poder autónomos, las medidas suspensivas o restrictivas (ej.: privación de libertad), no pueden aplicarse ni a los parlamentarios ni a los jueces ni a los miembros del Tribunal Constitucional, en la medida que el Congreso, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional –de manera individual y/o institucional- cumplen labores de fiscalización y control de las medidas de excepción dispuestas, así como del propio decretamiento del Estado de excepción según se ha sostenido al desarrollar el denominado *principio de control*.

- g) Estando regulado por la propia Constitución Política, durante su vigencia se mantienen los principios *de reserva de ley y de legalidad* y, consiguientemente, el *principio de interdicción de la arbitrariedad* por parte del Estado, resultando una exigencia los *principios de razonabilidad y de proporcionalidad* en el ejercicio de los poderes extraordinarios concedidos.
- h) A nivel nacional, supone la restricción del ejercicio de algunos derechos fundamentales y libertades públicas (Art. 200 tercer y cuarto párrafos de la Constitución de 1993, y Art. 23 del Código Procesal Constitucional); mientras que a nivel internacional implica la suspensión de las obligaciones internacionales contraídas en virtud de la CADH (Art. 27.1).
- i) Tiene carácter limitado, el mismo que se manifiesta en seis (06) aspectos claramente definidos:
- i. **En cuanto a la formalidad exigida**, en lo referido a:
 - Su *decretamiento* (ej.: en el Perú, a cargo del Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros).
 - Su *comunicación* (ej.: la dación en cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente).
 - Su *prórroga* (ej.: en el Perú se exige nuevo decreto –para el caso del estado de emergencia- y aprobación del Congreso –para el estado de sitio-).
 - ii. **En cuanto a temporalidad de su duración**, ya que todo Estado de excepción se establece por un tiempo o plazo determinado, el mismo que es sumamente variable en el derecho comparado, dependiendo de la situación de crisis que deba enfrentarse.
 - iii. **En cuanto al espacio físico territorial (o ámbito) de aplicación**, en tanto el Estado de excepción se aplica a aquellos lugares en los que ha sido autorizado, pudiendo comprender “*todo el territorio nacional*” o “*parte de él*”, siendo el caso en esta última posibilidad que los ciudadanos del resto del país mantienen plenamente vigentes la totalidad de sus derechos fundamentales y libertades públicas.
 - iv. **En cuanto a las acciones materiales**, se contemplan:
 - **La prohibición de afectar derechos intangibles.**- siendo el caso que la suspensión no puede afectar a determinados derechos (“*derechos intangibles*”) que conforman el denominado “*núcleo duro*” de los mismos, conforme a la normatividad internacional de derechos humanos que hemos aludido en líneas precedentes, conforme a lo señalado en el Art. 27.2 de la CADH.
 - **La prohibición de realizar determinadas acciones materiales.**- por disposición de la normatividad nacional e internacional, según el siguiente detalle:

- El Texto Fundamental de 1993 señala expresamente algunas acciones o medidas materiales de poder que no pueden realizarse durante la vigencia de un Estado de excepción, tal como ocurre con la prohibición de destierro establecida en el caso del Estado de emergencia según lo señalado en el inciso 1 del Art. 137 de la Constitución de 1993, *in fine*.
 - A nivel internacional, se establece dos prohibiciones claras: a.) *la prohibición de implementar disposiciones (acciones) que sean incompatibles con las demás obligaciones que el derecho internacional impone a los Estados Parte*; y b.) *la prohibición de implementar disposiciones (acciones) que entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social* (Art. 27.1 de la CADH) ⁽⁷⁵⁾.
- v. **En cuanto al establecimiento e implementación de control**, se dispone la continuidad o activación de mecanismos, técnicas o instrumentos de control de *índole jurídico-jurisdiccional* (control jurisdiccional) -conforme al Art. 200, tercer y cuarto párrafos, de la Constitución de 1993, y Art. 23 del Código Procesal Constitucional, así como el Art. 27.2, *in fine*, de la CADH que prohíbe la suspensión de las “garantías judiciales”- y de *naturaleza política* (control político) -como el mandato de “reunión de pleno derecho” del Congreso de la República (en caso de encontrarse en receso, claro está) al decretarse el Estado de sitio, conforme lo dispone la parte final del inciso 2 del Art. 137 de la Constitución de 1993-.
- vi. **En cuanto al alcance de su limitación**, en la medida que:
- Las limitaciones impuestas a los derechos fundamentales y libertades públicas *solo son exigibles respecto del ejercicio público de los mismos* (ej.: libertad de tránsito dentro de la propia casa, o derecho de reunión con los que viven en el mismo domicilio), y -además- ellas se encuentran sujetas a tutela jurisdiccional con el fin de verificar la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de los actos restrictivos de derechos fundamentales, y el cumplimiento de los procedimientos constitucionales para establecer su decretamiento.
 - Las limitaciones impuestas al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas *sólo surten efecto en relación a los poderes públicos, pero no frente a los particulares*, quienes continúan obligados a respetar los mismos sin menoscabo alguno, en virtud de la *eficacia horizontal*.

⁷⁵ El numeral 1 del Art. 27 de la CADH, señala:

“Art. 27. Suspensión de Garantías

1. ..., siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

(...)”.

- j) Es perfectamente posible exigir responsabilidades, a nivel nacional e internacional, por abuso de poder o arbitrariedad provocada por la implementación de las limitaciones excepcionales.

Señaladas estas características, a las que por cierto se pueden añadir otras en cada sistema constitucional, toca ahora abordar cómo todos los aspectos tratados en las líneas precedentes se articulan en el caso peruano para regular el Estado de Excepción.

VIII.- LOS RÉGIMENES DE EXCEPCIÓN EN LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Al igual que en los países latinoamericanos donde el Estado de excepción ha sido una preocupación permanente, nuestro país no ha sido ajeno a la inquietud por regular, de la mejor manera, esta importante institución jurídico-constitucional desde los propios inicios de su vida independiente.

Fue recién en la Constitución de 1979 que se consagró una regulación sistemática de los regímenes de excepción de carácter político y económico, existiendo antes de ello disposiciones dispersas.

Los regímenes de excepción de carácter político fueron el **Estado de Emergencia** y el **Estado de Sitio**, cuya regulación es muy similar a la contenida en el Texto Fundamental de 1993, motivo por el cual ambos institutos de excepción serán analizados en líneas posteriores.

En cuanto a los institutos de excepción de naturaleza económica, se consagraron:

- a) La facultad del Estado de **intervenir en la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario, en situaciones de crisis grave o de emergencia** (Art. 132), conforme a la cual le corresponde al Estado –en su conjunto, y no como una competencia asignada en forma específica a algún poder institucionalizado o constituido (Ejecutivo o Legislativo), siendo un típico caso de una competencia genérica- decidir tener injerencia y control en las relaciones económicas y del mercado, como una facultad excepcional que le permite imponer restricciones o correctivos destinados a superar las distorsiones y prácticas nocivas del mercado ⁽⁷⁶⁾, siendo curioso que, a pesar de la crisis que el Perú afrontó durante gran parte de la vigencia de la Constitución de 1979, ésta figura tuvo escasa utilización (ej.: como ocurrió en el caso de la estatización del sistema bancario y financiero por el primer gobierno del presidente Alan García, mediante Decreto Supremo N° 158-87-EF del 28.07.1987).
- b) La facultad del Presidente de la República de **dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera** (Art. 231 inc. 20), que, sin embargo, no se reguló en forma técnica al haberse omitido señalar, por ejemplo, la categoría o tipo de norma mediante la que se debían expedir esta clase de medidas extraordinarias –utilizándose, por una cuestión funcional, la figura de los *Decretos Supremos* que fueron calificados como “*de urgencia*”, o si tales medidas tenían o no *fuera de ley*, dejando ese tema a la discusión doctrinal.

⁷⁶ El Art. 132 de la Constitución de 1979 decía: “*En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario*”.

Por su parte, en la Constitución de 1993 se mantuvieron ambos tipos de regímenes de excepción: los económicos y los políticos.

Sobre los primeros, nuestro Texto Fundamental vigente consagró los siguientes regímenes de excepción de tipo económico:

- a) La **expedición de leyes con carácter transitorio y restrictivo para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes, por razones de seguridad nacional** (Art. 72), debiendo advertirse que –a diferencia del Texto Fundamental de 1979- en la Constitución de 1993 no se alude a una facultad de intervención abierta y genérica del Estado en la actividad económica, sino que –y aquí lo destacable- se establece una medida concreta de restricción que incide en las libertades de comercio y de empresa, así como en el derecho de propiedad de los ciudadanos.

De esta manera, se determinan taxativamente tres (03) aspectos importantes: i.) el otorgamiento de la facultad de expedir una medida extraordinaria al Legislativo, descartando así cualquier intervención genérica en la actividad económica por parte del Poder Ejecutivo (⁷⁷); ii.) se señala expresamente que tal atribución se materializa por Ley, consagrándose así el principio de reserva de ley en este caso; y iii.) se establece el contenido material de la medida económica extraordinaria, señalando que –por razones de seguridad nacional (supuesto habilitante de la atribución)- se puede restringir la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes, con lo cual se evita cualquier posibilidad de interpretación extensiva de la aludida atribución congresal.

- b) La facultad otorgada al Presidente de la República de dictar **Decretos de Urgencia** en materia económica y financiera cuando así lo requiera el interés nacional (Art. 118 inc. 19), como atribución legislativa originaria del titular del Ejecutivo para –en materia económica y financiera- emitir normas con rango de ley, cuando así lo requiera el interés nacional (⁷⁸).

Esta atribución extraordinaria de índole económica, no solo ha sido ejercida en muchas oportunidades, sino que –además- ha merecido sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional para perfilar sus requisitos materiales, tanto *endógenos* (sobre la configuración válida de la medida, que: i. debe versar sobre materia económica y financiera, no tributaria, Art. 74 de la Constitución de 1993, ii. debe respetar los principios que informan el régimen económico establecido en la Constitución, y iii. debe respetar los derechos constitucionales) como *exógenos* (que inciden en las circunstancias externas que justifican su dación, debiendo responder a las exigencias de excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad) (⁷⁹).

⁷⁷ *Stricto sensu*, esta modalidad supone una variación en la titularidad del órgano competente para definirla y, por ende, determinar su contenido material, que en este caso es el Congreso de la República a través de una Ley.

⁷⁸ Sobre el particular, Tafur Charún (2015) señala:

“(…) los decretos de urgencia constituyen “medidas” (en su acepción jurídica rigurosa), que de darse los supuestos habilitantes, esto es, *estado de necesidad normativa*, subvierten el orden normal de las competencias de naturaleza económica y financiera, y en tal sentido, constituyen auténticas medidas de intervención” (p. 155).

⁷⁹ Ver: STC peruano N° 00008-2003-AI/TC (f. 58-60), N° 00025-2008-PI/TC (f. 5-6) y N° 00007-2009-PI/TC (f. 9), entre las más destacadas.

En cuanto a los regímenes de excepción de corte político, se mantuvieron los consagrados en la Constitución de 1979, con ligeras variaciones, según el siguiente detalle:

- a) El **Estado de Emergencia** (Art. 137, inc. 1, de la Constitución de 1993): para enfrentar *cualquier situación que afecte o perturbe la paz o el orden interno* ⁽⁸⁰⁾, de *catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación (supuesto habilitante)*, autorizando a restringir o suspender el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y seguridad personales (sobre los requisitos de detención) (Art. 2 inc. 24, párrafo “f”), la inviolabilidad de domicilio (Art. 2 inc. 9), la libertad de reunión (Art. 2 inc. 12) y la libertad de tránsito (Art. 2 inc. 11) ⁽⁸¹⁾ (*marco jurídico extraordinario*), por un plazo de sesenta (60) días, y pudiendo disponer la intervención de la PNP y las FF.AA. para el control del orden interno (*medidas excepcionales*) ⁽⁸²⁾.
- b) El **Estado de Sitio** (Art. 137, inc. 2, de la Constitución de 1993): que procede cuando el Estado *enfrenta una situación concreta (peligro real) o inminente (peligro inminente) de invasión* ⁽⁸³⁾, *guerra exterior* ⁽⁸⁴⁾ o *guerra civil* ⁽⁸⁵⁾ (*supuesto habilitante*), por un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días, con mención de los derechos fundamentales y libertades públicas cuyo ejercicio no se restringe o suspende, es decir, *contrario sensu*, permitiéndose al órgano de gobierno establecer cuáles son los que quedan vigentes (*marco jurídico extraordinario*) ⁽⁸⁶⁾, pudiendo implementarse un sinnúmero de posibles *medidas efectivas* de concretización de restricción o suspensión de los derechos fundamentales que decidan afectarse (*medidas excepcionales*) ⁽⁸⁷⁾.

⁸⁰ En opinión del Tribunal Constitucional peruano (STC N° 00017-2003-AA/TC) el “orden interno” consiste en “aquella situación de normalidad ciudadana que se acredita y mantiene dentro de un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos” (f. 4), y que hace referencia “a la situación de tranquilidad, sosiego y paz dentro del territorio nacional” que debe ser asegurada y preservada por los órganos del Estado, “para que se cumpla o materialice el orden público y se afirme la Defensa Nacional” (f. 5).

En tal perspectiva, para el máximo intérprete de la Constitución, la noción “orden interno” comprende tres (03) aspectos: i.) la seguridad ciudadana (protección de la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.); ii.) la estabilidad de la organización política (resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública, respeto de la autoridad pública); y iii.) el resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales (edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, etc.) (f. 8).

⁸¹ En el Decreto Supremo que establece el *estado de emergencia* se debe de hacer mención expresa a *cuál o cuáles de los derechos fundamentales y libertades públicas* precisados en el inciso “a” del Art. 137 de la Constitución de 1993 son los que quedan suspendidos o restringidos; pues la sola declaración del estado de emergencia no es suficiente para entender que todos los derechos allí consignados se encuentran limitados.

⁸² Debemos señalar, a modo de adelanto, que si bien el marco regulatorio extraordinario establece taxativamente los derechos fundamentales y libertades públicas que pueden afectarse, no es posible sostener que la única medida excepcional posible es la de disponer la intervención de la PNP y las FF.AA., en la medida que *la forma de restricción o suspensión del ejercicio* de los derechos y libertades aludidos admite un sin número de variables; tema sobre el que volveremos en líneas posteriores, cuando analicemos aquellas que han afectado la libertad de tránsito en el Perú en virtud del Decreto Supremo N° 046-2020-PCM.

⁸³ Se trata de la irrupción y ocupación militar *extra iure* del territorio de un Estado por parte de fuerzas militares extranjeras.

⁸⁴ Es la situación de violencia o agresión continua y sistemática entre dos o más Estados, con la consiguiente ruptura de relaciones diplomáticas y comerciales, implicando el enfrentamiento de las fuerzas militares organizadas de dos Estados.

⁸⁵ Se alude a aquella situación de violencia continua y sistemática entre dos o más grupos de ciudadanos de un mismo Estado, suponiendo un conflicto armado interno.

⁸⁶ Obviamente, debe respetarse el “*núcleo duro de derechos*” que resultan “*insuspendibles*” de conformidad con la normatividad internacional de Derechos Humanos, como concreción del *principio de intangibilidad de ciertos derechos* que se analizará en líneas posteriores.

⁸⁷ Siguiendo a García Pelayo (1984: 166), el *estado de sitio* es una modalidad del *estado de guerra*, figura genérica cuyo objeto es restablecer la paz pública y, con ella, el imperio de la ley, y que se caracteriza por el “reforzamiento del Poder Ejecutivo, consistente en atribuir a la autoridad militar competencias hasta entonces pertenecientes a la civil, al tiempo que, mediante la suspensión de ciertos derechos individuales y otras medidas, ensancha el ámbito de tales competencias”.

Un primer aspecto a señalar sobre la regulación de los regímenes de excepción en la Constitución de 1993, está referido a la *forma cómo se han consagrado los supuestos habilitantes en ambos casos*, observándose que el constituyente ha utilizado una técnica legislativa doble, consagrando tanto causales *objetivables con relativa facilidad* como *conceptos jurídicos indeterminados*, según el siguiente detalle:

Causales objetivables:

- Estado de emergencia: **“perturbación del orden interno”, “catástrofe”**.
- Estado de sitio: **“invasión”, “guerra exterior”, “guerra civil”**.

Conceptos jurídicos indeterminados:

- Estado de emergencia: **“perturbación de la paz interna”, “graves circunstancias que afectan la vida de la Nación”**.

Debe quedar claro que, cuando se opta por la técnica legislativa de recurrir a los conceptos jurídicos indeterminados, el aludido margen de apreciación del órgano decretante sobre la situación fáctica y su adecuación al supuesto habilitante se amplía considerablemente, volviendo más dificultoso –por ende- el control que pueda ejercerse sobre tal decisión, tornándola, por ende, más discrecional.

Sin embargo, a pesar del riesgo señalado, compartimos la opinión de Palacios Mc Bride (1988: 68-69) en el sentido que la existencia de estos enunciados de contenido abierto en la Carta Fundamental viene desde el proceso constituyente 1978-1979, cuando se acogió el punto de vista del representante Roberto Ramírez del Villar, quien –con dichos términos- procuró establecer causales generales –y, por ende, omnicomprensivas- para no dificultar la defensa del Estado; afirmación que adquiere real dimensión e importancia cuando se advierte la tipología *dual* consagrada en el Perú y la necesidad de que -teniendo supuestos habilitantes taxativos y restringidos el Estado de sitio- el Estado de emergencia comprenda la mayor cantidad de situaciones de crisis posibles.

A nuestro parecer, la interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados no puede realizarse en forma libérrima o extensiva sino, por el contrario, conforme con el *principio de amenaza existencial* consagrado en el PIDCP (Art. 4.1) y la CADH (Art. 27.1), al que hemos hecho referencia en la parte pertinente de este trabajo.

En segundo lugar, sobre la proclamación del Estado de excepción, debemos señalar que en el Art. 137 de la Constitución de 1993 no se señala ninguna formalidad específica al respecto, razón por la cual se debe colegir que dicha decisión constitucional de excepción supone una pluralidad de formas dependiendo de los actores jurídico-políticos involucrados en ella (Ejecutivo y Legislativo) y las competencias y atribuciones normativas que detentan sobre el particular. Así, el decretamiento por parte del

En el derecho constitucional comparado, el estado de guerra tiene dos modelos típicos: la ley marcial (martial law) y el estado de sitio (état de siège), que son propios de dos tradiciones jurídicas distintas, el primero del common law, y el segundo de los sistemas romano-germánico.

Presidente de la República tendrá que hacerse mediante “*Decreto Supremo*” en virtud del Art. 11 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), mientras que –en el caso del Estado de sitio- la prórroga deberá ser autorizada por el Congreso mediante una Resolución Legislativa.

Sobre el contenido y los alcances del decretamiento dictado por el Presidente de la República, teniendo claro que no se ha consagrado a su favor la atribución de dictar una normatividad especial, es importante recordar que –además de la doctrina⁽⁸⁸⁾- el único referente normativo existente –aunque exista discusión sobre su vigencia⁽⁸⁹⁾- está constituido por la Ley N° 25397, Ley de control parlamentario de los actos normativos del Presidente de la República –aprobada por el Congreso de la República el 12.12.1991, observada por el Ejecutivo el 07.01.1992, y promulgada por insistencia el 31.01.1992, siendo publicada el 06.02.1992-, en cuyo Capítulo III (Arts. 22-26) se reguló la facultad normativa del titular del Ejecutivo en los estados de excepción; señalándose expresamente en el Art. 23 que el “*decreto supremo mediante el cual se decreta el estado de excepción*” debe precisar los siguientes aspectos: i.) el ámbito territorial de aplicación, ii.) el tiempo de vigencia, iii.) las garantías constitucionales suspendidas si se trata de estado de emergencia, o las garantías personales que continúan en vigor en el caso de estado de sitio, y iv.) el marco de competencias de las Fuerzas Armadas, cuando el decreto les asigna la función de control del orden interno⁽⁹⁰⁾.

En tercer lugar, debemos señalar que la diferencia esencial entre ambos regímenes de excepción reside en *su distinta intensidad y efecto* sobre la aludida relación de habitual equilibrio entre el *ámbito de libertad ciudadana* y el *ámbito de acción estatal* –propio del Derecho Constitucional ordinario-, lo cual se determina a partir de sus distintos: i) *supuestos fácticos de habilitación* (“supuestos habilitantes”); ii) *plazos de duración*; iii) *efectos en cuanto a los derechos y garantías constitucionales objeto de restricción*; y iv) *condiciones para su prórroga*. Siendo el estado de emergencia menos grave que el estado de sitio, es perfectamente justificable que la Constitución trate de manera diversa ambos institutos: en el primero, consagra una lista taxativa de los derechos cuyas garantías pueden afectarse, mientras que, respecto del segundo, sólo se exige la especificación de los derechos y libertades que continúen en pleno vigor.

En cuarto lugar, es importante comentar la crítica realizada por Siles Vallejos (2017) sobre la consagración de una limitada dualidad de los institutos de excepción en el Perú y, de manera específica, la dificultad que presenta el Estado de emergencia, a la que se refiere en los siguientes términos:

“El régimen de excepción dual de las Constituciones peruanas de 1979 y 1993 muestra, sin embargo, un serio inconveniente al regular bajo la modalidad de “estado de emergencia” lo que en rigor son dos situaciones diferentes, que ameritaban ser recogidas en figuras también distintas. Y es que una cosa son las emergencias provocadas por las “catástrofes”, en particular las desencadenadas por la furia de la naturaleza, y otra cosa

⁸⁸ Al respecto, Delgado Guembes (2012: 551) señala que el Decreto Supremo que declara un régimen de excepción enuncia i) los derechos fundamentales suspendidos, ii.) el tipo excepcional de situación o circunstancia que causa uno de los dos (02) estados de excepción decretados, iii.) el plazo por el que quedan declarados, y iv.) quién asume el control interno durante dicho plazo.

⁸⁹ Si bien la Ley N° 25397 no ha sido derogada (derogación expresa) ni existe un cuerpo normativo que regule la materia de la que se ocupa (derogación tácita), se trata de una *norma preconstitucional* que regula institutos cuya concepción ha variado del Texto Fundamental de 1979 –en cuya vigencia se expide aquella- y al de 1993, sobre todo en lo referido al objeto de restricción o suspensión (antes la denominación genérica de “garantías constitucionales”, hoy “el ejercicio de los derechos fundamentales” y, por ende, siendo posible su control jurisdiccional en clave de razonabilidad y proporcionalidad). Sobre este tema volveremos en líneas posteriores.

⁹⁰ Sobre este último extremo, volveremos en líneas posteriores al abordar la ausencia de normatividad de jerarquía legal para regular la implementación de los estados de excepción.

son los desafíos existenciales derivados de acciones de índole socio-política, en especial las que conllevan manifestaciones de violencia organizada grave (tales como subversión, terrorismo o guerra).

Es claro que la diferencia entre estos supuestos no es sólo de grado o cantidad. Se trata, realmente, de fenómenos de distinta naturaleza, por lo que la divergencia cualitativa justificaba (justifica) un tratamiento constitucional diferenciado

(...)

El asunto no es irrelevante ni de menor importancia, ya que parece claro que fenómenos cualitativamente distintos deben estar sujetos a regulaciones apropiadas a cada tipo de circunstancias” (pp. 135-136).

Esta simplificación del modelo peruano, llevó a que Eguiguren Praeli sostenga que la concepción y los alcances del régimen de excepción de la Carta de 1979 resultaban obsoletos, en la medida que respondían a una “*lógica represiva*” principalmente orientada al mantenimiento o restablecimiento del orden público ante las crisis; razón por la cual las emergencias “ajenas al campo estrictamente político y social” –como las provocadas por desastres naturales (terremotos, inundaciones, sequías) y otros eventos (epidemias, carestía de alimentos y crisis económicas)- no pueden ser adecuadamente enfrentadas con atribuciones excepcionales fundamentalmente represivas –como atribuciones para realizar detenciones, allanamientos, disolución de manifestaciones, etcétera-, cuando demandan que el gobierno cuente con “facultades especiales de tipo normativo, administrativo o económico” que no han sido previstas constitucionalmente (Eguiguren Praeli, 1989: 266).

En base a esta crítica, Power Manchego-Muñoz (1990: 275-276) sostiene –con relación a la Constitución de 1979- la necesidad de realizar una modificación constitucional planteada por respecto a la consagración de tres (03) institutos excepcionales en lugar de los dos actualmente vigentes: uno para catástrofes naturales, un segundo para casos de perturbación de la paz o del orden interno por actos político-sociales (lo que incluye situaciones de terrorismo o guerrilla), y el tercero para los supuestos de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de su producción, que las Constituciones de 1979 y 1993 han consagrado con el “estado de sitio”; siendo posible –como sucede en el derecho comparado- la consagración del “estado de alarma” donde la autoridad estatal debe enfrentar las crisis causadas por los desastres naturales y otras emergencias carentes en principio de elementos políticos, tales como crisis sanitarias o desabastecimiento de productos de primera necesidad. En este mismo sentido, Siles Vallejos (2017: 156) sostiene que sería conveniente que la Constitución previera tres y no sólo dos modalidades de estados de excepción, para lo cual propone que el actual estado de emergencia se divida en dos modalidades: el “estado de alarma” (para supuestos de catástrofes, como terremotos, inundaciones, sequías, crisis sanitarias, etcétera), y el “estado de emergencia” propiamente dicho (para hipótesis de amenaza existencial de origen político-social que no configuran causal de estado de sitio, tales como subversión y terrorismo, por ejemplo).

Sobre el particular, si bien en un primer momento la propuesta de incorporación de un tercer instituto de excepción parece atinada y conveniente, lo cierto es que –a nuestro parecer- ello no sería necesario en la medida que el estado de emergencia (Art. 137 inciso 1) tiene como uno de sus supuestos habilitantes el hacer frente a “*graves circunstancias que afecten la vida de la Nación*” como fórmula abierta y de amplio espectro que puede comprender cualquier tipo de afectación, no solo en cuanto a su contenido material (supuestos de origen natural, hidrometeorológico/climático o antrópico, o inclusive de origen humano), sino también en cuanto a su grado de

incidencia en la convivencia social misma (comprendiendo tanto una vulneración efectiva como una posible amenaza). En nuestra opinión, más que la creación de un nuevo instituto de excepción exclusivo y excluyente para desastres naturales –o, por ejemplo, solo para casos de emergencia sanitaria como la actual pandemia-, el problema radica en cuáles son las facultades previstas a favor de la autoridad que se contemplan en el estado de emergencia para hacer frente a la grave situación de anomalía, y cómo éstas se ejercen dentro de un Estado de Derecho que, además, es Republicano.

En tal sentido, creemos que el marco regulatorio extraordinario que contempla el estado de emergencia y la posibilidad de restringir o suspender cuatro derechos fundamentales y/o libertades públicas (libertad y seguridad personal, inviolabilidad de domicilio, libertad de tránsito y libertad de reunión) resulta inadecuado, por insuficiente, para enfrentar situaciones de crisis distintas a los casos de perturbación de la paz o del orden interno generados por actos humanos de carácter político-social, los mismos que –por su naturaleza- exigen ser superados mediante la implementación de medidas que necesariamente respondan a una lógica *represivo-disuasiva* orientada a contener los actos de alteración del orden público, y que no siempre habrán de ser las mismas que se requieran para afrontar –por ejemplo- graves situaciones de emergencia sanitaria.

Por tal razón, más que crear un nuevo instituto de excepción, nos parece necesario consagrar en el Texto Fundamental, a favor del Titular del Ejecutivo, la atribución para dictar –durante el estado de emergencia y con una vigencia durante el tiempo que ellas señalen- normas de jerarquía legal que permitan i.) suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de excepción decretado, tal y como ha regulado la Constitución colombiana de 1991, y ii.) regular materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción. Tal medida puede ser implementada autorizando como supuesto de procedencia adicional del actual Decreto de Urgencia, la facultad de dictarlos durante los estados excepción luego de producida la respectiva proclamación, sumándose así esta suerte de “Decretos de Urgencia excepcionales” a aquellos que hoy en día se expiden por razones económico-financieras (Decretos de Urgencia económicos, según el Art. 118 inciso 19 de la Constitución) y políticas por motivo de disolución parlamentaria (Decretos de Urgencia políticos, conforme al segundo párrafo del Art. 135 de la Constitución).

En quinto lugar, se puede mencionar como una grave omisión, que, después de poco más de veinticinco años de vigencia de la Constitución de 1993, en nuestro país –salvo la participación de las FFAA y PNP contemplada para el Estado de emergencia- la limitación de los derechos fundamentales y las libertades públicas que son afectadas por un régimen de excepción y el fortalecimiento de las competencias Ejecutivas, *no se encuentren expresamente regulados por norma con rango de ley* preestablecida.

Al respecto, la técnica legislativa del constituyente peruano no fue en nada similar ni a sus antecesores –como ocurrió en la Constitución de 1933⁹¹- ni a aquella por la que

⁹¹ El tercer párrafo del Art. 70 de la Constitución peruana de 1933, señalaba:

“Art. 70.- Cuando lo exija la seguridad del Estado, podrá el Poder Ejecutivo suspender total o parcialmente, en todo o en parte del territorio nacional, las garantías declaradas en los artículos 56o., 61o., 62o., 67o., y 68o. Si la suspensión de garantías se decreta durante el funcionamiento del Congreso, el Poder Ejecutivo le dará inmediata cuenta de ella.

El plazo de suspensión de garantías no excederá de treinta días. La prórroga requiere nuevo decreto. La ley determinará las facultades del Poder Ejecutivo durante la suspensión de garantías”.

(El subrayado es nuestro).

optaron –por ejemplo- los constituyentes español, chileno y colombiano, quienes expresamente señalaron en sus respectivos Textos Fundamentales, la necesidad de regular los Estados de Excepción mediante una ley de desarrollo constitucional que realizara los complementos necesarios sobre tan grave instituto jurídico-constitucional. Así, en el caso de España, el numeral 1 del Art. 116 de la Constitución de 1978 ⁽⁹²⁾ consagró expresamente los principios de legalidad y de reserva de ley, que fueron desarrollados por la Ley Orgánica N° 4/1981 (Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio – LODES) publicada el 05.06.1981. Por su parte, el inciso 9 del Art. 41 de la Constitución chilena de 1980, señala que una ley orgánica constitucional podrá regular los estados de excepción y facultar al Presidente de la República para ejercer por sí o por otras autoridades las atribuciones señaladas precedentemente, sin perjuicio de lo establecido en los estados de emergencia y de catástrofe, habiéndose dictado la Ley N° 18415, Ley orgánica constitucional de estados de excepción; mientras que los Arts. 152 inciso “e” ⁽⁹³⁾ y 214 inciso 2, tercera parte ⁽⁹⁴⁾, de la Constitución colombiana de 1991, señalan la necesidad de expedir una Ley Estatutaria para regular los Estados de Excepción en dicho país, haciendo sido cumplido este mandato mediante la Ley N° 137-1994 publicada el 02.06.1994.

A nuestro modo de ver, sin embargo, esta ausencia de remisión expresa no significa de ninguna manera que la exigencia de limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas por norma legal solo se encuentre consagrada en los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte y que expresamente consagran el aludido principio de legalidad. Por el contrario, nos parece que hasta ahora ha pasado desapercibido que también ello es una exigencia con raigambre constitucional en nuestro país, tal y como se establece taxativamente en los parágrafos “a” y “b” del inciso 24 del Art. 2 de la Constitución Política de 1993 que a la letra dice:

“Art. 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley (...).

(...).”

En nuestra opinión, en virtud de este dispositivo constitucional –concordante con los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano-, pensamos que si bien

⁹² El numeral 1 del Art. 116 de la Constitución española de 1978, señala:

“Art. 116.-

1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

(...).

⁹³ El inciso “e” del Art. 152 de la Constitución colombiana de 1991, señala:

“Art. 152.- Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

(...)

e) Estados de excepción”.

⁹⁴ La tercera parte del numeral 2 del Art. 214 de la Constitución colombiana de 1991, señala:

“Art. 214.- Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

(...)

2. (...) Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

(...).”

la Constitución de 1993 ha establecido que el decretamiento del Estado de excepción lo defina el Presidente de la República –a través del instrumento normativo del Decreto Supremo–, ello no es impedimento para que –concretizando las exigencias derivadas de los principios de legalidad y de reserva de ley aludidos– se deba expedir, en su oportunidad, una “Ley” que regule la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas en situaciones de anormalidad constitucional expresamente declarada y, por ende, durante la vigencia de los regímenes de excepción, a fin de acotar de la mejor manera posible la actuación excepcional del Ejecutivo; necesidad de propuesta legislativa que fuera advertida con anterioridad por la Comisión de la Verdad y Reconciliación en el año 2003, antes los excesos que la utilización de este mecanismo tuvo en la época del terrorismo en nuestro país ⁽⁹⁵⁾.

En tal sentido, coincidimos con Requejo Rodríguez (2001) cuando afirma que la Constitución no debería conferir “cheques en blanco” –por vacíos en la regulación o por deficiencia en la complementación legislativa– a la autoridad, en los siguientes términos:

“Si la Constitución es norma ha de imponer algún límite, estableciendo mandatos y prohibiciones, y si es suprema, nadie puede quedar al margen de sus prescripciones. Por tal motivo, parecería más acorde con esta afirmación el que la Constitución a la hora de regular el derecho de excepción se decantara, no por conferir cheques en blanco que permiten transitoriamente minar su propio contenido y cuestionar su supremacía, sino por fijar, aunque sea de modo genérico, cuáles son los supuestos críticos que, una vez constatados por el órgano competente, justificarán la adopción de una serie de medidas tasadas que se apartarían de la distribución ordinaria del poder y del régimen normal de los derechos fundamentales (...)” (p. 109).

En la misma línea crítica, Siles Vallejos (2017) señala que el diseño de los Estados de excepción en el Perú adolece de una normativa sobre la materia seriamente deficiente, tanto a nivel constitucional como legal, debido

“(...) a errores de diseño o estructuración institucional, legislación fragmentaria e incompleta, inclusión subordinada de normas legales sobre regímenes de excepción en leyes sobre uso de la fuerza por militares, indeterminaciones y omisiones normativas, elecciones interpretativas controversiales, y debilidad de controles sobre los poderes concentrados en el Ejecutivo, entre otras” (p. 124)

De manera específica, son dos las líneas de análisis crítico que realiza el autor sobre el particular. La primera, destaca la ausencia de una legislación integral que permita la correcta comprensión de las instituciones de excepción y su adecuado uso y aplicación por parte de las autoridades estatales, afirmando que lo que existe en el Perú “son leyes y disposiciones legales dispersas, fragmentarias e incompletas, contenidas en distintos cuerpos normativos que abordan aspectos específicos o parciales de la materia”, es decir, justamente, lo contrario de lo que se requiere (Siles Vallejos, 2017: 129); legislación que –además– ha experimentado una inflexión en su orientación, puesto que durante los primeros veinte años (entre 1985 y 2004) fue elaborada para establecer las

⁹⁵ Sin perjuicio de nuestra posición crítica al trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) (2003 T. VI: 522) –sobre todo por la perspectiva sesgada e incompleta de su análisis–, debemos recordar que en las recomendaciones relativas a la regulación y empleo del Estado de excepción contenidas en su Informe Final, propuso: i.) la adopción de una ley sobre regímenes de excepción “que articule los objetivos de eficacia en las labores de control del orden interno y el respeto de los derechos humanos, dentro de los estrictos marcos del Estado de Derecho”, y ii.) una transformación sustancial del marco jurídico regulatorio de la participación de las Fuerzas Armadas y Policiales en los períodos de anormalidad constitucional.

potestades y los deberes de las Fuerzas Armadas (con la Ley N° 24150, en especial respecto del control del orden interno, bajo régimen de excepción, a lo que se agregó, desde 1991, la potestad de hacerlo también sin estado excepcional formalmente proclamado, con el Decreto Legislativo 938), para luego –desde el año 2007, con la Ley N° 29166, y el Decreto Legislativo N° 1095 del 2010- cambiar el eje de la regulación y pasar a la temática del empleo de la fuerza por los miembros de la corporación militar, donde se incluyeron normas sobre régimen de excepción en el marco de la regulación sobre uso de la fuerza por las Fuerzas Armadas, subordinando dichas normas al objeto principal de la regulación (Siles Vallejos, 2017: 129-132).

La segunda línea crítica de Siles Vallejos, sostiene que –además de las reglas legales, dispersas y fragmentarias aludidas- son preocupantes las omisiones en que incurren determinados cuerpos normativos existentes que, *ratione materiae*, debieran contener estipulaciones vinculadas a esta temática; siendo tal el caso del Reglamento del Congreso –que contiene normas que regulan en detalle el control político sobre la legislación delegada, los decretos de urgencia y los tratados ejecutivos (artículos 90 a 92), pero no respecto de los estados de excepción- y de Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), que –en lugar de regular con precisión las potestades del Poder Ejecutivo en el ámbito de los estados de excepción- sólo contiene una escueta referencia de carácter general en el párrafo final del Art. 11, cuando establece que “los Decretos Supremos sobre estados de excepción”, al igual que los Decretos Legislativos y los Decretos de Urgencia, se encuentran sujetos al control político del Congreso de la República, conforme al procedimiento establecido en su Reglamento (Siles Vallejos, 2107: 133).

En nuestro país, sin embargo, lo que más se asemeja a la regulación de la implementación del Estado de excepción por una norma de jerarquía legal, es lo señalado en el Art. 23 de la Ley N° 25397 ⁽⁹⁶⁾, cuando se refiere a la obligación de contemplar en el Decreto Supremo de proclamación, el *marco de competencia de las Fuerzas Armadas*, cuando se les asigna la función de control del orden interno; dispositivo que opera como una suerte de *habilitación* al Presidente de la República para dictar normatividad que establece competencias y atribuciones a las fuerzas del orden.

Sobre el aludido dispositivo, muy poco es lo que se ha escrito y sin dejar de hacer referencia al contexto político de su dación, muy vinculado –por cierto- al golpe de Estado del 05 de abril de 1992. Sin embargo, las posiciones más serias sobre el particular señalan que dicho cuerpo normativo, a pesar de no haber sido aplicado, se encuentra plenamente vigente –en virtud del *principio de no presunción de la derogación*-, según el cual “el ordenamiento exige, por el contrario, que se presuma la vigencia de las leyes válidamente promulgadas” (Díez-Picazo, 1990: 150).

Al respecto, en el Informe Defensorial N° 76 (2003: 106-108), la Defensoría del Pueblo sostiene que los artículos 22°, 23°, 24°, 25° y 26° de la Ley N° 25397 (ubicados en el Capítulo III, relativo a los Estados de Excepción) continúan vigentes, por las siguientes razones: i.) no existe ley o norma con rango de ley que haya derogado en forma expresa tales artículos de la Ley N° 25397; ii.) el Reglamento del Congreso ha omitido regular el procedimiento de control de los estados de excepción; iii.) no puede sostenerse que la

⁹⁶ El inciso “d” del Art. 23 de la Ley N° 25397, señala:

“Art. 23.- El decreto supremo mediante el cual se decreta el estado de excepción debe precisar:

(...)

d) El marco de competencia de las fuerzas armadas, cuando el decreto les asigna la función de control del orden interno”.

(El subrayado es nuestro).

Constitución de 1993 ha derogado la Ley N° 25397, pues la regulación de los estados de excepción en las Constituciones de 1979 y 1993 es similar, salvo aspectos puntuales, y contempla la obligación del Presidente de la República de “dar cuenta” al Congreso o a la Comisión Permanente de la declaratoria de un régimen de excepción; y iv.) debe preferirse la interpretación formulada que considera que los artículos relativos al control parlamentario del régimen de excepción siguen en vigencia, pues ella maximiza el control, el cual es consustancial a la idea de Constitución y, por ende, a su interpretación.

Por su parte, Delgado Guembes (2012: 552) señala como argumentos a favor de la vigencia del proceso de control establecido en la Ley N° 25397, los siguientes: i.) no existe derogación expresa de la Ley N° 25397; ii.) tampoco existe derogación tácita, en tanto si bien el Reglamento del Congreso (de 1995) reguló diversos aspectos de control sobre los actos normativos del Presidente de la República, las materias reguladas por aquél no agotan todas las contenidas en la Ley N° 25397, siendo el caso que no existe disposición específica sobre la dación en cuenta del Art. 137 de la Constitución de 1993, aspecto que sí está regulado en el Capítulo III de la Ley N° 25397; a lo que se debe añadir que su carácter general no puede verse derogado por una norma general; iii.) atendiendo al principio de autoaplicabilidad (o de aplicación inmediata) de la Constitución, asumir que la Ley N° 25397 ha sido derogada supondría afectar seriamente la finalidad política garantista y limitativa del Texto Fundamental consagrada en el principio de separación de poderes y el criterio de control democrático del ejercicio del poder, en la medida que se dejaría sin procedimiento parlamentario de control de los estados de emergencia que dicta el Poder Ejecutivo.

A nuestro modo de ver, la vigencia de la aludida la Ley N° 25397 -por su condición de pre-constitucional, al haber sido promulgada el 03 de febrero de 1992- ha de depender de su correspondencia con el nuevo sistema constitucional (validez material), encontrándose plenamente vigente al no contrariar los principios y valores constitucionales que definen el modelo constitucional de 1993.

En sexto lugar, se encuentra la clara *exigencia de control* que supone la implementación de los institutos de excepción, siendo bueno recordar que –en todo sistema constitucional- se consagran los de tipo político (a cargo del Congreso) y de tipo jurídico (como responsabilidad de la jurisdicción constitucional), y el Perú no es la excepción a dicha regla.

Sobre el *control político*, conforme adelantáramos en líneas precedentes, el órgano de representación política se encuentra autorizado para analizar tanto el *acto de decretamiento del Estado de excepción* como la *forma de actuación del órgano ejecutivo en lo referido a la ejecución o implementación del Estado de excepción*.

En el Perú, la norma por antonomasia para regular el control parlamentario respecto de los estados de excepción es el Reglamento del Congreso del año 1995, debiendo señalarse que dicho cuerpo normativo no contempla ninguna disposición en este sentido, a pesar de que sí regula el control respecto de los Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia y Tratados Ejecutivos (Arts. 90 a 92).

Este silencio reglamentario no significa, sin embargo, que como parte de la fragmentada legislación nacional sobre la materia no existe un dispositivo aplicable que regule el control parlamentario, el mismo que viene dado por la aludida Ley N° 25397 de control parlamentario de actos normativos del Presidente de la República de 1992, que se encuentra plenamente vigente al no haber sido expresamente derogada ni existir otro

cuerpo normativo que regule la materia de la que se ocupa (derogación tácita), conforme hemos señalado; habiendo ocurrido que la ausencia de voluntad de control hizo que dicho dispositivo no hayan sido aplicados por el Congreso, encontrándonos –en rigor– no ante un problema de derogación sino uno de falta de aplicación (Defensoría del Pueblo, 2003: 108).

Conforme a dicho cuerpo normativo, decretado el estado de excepción, el Ejecutivo debe *dar cuenta* al Congreso de la República, donde se enviarán copias a las Comisiones de Constitución y Reglamento, Justicia y Derechos Humanos y Defensa Nacional, Orden Interno y Lucha contra las Drogas de “ambas Cámaras” –entiéndase ahora solo referida a la única Cámara existente–, las mismas que solo emitirán dictamen en caso estimen que el Decreto Supremo que determinó el estado de excepción *no se enmarca dentro de lo dispuesto por el Art. 231 de la Constitución Política de 1979 -oy Art. 137 de la Constitución de 1993- o no reúne los requisitos formales que dispone la presente ley*, en cuyo caso, de aprobarlo el Pleno del Congreso, perderá vigencia el Decreto al día siguiente de la publicación del acuerdo del Congreso en el Diario Oficial, conforme lo señala el Art. 25 de la Ley N° 25397 ⁽⁹⁷⁾.

Adviértase que esta regulación consagra una suerte de *control político total* –que no solo admite el análisis de las medidas implementadas– y de carácter *sustantivo* –que permite analizar la conformidad de la decisión presidencial excepcional con el marco jurídico aplicable, y, por ende, pronunciarse sobre la legitimidad de dicha proclamación o decretamiento estatal.

Sin perjuicio de la pérdida de vigencia del Decreto de proclamación al día siguiente de la publicación de la decisión congresal, como resultado del “control específico sobre la regularidad constitucional en el ejercicio de la potestad de declarar un régimen de excepción”, a decir de Delgado Guembes (2012: 553); siendo el Presidente de la República irresponsable por sus actos, asumiendo la responsabilidad política los Ministros que lo refrenden, nos parece perfectamente posible que –en caso de un decretamiento inconstitucional– el Congreso pueda exigir la responsabilidad política del Gabinete en su conjunto por medio de la censura, o –inclusive– activar el procedimiento de acusación constitucional consagrado en los Arts. 99 y 100, por infracción al Texto Fundamental.

En forma adicional, el control parlamentario también puede versar sobre las medidas concretas implementadas, pudiendo efectivizarse éste a través de los mecanismos de control parlamentario de petición de informes o interpelación, sin que se descarte también sobre este aspecto el planteamiento y la eventual procedencia de una censura individual o colectiva.

⁹⁷ El Art. 25 de la Ley N° 25397, señala:

“Art. 25.- Realizado el trámite a que se refiere el artículo anterior, y a más tardar el primer día útil siguiente el Presidente del Congreso o de la Comisión Permanente, según el caso, remite copia a las Comisiones de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, de Justicia y Derechos Humanos y de Defensa Nacional y Orden Interno de ambas Cámaras.

Las Comisiones emiten dictamen si estiman que el decreto supremo que determinó el estado de excepción no se enmarca dentro de lo dispuesto por el artículo 231º de la Constitución Política o no reúne los requisitos formales que dispone la presente ley.

En tal caso, concluye recomendando en su dictamen que se dejen sin efecto y remitiéndolo al Presidente del Congreso o al de la Comisión Permanente y si el Congreso o la Comisión Permanente coinciden con el criterio de las Comisiones Dictaminadoras se pronuncian en tal sentido, perdiendo vigencia el decreto al día siguiente de la publicación del acuerdo del Congreso en el Diario Oficial.

En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en el artículo anterior, ello no impide el control parlamentario con arreglo al presente artículo”.

(Los subrayados son nuestros).

En lo que respecta el *control jurídico*, debe tenerse en cuenta que nuestro marco jurídico ha establecido la procedencia de los procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo durante la vigencia de ambos regímenes de excepción, a fin analizar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas excepcionales que se adopten (dentro de la tesis del contralor judicial parcial antes aludida); conforme se ha consagrado en el tercer párrafo del Art. 200 de la Constitución de 1993, que a la letra dice:

“Art. 200.- (...)

(...)

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

(...).”

(El subrayado es nuestro).

A nivel procesal, este mandato constitucional ha sido complementado por el Art. 23 del Código Procesal Constitucional, que regula la procedencia de los procesos constitucionales durante el Estado de Excepción en los siguientes términos:

“Procedencia durante los regímenes de excepción

Art. 23.- Razonabilidad y proporcionalidad

Los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Cuando se interponen en relación con derecho suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, atendiendo a los siguientes criterios:

- 1. Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos;*
- 2. Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del instituto de excepción; o,*
- 3. Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario e injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez.*

La suspensión de los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el decreto que declara el régimen de excepción”.

(Los subrayados son nuestros).

Según lo señalado, en nuestro país –si bien no se puede cuestionar la declaración del Estado de excepción en sí- se puede controlar judicialmente i.) la afectación de derechos que no pueden suspenderse (ej.: afectación el derecho de propiedad, o de la libertad de expresión), y ii.) la afectación de derechos suspendidos, cuando a.) el acto restrictivo no tiene vinculación con la justificación de la declaración (ej.: habiéndose restringido la libertad de reunión por desórdenes públicos, se impida celebrar el cumpleaños de un miembro de la familia), o b.) el acto restrictivo es innecesario o injustificado (ej.: habiéndose restringido la libertad de tránsito, detener a una persona por salir durante un temblor o cuando debe recibir atención médica), siendo estos dos últimos supuestos la concreción del examen de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo consagrado en el aludido tercer párrafo del Art. 200 de nuestro Texto Fundamental.

Terminando de perfilar el alcance del control jurídico, deben tenerse en cuenta los pronunciamientos que ha emitido nuestro máximo intérprete de la Constitución sobre el particular, los mismos que no solo han incidido en las *condiciones de legitimidad* de los Estados de excepción –en la STC N° 00017-2003-PI/TC (f. 17), que contempla el serio peligro del orden institucional y la seguridad del Estado, y la temporalidad de las medidas extraordinarias-; sino que también contempla la permisión del acceso a la información pública para conocer las razones de decretamiento del Estado de excepción, según se ha señalado en la STC N° 01805-2007-PHD/TC (f. 4-6).

Finalmente, en sétimo lugar, y a modo de crítica general a la regulación del Estado de excepción y sus institutos excepcionales (“*estado de emergencia*” y “*estado de sitio*”) de clásico perfil *represivo-disuasivo* fundamentalmente orientado a restablecer el orden público en situaciones de crisis; debe añadirse su utilización por parte de los gobernantes en el Perú, como un mecanismo permanente durante las década de los ochenta y noventa, e inclusive hasta la actualidad –como en el caso del VRAEM en el Alto Huallaga –fenómeno que la doctrina ha denominado como de “normalización de la emergencia”-; situaciones todas ellas que derivaron en abusos flagrantes que surgieron como resultado de omitir respetar el indispensable carácter temporal del mismo, aspecto que resultaba de la mayor trascendencia más aún en el marco de la Constitución peruana de 1979 que, como hemos señalado, adoptó la posición de *suspender* las garantías procesal para su control. Y es que, desde que la Constitución de 1979 consagrara por primera vez la figura del estado de emergencia, éste ha sido aplicado innumerables veces y para distintas situaciones, pasando a formar parte del panorama institucional ordinario del país, sobre todo durante el brutal ataque del terrorismo de Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), donde el Estado apostó por una respuesta fundamentalmente militar y represiva que generó violaciones masivas y sistemáticas de los derechos fundamentales, pese a que el Texto Fundamental de entonces –el igual que el actual- sólo permitía la suspensión o restricción del ejercicio de cuatro derechos fundamentales (libertad y seguridad personales, inviolabilidad del domicilio, libertad de reunión y libertad de tránsito en el territorio nacional). A este uso represivo del estado de emergencia, se añade su frecuente utilización en casos de desastres naturales y como medio para garantizar la seguridad ciudadana y combatir ciertas formas de delincuencia común –como sucedió en la Provincia Constitucional del Callao y en las provincias del Santa y Casma, en el departamento de Áncash-.

Al respecto, Siles Vallejos (2017: 155) sostiene “que las prórrogas sucesivas del estado de emergencia desvirtúan el modelo constitucional de estado de emergencia, y con ello el mismo Estado constitucional y democrático de Derecho”, razón por la cual dicho autor sostiene que es indispensable “corregir la mala práctica de sus prórrogas continuas, bastante frecuente y consolidada en el país, que consagra la normalización de la emergencia o permanencia de lo excepcional”.

Conforme a lo señalado, se puede sostener que tan preocupante como la consagración constitucional de un plazo dilatado para el estado de excepción, resultan las sucesivas renovaciones y los prolongados periodos de excepcionalidad que ello genera en diversas zonas del país; por lo que -además del límite temporal consagrado en el Texto Constitucional para cada instituto, como parte de su regulación general- resulta necesario establecer una adecuada técnica legislativa sobre la renovación o prórroga de los mismos, con miras a garantizar la naturaleza temporal y transitoria del Estado de excepción.

Para tal efecto en el derecho constitucional comparado se han desarrollado diversas técnicas. La más difundida recurre a la representación nacional, a fin de que confirme el decreto de prórroga, en el entendido que, a diferencia de la proclamación, no existe la premura de enfrentar un hecho imprevisto y súbito que exige una actuación inmediata del Poder Ejecutivo, tal y como se ha implementado en el Perú para el caso de la renovación del estado de sitio. Sin embargo, inclusive en este caso y contando con la participación del Congreso en la prórroga, no existe dispositivo constitucional ni legal que fije un límite a la prórroga de dicho instituto, lo cual resulta más preocupante aún en el caso del estado de emergencia, donde no se ha contemplado la participación del Legislativo.

Por ello, en algunas latitudes se ha contemplado la implementación de la denominada “*escala creciente de mayorías*” de Ackerman (2007: 110-111) como mecanismo de prórroga de los regímenes de excepción, en una lógica donde el Ejecutivo estaría habilitado para actuar por sí solo únicamente desde la proclamación hasta la renovación del instituto; luego de lo cual la continuación del instituto debería requerir cada vez más amplias mayorías cualificadas (ej.: para la primera prórroga se exigiría una votación a favor del 60% de congresistas, de 70% para la segunda y, para cada renovación posterior, un incremento de 10%), fijando necesariamente un tope máximo de renovaciones.

A nuestro modo de ver, el abuso en la utilización de los regímenes de excepción, responde a la ya advertida falta de regulación de la institución, mediante norma de jerarquía legal, sobre la forma en que deben implementarse en términos de seguridad jurídica, contenido material de las medidas excepcionales, y la temporalidad y transitoriedad que debe caracterizar su duración evitando las duraciones excesivas; con lo cual no solo se logrará el propósito de acotar la restricción de derechos fundamentales y hacerlo previsible, sino también se cumplirá con la exigencia internacional de que la limitación de derechos fundamentales y libertades públicas se realice respetando los principios de reserva de ley o de legalidad. En nuestra opinión, dicha Ley podría ser *ordinaria* –si se incide en su condición de norma restrictiva de la libertad personal (párrafo “b” del inciso 24 del Art. 2 de la Constitución de 1993)- u *orgánica* –si es que el énfasis se pone en el ejercicio de las garantías constitucionales procesales (segundo párrafo del Art. 200 de la Constitución de 1993).

De manera complementaria, es necesario garantizar la revisabilidad, tanto política –por parte del Congreso- como judicial –por la Administración de Justicia-, de la normatividad que se expida, sin perjuicio del control de las medidas concretas que sean adoptadas en virtud de dicho marco normativo.

IX.- REFLEXIONES FINALES

Las críticas que puedan hacerse a la concepción que los inspira y a las fallas de su diseño, así como a su aplicación potencialmente desproporcional e irrazonable, de ninguna manera pueden llevar a olvidar el significativo rol que cumple el Estado de excepción –en general- como garantía de la continuidad política del Estado ante situaciones de grave alteración y como garantía, asimismo, de la consolidación del modelo democrático; el mismo que, si bien lleva implícito el empoderamiento ciudadano que le permite participar inclusive en el manejo de los asuntos públicos en épocas de normalidad, también supone la necesidad de garantizar un orden que permita una convivencia armoniosa, plural y tolerante, para lo que muchas veces es posible alterar

el *status* ciudadano ordinario en aras de garantizar la continuidad de la convivencia social y del Estado mismo.

En un contexto en el que los ciudadanos muchas veces olvidan que vivir en un Estado Constitucional de Derecho supone concebir mis derechos y libertades fundamentales de manera limitada por los derechos y libertades de los demás y, asimismo, por otros bienes constitucionales que garantizan la convivencia pacífica (como el orden interno y la seguridad pública, por mencionar solo dos); el Estado de excepción –que es la otra cara de la “moneda constitucional”, cuyo anverso es el Estado de Derecho- se convierte en el instrumento pertinente e indispensable para garantizar la estabilidad necesaria para toda sociedad que aspira al desarrollo.

Por tal razón, la generalizada idea de imposición, autoritarismo y hasta muerte que se vincula a la importante institución jurídico-constitucional del Estado de excepción en el imaginario colectivo, olvida que la idea matriz del constitucionalismo –el antiguo y el moderno- gira sobre un único pilar: el control del poder, sea éste de quien fuere.

Sin embargo, si bien hoy en día este planteamiento es cada vez más aceptado, no deja de ser cierto que el empoderamiento del Ejecutivo en situaciones de anormalidad siempre puede ser susceptible de excesos en el ejercicio del poder estatal, por lo que se hace necesario estar alerta respecto de las medidas gubernamentales emitidas y, con mayor razón, durante los Estados de excepción, no solo porque en dichas circunstancias el derecho a la libertad de opinión y crítica no se encuentra restringido, sino porque somos firmes convencidos que el Estado de Derecho y la Democracia Constitucional –más que conquistarse en marchas o protestas airadas, por muy masivas que fueren- se construyen y consolidan en el día a día, exigiendo el respeto a los derechos fundamentales y controlando cualquier exceso que puedan tener los gobernantes por más buenas intenciones que existan, para lo cual se debe ser escrupuloso en el respeto a la razonabilidad y proporcionalidad de todas y cada una de las actuaciones estatales, tengan ésta lugar en época de normalidad constitucional (Art. 200 de la Constitución de 1993) o durante la vigencia de regímenes de excepción como en el que nos encontramos (Art. 23 del Código Procesal Constitucional). Pues, como señala Friedrich (1975: 632), más allá de todos los artificios procedimentales y legales que busquen contener a un Ejecutivo empoderado, lo que se requiere es un “pueblo alerta”.

FUENTES DE LA INFORMACIÓN

- ACKERMAN, Bruce (2007). *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*. Barcelona: Península.
- AGAMBEN, Giorgio (2007). *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (1978). *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*. Madrid: Ediciones del Foro.
- BENAZZO, Antonella (2004). *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2005). Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes. En: *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 59-92.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado. (5° Ed.)*. Lima: Instituto Constitución y Sociedad.
- BIDART CAMPOS, Germán J.
- (1963) *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- (1987)
- a) *Lecciones Elementales de Política (5° Ed.)*. Buenos Aires: Ediar.
- b) *La Doctrina de la Emergencia y las situaciones de Excepción*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- (1993) *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino, T. I. El Derecho Constitucional de la Libertad*. Buenos Aires: Ediar.
- BIELSA, Rafael (1957). *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*. Buenos Aires: Depalma Editor.
- BODINO, Juan (1992). *Los Seis Libros de la República*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BOREA ODRÍA, Alberto (1996). *Evolución de las Garantías Constitucionales*. Lima: Editora y Distribuidora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- BRACHER, Karl Dietrich (1973). *La dictadura alemana. Génesis, estructura y consecuencias del nacionalsocialismo*. T. I. Madrid: Alianza Editorial.
- CABEZUDO BAJO, María José (2010). La restricción de los Derechos Fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional. En: *Revista de Derecho Político (77)*. UNED. pp. 143-182.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises (2007). La división de poderes y la función jurisdiccional. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*, IV (7-8). pp. 175-211.

CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes (2004). Hábeas Corpus. Normativa y aspectos procesales. En: Castañeda Otsu, Susana Ynes (Coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional. T. II (2° Ed.)*. Lima: Jurista Editores. pp. 585-632.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

(2005) *¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción*. Piura: Universidad de Piura.

(2009) La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del Derecho. En: Sosa Sacio, Juan Manuel (Coordinador). *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. pp. 31-72.

(2020) Estado de emergencia. Persona, derechos fundamentales y sociedad. En: *Gaceta Constitucional* (148). pp. 13-24.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo (2002). Los estados de excepción constitucional en Colombia. En: *Ius et Praxis*, 8 (1). pp. 117-146. Recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100009&lng=es/nrm=iso. Revisado el: 15.03.2020.

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (CVR) (2003). *Informe Final (Perú: 1980-2000)*. Lima: CVR.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

(1966) Informe sobre la Labor Desarrollada durante el Decimocuarto Período de Sesiones (3-21 de octubre de 1966). Washington DC: Secretaría General de la OEA, 30 de diciembre de 1966 [documento OEA Ser.L/ VI/ II.15, Doc. 29 (español)].

(1968) Resolución del 16 de Mayo de 1968, 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)*. Washington DC: Secretaría General de la OEA, 24 de julio de 1968. pp. 46-48 [documento OEA Ser.L/ VI/ II.19, Doc. 30 (español)].

CONSTANT, Benjamín (2006). *Curso de Política Constitucional*. Granada: Editorial Comares.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

(1986) *Opinión Consultiva OC-6/86 del 09 de Mayo de 1986, sobre La expresión "leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

(1987)

- a) *Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de Enero de 1987, sobre El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).*
- b) *Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de Octubre de 1987, sobre Garantías Judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).*

CRIDELL, Evan J. y FOX-DECENT, Evan (2012). *Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law*. En: *Human Rights Quarterly*, (34).

CRUZ VILLALÓN, Pedro

- (1984) *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Ed. Tecnos.
- (2004) Normalidad y Excepción. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24 (71). pp. 187-200.

DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (1983). La naturaleza de los derechos fundamentales en situación de suspensión. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 2. pp. 427-472.

DE VERGOTTINI, Giuseppe

- (1983) *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Ed. Espasa Calpe.
- (2004) La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de las democracias al terrorismo. En: *Revista de Derecho Político* (61). pp. 11-36.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2003). *Informe Defensorial N° 76: Restricción de Derechos en democracia. Supervisando el Estado de Emergencia*.

DELFINO DE PALACIOS, Maruja (1967). *El derecho de excepción en América Latina*. Caracas: Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

DELGADO GUEMBES, César (2012). *Manual del Parlamento: introducción al estudio del Congreso peruano*. Lima: Congreso de la República.

DÍEZ-PICAZO, Luis María (1990). *La derogación de las leyes*. Madrid: Civitas.

DESPOUY, Leandro (1999). *Los derechos humanos y los estados de excepción*. México D.F.: Instituto de Investigación Jurídica - UNAM.

DONAYRE MONTESINOS, Christian (2015). Comentario al Artículo 137. Estado de emergencia y estado de sitio. En: Gutiérrez Camacho, Walter (Coordinador). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo (T. III., 3 Ed.)*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A. pp. 579-587.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José

- (1989) El estado de emergencia y su aplicación en la Constitución peruana, 1980-1988. En: A.A.V.V., *La Constitución diez años después*. Lima: Fundación Friedrich Naumann. pp. 263-287.
- (1990) Las situaciones de emergencia y su tratamiento en la Constitución peruana de 1979. En: AA.VV. *Lecturas sobre Temas Constitucionales 5*. Lima: Comisión Andina de Juristas – Fundación Friedrich Naumann. pp. 15-47.
- (2003) El actual estado de emergencia: justificación, alcances, imprecisiones y riesgos. En: *Foro Jurídico*, (2). pp. 230-231.

FAGGIANI, Valentina (2012). Los estados de excepción. Perspectivas desde el Derecho Constitucional Europeo. En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 9 (17). pp. 181-231. Recuperado de: https://www.ugr.es/redce/RECDE17/articulos/05_FAGGIANI.htm. Revisado el: 26.06.2020.

FAUNDEZ-LEDESMA, Héctor

- (1984) La Protección de los Derechos Humanos en Situaciones de Emergencia. En: Buergenthal, Thomas (Ed.). *Contemporary issues in International Law. Essays in Honor of Louis B. Sohn*. N.P. Engel. pp. 101-126.
- (2004) *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. (3º Ed. revisada y puesta al día)*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

- (1977) *El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.
- (1983) Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales. En: *Revista de Derecho Político* (18-19). pp. 31-58.

FERRAJOLI, Luigi

- (1984) *Emergenza penale e crisi della giurisdizione*. En: DDDP (2). pp. 271-292.
- (2011) *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta.

FERREYRA, Raúl Gustavo (1992). Crisis de las potestades del Congreso. A propósito de algunas patologías del sistema de gobierno presidencialista argentino. En: Mora-Donato, Cecilia (Coordinadora). *Relaciones entre Gobierno y Congreso*.

Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. pp. 211-249.

FIX-ZAMUDIO, Héctor (2004). Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. Año XXXVII*, (111). pp. 801-860.

FRIEDRICH, Carl J. (1975). *Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y práctica en Europa y América.* 2° vol., vol II. Madrid: IEP.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

(1988) 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 en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas.* T. I. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) UNAM. pp. 275-288.

(1989) *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana.* Lima: Ed. EDDILI.

GARCÍA PELAYO, Manuel

(1961) *Derecho Constitucional comparado (6° Ed.).* Madrid: Revista de Occidente S.A.

(1968) *Del mito y de la razón en el pensamiento político.* Madrid: Revista de Occidente.

GARCÍA MORILLO, Joaquín (2002). La garantía de los derechos fundamentales (I). En: AA.VV. *Derecho Constitucional, vol. I.* Valencia: Tirant lo blanch.

GARCIA TOMA, Víctor

(2001) *Legislativo y Ejecutivo en el Perú.* Lima: Gráfica Horizonte S.A.

(2005) *Teoría del Estado y Derecho Constitucional.* Lima: Palestra Editores S.A.C.

GARRIDO LÓPEZ, Carlos (2017). Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* (110). pp. 43-73.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel (2009). La defensa política de la Constitución. Constitución y Estados excepcionales. (II) Un estudio de Derecho Constitucional comparado. En: *Revista de Derecho UNED*, (5). pp. 211-251.

GOIZUETA VÉRTIZ, Juana (1997). Los estados de excepción en América Latina: Los controles desde el derecho internacional. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (98). pp. 183-215.

GONZÁLEZ OJEDA, Magdiel (2013). *Derecho Constitucional general.* Lima: Universidad Ricardo Palma – Editorial Universitaria.

- GROSS, Oren y Ní Aoláin, Fionnuala (2006). *Law in Times of Crises. Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GUTIÉRREZ TICSE, GUSTAVO (2018). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Grijley.
- HAURIOU, André (1980). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona: Ed. Ariel.
- HAURIOU, Maurice (1923). *Précis de Droit constitutionnel*. París: Sirey.
- KELSEN, Hans (1979). *Teoría general del Estado*. México D.F.: Editora Nacional S.A.
- LAFUENTE BALLE, J. Ma. (1989). Los estados de alarma, excepción y sitio. En: *Revista de Derecho Político*, (30). pp. 23-54.
- LAMARCA PEREZ, Carmen (1985). *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- LAMARQUE, Jean (1961). La Théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958. En: *Revue de Droit Public*. T. 77, n. 3 (Mai-Juin). pp. 558-628.
- LA TORRE, Massimo (2010). Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y "estado de excepción". En: *Res publica* (23). pp. 17-35.
- LAZAR, Nomi Claire (2006). Must Exceptionalism Prove the Rule? An Angle on Emergency Government in the History of Political Thought. En: *Politics and Society*, Vol. 34 (2). pp. 245-275.
- LOEWENSTEIN, Karl (1976). *Teoría de la Constitución (2° Ed.)*. Barcelona: Ed. Ariel.
- LUCAS VERDÚ, Pablo (1986). *Curso de Derecho Político (2° Ed.)*. T. II. Madrid: Tecnos.
- MAC IVER, Robert M. (1966). *Teoría del Gobierno*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia (1996). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Medina Quiroga, Cecilia y Mera Figueroa, Jorge (editores). *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.
- MONTEALEGRE, Hernán (1979). *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Edición Academia de Humanismo Cristiano.
- ORTECHO VILLENA, Víctor Julio (1985). *Derechos y garantías constitucionales*. Trujillo: Marsol Perú Editores S.A.
- PALACIOS Mc BRIDE, Rosa María (1988). *La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción*. Tesis para obtener el Grado Académico de Bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- PARDO MARTÍNEZ, Orlando (2011). Los estados de excepción en el constitucionalismo evolucionario: el caso colombiano. En: *Revista Dixi*, Vol. 13 (14). pp. 71-87.
- POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge (1990). *Constitución y estados de excepción (la Constitución peruana de 1979)*. Lima: Asociación Acción y Pensamiento Democrático.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate.
- PUIG CICCHINI, Guido (2011). Derechos Humanos y garantías en los Estados de Excepción. En: *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, V (Número Especial). Recuperado de: <http://www.derecho.ub.ar/revistagioja>. Revisado el: 08.08.2012.
- QUESTIAUX, Nicole (1982). *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency* (document E/CN. 4/Sub. 2/1982/15, 27 July 1982).
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1982). El sistema constitucional y la determinación de la Democracia. En: *Anuario Jurídico*. México: UNAM.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma (2001). ¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales? En: *Revista de Derecho Político* (51). UNED. pp. 105-137.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2002). Los estados de excepción constitucional en Chile. En: *Ius et Praxis*, 8 (1). pp. 251-282 Recuperado en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100014&lng=es/nrm=iso. Revisado el: 17.03.2020.
- ROSSI, Luigi (1984). Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano. En: *Archivio di diritto pubblico*. Fasc. 2. L'ordenamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane. En: *Scritti vari di Diritto pubblico*. Guiffré: Milán.
- ROSSITER, Clinton L. (2017). *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group.
- ROUSSEAU, Charles (1966). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ed. Ariel.
- RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1983). *Constitución y sociedad política (2° Ed.)*. Lima: Mesa Redonda Editores.
- RUBIO CORREA, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo IV*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1993). *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SÁCHICA, Luis Carlos (1988). *El Control de Constitucionalidad y sus Mecanismos (3° Ed.)*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (1990). Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia. En: *Ius et Praxis*, (16). pp. 121-156.

SCHMITT, Carl

(1982) *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Ed.

(1985) *La Dictadura*. Madrid: Alianza Editorial S.A.

(1988) *Teología Política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía.

SILES VALLEJOS, Abraham

(2017) Problemática constitucional del Estado de Emergencia en Perú: algunas cuestiones fundamentales. En: *Estudios Constitucionales, Año 15* (2). pp. 123-166.

(2019) El Estado de Emergencia constitucional peruano a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: tres cuestiones relevantes. En: *Anuario de Investigaciones, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica - CICAJ*. pp. 421-437.

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro

(1986) Ámbito de la función judicial en los estados de excepción. En: *Revista Chilena de Derecho* (13). pp. 81-99.

(2018) El control judicial de los estados de excepción constitucional: la supremacía del Presidente de la República. En: *Revista Chilena de Derecho*, 45 (1). pp. 81-103.

TAFUR CHARÚN, Emilio (2015). *Las fuentes de producción normativa en la Constitución de 1993 (jerarquía, competencia y función constitucional)*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L.

VIRGALA FORURIA, Eduardo (1994). La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14 (40). pp. 61-132.

WIGNY, Pierre (1952). *Droit Constitutionnel*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant.

WRIGHT, Claire (2014). Poderes de emergencia y Regímenes de Excepción en América Latina: una perspectiva política. En: *Revista Mexicana de Análisis Política y Administración Pública. Vol III* (1). pp. 205-230.

ZAMBRANO VEINTIMILLA, Carlos (2009). Los Derechos Humanos durante los Estados de Excepción. En: *Revista Jurídica*. pp. 375-388. Recuperado de: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2008/03/23a_los_derechos_humanos_durante.pdf. Revisado el 20.03.2020.

ZOVATTO, Daniel (1990). *Los Estados de Excepción y los derechos humanos en América Latina*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2005). Libertad y Autoridad en el Derecho Constitucional: el Derecho de Excepción. En: *Revista de Derecho Público* (67). pp. 170-190.