

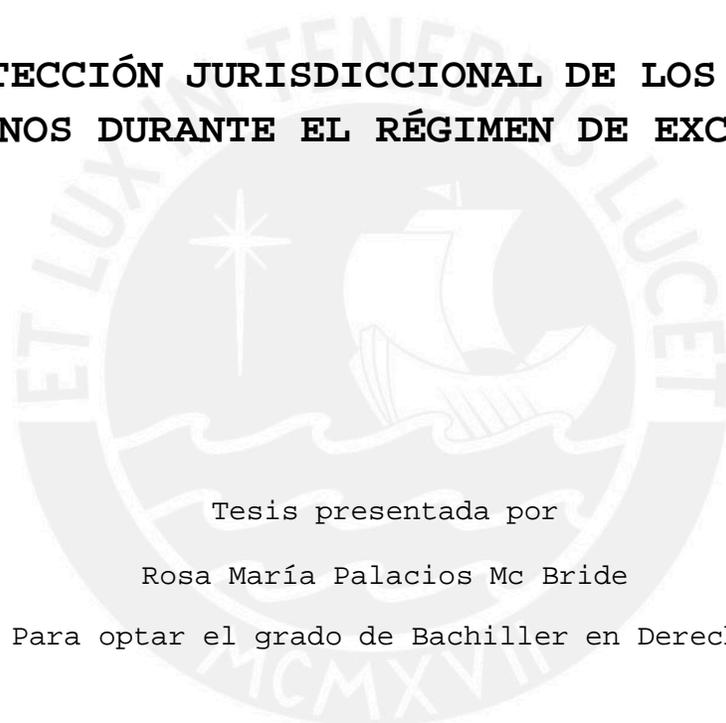


CATOLICA  
DEL PERÚ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO

LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS  
HUMANOS DURANTE EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN



Tesis presentada por

Rosa María Palacios Mc Bride

Para optar el grado de Bachiller en Derecho

**Aprobada  
18.7.88**

Lima - Perú

Junio 1888

TD

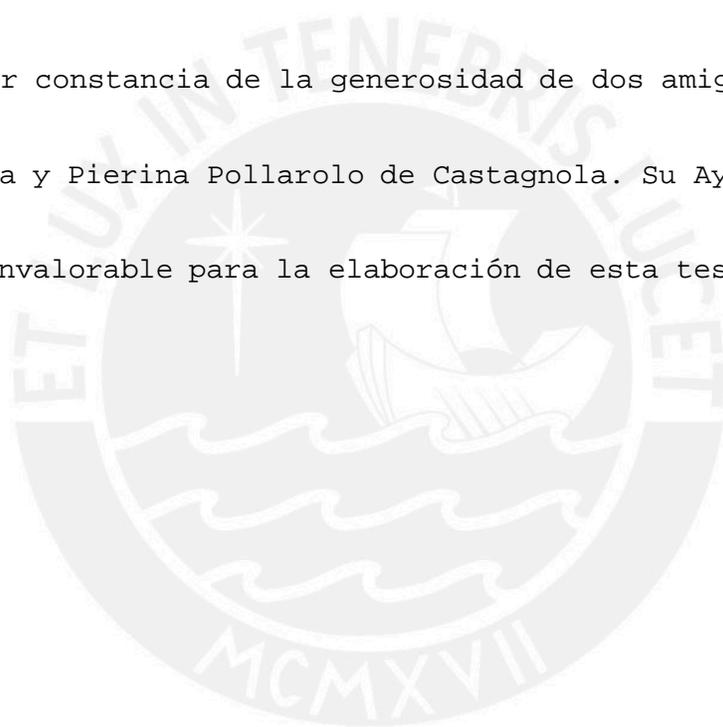
1

1886



A Tito y a mis  
padresÈ

Quiero dejar constancia de la generosidad de dos amigos: Gianfranco Castagnola y Pierina Pollarolo de Castagnola. Su Ayuda ha sido invaluable para la elaboración de esta tesis.



## INTRODUCCIÓN

La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el estado de excepción, no es, a pesar de que nuestra realidad podría indicar lo contrario, un tema desarrollado por la doctrina y jurisprudencia nacionales. La novedad viene de Argentina, donde tras un largo proceso de violaciones a los derechos humanos, el Poder Judicial decide verificar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas en relación a las acciones de garantía que se venían presentando.

Esta investigación tiene por objeto resaltar la importancia del control de las medidas adoptadas durante los regímenes de excepción en perjuicio de los

derechos humanos. Así la hipótesis central de esta tesis se resume del siguiente modo:

Primero, el régimen de excepción se decreta bajo determinados presupuestos que los poderes del Estado tiene la obligación de observar. Segundo, dado que el Poder Ejecutivo no ---- durante el estado de excepción de poderes absolutos, es esencial que se pueda verificar la constitucionalidad de sus actos. Tercero, el Poder Judicial debe estar a cargo de este control a través de las acciones de garantía que se interpongan. Cuarto, si bien es cierto que la Constitución suspende el derecho a interponer acciones de garantía durante el estado de excepción, esta prohibición no es absoluta. El Poder Judicial tiene la obligación de verificar la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas. Si éstas no cumplen con estos requisitos debe ampararse la pretensión del ciudadano.

En cuanto a la estructura de la tesis, el primer capítulo abarca el estudio del: concepto, origen, evolución y reconocimiento de los derechos humanos, como un primer paso en la ubicación del problema. Asimismo, se desarrolla, de un modo general, el concepto de protección jurisdiccional constitucional, a través del estudio de las acciones de garantía en la doctrina y en el sistema peruano. Por último, también se incluye el estudio de la protección jurisdiccional que otorga los tratados internacionales de

Derechos Humanos, a cuya jurisdicción se haya sometido el Perú.

El segundo capítulo estudia en profundidad el régimen de excepción, concepto que incluye todas las formas de suspensión de la vigencia de la Constitución. En primer término se desarrolla de manera doctrinal el origen, los presupuestos básicos, las causales y las consecuencias de la institución. Con esta base, se pasa a observar el régimen de excepción en el ordenamiento peruano. En primer lugar se exponen los antecedentes históricos. Se analiza el artículo 70 de la Constitución de 1933, su aplicación en el período 1933 - 1980, y el debate en la Asamblea Constituyente. Luego presentamos un análisis completo del artículo 231 de la Constitución del 1979, desarrollando posiciones críticas a la aplicación de esta norma en lo que se refiere básicamente a mecanismos de control y temporalidad. Finalmente se expone el tratamiento que recibe la institución estudiada en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica y la Declaración Universal de Derechos Humanos, estableciéndose que estos tratados imponen límites a la discrecionalidad de los gobernantes.

El tercer capítulo sustenta la hipótesis principal de esta tesis. Así, se examina la protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción, en la doctrina, en el derecho comparado, y en el ordenamiento

peruano. Los presupuestos básicos para que régimen de excepción sea decretado constitucionalmente, que se habían estudiado en el capítulo anterior, son retomados, para aplicarlos a la protección de derechos humanos.

El esquema de trabajo se repite tanto para el estudio doctrinal, como para el caso peruano. Así, se examinan, en primer lugar, las acciones que caben contra la medida que declara el estado de excepción; en segundo, la posibilidad de interponer acciones de garantía durante el régimen de excepción, y en tercer lugar, la opción de interponer acciones en la vía ordinaria como medio de defensa de derechos humanos.

Por otro lado, se estudia el aporte invaluable del derecho argentino y la noción del debido proceso en el derecho norteamericano. Argentina ha desarrollado de modo coherente el fundamento que permite la posibilidad de interponer acciones de garantía durante un estado de excepción, este es, la razonabilidad y proporcionalidad que debe existir entre la medida concreta de suspensión de derechos y los motivos que dieron origen al estado de excepción.

La tesis incluye el tratamiento que los Convenios de Derechos Humanos otorgan al problema. Así, se exponen las últimas disposiciones de la Corte Interamericana en esta materia. Estas recogen el criterio cada vez más extendido de admitir el control judicial de las medidas concretas impuestas durante el régimen de excepción.

Igualmente se examina el papel que debe cumplir el Poder Judicial en un sistema que exige su presencia como contralor de los actos del Poder Ejecutivo y defensor de los derechos humanos. La tesis toca este problema, en primer término de forma doctrinal, para posteriormente retomarlo en relación con el ordenamiento peruano.

En el caso peruano se examinan en primer lugar el contexto de violencia en que se está desarrollando el derecho procesal constitucional. Luego se estudia la protección jurisdiccional, como posibilidad, durante el régimen de excepción, y finalmente, como realidad actual. La tesis concluye con una serie de recomendaciones en la búsqueda del fortalecimiento de las instituciones democráticas y la defensa de los derechos humanos en el país.

Creemos que esta investigación cumple su objetivo al probar que es posible que nuestro Poder Judicial admita acciones de garantía durante el régimen de excepción, en la medida en que el Poder Ejecutivo no goza de poderes absolutos, y que la razonabilidad de las medidas adoptadas debe ser probada. No creemos que ni la Constitución, ni la ley, ni mucho menos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, puedan estar en contradicción con estos principios.

La bibliografía consultada abarca tanto autores nacionales como extranjeros. Sin embargo, queremos destacar que la obra del constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagues ha

tenido una importancia fundamental en el desarrollo de los conceptos expuestos en esta tesis. Asimismo se ha obtenido abundante información a través de revistas especializadas.

Por último queremos indicar que esta tesis representa únicamente un trabajo introductorio a la institución del control jurisdiccional durante el régimen de excepción en nuestro país. No se cuenta con información jurisprudencial, con la cual se podría realizar un análisis estadístico del comportamiento del Poder Judicial en esta materia. La investigación empírica queda pues, abierta.



## INDICE

### Introducción.

## CAPITULO I. LOS DERECHOS HUMAMOS Y SU PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

### **I.1. Los Derechos Humanos.**

- I.1.1. Origen y evolución del reconocimiento constitucional de los Derechos Humanos.
- I.1.2. Concepto de Derechos Humanos.
- I.1.3. Los Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1979 y en los Tratados Internacionales
- I.1.4. La Libertad como Derecho Humano fundamental.

### **I.2. Protección Jurisdiccional de los Derechos Humanos.**

- I.2.1. Origen y evolución de la protección constitucional de los derechos humanos. Derechos y Garantías.
- I.2.2. Supremacía de la Constitución y control de la constitucionalidad. Acción de Inconstitucionalidad.
- I.2.3. Acciones de Garantía que protegen violaciones concretas de derechos humanos.
  - I.2.3.1. Hábeas Corpus.**
  - I.2.3.2. Acción de Amparo.**
- I.2.4. Acciones de Garantía en la Constitución Peruana de 1979. La Ley 23506 de Hábeas Corpus y Amparo.
  - a) Acción de Inconstitucionalidad.
  - b) Acción Popular.
  - c) La Ley 23506 y las acciones de Hábeas Corpus y Amparo,
- I.2.5. La protección jurisdiccional en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

### **NOTAS AL CAPITULO I**

## CAPITULO II. REGIMEN DE EXCEPCIÓN

### **II. 1. El Régimen de Excepción en la Doctrina.**

- II.1.1. Origen de la Institución. Aproximación a una definición.
- II.1.2. Características del Régimen de Excepción.
  - a) Peligro real o inminente.
  - b) Interés general.
  - c) transitoriedad.

- d) Razonabilidad y proporcionalidad.
- e) Declaración formal.

### II.1.3. Causas para declarar el Régimen de Excepción.

- a) Guerra.
- b) Desordenes internos.
- c) Crisis o emergencias económicas.

### II.1.4. Comportamiento de los Poderes del Estado durante el Régimen de Excepción.

### II.1.5. Limitación de Derechos y Garantías durante el Régimen de Excepción.

### II.1.6. Las Instituciones de Excepción.

## II.2. El Régimen de Excepción en el ordenamiento peruano.

### II.2.1. Antecedentes históricos.

#### II.2.1.1. La Constitución Peruana de 1933.

#### II.2.1.2. Aspectos centrales del debate sobre el régimen de excepción durante la Asamblea Constituyente 1978-1979.

### II.2.2. Análisis de la norma constitucional. Artículo 231.

#### II.2.2.1. Parte general o encabezado del artículo.

##### II.2.2.1.1. Los estados de excepción son decretados por el Poder Ejecutivo.

##### II.2.2.1.2. Por plazo determinado.

##### II.2.2.1.3. En todo o parte del territorio.

##### II.2.2.1.4. Dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente.

#### II.2.2.2. Estado de Emergencia. Inciso a) del artículo 231 de la Constitución.

##### II.2.2.2.1. Causales para decretar el estado de emergencia.

##### II.2.2.2.2. Suspensión de Garantías Constitucionales.

##### II.2.2.2.3. En ninguna circunstancia puede imponerse la pena de destierro.

##### II.2.2.2.4. Plazo.

##### II.2.2.2.5. Las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno cuando así lo dispone el Presidente de la República.

### II.2.2.3. Estado de Sitio. Inciso b) del artículo 231 de la Constitución.

#### II.2.2.3.1. Causales para decretar el estado de sitio.

#### II.2.2.3.2. Suspensión de garantías.

#### II.2.2.3.3. Plazo.

#### II.2.2.3.4. Al decretarse el estado de sitio el Congreso se reúne de pleno derecho.

## II.3. Régimen de Excepción en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

### II.3.1. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

### II.3.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

### II.3.3. La Declaración Universal de Derechos Humanos

## NOTAS AL CAPITULO II

CAPITULO IIIPROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN.

**III.1. La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción, en la doctrina.**

III.1.1. Acciones contra la medida que declara el régimen de excepción.

III.1.2. Acciones de garantía durante el régimen de excepción.

III.1.3. Otras posibles acciones.

**III.2. La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción, en el derecho comparado.**

III.2.1. El caso argentino.

III.2.2. La garantía del debido proceso en el derecho constitucional norteamericano.

**III.3. La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción, en los tratados internacionales.**

**III.4. El Poder Judicial y los estados de excepción.**

**III.5. Protección Jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción en el Perú.**

III.5.1. Contexto.

III.5.2. Acciones contra la medida que declara el régimen de excepción en el ordenamiento peruano.

III.5.3. Acciones de garantía durante el régimen de excepción en el ordenamiento peruano.

III.5.4. Otras posibles acciones.

III.5.5. El Poder Judicial y los Estados de Excepción en el Perú.

III.5.6. Recomendaciones para el caso peruano.

**NOTAS AL CAPITULO III**

**Conclusiones.**

**Bibliografía.**

## CAPITULO I

### LOS DERECHOS HUMANOS Y SU PROTECCION JURISDICCIONAL

#### I.1. Los Derechos Humanos

##### I.1.1. Origen y evolución del reconocimiento constitucional de los Derechos Humanos.

El deseo de consagrar los derechos del hombre por escrito, como forma de asegurar su eficacia, y fijar límites al poder del Estado nace con los movimientos revolucionarios de Francia y los Estados Unidos. Existían ya, antecedentes en la historia jurídica inglesa, sin embargo, éstos no son considerados como verdaderas declaraciones de derechos. Es

el caso de la Carta Magna de 1215 y la Declaración de Derechos (Bill of Rights) de 1689.

El 14 de julio de 1774 los representantes de las colonias sublevadas de norteamérica votaron en Filadelfia la primera Declaración de Derechos, a la que siguió, el 4 de julio de 1776, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. La primera Constitución escrita, que reúne todos los elementos para ser considerada como tal, es la del Estado de Virginia del 12 de junio de 1776. Estas declaraciones, así como el pensamiento liberal europeo del siglo XVIII influyeron en el movimiento Revolucionario francés. (1)

La Asamblea Nacional francesa aprobó del 20 al 26 de agosto de 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la que en 17 artículos resume las conquistas revolucionarias de la burguesía que lideró el movimiento. Se buscó romper con el "viejo orden" limitando el poder del Estado. El Hombre aparece como titular de derechos, reconocidos por el Estado y oponibles a él.

Es en este momento, en que nace el constitucionalismo moderno. Así, toda Constitución para serlo propiamente debe que tener dos partes: una declaración de derechos y una forma de organización del Estado. Este concepto de Constitución aparece, como puede verse, en el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789: " toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene constitución." La

ideología liberal que inspira todo este movimiento logra que el Estado aparezca caracterizado por su abstencionismo, impedido de limitar derechos y obligado a tutelarlos.

La doctrina ha sostenido una larga polémica sobre el origen de los derechos del hombre. La escuela iusnaturalista sostiene que estos derechos son anteriores a la sociedad, universales, naturales, y por lo tanto, inviolables y únicamente reconocidos por el Estado. El positivismo sostiene, en cambio, que el Estado solo puede limitarse por su propia voluntad. Sin entrar a la discusión podemos observar dos etapas. Fue la escuela iusnaturalista y la teoría del contrato social, la que influyó en el constitucionalismo del siglo XVIII. Posteriormente, en el siglo XIX, las declaraciones de derechos sufren una transformación, incluyéndose en los textos constitucionales como normas jurídicas positivas, con sus respectivas garantías, lo que hace que cambien su carácter abstracto por el normativo.

Este primer momento del constitucionalismo moderno consagra al hombre como ser individual y sus derechos básicos son la libertad, la igualdad ante la ley y la propiedad.

"Libertad, igualdad y propiedad son consideradas en términos individuales. Este individualismo corresponde, precisamente, con los valores que la revolución burguesa quería levantar frente a la opresión absoluta del hombre y su sumisión a un Estado personalizado en el Rey" (2)

## 1

A principios del siglo XX nace el "constitucionalismo social" como producto de la crisis del constitucionalismo liberal.

El evidente desajuste entre el texto constitucional y la realidad, era producto del dominio económico en que se encontraban la mayoría de los pueblos. Entonces, el enfoque de los derechos del hombre cambia. La persona no es considerada únicamente desde una óptica individual sino que se le protege como ser en sociedad. Al igual que con los movimientos revolucionarios del siglo XVIII, los mexicanos buscaron plasmar en su Constitución de 1917, las conquistas populares de la revolución. Así, entre otros, una serie de derechos laborales fueron reconocidos por el Estado. Posteriormente la Constitución alemana de Weimar en 1919, incorpora los derechos de la familia, el derecho a la educación, el concepto de interés social, derechos protectivos del trabajo, entre otros de tipo social.

Estas dos constituciones, unidas a la crítica marxista y a la Doctrina Social de la Iglesia, han tenido una enorme importancia en el constitucionalismo contemporáneo. Así, podemos afirmar, que existen dos "generaciones" de derechos del hombre. La primera generación, corresponde al hombre como ser individual; la segunda, como ser social. El aporte del constitucionalismo social consiste en que hoy ya no es posible entender la realización de la persona desligada de sus interrelaciones con los demás.

Hoy, este tipo de organización, basada en el reconocimiento, tanto de los derechos de la primera generación, (libertad, igualdad, propiedad) como los de la segunda, (vivienda, educación, trabajo) forman la base del Estado Social de Derecho, forma que adoptan la mayoría de constituciones occidentales. El Estado abstencionista de la revolución francesa, se sustituye por el Estado Social.

"El individualismo liberal deja paso a un creciente solidarismo, que asigna a dichos derechos una función social. El Estado y su constitución tienden a instaurar un orden social y económico justo; la justicia social entra a componer el fin del Estado; se postula una mayor intervención y planificación por parte de éste; el hombre ya no es visto exclusivamente como individuo aislado: familia, gremios, asociaciones, etc. son objeto de la regulación constitucional; los derechos individuales ya no significan únicamente el deber a cargo del Estado de no violarlos, sino muchas veces también la obligación de proveer a su goce y ejercicio con prestaciones positivas que importan dar o hacer algo en favor del hombre..." (3).

### **I.1.2. Concepto de Derechos Humanos.**

Con el objeto de aclarar algunos problemas semánticos debemos decir que cuando hablamos de derechos de la persona, derechos del hombre o derechos humanos nos estamos refiriendo a lo mismo.

"... El nombre de derechos humanos fue adoptado a fin de esclarecer su verdadero sentido, ya que el antiguo calificativo de "derechos del hombre" podía hacer suponer que no abarcaba ni protegía al sexo femenino. Claro está que esta locución no es del todo feliz, porque aparentemente podría pensarse en la existencia de derechos inhumanos (...) no obstante algunas de estas dificultades de orden semántico, goza en la actualidad de aceptación universal" (4)

Cuando hablamos de derechos individuales o personales, lo hacemos con fines expositivos para distinguirlos de los derechos sociales, sin embargo ambas clasificaciones en la práctica no se encuentran desligadas y forman el concepto de derechos humanos. Buscando una definición de derechos personales o individuales tenemos que:

"... son derechos que pertenecen a la persona en su calidad, y que verdaderamente se centran en ella misma. No excluyen contenidos políticos o de relación social, pero su naturaleza los hace principalmente privativos del individuo, intransmisibles e ---- de compartir." (5)

En cuanto a los derechos sociales, sabemos que si bien todo derecho es social porque se basa en la convivencia de los hombres, esta clasificación hace hincapié en que el estado debe constitucionalizar un **orden económico justo**.

Los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona humana son aquellos derivados de la existencia misma del ser humano, que sirven de forma esencial a su desarrollo. Se caracterizan por ser innatos universales, absolutos, inviolables, imprescriptibles e inalienables, sin embargo su ejercicio puede estar limitado por el derecho positivo, de acuerdo a los intereses de la colectividad.

De un modo general, "tener derecho a algo", es la facultad que tiene todo individuo de hacer efectivas las potestades jurídicas que las normas le reconocen. Esto es lo que se conoce como derecho subjetivo, distinguiéndose así, del

derecho objetivo, que es el conjunto de normas jurídicas que forman un ordenamiento vigente.

Un sector de la doctrina considera que los derechos del hombre son naturales en "razón del deber ser ideal de justicia" (6) y que elevados a rango constitucional, se positivizan. Asimismo, otros derechos subjetivos, otorgados por la ley -donde es discutible su carácter de derecho natural - se elevan a rango constitucional, con el objeto de ser protegidos por el Estado y garantizados frente a posibles violaciones.

La noción de derechos constitucionales implica que los derechos humanos se han positivizado elevándose al rango más alto dentro de un ordenamiento objetivo. Los derechos constitucionales son importantes, no tanto en la medida de ser declaraciones formales de derechos, sino porque la misma Constitución otorga medios para su defensa, como veremos más adelante. El concepto de supremacía constitucional impide limitación legal o reglamentaria a los derechos humanos, lo que constituye una primera garantía efectiva.

### **I.1.3. Los Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1979 y en los Tratados Internacionales.**

En el mes de junio de 1978 el Perú eligió una Asamblea Constituyente luego de diez años de régimen militar. En este primer paso de retorno a la democracia, se permitió

participar a todos los partidos políticos. Durante un año la Asamblea electa elaboró un nuevo texto constitucional, el cual entró en vigencia el 28 de julio de 1980, aunque algunas de sus disposiciones sobre la organización de elecciones -celebradas ese año- ya estaban en vigor.

La nueva constitución recoge la experiencia de los años militares. Numerosas fueron en esta época las violaciones a los derechos humanos. Asimismo, el país vivió un largo proceso de reformas que hacían necesaria su constitucionalización. Por otro lado, la última experiencia democrática del país, con una mayoría parlamentaria adversa al Ejecutivo, estuvo presente en la mente de los constituyentes, otorgándosele mayores poderes al Presidente de la República.

Concentrándonos en los derechos humanos, podemos decir que la Constitución de 1979 contiene una extensa lista de derechos en comparación con los que comúnmente se elevan a rango constitucional en otros países.

"...Dos razones pueden explicar esta técnica: luego de diez años de régimen militar, la población estaba cansada de los militares y deseaba ansiosamente establecer en una norma superior como la Constitución, la mayor cantidad posible de derechos humanos. La segunda razón es externa y deriva del hecho de que durante el tiempo en que deliberó la Asamblea Constituyente, los aspectos relativos a derechos humanos fueron especialmente debatidos en círculos internacionales, por lo que el gobierno militar estaba interesado en hacer esfuerzos por mejorar su imagen internacional." (7)

El Título I de la Constitución esta dividido en ocho capítulos: Capítulo I De la persona, Capítulo II De la familia, Capítulo III De la seguridad social, salud y bienestar, Capítulo IV De la educación, la ciencia y la cultura, Capítulo V Del trabajo. Capítulo VI De la función pública, Capítulo VII De los derechos políticos, Capítulo VIII De los deberes. No trabajaremos en esta tesis el desarrollo de cada uno de los derechos constitucionales. Sin embargo, mas adelante nos concentraremos en el derecho a la libertad.

La Constitución peruana de 1979 ha incorporado tanto los derechos de la primera como los de la segunda generación. Sin embargo algunos autores, como Marcial RUBIO y Enrique BERNALES han hecho una dura crítica al carácter individualista de nuestra Constitución, tanto desde del punto de vista sistemático, como del de fondo. La Constitución considera a los derechos "parceladamente", por lo que su defensa, será también parcelada. Sistemáticamente, esto es claro cuando los derechos considerados "de la persona" en el capítulo I, se distinguen de los "derechos políticos" del capítulo VII. Considerar que el derecho a la libertad no tiene un contenido político, es un peligroso error. Así:

"...los derechos a la libertad personal, a la inviolabilidad de domicilio, el derecho de reunión y expresión, no son considerados como parte de la vida política y del derecho que tiene toda persona a participar en ella. Por el contrario, son derechos limitados a la esfera individual, y que pueden ser enervados en casos de la

represión política. Por ello los derechos políticos, que en rigor deberían llamarse cívicos, aparecen separados y, en realidad, más como las normas mínimas de la democracia liberal que impera en nuestra Constitución." (8)

Por otro lado, se han incorporado nuevas instituciones en el derecho constitucional peruano. Como veremos más adelante, la defensa de los derechos constitucionales se ha organizado coherentemente corrigiendo la omisión que en este punto tenía la Constitución de 1933.

En cuanto a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el artículo 105 de la Constitución señala:

"Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, fueron aprobados por el Perú mediante Decreto Ley No. 22129, de 28 de marzo de 1978, entrando en vigor el 28 de julio de 1978.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica fue aprobada por la Conferencia de San José de Costa Rica el 28 de noviembre de 1969. Fue aprobada por el Perú mediante Decreto Ley No. 22231, el 11 de julio de 1978, entrando en vigor el 28 de julio de 1978.

La decimosexta Disposición Transitoria de la Constitución ratifica ambos Pactos y la Convención Americana de San José. A pesar del poco conocimiento y difusión de los Tratados de Derechos Humanos, el sometimiento del Perú a ellos es importante, en primer lugar porque elevaba estas normas a rango constitucional, declarando y protegiendo los derechos humanos, de un modo más amplio que nuestra Constitución; en segundo, por someterse a la jurisdicción internacional a través del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en tercer lugar - y este punto es importante para nuestro trabajo- porque los Tratados reconocen que hay un grupo de derechos que no pueden ser enervados bajo ninguna circunstancia. Hay que añadir que el art. 305 de la Constitución establece:

"Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos constituidos según tratados de los que es parte el Perú".

A pesar de que los Tratados de Derechos Humanos muestran un significativo avance en su protección podemos ver que el esquema según el cual los derechos se ejercen de modo parcelar por el hombre se repite en las normas internacionales:

"... Así, por ejemplo, en las Naciones Unidas se ha adoptado un Pacto referido a los derechos civiles y políticos y por otro lado se ha adoptado otro que contiene los llamados derechos económicos, sociales y culturales, y

una sistemática parecida se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) pensar que se puede desligar el ejercicio del derecho de huelga, por ejemplo, del derecho de asociación, tránsito y expresión, es posibilitar una defensa menos activa de esos derechos en cuanto sean amenazados. (9)

No es nuestro propósito desarrollar en este punto el contenido y alcance de los Tratados de Derechos Humanos. Hemos querido dejar constancia de las disposiciones que rigen nuestro ordenamiento, para retomarlas posteriormente cuando tratemos la protección de los derechos humanos y el régimen de excepción.

#### **I.1.4. La Libertad como Derecho Humano fundamental.**

El estudio de la libertad es importante para nuestra tesis, porque -en la mayoría de los casos- son los derechos derivados de ella los que se enervan, durante el régimen de excepción, tanto en nuestro ordenamiento como en el derecho comparado. Consideramos que el derecho a la libertad no puede tener ningún contenido sino es en la medida en que se ejerce en sociedad. La libertad es una, lo que sucede es que se manifiesta en la realidad de distintas maneras. Por ello, es que el constitucionalismo consagra las distintas "libertades", como un modo de asegurar su eficaz protección. Así tenemos que la libertad física, generalmente asociada con el concepto de libertad, no agota su contenido. De poco servirá la libertad física sino está garantizada la libertad de reunión, de tránsito, de expresión, de asociación, etc.

Existen múltiples definiciones de lo que es libertad. Hemos recogido la siguiente porque expresa de un modo interdisciplinario el concepto. Así:

"... desde el punto de vista moral la libertad humana no es una libertad de elección sino de acción: es la facultad de cumplir el deber voluntariamente. Desde el punto de vista filosófico es el derecho imprescriptible y natural del hombre de hacer o dejar de hacer alguna cosa. Es el compromiso de respetar en los límites de la utilidad pública y de la convivencia social, su libertad de movimiento y su dignidad personal. Desde el punto de vista jurídico, es el derecho que tiene todo hombre de desenvolverse de modo consciente y autónomo, bajo la garantía de la ley. Desde el punto de vista político es la base de toda la democracia, inherente a la naturaleza humana y esencial para el cumplimiento de sus fines." (10)

En la definición de lo que es libertad se debe considerar tanto el aporte de iusnaturalismo, como del positivismo. El derecho a la libertad es inherente a la dignidad del hombre, pero de poco nos serviría esta declaración, si es que la normatividad no establece las garantías para su ejercicio.

Precisando el contenido de la libertad jurídica tenemos que esta incluye varios aspectos:

"... a) Un status personal que, normativamente, depare, al hombre la calidad de persona jurídica con capacidad de derecho, cuya negación absoluta es la esclavitud (...) b) un poder de disposición que, en uso de la libertad, sea susceptible de producir efectos jurídicos relevantes (...) c) un área de intimidad donde la libertad inofensiva o neutra para el grupo o terceros, quede inmunizada y sustraída a toda interferencia arbitraria del Estado (...) d) el principio básico a favor del hombre, en el sentido de que todo lo que no está prohibido esté permitido". (11)

La Constitución peruana establece en su artículo 2, inc. 20 una larga enumeración de derechos del hombre derivados de la

libertad y seguridad personales. Sin embargo otras "libertades" son consagradas en una forma inorgánica en los primeros 19 incisos del mismo artículo. Por otro lado, la Constitución reconoce en el artículo cuarto la existencia de otros derechos, es decir reconoce que la enumeración que existen en el texto constitucional no es taxativa y que existen o pueden existir derechos anteriores y superiores al Estado y por lo tanto reconocidos en lo que la doctrina llama "constitución material" (por oposición a la Constitución formal) es decir la constitución real o viva, derivada de las relaciones humanas en la sociedad.



## I.2. Protección Jurisdiccional de los Derechos Humanos.

### I.2.1. Origen y evolución de la protección constitucional de los derechos humanos. Derechos y Garantías.

Los revolucionarios franceses creyeron que bastaba con declarar los derechos del hombre en un texto constitucional para que fuesen respetados por el Estado. Por ello utilizaron el verbo garantizar como sinónimo de resguardar o asegurar los derechos del hombre.

Las declaraciones francesas de derechos del hombre han contribuido a crear cierta confusión acerca del concepto de garantía. Este concepto sufrió una evolución tal que en determinado momento las Constituciones latinoamericanas del siglo XIX y principios del XX, convirtieron en sinónimo de "garantías" a los derechos de la persona consagrados en la Constitución. Así:

"...el concepto de garantía se iba extendiendo a todas aquellas instituciones, formas legales y procedimientos a los cuales se reconociera alguna eficacia para el ordenamiento político y jurídico de la sociedad. Así se formó el concepto amplio, primero y después amplísimo de garantía, en la búsqueda afanosa de la mayor seguridad jurídica posible para todos. Sin embargo consideramos perjudicial y hasta peligrosa esa respetable tendencia Cuanto todo es garantía nada es garantía." (12)

Esta tendencia ha ido perdiendo fuerza en la medida en que los constituyentes se dieron cuenta que no basta elevar un derecho a rango constitucional para que éste sea garantizado. La garantía de un derecho, es pues, su

protección procesal reconocida por la Constitución. La doctrina italiana fue la primera en desarrollar este concepto, que rápidamente se ha extendido a Latinoamérica. Precisando el concepto de garantía tenemos que.

"..."garantía no es protección teórica o abstracta, sino protección práctica o concreta y además, efectiva; no es el régimen institucional en su conjunto, en su condición de ordenamiento jurídico, sino una institución particular, determinada, creada para el amparo o protección de derechos constitucionales afectados por ley o norma de carácter legal (reglamento, ordenanza, edicto, etc.) o por actos ejecutivos. Ese amparo o protección merece el nombre de garantía cuando logra el máximo de su eficacia práctica; consiste, siempre en una acción judicial." (13)

En cuanto al constitucionalismo norteamericano, la noción de garantía aparece -aunque no con ese nombre- en los "remedios" o acciones contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Constitución. Los constitucionalistas ingleses y norteamericanos, más prácticos que los franceses, consagraron la acción de hábeas corpus o writ de hábeas corpus, para protegerse de la arbitrariedad del gobernante.

Veremos la evolución de cada una de las instituciones de garantía cuando las tratemos por separado.

### **I.2.2. Supremacía de la Constitución y Control de la constitucionalidad. Acción de Inconstitucionalidad.**

La doctrina americana ha establecido que la Constitución es la ley primera, a la cual todas las demás leyes están subordinadas. Por lo tanto el control de la

constitucionalidad de las leyes -es decir si se ajustan o no a lo que la Constitución establece- será una garantía para el individuo contra la arbitrariedad del Estado.

FAYT establece que los principios que sirven de fundamento a la doctrina de la supremacía de la Constitución son los siguientes:

"... primero, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos; segundo, que la Constitución es ley fundamental y que le están subordinadas todas las leyes que en su consecuencia se dicten; tercero, que las facultades de los órganos ejecutivo legislativo, y judicial del gobierno se encuentran organizadas y limitadas en su función y competencia por la Constitución; cuarto, que los jueces son los guardianes de la constitución y deben mantener su imperio, rehusándose a aplicar leyes que estén en conflicto con ella; y quinto, que el caso de conflicto entre una ley ordinaria y la ley suprema debe ser decidido por los jueces y tribunales de justicia," (14).

El control de la constitucionalidad de las leyes otorgado al Poder Judicial, ejercido por vía incidental, es lo que se conoce en la doctrina como control **"difuso"** o **"por vía incidental"**. La regla básica que sigue el juez, es la que le señala que, en caso de conflicto entre una norma de menor jerarquía y la Constitución, debe optar por esta última. La sentencia sólo tiene efectos para el caso concreto.

Por otro lado, en la doctrina europea, no se observan los mismos principios. Si bien es necesario un adecuado control de la constitucionalidad de las leyes, no es siempre el Poder Judicial -se dice- el más adecuado para ejercer el control. Se siguen así dos alternativas, o el control de la

constitucionalidad de las leyes es entregada al Parlamento o se establece un órgano jurisdiccional especial.

La influencia del derecho francés en Europa ha llevado a reconocer la competencia del Parlamento en el control de la constitucionalidad de las leyes. El fundamento de esta teoría tiene como base el principio de separación de poderes y la soberanía del Parlamento. Ningún otro poder del Estado podría revisar su actuación sin vulnerar estos principios, Sin embargo, esta opción es criticada, ya que:

"... es evidente que atribuir la competencia del referido control a los mismos organismos facultados para formular las normas impugnadas, significa, en sustancia. Identificar a los controlados con los controladores o si se prefiere mejor, a una parte con el juez." 15

La tendencia a crear un órgano especial para revisar la constitucionalidad de las leyes se generalizó después de la primera guerra mundial a raíz de la influencia de la Constitución austríaca de 1920. Estas Cortas Constitucionales o Tribunales de Garantías Constitucionales conocen las acciones en **vía principal** y sus sentencias tienen efectos erga omnes. La titularidad de la acción por lo general no es concedida a simples ciudadanos sino a órganos específicos, o a otros poderes del Estado.

Por lo general se conoce como **acción de inconstitucionalidad** a las acciones seguidas ante estas cortes especiales. Se trata de acciones de garantía puesto que si bien:

"...este instrumento tutelar rebasa la protección de los derechos del hombre, ya que también se dirige a la garantía procesal de los preceptos constitucionales que regulan el funcionamiento de los órganos de poder (sin embargo), es preciso advertir que el legislador, como cualquier autoridad, está obligado a respetar en las disposiciones legales que expida, las normas Constitucionales en las cuales se han establecido los derechos fundamentales de la persona humana, y para lograr que se imponga ese respeto, se ha establecido un conjunto de instrumentos que se agrupan bajo el nombre de "acción" (...) de inconstitucionalidad (16)

El Perú ha establecido un régimen mixto, en el cual las tres posibilidades expuestas están contempladas.

EL artículo 236 consagra el control difuso estableciendo que:

"En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna"

En el artículo 186 de la Constitución se reconoce la competencia del Congreso en el control ya que la interpretación de las leyes tiene que abarcar también un juicio sobre su constitucionalidad Así:

"Son atribuciones del Congreso 1.- Dar leyes y resoluciones legislativas, así como **interpretar**. Modificar o derogar las existentes."

Por otro lado, el art. 296 y siguientes crean el Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual conoce las acciones de inconstitucionalidad en vía principal.

Por último el art. 87 consagra el principio de la supremacía de la Constitución.

### **I.2.3. Acciones de garantía que protegen violaciones concretas de derechos humanos.**

Las Acciones de garantía, o "garantías", son, como hemos visto, medios procesales inmediatos y directos para la defensa de los derechos humanos. Los afectados pueden hacer efectivos sus derechos constitucionales frente a una violación flagrante o la amenaza de que ella suceda. Estas acciones, se ejercen -por lo general- frente al Estado, aunque no se descarta que puedan ejercerse contra particulares. El titular del derecho puede ser tanto una persona natural, como una persona jurídica.

Dado que las acciones de garantía presentan características especiales, las estudiaremos por separado. Sin embargo, nos concentramos únicamente en las dos instituciones protectoras más extendidas en América. Otras instituciones, de protección, como el **mandamiento de seguridad** (17) brasilero, no serán tratadas.

#### **I.2.3.1. Hábeas Corpus.**

La acción de hábeas corpus es la primera acción de garantía que conoce el constitucionalismo moderno. Su origen inglés está consagrado en el Hábeas Corpus Act. de 1679, sin embargo la costumbre había extendido desde tiempo atrás su uso. Sin entrar en mayores detalles, podemos decir que la doctrina reconoce antecedentes de esta acción, en el

interdicto de "libero hominem exhibiendo" de derecho romano, en la Carta Magna inglesa de 1215, así como, en el Fuero de Aragón de 1428 y en la ley de 1527 del Fuero de Vizcaya. Es importante aclarar que este "hábeas corpus" no tiene el mismo contenido que le damos hoy. La ley inglesa de 1679 llama hábeas corpus al:

"... mandamiento librado por el lord canciller a los jueces funcionarios a quien se ha pedido amparo (...) lo que actualmente conocemos por hábeas corpus consiste no solo en la orden o mandamiento judicial, sino también en la acción que produce ese mandamiento y que ejercita el individuo afectado de su libertad, o un tercero en su nombré, y es la acción (...) lo que tipifica el hábeas corpus como garantía de la libertad". (18)

El hábeas corpus es la garantía protectora de la libertad física y de locomoción. La acción, consiste básicamente, en un procedimiento judicial sumarísimo que busca reponer el derecho a libertad del detenido. Etimológicamente significa "tienes tu cuerpo" aunque se ha interpretado como "tráiganme el cuerpo". Es, como vemos, una acción contra actos no contra normas. El responsable por la violación es, por lo general, el Poder Ejecutivo, a través de los órganos encargados de represión del delito. Sin embargo, no se descarta, que la acción pueda ejercitarse contra el juez que careciendo de competencia, ordena una detención.

El hábeas corpus protege pues, toda privación injustificada de la libertad. Cuáles son entonces las detenciones justificadas? Estas serían las que provienen de un mandato judicial o las que se producen en caso de flagrante delito,

siempre que el detenido pase a disposición del Poder Judicial en un breve plazo, determinado por ley. Los arrestos injustificados son los que no cumplen con los requisitos anteriores; no emanan de autoridad competente, no cumplen los requisitos formales exigidos, etc. El régimen de excepción crea, como veremos, un tercer tipo de arresto, el cual estando justificado, carece de fin jurisdiccional.

En general, las características de la acción de hábeas Corpus son, la celeridad procesal, la inmediata comparecencia del detenido, que el procedimiento pueda ser intentado por cualquiera a nombre del perjudicado, que la resolución de libertad sea rápidamente obedecida y si es posible, identificar a los infractores con el objeto de iniciar contra ellos una acción penal.

La discusión sobre si el Hábeas Corpus es acción o es recurso queda zanjada para nosotros con la siguiente explicación:

"...mientras que el recurso stricto sensu es el medio de impugnación que dentro de una causa plantea una de las partes solicitando una nueva consideración, (apelación, queja, etc.) la acción es la facultad específica de hacer valer en la vía judicial la reparación de un derecho violado. Dentro de este orden de ideas, es fácil advertir que en puridad el Hábeas Corpus no es un recurso, sino propiamente una acción." (19)

Finalmente queremos señalar que en algunos casos la Constitución Peruana de 1933 es un ejemplo de ello se amplió la tutela de la acción de hábeas corpus a falta de otro medio eficaz de protección. Esto, sin embargo, no nos

parece conveniente, si desde un punto de vista sistemático, ni como una eficaz protección de la libertad. La experienciaperuana así lo confirma. (20)

#### **I.2.3.2. Acción de Amparo.**

La acción de amparo fue consagrada, por primera vez, en las constituciones de México de 1857 y 1917. Posteriormente, muchos países Latinoamericanos han recogido la institución mexicana. Sin embargo, la tutela que otorga la acción de amparo a los derechos humanos, varía de país a país.

Así, en la evolución de la protección de la acción de amparo podemos ver cuatro niveles:

"...a) el amparo se entiende exclusivamente como un instrumento equivalente al Hábeas Corpus (...)

b) el amparo a adquiriendo un significado de instrumento protector de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal (...)

c) (el amparo) poseen un triple contenido: el suyo propio de proteger los derechos fundamentales Consagrados constitucionalmente: abarca también la libertad personal, pues el hábeas corpus forma parte del mismo (...), y finalmente, puede también utilizarse para impugnar disposiciones legales violatorias de la Carta Fundamental (...).

d) Finalmente, el juicio de amparo es el más amplio en cuanto su contenido (21).

El juicio de amparo, señalado en el inciso d) de la cita precedente, es el mexicano, extraordinariamente amplio. Su contenido incluye: la acción de hábeas corpus, el amparo de todos los derechos constitucionales, el recurso de casación, se utiliza como sustituto del proceso administrativo, y se

Conoce también un procedimiento especial de "amparo agrario". Sin embargo, no se incluyen actos violatorios cometidos por particulares.

Por lo general, la mayoría de constituciones latinoamericanas, incluyendo la peruana de 1979, consideran que **la acción de amparo tiene por objetivo la defensa de todos los derechos constitucionales, a excepción de la libertad física**, que como hemos visto, está protegida por la acción de Hábeas Corpus.

El origen de la acción de amparo puede influir mucho en la extensión protectora que se quiera dar a la institución. En Argentina por ejemplo, la institución ha sido consagrada por ley, luego de un largo proceso jurisprudencial. Las sentencias de los casos "Siri" (1957) y "Kot" (1958), establecieron (sin que existiera norma constitucional o ley alguna) que:

"... siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que, se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo". (22)

En cuanto a las características de la institución, podemos señalar que la acción se puede interponer ante cualquier juez, por él que busca amparo, o cualquiera en su nombre, ante la violación, o amenaza de violación, de un derecho

consagrado en la Constitución, de forma explícita o implícita. Dependiendo del sistema que cada país adopte, la acción de amparo procede contra actos y normas del Estado (cuando violan un derecho concreto) y, solo excepcionalmente, contra resoluciones judiciales. Por otro lado en determinados ordenamientos procede contra actos de particulares, y en otros no.

La acción de amparo comparte con el Hábeas Corpus su carácter de acción privilegiada. Es decir, se mantiene el principio de celeridad procesal. Sin embargo, la celeridad de la acción ha tentado a los ciudadanos a considerar que es un remedio eficaz para todas sus pretensiones. Esto no es así:

"... Se pretende que el amparo sea la instancia final que permita la anulación de actos violatorios de derechos fundamentales, se pretende, pues, que al acto reclamado sea definitivo; es decir que mediante el sistema ordinario no pueda ser dejado sin efecto y que los jueces examinen las inconstitucionalidades alegadas como último recurso.

Pero cuál es la razón, cuál es el fundamento de este principio? Se fundamenta en la naturaleza misma del amparo, el cual es un medio extraordinario, sui géneris, de invalidar los actos de las autoridades, lo que significa que solo prospera en casos excepcionales, cuando ya se han utilizado todos los recursos ordinarios existentes." (23)

Al estudiar el caso peruano podremos establecer las características que la institución toma en nuestro ordenamiento.

#### I.2.4. Acciones de Garantía en la Constitución Peruana de 1979. La ley 23506 de Hábeas y Amparo.

La constitución peruana de 1933, antecedente inmediato de la de 1979, solo consagraba como acciones de garantía, la acción de hábeas corpus -como hemos visto, protectora de todos los derechos - y la acción popular. No es propósito de esta investigación estudiar la evolución y vigencia del hábeas corpus en el Perú, en el período 1933 - 1979, ya que existen trabajos sobre este tema (24). Sin embargo, sabemos que el hábeas corpus no fue un eficaz instrumento de protección de derechos humanos:

“En resumen, la constitución de 1933 creó un sistema normativo nacional débil y fácilmente vulnerable, que no otorgaba las garantías legales mínimas para la vigencia de los derechos y de la supremacía constitucional...” (25).

La constitución peruana de 1979, ha logrado un significativo avance en cuanto a protección jurisdiccional. Consagra en cuatro acciones fundamentales la protección de todos los derechos constitucionales. Veamos cada uno de ellas.

**a) Acción de Inconstitucionalidad:** Como hemos visto, esta acción se deriva del principio de supremacía de la Constitución. Su antecedente inmediato se encuentra en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936:

"Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una Legal se prefiere la primera".

Sin embargo, La consagración legal del principio de **control difuso** era inadecuada ya que, los jueces peruanos, en numerosas ocasiones se declararon incapaces de revisar la constitucionalidad de las leyes. La Constitución de 1979 termina con la indecisión judicial, consagrando constitucionalmente la supremacía de la Constitución.

El sistema peruano ha concedido competencia para el conocimiento de la **acción de inconstitucionalidad** al Tribunal de Garantías Constitucionales. Este es competente para:

"Declarar, a petición de parte la inconstitucionalidad parcial o total de leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo" (artículo 298., inciso 1.-).

Por otro lado, la titularidad de la acción no es concedida a cualquier ciudadano. Pueden interponer la acción: el Presidente de la República, La Corte Suprema de justicia, El Fiscal de la Nación, Sesenta Diputados, Veinte senadores y cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (artículo 299). Asimismo, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley no tiene efectos retroactivos (artículo 300).

Estas normas han encontrado algunas críticas. El primer lugar, la acción de inconstitucionalidad procede contra

leyes, en sentido formal, e incluso contra ordenanzas municipales; sin embargo, la Constitución guarda silencio sobre la procedencia de esta acción contra leyes inconstitucionales, en sentido material, por ejemplo, procede esta acción contra decretos supremos de carácter extraordinario (artículo 211- 20). Por otro lado, la titularidad de la acción, no logra la participación ciudadana en la vida democrática del país. Es casi imposible recolectar cincuentamil firmas, salvo que se trate de instituciones muy representativas, como la Iglesia Católica o los partidos políticos. Asimismo, se ha discutido, la no retroactividad de la sentencia.

No es el objeto de esta tesis responder a los problemas enunciados. Los dejamos únicamente planteados, para dejar constancia de la importancia de estas interrogantes. Sin embargo, creemos, que es positivo que la Constitución consagre el principio de su supremacía sobre cualquier otra norma.

**b) Acción Popular:** esta acción consagrada en la Constitución de 1933 no fue reglamentada sino hasta **1963**, en que se indicó que el procedimiento aplicable era el de puro derecho. Durante 30 años la Corte Suprema declaró que la acción era inadmisibles, dado que, no estaba normado, el procedimiento respectivo.

El artículo 295 de la Constitución de 1979 establece que:

“Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público”.

Es decir, en principio se trata de una acción similar a la acción de inconstitucionalidad. La diferencia está en que aquí se discute la constitucionalidad y legalidad de decretos supremos, resoluciones supremas y otras normas administrativas de menor jerarquía, municipal o regional. La acción se sigue ante el Poder Judicial, con el procedimiento de puro derecho establecido en el Código de Procedimiento de puro derecho establecido en el Código de Procedimientos Civiles, según el artículo 7 de la ley Orgánica del Poder Judicial. La acción procede contra normas de carácter general, no contra actos administrativos que violan derechos constitucionales. En este último caso, procederá, como veremos la acción de amparo.

Siguiendo a RUBIO y BERNALES (26) esta acción presenta algunas interrogantes. En primer lugar, hay que decidir a quién le corresponde su titularidad, es decir si puede ejercerla solo el interesado, o puede hacerlo cualquier persona. En segundo lugar, hay que establecer si la sentencia declara la nulidad de la norma de un modo general o sólo para el caso concreto. Sobre estos dos problemas, volveremos mas adelante, en el punto III.5.2. De esta tesis.

Finalmente, podemos agregar que, el procedimiento de puro derecho, no es el más adecuado para una acción de garantía,

Ya que, en la práctica es sumamente largo, desvirtuándose la característica celeridad procesal que acompaña a las acciones de garantía.

**c) La ley 23506 y las acciones de Hábeas Corpus y Amparo.**

La Constitución de 1979 establece en el artículo 295:

“la acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual, da lugar a la acción de Habeas Corpus.

La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.”

La ley 23506 ha reglamentado con acierto ambas acciones. Establece en primer lugar que el “objeto de las acciones de garantía es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”. Se establece además que la acción procede no solo contra actos, sino también contra la amenaza de un acto lesivo. Las acciones de garantía tienen trato preferente, manteniéndose el principio de celeridad procesal. Asimismo, las sentencias de hábeas corpus y amparo, sientan jurisprudencia obligatoria, los funcionarios culpables, si se llegan a identificar, están sometidos a sanciones y a acción penal. Por último, debemos señalar que las acciones de garantía proceden no solo contra el Estado, sino también contra particulares.

En lo que se refiere propiamente a la **acción de hábeas corpus**, podemos ver, en los 17 incisos del artículo 12 de la

Ley 23506, los casos en que se vulnera o amenaza la libertad individual. No reproduciremos aquí el artículo, pero podemos apreciar que no solo se incluye el concepto de libertad física. En lo que a nuestro trabajo respecta, vemos que tanto la libertad de tránsito, así como el derecho a la detención por mandato escrito y motivado por el juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito, están amparadas por el Hábeas Corpus.

En cuanto al procedimiento, la acción puede ser interpuesta por cualquier persona, sin formalidad alguna: por escrito o verbalmente; es competente cualquier juez instructor: si se comprueba la detención arbitraria, en el mismo día el juez debe ordenar la libertad; la acción es muy breve, el plazo para apelar es de dos días y el recurso de nulidad solo procede contra la denegación de la acción. Por otra parte, se han establecido normas que impiden la dilación injustificada de la acción.

En cuanto a la **acción de amparo**, la ley establece de forma enunciativa, los derechos que protege la acción. Debe recordarse que ni siquiera la enumeración del primer título, capítulo primero, de la Constitución, es exhaustiva, ya que el artículo 4 señala que:

“la enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que deriven de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

De otro lado, no hay que olvidar que según el artículo 105 de la Constitución, los derechos reconocidos por Tratados de Derechos Humanos tienen rango constitucional. Por lo tanto la acción de amparo no puede legislarse taxativamente, y la ley así lo ha reconocido.

El procedimiento es, también, sumario. Pueden interponer la acción el afectado o su representante, aunque, por excepción, se admite que sea interpuesta por tercera persona. Se exige el agotamiento de las vías previas, pero, se establecen excepciones a este principio. La acción se sigue en la vía civil ante el juez de primera instancia. Se establece que el juez podrá, en cualquier momento, ordenar la suspensión del acto que dió lugar al reclamo. Los plazos, siendo mayores que los de la acción de hábeas corpus, son también breves. La acción caduca a los sesenta días hábiles de producida la afectación. Por último, el artículo 295 de la Constitución señala, en su tercer párrafo, que:

“la acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de hábeas corpus en lo que le es aplicable”.

Finalmente, el tribunal de Garantías Constitucionales es competente para conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial (artículo 298 de la Constitución).

Un punto fundamental para esta tesis, sobre el que regresaremos más adelante, es el de la improcedencia de las acciones de garantía relativas a los derechos señalados en el art. 231 de la Constitución (Régimen de Excepción). El art. 28 de la ley 23506 señala que: "No proceden las acciones de Hábeas 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".

La ley 23506 incluye un título sobre jurisdicción internacional que revisaremos a continuación.

#### **I.2.5. La protección jurisdiccional en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.**

La coerción de la jurisdicción internacional, es una cuestión, tratada de manera amplia por el Derecho Internacional. Durante mucho tiempo, el principio de la soberanía de los pueblos y el principio de la no intervención, impidieron que los fallos de las Cortes Internacionales tuvieran carácter obligatorio para los Estados, representando solo condenas de tipo moral. Los tratados de Derechos Humanos han consagrado el principio de la obligatoriedad de la jurisdicción supranacional.

El Perú, reconoce y se somete, en el artículo 305 y en la disposición general XVI de la Constitución, a la

jurisdicción supranacional. Asimismo, al ratificar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, reconoce que no son sólo sujetos de derecho internacional los Estados, sino también los individuos.

Como hemos visto, en el punto I.1.3. el Perú reconoce la jurisdicción del **Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

El funcionamiento del **Comité** está normado, tanto en la Parte IV del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el Protocolo Facultativo. En el Pacto se establecen reglas respecto a los miembros del Comité: capacidad, elecciones, vacancia, duración del cargo, etc. El Comité tiene competencia para recibir las comunicaciones en que un Estado Parte alega que otro Estado Parte no cumple con las obligaciones del Pacto. Las normas para la tramitación de estas comunicaciones, tienen por finalidad buscar la conciliación de los Estados Partes. Sin embargo, son muy pocos los Estados que han reconocido esta competencia, - el artículo 41. declara que esta es una cláusula facultativa- y no se han presentado denuncia de este tipo.

El Protocolo Facultativo tiene por objeto facultar el Comité para conocer comunicaciones de individuos que aleguen ser

víctimas de violaciones de los derechos enunciados en el Pacto. El Protocolo establece que la comunicación no puede ser anónima, que debe agotarse la jurisdicción interna (siempre que esta no se prolongue injustificadamente) y que el asunto no debe estar sometido a otro procedimiento internacional. En cuanto a la tramitación, se pone en conocimiento del Estado Parte la comunicación recibida. En un plazo de seis meses el Estado requerido debe presentar por escrito, al Comité, "explicaciones o declaraciones en que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto". El Comité examina el caso, a puerta cerrada, con toda la documentación recibida por el individuo y el Estado Parte. Finalmente presenta sus observaciones a ambas partes.

Sin embargo, en la práctica, la función principal del Comité es la de estudiar los informes recibidos por los Estados Partes, y en base a ellos elaborar "comentarios generales" sobre la situación de los derechos humanos en el mundo.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, establece como órganos para su protección, a la **Comisión interamericana de Derechos Humanos** y a la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, las cuales son competentes para conocer asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención.

En cuanto a la **Comisión**, se norma su organización (reglas relativas a los miembros), sus funciones, y su competencia.

Básicamente, la Comisión tiene dos funciones: el estudio de la situación global de los derechos humanos en los Estados Partes y la tramitación de denuncias de particulares. En este punto debe resaltarse el art. 44:

“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”.

Se establecen también, los requisitos para la admisión de la petición o comunicación; y el procedimiento que se caracteriza por el estudio de los informes proporcionados por las partes y por la búsqueda de una solución al asunto.

En cuanto a la **Corte**, se establece su organización, su competencia y sus funciones. Así, se declara en el artículo 61 que:

“1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la corte”.

Indirectamente, los casos individuales podrían presentarse a través de la Comisión. Se señala en el artículo 63:

“1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados...”.

Respecto al procedimiento, los fallos de la corte serán motivados, definitivos, inapelables y de cumplimiento obligatorio para las partes.

Hemos querido hacer esta breve recopilación de las normas más importantes de estas instituciones primero, porque son poco conocidas y, en segundo término, porque son de cumplimiento obligatorio para el Perú.

La Ley 23506 de Hábeas Corpus y Amparo, concordada con el artículo 305 de la Constitución, reconoce en su artículo 39 que los organismos internacionales a los que se puede recurrir son:

“... el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú y que tengan la categoría a que se refiere el artículo 105 de la Constitución”.

Asímismo, corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República la ejecución de la sentencia, sin ser necesario su reconocimiento, revisión o examen previo alguno.

Lamentablemente, la jurisdicción de los organismos internacionales no ha tenido toda la eficacia que se hubiera deseado. Para ilustrar el problema, transcribimos algunas de las conclusiones y recomendaciones del Seminario “Normas Internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Interno”, celebrado en Lima del 28 al 30 de marzo de 1984:

“El Seminario (...) 11. RECONOCE que el Comité de Derechos Humanos de la ONU (...), es una importante instancia internacional para la protección de los derechos humanos. **No obstante, no ha sido aprovechada, de manera consistente, con la amplitud que hubiera sido conveniente, frente a los problemas de derechos humanos que experimentan nuestros países.** Entre las limitaciones a superar destacan las siguientes: (...) - el procedimiento vigente para

procesar las denuncias individuales limita las posibilidades de escuchar testimonios y pruebas de diversa naturaleza, salvo las escritas; -en la regla de confidencialidad que se impone a las denuncias presentadas al Comité restringe la ayuda que pudiera recibir de organismos de derechos humanos y de sectores académicos (...) - el incumplimiento de los "estados de excepción" no ha sido suplido por un mecanismo distinto de información que permita al Comité intervenir con efectividad y sin demora en los casos que así lo requieran. 12. RECONOCE el proceso que significa en nuestro continente el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional supra-nacional y la existencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. (...) **No obstante, es de lamentar que la Corte no haya ejercido hasta la fecha su función jurisdiccional.** Entre otros obstáculos, destacan los siguientes: - sólo cinco países americanos se han sometido a la jurisdicción obligatoria de la Corte: - La Comisión Interamericana no ha sometido a la Corte ningún caso contencioso, lo que hubiera hecho posible la puesta en marcha del mecanismo jurisdiccional internacional. 13 RECONOCE el papel cumplido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la investigación sobre violaciones a los derechos Humanos en determinados países, **no obstante lo cual existen limitaciones en cuanto al nexo con la opinión pública y a la coordinación e intercambio de información con los diversos órganos e instancias de la ONU en materia de derechos humanos. Asimismo, las limitaciones en cuanto a los criterios de selección de los países que merecen exámenes especiales así como en la velocidad de reacción frente a repentinos deterioros de los derechos humanos en determinados países.** (27)

Los subrayados son nuestros y sirven para resaltar los problemas de aplicación que tienen los tratados. Es de esperar que en un futuro cercano estos problemas sean superados. Así, la jurisdicción internacional unida a la interna, será un medio eficaz para lograr la completa protección jurisdiccional de los derechos humanos, estudiada en este punto.

NOTAS AL CAPÍTULO I

- (1) No hay unanimidad en este punto. Los autores alemanes sostienen que los revolucionarios franceses tuvieron presente las declaraciones norteamericanas. Los autores franceses sostienen que la Declaración francesa de 1879 fue producto del movimiento filosófico-político determinado por el iusnaturalismo europeo, que ya había actuado sobre los constitucionalistas norteamericanos. Es evidente que hubo una interrelación entre ambos movimientos. Ver: BISCARETTI DI RUFIA, Paolo. Derecho Constitucional. Ed. Tecnos, Madrid, pág. 668.
- (2) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Lima 1983, Mesa Redonda Editores, Segunda Edición. Pág. 23-24.
- (3) BIDART CAMPOS, German J. Manual de Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires. 1986. Ed. Ediar pág. 194.
- (4) GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. El Hábeas Corpus en el Perú. Lima, 1979. U.N.M.S.M., pág. 99.
- (5) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. op. cit. pág. 36.
- (6) BIDART CAMPOS. ca. cit pág. 195.
- (7) Durante el régimen militar, hubo más de ochenta deportaciones de peruanos del territorio nacional. Perú. La Nueva Constitución y los derechos humanos. En: La Revista, Comisión Internacional de Juristas. N° 27. Diciembre, 1981 pág. 23.
- (8) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique op. cit. Pág. 36.
- (9) EGUIGUREN, Francisco. La constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Lima, 1987. Cultural Cusco Editores. Ver el ensayo de: ALIAGA ABANTO, Oscar. Constitución Peruana, Derechos Humanos y Libertad Física. Pág. 24 - 25.
- (10) PAREJA PAZ SOLDAN, José. Derecho Constitucional Peruano y la Constitución. Lima, 1980. Ed. Ítal Perú. Sexta Edición pág. 536 - 537.
- (11) BIDART CAMPOS. op. cit. pág. 214.
- (12) SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. El constitucionalismo y sus problemas. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Omeba. pág. 166.

- (13) ibiden. Pág. 155-156.
- (14) FAYT. Carlos S. Derecho Político. Buenos Aires, 1973. Ed. Abeledo Perrot Cuarta Edición, pág. 384.
- (15) BISCARETTI DI RUFIA, Pablo. Introducción al Derecho Constitucional Comparado, México, 1975. Fondo de Cultura Económica, pág. 358.
- (16) FIX ZAMUDIO, Héctor. La protección procesal de las garantías individuales en América latina. En: La Revista. Comisión Internacional de Juristas. Vol. IX, N°2, Diciembre, 1968, pag. 86.
- (17) El mandamiento de seguridad brasilero es la garantía consagrada en la constitución de 1934 "para proteger derecho, líquido y cierto, no amparado por hábeas corpus". Procede contra actos y resoluciones de autoridades administrativas y contra actos administrativos de otras autoridades: por excepción contra leyes y resoluciones judiciales.
- (18) SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. op. cit. pág. 158
- (19) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. op. cit. pág. 108.
- (20) "...la experiencia de estos cuarenta años, ha demostrado la inconveniencia de esta transformación, aparentemente tan generosa. No sólo existe el problema de la naturaleza de la institución, sino que su amplitud ha conducido a abusos que han rebasado los notables propósitos para los cuales fue creado...". GARCÍA BELAUNDE, Domingo. op. cit. pág. 115.
- (21) FIX ZAMUDIO, Héctor. op. cit. págs. 90- 100
- (22) BIDART CAMPOS. op. cit. pág. 438.
- 23) EGUIBUREN, Francisco. op. cit. Ver el ensayo de ABAD, Samuel. Amparo y Vías Previas, pág. 216.
- 24) Para conocer la historia del Hábeas Corpus en el Perú y su efectividad, ver: GARCÍA BELAUNDE, Domingo, op, cit., y del mismo autor, El Hábeas Corpus Interpretado. Lima, 1971 Pontificia Universidad Católica del Perú. Asimismo, un resumen de esos trabajos se puede encontrar en: RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. op. cit. págs. 86-103 y 195-198.
- (25) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. op. cit. pág. 194.
- (26) idem, págs. 205-207.
- (27) COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Normas internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Interno. Lima, 1984 págs. 251-252.

## CAPITULO II

### RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

#### II.1. El régimen de Excepción en la Doctrina.

##### II.1.1. Origen de la Institución. Aproximación a una definición.(1)

El origen más remoto de los estados excepcionales, puede encontrarse en la figura del dictador romano. Sin embargo, desde que se consagran los textos constitucionales como base de la vida democrática, en el siglo XVIII y XIX, el problema de las situaciones excepcionales adquiere mayor importancia. Esto es así, porque las circunstancias extraordinarias y no previstas por la Constitución han impedido la continuidad de ésta, produciéndose, según García

Belaúnde, "rupturas" o, como lo ha llamado Sánchez Viamonte, "brechas del constitucionalismo".

Podemos afirmar que el fundamento del régimen de excepción se encuentra en el "estado de necesidad":

"Así, se entiende por estado de necesidad en el derecho constitucional, a aquellas circunstancias urgentes imprevistas que hacen indispensable, para salvaguardar Estado, la concentración de poderes bajo la sola decisión del órgano llamado beneficiarse".

Es estado de derecho en algunas circunstancias excepcionales se ve agredido por fuerzas naturales o humanas que amenazan su misma existencia. En estos casos el orden constitucional consagra un régimen excepcional para su defensa. El régimen de excepción, es un concepto amplio que intenta incluir a todas las instituciones de emergencia que existen en el derecho constitucional comparado. Estas pueden llamarse, estado de sitio, estado de emergencia, estado de asamblea, suspensión de garantías o del hábeas corpus, ley marcial, etc. Sea como sea que se le nombren, su objetivo es el mismo: procurarle al Estado medios excepcionales para conjurar un peligro inminente.

La institución más extendida es el derecho comparado es el estado de sitio. Su origen, francés, se deriva de la ley del 8 de Julio de 1791 y alude a una plaza cercada por el enemigo, y a las medidas extraordinarias que, por causa de la guerra, tomaban los militares. Posteriormente, se distinguió el estado de sitio "militar o real", del estado

de sitio "político o ficticio" en el cual los derechos constitucionales se ven reducidos, llegando así la institución a nuestros días.

Actualmente todas las constituciones en el derecho comparado, tanto en occidente como en oriente, tienden a constitucionalizar los regímenes de excepción. Esto da una mayor garantía de respeto a los derechos humanos, ya que la ruptura del orden constitucional ha tendido a la concentración del poder, en un grupo o gobernante, que finalmente, obtienen los beneficios políticos de estas medidas. Constitucionalizar la institución impone límites a los poderes del Estado en su actuación.

La doctrina distingue dos clases de situaciones excepcionales. Las primeras, están provistas por la Constitución. Se trata de situaciones excepcionales que ponen en peligro el régimen, pero que no buscan, necesariamente, su cambio. Las segundas, pretenden un cambio violento, con el objetivo, ya sea de controlar el poder o de cambiar la Constitución y el sistema político. El primer grupo de situaciones excepcionales es materia de nuestro estudio, y su institucionalización es conocida en la doctrina como "dictadura constitucional". El segundo grupo, del que no nos ocuparemos, se refiere a las revoluciones o golpes de estado que anteceden a un "gobierno de facto" o, a lo que comúnmente se reconoce como "dictadura".

Presentando un concepto preliminar de régimen de excepción podemos decir que se trata de aquellas instituciones constitucionales que con el objeto de evitar un peligro grave e inminente a la vida de la nación, otorgan facultades extraordinarias, limitando derechos humanos y concentrando el poder en el órgano ejecutivo. Por lo pronto, podemos adherirnos a la siguiente definición.

"...definimos el estado de excepción, considerando en un sentido amplio, como 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". (3)

Otras definiciones hacen hincapié en la limitación de derechos. Así, el régimen de excepción es:

"...la suspensión de las garantías constitucionales basada en la necesidad de preservar las instituciones fundamentales del Estado y proteger a sus autoridades constitucionales contra la perturbación del orden interior o los peligros de un ataque exterior". (4)

La definición no queda completa sino se estudian las características de la institución, sus fines y presupuestos.

#### **II.1.2. Características del Régimen de Excepción.**

La posibilidad de limitar la vigencia de determinadas partes de la constitución, es sumamente grave para la vida constitucional en un sistema democrático. Por ello todos los

textos constitucionales que consagran un régimen de excepción, establecen sus límites. Régimen de excepción, como pasaremos a ver, no significa otorgar poderes ----- al gobernante, sino más bien dotarlo de instrumentos jurídicos para evitar un peligro a la existencia misma del Estado. Adelantemos que el fin de la institución de excepción es restablecer el orden o evitar que se materialice la amenaza al estado de derecho, por lo tanto, toda acción que no esté encaminada a ese fin no será constitucional. El estado tiene derecho a reaccionar frente a una situación de emergencia pero esta reacción:

"...no constituye en derecho orgánico sin el ejercicio de una actitud de defensa frente a otra acción o situación, cuyas consecuencias no podrían evitarse ni repararse de otro modo para volver las cosas al estado amenazado por la situación peligrosa."  
(5)

Las dos notas características de la declaración del régimen de excepción son la concentración de poderes y la limitación de derechos humanos. En cuanto a la concentración de poderes, por lo general, el Poder Ejecutivo concentra determinadas atribuciones, en perjuicio del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Se rompe así el principio de separación de poderes. Sobre la limitación de derechos y garantías, podemos señalar que los derechos constitucionales no son absolutos, en la medida en que la preservación de un interés colectivo es superior a la de un interés individual. Pero, por otra parte, hay determinados derechos y garantías que nunca pueden ser suspendidos, como veremos más adelante.

Ambas situaciones serán estudiadas en los subcapítulos siguientes, dedicados a la actuación de los poderes del Estado y a la suspensión de derechos y garantías.

Estas dos notas principales no agotan las características de la institución. Para que la medida tenga validez constitucional, es necesario que se cumplan determinados presupuestos. Hemos seguido, en lo principal, la clasificación que hace BIDART (6) de estas condiciones. Pasaremos a ver, una por una, las características y presupuestos que deben verificarse en un régimen de excepción.

**a) Peligro real o inminente:** El peligro que se presenta para el sistema constitucional debe ser sumamente grave. Esto genera una serie de problemas de interpretación constitucional, ya que la gravedad de los hechos tiene que ser evaluada por el órgano que declara el régimen de excepción. Sin embargo, esta evaluación es, por lo general, sumamente subjetiva, y, como veremos más adelante, las causales establecidas en las Constituciones, para declarar el régimen de excepción, contribuyen, en muchos casos, con ese carácter subjetivo. El peligro o emergencia puede estar dándose cuando se declara el estado excepcional, o puede ser inminente, es decir, que exista una amenaza cierta de que los hechos están por suceder.

El régimen de excepción debe ser la última medida a la que se recurra, en aras de restablecer el orden. Una manera más objetiva de establecer si es que existe un peligro real, es evaluar si es que todavía es posible aplicar las medidas ordinarias y en la medida que esto sea así, no existirá peligro que amerite la medida de excepción.

**b) Interés general:** en estos casos, el interés individual, se sacrifica en pro del interés de la colectividad, que es mantener el estado de derecho. Debe existir, por lo tanto un interés general en que el peligro desaparezca. Es decir, la medida no puede darse para beneficiar los intereses particulares de un grupo sino que debe procurarse el beneficio de toda la colectividad.

**c) Transitoriedad:** la medida de excepción debe tener un **plazo**, que será solo el necesario para terminar con el peligro que amenaza la vida de la nación. Una prolongación innecesaria del régimen de excepción, cuando las circunstancias que lo motivaron han desaparecido, no sería racional. La mayoría de las constituciones latinoamericanas establecen plazos prorrogables en determinadas circunstancias.

**d) Razonabilidad y proporcionalidad:** es decir, la medida debe de apuntar al fin perseguido: terminar con el peligro. Por lo tanto la medida adoptada, deberá ser razonable, es decir, debe existir relación entre la medida adoptada, el fin que persigue y el peligro que dio motivo a la

declaración. En cuanto a la proporcionalidad, cabe aquí hacer una analogía, con el principio de legítima defensa:

"... es decir la legitimidad de la utilización de un medio violento generador de un daño cuando se trata de repeler un acto violento o ilegítimo. A ello se agrega el requisito de la proporcionalidad pues, como es bien sabido, el medio utilizado para repeler la agresión debe ser proporcional a las circunstancias y de ninguna manera superior a la agresión que se busca repeler". (7)

El principio de proporcionalidad es conocido también en la doctrina, como el principio de "estricta necesidad". Es decir, el Estado puede adoptar las medidas necesarias para afrontar situaciones graves, siempre y cuando estas medidas sean estrictamente necesarias para poner fin al peligro.

**e) Declaración formal:** el régimen de excepción implica poner en vigencia determinados institutos. El peligro puede existir, pero mientras no sea declarado formalmente, no se cumple los requisitos para que el régimen de excepción exista. La declaración formal es una garantía para los gobernados. Deberá contener, en la medida de lo posible, una evaluación de las circunstancias y expresar los motivos que llevan a declarar la medida de excepción, además de cumplir con los requisitos formales que le imponga la constitución y la ley.

Como conclusión final, debemos señalar que el régimen de excepción no suspende el Estado de Derecho previsto en la Constitución. Es más bien una institución dentro de ella para hacer frente a una agresión efectiva. Por ello,

siguiendo a BIDART, podemos decir que en estos casos no se confiere poderes superiores o ajenos a la Constitución ni tampoco se suspende su vigencia. Es decir, se mantiene el Estado de Derecho:

"... está sometido a un sistema de normas jurídicas y políticas, tiene como finalidad la protección de los derechos de la persona y el bien común. Consiste pues, en el Gobierno de las leyes y no en el Gobierno de los hombres, mediante el imperio de la legalidad que complementado con las decisiones de los tribunales constituye el régimen de la juridicidad. La arbitrariedad se hace imposible y el Poder queda sometido a ordenaciones impersonales, ciertas, justas y objetivas". (8)

### **II. 1.3. Causas para declarar el Régimen de Excepción.**

Un primer punto a estudiar es si las causas que dan origen a las medidas de excepción tienen que estar previstas expresamente, o no, en la Constitución. Nosotros creemos que deben estar previstas. El constituyente, debe buscar el equilibrio entre una declaración muy amplia y subjetiva de lo que son causas extraordinarias, y otra taxativa. En el primer caso se corre el riesgo de que la declaración no obedezca en realidad a un peligro existente y en el segundo el riesgo esta en que el Estado pueda verse atado de manos ante un peligro real, pero no previsto por la Constitución.

Continuando con una clasificación general de las causas extraordinarias, podemos decir que la mayoría de tratadistas reconocen tres tipos de emergencias que pueden justificar la declaración de un estado de excepción: la guerra, los

desordenes internos y las crisis económicas. Pasaremos a estudiarlas por separado.

a) **Guerra:** La guerra es la amenaza más grave a la vida de la nación. Podemos definirla como:

"... una contingencia del derecho internacional que consiste en el empleo de la violación como última ratio, cuando en caso de conflicto frente a la amenaza a la soberanía o a los intereses vitales de un determinado país, han resultado ineficaces o insuficientes los recursos y procedimientos de solución pacífica".  
(9)

La guerra tiene un contenido formal, por lo que, para apelar a esta causa para declarar un estado de excepción, deberá declararse la guerra formalmente y sujetarse a los tratados y convenciones de derecho internacional. Sin embargo, la doctrina moderna de protección de derechos humanos, tiende a darle a la guerra un contenido más genérico. Así, el concepto de guerra no se limita a su significado formal, es decir aquel conflicto armado internacional rodeado de ciertas formalidades, como la declaratoria de guerra y el estado de guerra posterior a ésta, sino también, a cualquier clase de conflicto armado de tipo internacional, así como la ocupación sin resistencia del territorio extranjero. A esto hay que agregar que:

"... la mera existencia de una guerra declarada o ataque extranjero no sería suficiente para justificar la suspensión; solo sería suficiente una guerra que representa un peligro real o inminente a la independencia o seguridad del Estado. De manera que por ejemplo, en una guerra que ocurre en territorio extranjero, una guerra declarada pero en la cual no hay hostilidades actuales o una guerra prolongada de guerrillas que tiene lugar en una remota y escasamente poblada parte del territorio nacional, es

posible que no se justifique la suspensión de obligaciones referentes a los derechos humanos" (10)

b) **Desórdenes internos:** Esta categoría abarca tanto a los desórdenes naturales, como son las catástrofes, inundaciones terremotos, así como a los desórdenes político - sociales, como los motines, rebeliones, terrorismo, etc.

En cuanto a los primeros, sus características son objetivas. En la medida en que el desastre natural sea grave y afecte la vida de la nación, podrá adoptarse medidas de emergencia. Sin embargo, las medidas tomadas deben apuntar a terminar con los daños causados a la brevedad posible, por lo que, como hemos visto, la suspensión de derechos solo se justificaría en la medida en que coadyuve a ese fin.

En cuanto a los desórdenes político-sociales, mucho ha criticado la doctrina su carácter por objetivo. Se dice que los gobernantes evalúan estas situaciones, buscando reprimir a sus enemigos políticos y encumbrarse en el poder de una manera permanente, bajo la excusa de un peligro a la vida del país. Mucho de esto es cierto, sobre todo en Latinoamérica, donde nuestras subdesarrolladas democracias, no pueden manejar dentro del derecho las circunstancias extraordinarias que se le presentan. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que los desórdenes internos, cuando existen, son una grave amenaza a la vida del país y por lo tanto el Estado debe tener instrumentos que, dentro del

Estado de Derecho, le permite restablecer el orden en la nación. A esto hay que añadir que:

"Los tumultos aislados, las comunes alteraciones del orden, las agitaciones usuales de las contiendas o la pasión política, propias de la acción de los hombres que responden a corrientes de ideas divergentes a las del Gobierno que sean naturales a todo desenvolvimiento de vida democrática, las simples transgresiones y aún los excesos y licencias en que pueda caer la difusión y propaganda de los partidos y de los hombres que militan en ellos, en fin, todas las gamas que matizan el público debate de las doctrinas o principios ideológicos en contradicción, que no ---- de las autoridades, o del vigencia de la Constitución, ---- sirven para justificar el uso de las facultades excepcionales derivadas de las medidas de seguridad." (11)

En cuanto al terrorismo, que es de estos desordenes, el fenómeno más extendido en nuestros días, y principal causante de la vigencia de regímenes de excepción, podemos decir que:

"... la mera existencia dentro de un Estado de una organización ilegal que rehúse reconocer la autoridad legal del gobierno elegido y que reclute y abastezca con arma una fuerza militar clandestina representa hasta cierto punto una amenaza a la vida de un Estado democráticamente organizado." (12)

La frase "hasta cierto punto" alude a que no necesariamente, en estas circunstancias, se justifica el régimen de excepción. Aun con una tipificación tan clara, como la de la cita anterior, será necesario realizar una evaluación de los hechos, para justificar en qué medida la amenaza pone en peligro la vida de la nación. Si se trata, por ejemplo de una agrupación pequeña, con escasas posibilidades de tomar el poder o afectar la vida democrática, el Estado debe recurrir a los medios ordinarios para su penalización.

c) **Crisis o emergencias económicas:** Esta categoría abarca situaciones excepcionales, que se presentan en la economía como la inflación, recesión, etc., así como graves crisis en los índices de desarrollo, como mortalidad infantil, desocupación, etc.

Por lo general, estas emergencias son enfrentadas constitucionalmente, otorgando facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo. En el Perú, por ejemplo, están consideradas fuera del régimen de excepción, por lo que no suspenden derechos individuales, pero si otorgan facultades legislativas al Presidente de la República (art. 211 - inc. 20).

Las medidas de emergencia son transitorias y buscan poner fin a la situación que las originó, sin embargo, tenemos que:

“... estas crisis a veces son de larga duración, lo que da origen a disposiciones... la cuales pueden durar incluso varios años y convertirse prácticamente en medidas permanentes, contrariando así la naturaleza misma de estado de excepción que debe ser transitorio.” (13)

#### **II.1.4. Comportamiento de los Poderes del Estado durante el Régimen de excepción.**

En primer lugar, debemos distinguir dos momentos: el primero, es el de la intervención de los Poderes del Estado en la declaración del régimen de excepción, y el segundo, es

el comportamiento de los poderes durante la vigencia del estado de excepción.

En cuanto a la declaratoria, por lo general, esta corresponde al Poder Ejecutivo. Esto es así, porque es el órgano del Estado calificado para hacer una evaluación de las circunstancias. Maneja toda la información sobre la situación política y social del país, a través de sus dependencias y de las fuerzas del orden, tanto militares como policiales. Es lógico que sea el Ejecutivo el órgano encargado de estas situaciones porque es el único poder que puede ejecutar decisiones de inmediato, lo que es necesario dada las urgencias de estos acontecimientos, que no permiten deliberaciones prolongadas.

"... El Poder Ejecutivo tiene el deber de declarar (... el régimen de excepción...) cuando median circunstancias de gravedad. Si incumple el deber, por no declararlo cuando sea necesario o por usarlo cuando no es necesario, se le genera la pertinente responsabilidad política constitucionalmente prevista..." (14)

Sin embargo, la mayoría de los ordenamientos constitucionales consagran la participación del Poder Legislativo, ya sea autorizando la medida, ya sea convalidándola, posteriormente. Es decir, se hace necesaria la participación fiscalizadora del Congreso o por lo menos, en algunos casos, del Senado. La participación del Congreso es muy importante, porque podrá darse un análisis de la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, y en tanto no se encuentren circunstancias que ameriten un estado de

excepción, el Congreso podrá negarse a dar su autorización o podrá invalidar la medida puesta en marcha por el Ejecutivo. Cada ordenamiento constitucional tiene reglas propias en esta materia.

Durante la vigencia del régimen de excepción el Poder Ejecutivo concentrará atribuciones, en perjuicio de los otros poderes. Así, podrá dictar medidas extraordinarias que coadyuven a la defensa del orden, las que también pueden estar sujetas a convalidación posterior por el Congreso. Asimismo, el Congreso o la Constitución, o las leyes, pueden establecer límites a las facultades legislativas del Ejecutivo señalando específicamente las materias en que es competente.

De otro lado, en algunos ordenamientos, y para algunos casos, la función judicial puede limitarse y extenderse la de tribunales especiales o militares. Asimismo, el Poder Judicial se ve impedido para juzgar determinadas causas. No queremos extendernos sobre la protección jurisdiccional y la función judicial durante el régimen de excepción, ya que este tema es el central de esta tesis y se tratará en capítulo aparte. Podemos adelantar, sin embargo, que, tanto el Poder Judicial, como el poder Legislativo, deben conservar elementos de control que permitan fiscalizar la labor del Ejecutivo.

### II.1.5. Limitación de Derechos y Garantías durante el Régimen de Excepción.

Al aumentarse la competencia del Ejecutivo durante el régimen de excepción, éste queda capacitado para invadir la esfera individual y limitarla en aras de un bien mayor, buscando por la colectividad. La limitación de derecho y garantías constitucionales es una característica típica de los estados de excepción. Sin embargo, en teoría, es posible decretar una medida de excepción, sin suspensión de derechos y garantías, buscando únicamente, facultades legislativas extraordinarias.

En la primera parte de esta tesis, hemos visto que la confusión entre el término **derecho** y la **garantía** que lo protege ha llegado hasta nuestros días. En Francia es garantía todo lo que proclama la Constitución, por lo que el término derecho es sinónimo de garantía. La doctrina más sana, como hemos visto, es la que establece que la garantía, es la acción que protege los derechos.

Sin embargo, la confusión es más seria en lo que se refiere al régimen de excepción. Las Constituciones latinoamericanas por lo general se refieren a la suspensión de garantías como equivalente a la suspensión de derechos. La diferencia estriba es que, si lo que se suspende es el derecho, su ejercicio deberá ser autorizado por el Estado y de ningún modo podrán interponerse acciones de garantía, porque los derechos que éstas protegen están suspendidos. Por otro

lado, si lo que se suspende es la garantía, los ciudadanos podrán obrar libremente, pero si el Estado limita sus derechos para una situación concreta, no podrán ejercer las acciones de garantía que la Constitución les concede. En este último caso de poco servirá ejercer un derecho, si sobre éste existe la limitación indirecta de no poder ejercer una acción de garantía. Nosotros creemos, que, a pesar de que la primera interpretación es más restrictiva, ambas impiden el control de la razonabilidad de la medida en el caso concreto, que debe ejercer el Poder Judicial. La discusión nos aleja, como veremos más adelante, del problema central: la fiscalización de los actos del Ejecutivo y la protección de los derechos humanos durante el régimen de excepción.

La finalidad de la limitación de la esfera individual es coadyuva al restablecimiento del orden. Sólo en la medida en que las limitaciones apunten este fin serán válidas. En algunos casos la Constitución enumera los derechos y garantías que pueden suspenderse, en otros se concede facultades extraordinarias al Ejecutivo para que disponga las limitaciones.

Como hemos visto es, básicamente, la libertad, la que queda limitada durante estos períodos. Durante el régimen de excepción el Ejecutivo podrá disponer **arrestos sin fines jurisdiccionales**, esto es el arresto político cuya finalidad es poner a disposición del Poder Ejecutivo al

detenido sin necesidad de que este tenga juicio penal pendiente o haya cometido flagrante delito.

#### II.1.6. las Instituciones de Excepción.

Este trabajo no busca hacer larga descripción de los instrumentos extraordinarios de los que se vale cada ordenamiento. De una manera breve trataremos aquí de enumerar y describir los instrumentos que en el derecho comparado integran el concepto genérico de régimen o estado de excepción.

La institución más conocida y difundida en Latinoamérica es el **Estado de Sitio**, el cual, por lo general implica la suspensión de derechos y garantías, y el otorgamiento al Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias. Las mismas características, tiene el **Estado de Emergencia**, aunque ahí donde se adopta, se busca diferenciar la gravedad de sus causas y efectos respecto al estado de sitio. Por otro lado, tenemos ordenamientos que consagran el **Estado de Catástrofe**, referido únicamente, a las causas naturales para ser decretado. Asimismo, algunos ordenamientos, como el chileno, consagran el **Estado de Asamblea**, que consiste en la reunión de militares convocadas y sometidas a la autoridad militar para enfrentar guerras o insurrecciones.

Asimismo, existe el **Estado de Guerra**, declarado por el Poder legislativo, cuyo objetivo es que el Ejecutivo tome las medidas necesarias para enfrentar una guerra. Esta

institución se ha puesto en vigencia, por ejemplo, en Austria, Suiza y Estados Unidos en las últimas guerras mundiales. Por otro lado, tenemos la **Ley Marcial**, institución de origen sajón, que consiste en extender sobre la población civil, la jurisdicción militar. Generalmente se presenta como medida complementaria del estado de guerra. Otra institución de origen sajón es la **Suspensión del Hábeas Corpus** que impide que en casos extraordinarios se interponga esta acción.

Por último, hay constituciones que se limitan a conceder al Poder Ejecutivo, **Facultades Extraordinarias**, quedando a su arbitrio, cuáles deben ser las medidas legislativas que debe adoptarse. Asimismo, otras constituciones se refieren a la **Suspensión de Garantías** de forma general, o, señalando cuales se suspenden y cuales quedan vigentes.

El propósito de este punto es señalar la diversidad de instrumentos que existen para afrontar las emergencias. En general todos ellos reúnen las características estudiadas en los subcapítulos precedentes. Sin embargo, nos encontramos antes esta variedad debido a que cada uno de ellos corresponde a coyunturas históricas distintas. Todas estas instituciones forman el concepto de régimen de excepción con el que estamos trabajando.

## II.2. El Régimen de excepción en el ordenamiento peruano

### II.2.1. Antecedentes históricos.

#### II.2.1.1. La Constitución Peruana de 1933

El antecedente inmediato del actual ordenamiento constitucional peruano, es la Constitución de 1933, la que en su artículo 70 disponía:

“Cuando lo exija la seguridad del Estado, podrá el Poder Ejecutivo suspender total o parcialmente, en todo o parte del territorio nacional, las garantías declaradas en los artículos 56, 61, 62, 67 y 68. 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.”

Haremos un primer comentario formal de esta norma, para luego revisar su uso en el periodo 1933 - 1980.

En cuanto a las causas para declarar suspendidas las garantías, se declara que esta procede cuando “cuando lo exija la seguridad del Estado”. Esta causal es demasiado amplia y entrega al criterio del ejecutivo un instrumento que puede servir para reprimir por razones muy distintas a las de un peligro real. Como hemos visto este tipo de declaraciones dejan la puerta abierta para que un gobierno

autoritario recorte sin ningún límite los derechos de la población.

Podemos ver que la norma establece, la suspensión de garantías, como instrumento de excepción. Sobre los problemas que esta institución crea nos remitimos a lo dicho en el punto II.1.5. No se otorgan otros poderes al Ejecutivo, salvo los que una ley posterior le otorguen; sin embargo, esta ley nunca fue aprobada. Tampoco se establecen mecanismos de control, ya que como veremos "el dar cuenta" al Congreso, es, en nuestra tradición constitucional, un mero formalismo. Si bien el plazo es de treinta días, el requisito formal de un nuevo decreto no fue suficiente para impedir la prolongación innecesaria de muchos regímenes de excepción.

Viendo el uso práctico que se dió a esta institución podemos ver que no se implementa sino hasta el segundo gobierno de Manuel Prado (1956 - 1961). Sin embargo, los derechos humanos fueron limitados a través de lo que se conoce como "Leyes de Emergencia":

"En general, estos cuerpos legales tienen tres características invariables: crean tipos delictivos "político-sociales" que son incompatibles con diversas garantías constitucionales; imponen durísimas penas: otorgan amplio poderes dictatoriales el Poder Ejecutivo (atribuyéndole inclusive funciones jurisdiccionales); y eventualmente, crean jurisdicciones excepcionales, carentes de imparcialidad o de vigencia del derecho de defensa (cortes marciales, tribunales militares, procedimientos sumarios, etc.)" (15)

Durante el gobierno de Sánchez Cerro se dictó la ley 7479 o ley de emergencia de 1932, la que, con algunas ampliaciones y modificaciones mantuvo su vigencia hasta 1945. Al asumir el gobierno el Presidente Bustamante, el Congreso derogó las leyes de excepción. Tres años más tarde, un golpe militar encabezado por el General Odría, toma el gobierno y dicta la Ley de Seguridad Interior de la República (Decreto Ley 11049), la cual es derogada en 1956, con el advenimiento del gobierno constitucional de Manuel Prado. Podemos ver así, que en el período 1933 -1956, los derechos humanos y sus garantías de protección, consagradas en la constitución, solo tuvieron vigencia durante tres años.

A partir de 1956 no se vuelven a dictar leyes de emergencia, sin embargo se recurre en innumerables ocasiones a lo dispuesto en el artículo 70, para suspender las garantías constitucionales. Así en 1963 se suspendieron las garantías constitucionales pocos meses antes de las elecciones, para detener y encarcelar dirigentes políticos. En 1965, debido al surgimiento de la guerrilla, a la movilización campesina y al fortalecimiento del movimiento obrero, el gobierno suspendió las garantías y dictó la ley 15590 sobre guerrillas. La suspensión de garantías se utilizó para reprimir movimientos políticos, tanto en el agro como en el ambiente laboral.

En 1968, el gobierno militar del General Velasco dictó, como primera norma, el Estatuto del Gobierno Revolucionario

(Decreto Ley 17063). El artículo 5 establecía que el gobierno actuaría de acuerdo a la constitución y las leyes "en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario". Esta norma sirvió, entre otras cosas, para deportar, aun sin suspensión de garantías, y para que no se ejecutaran los pocos fallos del Poder Judicial que amparaban a los ciudadanos.

En el período 1968 - 1980 se dieron situaciones de excepción a través de la suspensión de garantías y de lo que se conoció como "estado de emergencia" (nueva institución, que como veremos, se implementó sin base constitucional). Por otro lado la libertad de expresión estuvo rodeada de limitaciones a través de clausuras, multas, deportaciones de los directores y periodistas, etc. En los últimos años del régimen militar la suspensión de garantía fue utilizada frecuentemente para reprimir la protesta social. Así, se suspendieron las garantías en todo el país, de julio de 1976 a setiembre de 1977, luego de mayo a Julio de 1978, así como de enero a marzo de 1979. En la práctica, además, se otorgaban mayores atribuciones a la Fuerza Armada.

Como conclusión general, podemos añadir, que durante el periodo 1933 - 1980, fueron más los años en que rigieron leyes de emergencia, que los que tuvo de vigencia la Constitución. Asimismo, se recurrió a la suspensión de garantías para reprimir movimientos político - sociales - que

deben ser parte de un Estado de Derecho democrático - más que para conjurar un peligro real a la vida del Estado.

#### II.2.1.2. Aspectos centrales del debate sobre el régimen de excepción durante la Asamblea Constituyente 1978 - 1979.

En lo que respecta al régimen de excepción, el trabajo en la Asamblea Constituyente empezó con la presentación de la ponencia de la Comisión No. 3 encargada de "Derechos y Deberes fundamentales". En principio se trataba de un artículo similar al de la Constitución de 1933. En enero de 1979 la Comisión Principal discute este proyecto, y se presentan algunas posiciones importantes para nuestra tesis.

Así, el constituyente Valle Riestra postuló la permanencia del derecho a la acción de hábeas corpus durante la suspensión de garantías constitucionales. El constituyente Chirinos Soto consideró:

"... que la permanencia del hábeas corpus anulaba la suspensión de garantías y que era necesario decidir si se mantenía el instituto de la suspensión de garantías y en caso afirmativo había que mantenerlo en todas sus partes, sin hábeas corpus" (16).

Por otro lado, el Dr. Valle Riestra insistió:

"...explicó que el objetivo era evitar que el atropello sea cometido al amparo de una facultad de suspensión de garantías que tampoco se le estaba negando al Ejecutivo y que su proposición sólo está referida a la libertad individual para los casos en que el arresto no se justifique". (17)

La posición del Constituyente Valle Riestra fue rechazada.

Posteriormente, el artículo se ratifica sin modificaciones, aunque a lo largo del debate la numeración de los incisos de los derechos cuyas garantías quedan suspendidas, cambian muchas veces, lo que dificulta su seguimiento. El artículo continúa con la misma estructura que el art. 70 de la Constitución de 1933. Podemos agregar que, al no tener acceso a las actas de las comisiones específicas, el debate en la Comisión Principal es bastante pobre.

El 30 de mayo de 1979 se inicia el debate en la Asamblea, invitando a los constituyentes a expresar sus puntos de vista para que la Comisión Principal tome nota de ellos. El 15 de junio se retomó la discusión, dedicándose toda la sesión del día al debate de este artículo. Durante ella se sostuvieron dos posiciones: suprimir el artículo o cualquier similar, posición sostenida por todos los grupos de izquierda, y sustentada en la experiencia histórica del país; o mantenerlo, con las modificaciones pertinentes, posición sostenida por el Partido Aprista Peruano y el Partido Popular Cristiano.

Es interesante notar que todas las modificaciones propuestas, en esta sesión, por el Dr. Ramírez del Villar, fueron recogidas. Entre otras observaciones señaló que, tenía que graduarse en qué consiste el estado de sitio y en qué, el estado de emergencia. Asimismo, que debían determinarse las causas para decretar el estado de excepción, de un modo general, para no entorpecer la defensa

del Estado; que habría que establecer en que momento deben intervenir las Fuerzas Armadas. También señaló que el plazo debía precisarse y que el Congreso o la Comisión Permanente debía ser informado de inmediato. El control político quedaría en manos de la Cámara, la que pondría censurar al Ministro que decretara un estado de excepción impertinente, pero debía darse un plazo para que el Ejecutivo actuara libremente.

El 19 de junio la discusión del artículo regresa a la Comisión Principal, y ésta aprueba la norma con las instituciones y estructura con la que hoy la conocemos. Se efectuaron pequeñas modificaciones, como el cambio en los incisos. El texto fue aprobado en Asamblea ese mismo día. Como veremos más adelante el constituyente Malpica presentó un proyecto para que la prórroga del estado de emergencia fuese aprobado por el Congreso, sin embargo, esta modificación no fue recogida.

El 6 de julio se discutieron en Asamblea las modificaciones hechas en la Comisión de Redacción. El primer problema que se presenta en el cambio de "suspensión de derechos constitucionales". El señor Chirinos Soto, indicó que existían dos posiciones, la del señor Valle Riestra, que sostiene que se suspenden los derechos y la del señor Ramírez del Villar, que sostiene que lo que se suspenden son las garantías.

El constituyente Valle Riestra explicó que lo que existe en la Constitución son derechos y las únicas garantías que existe son las acciones de hábeas corpus y amparo. De esta manera el derecho queda suspendido, pero la garantía solo podrá ser restringida cuando exista suspensión de un derecho. Citó a la doctrina española, y que del texto mismo del Capítulo I fluía que lo suspendido eran los derechos, puesto que se hablaba de derechos y no de garantías.

Por su parte, el constituyente, Ruiz Eldredge sostuvo que en el Preámbulo se había tomado una posición iusnaturalista, por lo que los derechos universales eran anteriores al Estado. Por ello no se puede hablar de suspensión de derechos, sino de suspensión de garantías.

Puesto al voto el artículo, se aprobó el texto modificado.

El 12 de julio de 1979 se promulgó la Constitución en sesión solemne. Una modificación realizada en la Comisión de Redacción paso inadvertida: se dobló el plazo de 30 a 60 días para el estado de emergencia. En las actas no aparece nada al respecto.

En 1980 se puso en vigencia la Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente en 1979. Pasaremos ahora a estudiar formalmente el artículo 231 de la Constitución Peruana, que norma el régimen de excepción, para luego ver su aplicación práctica. Como conclusión general, podemos decir que a pesar de que los temas más importantes sobre el régimen de

Excepción fueron debatidos en la Asamblea Constituyente, no pudieron incorporarse una serie de modificaciones que hubieran logrado que la implementación de estas medidas vaya acorde siempre con la protección de los derechos humanos de las mayorías.



### II.2.2. Análisis de la norma constitucional. Artículo 231.

Actualmente, el régimen de excepción en el Perú norma dos instituciones: Estado de Emergencia y Estado de Sitio. Ambas no estaban contempladas en la Constitución de 1933, que, como hemos visto, solo normaba la suspensión de garantías. La Constitución de 1979 dispone en el título IV. De la Estructura del Estado, Capítulo VIII. Del régimen de excepción, lo siguiente:

“Artículo 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 al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en 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 y seguridad personales, la 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 continúen en vigor. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio el Congreso de reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.”

En cuanto al Estado de Emergencia, a pesar de su novedad en la Constitución de 1979, su calificación se inició en el gobierno militar. Aparentemente, la base legal del estado de emergencia fue una norma no publicada, dictada en 1963

denominada "Reglamento de Servicio Nacional de Guarnición" (D.S. No. 14 CCFA). Al principio, se declararon en emergencia determinadas ramas de la producción, básicamente, para vulnerar derechos de los trabajadores. Posteriormente, los estados de emergencia se asociaron a la suspensión de garantía. Así:

"Fue en julio de 1972, cuando se produjo un fuerte movimiento estudiantil y popular de protesta en la ciudad de Puno, en que no solo se suspendió las garantías sino que, además, se declaró el departamento de Puno en "Estado de Emergencia". En noviembre de 1973 ocurrió lo mismo en Cusco. En febrero de 1975, ante los sucesos que siguieron a una paralización a escala nacional de la Guardia Civil, se hizo lo mismo pero, esta vez para todo el territorio nacional. A partir de allí muchas suspensiones de garantía estuvieron acompañadas de esta declaración de "Estado de Emergencia". Desde julio de 1976 hasta agosto de 1977 todo el país se encontró, de pronto, en "Estado de Emergencia" lo que se repitió durante mayo de 1978 - cuando se celebraban las elecciones para la Asamblea Constituyente- y en los primeros dos meses de 1979. Se trataba, en efecto de una novísima institución jurídica no prevista en la Constitución ni en ninguna norma legal conocida". (18)

La Asamblea Constituyente constitucionalizó el Estado de Emergencia. El Estado de Sitio es una institución tomada del derecho constitucional comparado, que hasta el día de hoy no ha sido aplicada en el Perú.

En el análisis de la norma constitucional creemos conveniente enumerar cada uno de sus presupuestos y hacer un breve comentario. Hemos distinguido la parte general o encabezado del artículo, del inciso a) Estado de Emergencia, y al inciso b) Estado de Sitio.

### II.2.2.1. Parte General o encabezado del artículo.

#### II.2.2.1.1. Los Estados de Excepción son decretados por el Poder Ejecutivo.

Esta facultad otorgada por la Constitución al Poder Ejecutivo, es apropiada, a nuestro juicio puesto que tratándose de afrontar una situación grave e inmediata, el tener que solicitar una ley del Congreso o la delegación de facultades especiales, crearía dificultades innecesarias para la defensa del Estado. La declaratoria se materializa a través de un Decreto Supremo.

Si bien esto es positivo, el problema está en que no existe un mandato constitucional para que se limite las facultades del Ejecutivo. Si bien es cierto que la Constitución de 1933 exigía esta reglamentación y nunca se cumplió con su promulgación, creemos que es más grave omitirla porque no existe ningún límite a la acción del Ejecutivo y ninguna forma rápida y viable de oponerse a un exceso de poder durante los estados de excepción.

“... No obstante, queremos decir que a nuestro juicio el Órgano Legislativo puede, aunque no haya mención expresa, legislar sobre estos puntos. En la medida en que las normas amparasen y no restringiesen aún más los derechos serían plenamente constitucionales y por lo tanto, inatacables por vía de la acción de inconstitucionalidad.” (19)

Queda claro, así, que el órgano llamado a evaluar la emergencia es el Ejecutivo, por lo que no procederá,

declarar un estado excepcional por vía legislativa, como se hizo en el pasado a través de las leyes de emergencia.

#### **II.2.2.1.2. Por plazo determinado.**

En cuanto al plazo - por ser un asunto normado de forma diferente para las dos instituciones que estamos analizando - será tratado por separado, más adelante. Aquí solo queremos indicar que la Constitución de forma general hace hincapié en el carácter temporal de la medida. Esta tiene que ser transitoria por tratarse de situaciones excepcionales y el plazo debe constar en el Decreto Supremo que declara el estado de excepción.

#### **II.2.2.1.3. En todo o parte del territorio.**

El Poder Ejecutivo deberá evaluar la necesidad de decretar un estado de excepción con vigencia en todo el territorio nacional o sólo en parte de él. Queda claro que para los hechos cometidos en lugares del territorio nacional donde no se ha decretado un estado de excepción, se tienen expeditas las acciones de garantía a los que el ciudadano tenga derecho. Los traslados a una zona del país, bajo régimen de excepción, para evitar que un ciudadano haga uso legítimo de su derecho a una acción de garantía, son inconstitucionales.

En el ámbito espacial debemos señalar que las llamadas "Zonas de Emergencia" son una creación del Ejecutivo no prevista en la Constitución. Así, se deduce que zona de emergencia será la que se encuentre bajo estado de

emergencia. Dentro de ellas las instalaciones militares han gozado de una suerte de "extraterritorialidad", con lo que se logra impedir el ingreso de los jueces. (20)

Las "Zonas Militares Restringidas", creadas a raíz de los motines de los penales el 19 de junio de 1986, han sido también, a nuestro juicio, una creación política inconstitucional. Cuando hablemos del papel de las Fuerzas Armadas durante el Estado de Emergencia, desarrollaremos otras instituciones creadas por el Ejecutivo conexas a esta.

#### **II.2.2.1.4. Dando cuenta al Congreso a la Comisión Permanente.**

Hemos visto en la parte general de este capítulo, que son muchas las constituciones en el derecho comparado, que establecen un régimen de control, en manos del Poder Legislativo, durante los estados de excepción. La Constitución peruana -solicita- la intervención del Congreso para que al Ejecutivo le "de cuenta" de la medida. Entramos aquí a una discusión que aparece en todo el texto constitucional; Que significa dar cuenta al Congreso?. Las posibles opciones de interpretación son:

**a) Información al Congreso:** Esta tiene que ser algo más que emitir al Congreso el texto del Decreto Supremo. Esto es claro, porque los parlamentarios, como cualquier ciudadano, pueden enterarse del contenido de la norma leyendo el diario oficial.

Si se opta por esta opción de "dar cuenta", el Poder Ejecutivo deberá incluir información sobre los motivos y nacionalidad de la medida adoptada.

**b) Fiscalización o control del Congreso:** El control no puede ser previo, porque la naturaleza de la institución exige medidas inmediatas. Si el control es posterior, en este caso el Congreso tendrá facultades para verificar la constitucionalidad del Decreto.

El problema está en que la constitución es muy escueta en este "dar cuenta" y no otorga ninguna acción al Congreso para declarar la inconstitucionalidad del Decreto Supremo. Incluso, en este caso, el Congreso no tiene facultades para derogar el decreto, ya que éste responde a una atribución exclusiva del Poder Ejecutivo. Durante el debate en la Asamblea Constituyente se señaló que la Cámara de Diputados conserva la posibilidad de censurar al Ministro o al Consejo de Ministros que ratifique un decreto Supremo, declarando un estado de excepción inconstitucional. Sin embargo, la medida permanece. Como veremos más adelante, el control político no es suficiente para la protección concreta de los derechos humanos.

En la práctica ninguna de estas dos interpretaciones se sigue (21). Limitándose el Ejecutivo a remitir al Congreso, copia del decreto que envía al diario oficial. Sin embargo creemos que toda la nacionalidad de "dar cuenta" apunta a

algún tipo de control. Si el Congreso no tuviera ninguna inferencia dentro del estado de excepción no se explica por qué en el artículo 229 de la Constitución se prohíbe al Presidente de la República disolver la Cámara de Diputados durante el Estado de Emergencia. No creemos que la racionalidad de la norma apunte, únicamente, a proteger a la Cámara de las arbitrariedades del Ejecutivo frente a una posible censura política, sino que ésta también tiene un rol que cumplir en las situaciones de emergencia, por lo que su disolución está prohibida.

Como se ve “el dar cuenta” no tiene una sola interpretación y representa un serio problema constitucional. Nosotros nos limitamos a dejar el problema planteado puesto que se trata de un requisito que se presenta en la Constitución en cuatro instituciones distintas.

#### **II.2.2.2. Estado de Emergencia. Inciso a) del Artículo 231 de la Constitución.**

##### **II.2.2.2.1. Causales para decretar el Estado de Emergencia.**

Las causas para decretar el Estado de Emergencia son:

1. Perturbación de la paz o del orden interno.
2. Catástrofe.
3. Graves circunstancias que afecten la vida de la nación.

Como se ve la racionalidad de las causales apunta a hechos graves, imprevisibles, excepcionales y evidentemente transitorios. El problema está en que las causales dejan un amplio margen de discrecionalidad al Poder Ejecutivo. Sólo a éste le corresponde evaluar los hechos, para decidir si, correspondiendo a cualquiera de las tres situaciones expuestas, ameritan la declaratoria del estado de excepción.

El caso de catástrofe es bastante objetivo, su gravedad determinará la necesidad de decretar el estado de emergencia. Por otro lado, RUBIO y BERNALES sostienen que, el caso de "perturbación de la paz o del origen interno" y el caso de "graves circunstancias que afecten la vida de la nación", resultan ambiguos y por lo tanto susceptibles de favorecer la dictadura injustificada por razones de oposición política.

"... la vaguedad de las circunstancias permite establecer la represión constitucionalizada contra diversos tipos de protesta social y política que, normalmente y en recto sentido, debieran tener cabida con plenos derechos constitucionales en el régimen democrático..." (22)

#### **II.2.2.2.2. Suspensión de Garantías Constitucionales.**

Como una cuestión previa, debemos ver aquí una discusión sostenida por varios constitucionalistas que también estuvo presente en la Asamblea Constituyente. Esta consiste en establecer qué es lo queda suspendido: el derecho constitucional o la garantía para su defensa (acción de hábeas corpus o acción de amparo).

Si bien a CHIRINOS SOTO (23) la discusión le parece bizantina, ya que en estado de emergencia el derecho suspendido no puede ser invocado como tampoco la garantía; otros autores como BOREA (24) y RUBIO y BERNALES (25) señalan que si existe una discusión posible, puesto que si optamos por la suspensión de derechos toda posibilidad de ejercicio debe estar autorizada, mientras que si optamos por la suspensión de garantías el individuo podrá obrar libremente pero los actos violatorios de la autoridad no podrán ser impugnados. La segunda interpretación es menos restrictiva y por lo tanto, a la que se adhieren estos autores. Nosotros hemos adelantado cuando tratamos este punto en la parte general que esta discusión no aleja del problema central que se plantea en esta tesis, el control jurisdiccional durante el régimen de excepción, al cual dedicaremos el tercer capítulo.

Las garantías constitucionales (es decir las acciones de garantía según se desprende del art. 231 inc. a) que quedan suspendidas son las relativas a:

1. La libertad y seguridad personales: haciendo notar que no queda suspendido todo el art. 2, inc. 20 de la Constitución, puesto que el mismo art. 231. Inc. a) precisa más adelante que solo se trata del art.2 inc. 20-g, que es el relativo a la detención de personas con mandamiento escrito y motivado por el juez. Solo se suspenden las

garantías para la detención de ciudadano y su puesta disposición del juzgado, es decir se autoriza el Poder Ejecutivo a realizar arrestos sin fines jurisdiccionales (26).

2. la inviolabilidad del domicilio art. 2 inc. 7. Sobre este punto se puede añadir:

"... el allanamiento extrajudicial del domicilio con finalidades políticas, ha sido medida permanentemente utilizada en momento de represión, generalizada o selectiva, y normalmente va acompañado de otras violaciones de la privacidad. Todos los regímenes autoritarios, han considerado que la inviolabilidad del domicilio era una barrera a sus actividades, que debía ser eliminada lo más radicalmente posible, de derecho o por hecho consumados". (27)

3. La libertad de reunión: art. 2 inc. 10. Dada la tradición constitucional en el Perú, se trata de un derecho cuyo ejercicio es político y, generalmente, limitado por los gobiernos que temen que se provoquen desordenes mayores.

4. La libertad de residencia, tránsito en el territorio y permanencia en el país: art. 2 inc. 9. cuya prohibición puede complementarse con otras medidas como el "toque de queda". Sobre la permanencia en el país nos referimos en el punto siguiente.

Queda claro que es facultad del Poder Ejecutivo suspender todas o algunas de estas garantías. En la práctica siempre se han suspendido todas. En teoría, también es posible declarar el Estado de Emergencia sin suspensión de

garantías con el objeto de otorgar el control interno a Fuerzas Armadas.

#### **II.2.2.2.3. En ninguna circunstancia puede imponerse la pena de destierro.**

Esta es una variación a la Constitución de 1933 (que autorizaba el exilio) producto de la experiencia de los años de dictadura militar donde las deportaciones fueron muy comunes.

La aclaración nos parece válida ya que en el art. 2 inc. 9, que consagra las libertades de residencia, tránsito y permanencia en el país, dice en un segundo párrafo "...A no ser expatriado ni separado de su residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería", lo que podría dar lugar a interpretar que suspendidas las garantías que cautelan este derecho, es posible la expatriación. El constituyente ha querido dejar claro este punto y nos parece acertado.

#### **II.2.2.2.4. Plazo.**

En esta caso el plazo es de 60 días como máximo prorrogables por nuevo decreto.

Durante la elaboración de la Constitución, la Comisión principal estableció que el plazo máximo sería de 30 días. El plazo se duplicó en la Comisión de redacción sin que aparezca de las Actas del Diario de Debates de la Asamblea

Constituyente discusión alguna sobre el punto (28). Dejando de lado la anécdota, es importante señalar que la prórroga del decreto, en la práctica, está desvirtuando el carácter temporal de la medida. Algunas zonas del país, como Ayacucho por ejemplo, llevan años en esta situación. En Lima vivimos en Estado de Emergencia desde marzo de 1986, por lo que creemos que el carácter transitorio del régimen de excepción no es respetado.

Sin embargo, un sector considera que mientras las condiciones de emergencia existan, debe mantenerse el estado de excepción. Esto equivale a decir que, en el Perú, mientras existan acciones subversivas, continuará el estado de emergencia. El problema es que el país viene sufriendo ataques subversivos desde 1980. La situación transitoria, lamentablemente, se ha convertido en permanente. Concluyendo lo que nos parece incoherente, en esta interpretación, es que no entendemos para qué la Constitución fija un plazo, si en la práctica se prorroga cuantas veces el Ejecutivo lo crea necesario.

Durante la discusión de este artículo en la Asamblea Constituyente, el senador Malpica presentó un proyecto alternativo que no fue acogido, y que hubiera representado un control mayor, Malpica fundamentaba su posición diciendo que:

"... Esta disposición resulta tremendamente peligrosa, pues como nos consta a todos, hace muy poco tiempo se prorrogó por catorce meses la suspensión de garantías, y en diversas oportunidades se ha prorrogado mediante decretos sucesivos por seis o más meses. Por lo tanto sería partidario que los primeros treinta días de suspensión de garantías se hagan por simple decreto del Poder Ejecutivo, pero que las siguientes requieran aprobación del congreso." (29)

La formalidad de expedir un nuevo decreto no es suficiente para controlar la transitoriedad de la medida. Lo cierto es que en la práctica, la Constitución de 1979 permite la prórroga ilimitada, por un nuevo decreto, del plazo de 60 días.

#### **II.2.2.2.5. Las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno cuando así lo dispone el Presidente de la Republica.**

(Concordado con el art. 275 de la Constitución).

Esta figura es nueva con relación a la Constitución de 1933 que no prevenía la delegación de facultades en las Fuerzas Armadas, aunque de hecho, estas habían venido asumiendo las funciones de control.

Según GARCIA SAYAN (30) la redacción del artículo permitiría otorgar el control del orden interno a las Fuerzas Armadas sin necesidad de suspender las garantías, estableciendo así "un cuadro de militarización del orden interno".

Esto, en la práctica, ha generado serios problemas desde que en 1982 el gobierno delegó el control del orden interno en las Fuerzas Armadas (en Ayacucho y luego en otra zona del

País). Según el mismo autor, con el que venimos comentando este punto:

"... la interpretación que desde el inicio se le dio a esta atribución, así como la forma en que se ejecutó, llevo a una situación decididamente anticonstitucional, en la cual ninguna autoridad - civil, política, judicial e incluso policial - querría responder por lo que ocurre en lo que se dio en llamar "zonas de emergencia". Se llegó así a la abdicación de la autoridad democrática". (31)

Este autor hace también duras críticas a otras figuras inconstitucionales como los "comandos políticos - militares" que existen como un Estado en las zonas de emergencia, con reglas de juego propias, dentro de otro Estado de Derecho formal. La ley 24150 legalizó esta figura y a nuestro juicio debe ser derogada, por ser inconstitucional.

Por último, hay que señalar que la Constitución en el artículo 282 establece que la jurisdicción militar no es aplicable a los civiles salvo en caso de guerra exterior. Si bien esto se ha cumplido, la norma ha servido para con los militares y miembros de fuerzas policiales sean juzgados en el Fuero Militar, aun cuando realizan delitos fuera de su función. Por otro lado en la cuestionada ley 24150:

"... la intencionalidad de la norma -dentro del contexto de su elaboración y aprobación - estaba clara y ostensiblemente dirigida a sustraer de la justicia ordinaria a los uniformados responsables de violación a los derechos humanos en las zonas de emergencia. La redacción que finalmente se dió a la disposición, que comentamos desdibuja ese propósito..." (32)

### II.2.2.3. Estado de Sitio. Inciso b. del Artículo 231 de la Constitución.

#### II 2.2.3.1. Causales para decretar el Estado de Sitio.

Las causales para decretar el Estado de Sitio son:

1. Invasión.
2. Guerra exterior.
3. Guerra civil.
4. Peligro inminente de que se produzca cualquiera de las tres situaciones anteriores.

Al igual que la causal de catástrofe para el estado de emergencia, las causales de invasión y guerra exterior, en este caso son:

"... causales objetivables con relativa facilidad para ameritar si se debe o no decretar el régimen de excepción, y por otra parte, son desórdenes de magnitud tal que, por sus consecuencias nacionales o regionales justifican la suspensión de derechos" (33)

En cambio los conceptos de "guerra civil" y "peligro inminente" son subjetivos:

"... el concepto (de) guerra civil no está claramente definido en ningún texto... y el de peligro inminente es abiertamente subjetivo y, por tanto arbitrario, cuando se trata de la vigencia de los derechos constitucionales" (33)

Como hemos visto le corresponde el Poder Ejecutivo la calificación de los hechos que ameritan declarar una medida de excepción. El problema es que ni constitucional, ni

legalmente existen límites a su discrecionalidad. Creemos que es necesario que en circunstancias de emergencia nacional, un poder del estado con rapidez, restablezca el orden. Por ello la calificación debe estar en manos del Poder Ejecutivo, pero debe limitarse por dos vías (alternativas o conjuntas): la dación de una ley que reglamente las funciones del Poder Ejecutivo y/o una acción que permita la impugnación del decreto bajo determinados supuestos. Sobre este punto retornaremos en el tercer capítulo.

Queremos además hacer algunas referencias a la causal de guerra por la cual también se suspenden otros derechos constitucionales: a la vida por traición a la patria en caso de guerra exterior (art. 235 de la Constitución) y a la propiedad (art. 235 de la Constitución). Es facultad del Poder Ejecutivo declarar la guerra con autorización del Congreso (art. 211. inc. 19 de la Constitución). Se añade así, un requisito formal: sería inconstitucional que el Presidente decretara el estado de sitio por la causal "guerra", si ésta no hubiese sido declarada con la autorización del Congreso. El problema está en interpretar el art. 211. inc. 19. Puesto que dice "guerra" sin distinguir guerra civil de guerra exterior. Parece obvio que se refiere a la guerra exterior, pero, también a la guerra civil? es necesaria la declaratoria de guerra para

que el Ejecutivo califique una situación como de guerra civil?

Como hemos visto la subjetividad del concepto de guerra civil es muy grande, y más aún, siempre queda la salida de decretar el estado de sitio, por el peligro inminente de que esta situación se produzca.

Lo que sí es claro, por comparación con el estado de emergencia, es que las causales son mucho más graves y el peligro para el estado de derecho es mayor. Esto se aprecia mejor en las consecuencias de uno y otro régimen, es decir en las garantías constitucionales que pueden suspenderse en cada caso como consecuencia de la declaración.

#### **II.2.2.3.2. Suspensión de Garantías.**

La Constitución señala que el decreto que declara el estado de sitio debe especificar las garantías personales que continúan en vigor. Un primer problema técnico es establecer por qué en el inc. a) sobre estado de emergencia se dice que se suspenden **"las garantías constitucionales"** y en el inc. b) sobre estado de sitio se suspenden **"garantías personales"**. Vuelve aquí a reproducirse la discusión tratada en puntos anteriores. Así RUBIO y BERNALES, autores que consideran que lo suspendido son las acciones de garantía, dicen:

"El inciso a) indica que lo suspendido son el Hábeas Corpus y/o la Acción de Amparo relativas "a tales derechos". En cambio, el inciso b) vuelve a utilizar equivocadamente la palabra "garantías" por "derechos", cometiendo el mismo error que tenía la Constitución de 1933. A nuestro juicio, esta norma debe interpretarse en el sentido de que el decreto de estado de sitio señalará "cuáles derechos mantienen la posibilidad de ser defendidos mediante las garantías constitucionales". Lo otro, interpretar que en el estado de sitio se suspenden los derechos equivale a una extensión inadmisibles de la dictadura constitucional del Poder Ejecutivo" (35)

Un segundo punto consiste en establecer que, aunque aparentemente es posible que el Poder Ejecutivo suspenda todas las garantías constitucionales, el Perú es signatario del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica", por lo que esta facultad se encuentra limitada, como veremos al examinar detenidamente estos tratados.

Asimismo, los Convenios de Ginebra establecen disposiciones importantes sobre derechos humanos que deben respetarse durante los conflictos armados. En el caso de la declaración de guerra, el estado peruano le estaría reconociendo al enemigo o invasor la calidad de beligerante, por lo que ambas partes quedarían sometidas a los tratados internacionales sobre guerra: derecho de los prisioneros y población civil, uso de determinadas armas, etc., además de la ingerencia en el conflicto de la comunidad internacional. Creemos que esta es una de las razones por la cual en el Perú nunca se ha decretado el estado de sitio. Es muy

comprometedor para el Estado peruano reconocer la calidad de fuerza enemiga beligerante a movimientos subversivos, porque tendría que admitir la ingerencia de la comunidad internacional en el conflicto.

Del mismo modo que en el estado de emergencia (sólo que la redacción del artículo es en sentido inverso) el Ejecutivo puede restringir una, dos o más garantías; inclusive las mismas que se suspenden durante el Estado de Emergencia. Pero a diferencia del inc. a) el inc. b), no incluye el control del orden interno a cargo de las Fuerzas Armadas. Aparentemente éstas estarían dedicadas a hacer frente a la invasión o a la guerra. Esta explicación viene a que no tendría mayor finalidad decretar el estado de sitio sin suspensión de garantías, lo que ocurre de manera distinta durante el estado de emergencia.

#### **II.2.2.3.3. Plazo**

En este caso el plazo no excede de 45 días y la prórroga requiere aprobación del Congreso. El plazo es menor que en el estado de emergencia y se le concede al Congreso mayor fiscalización al autorizar la prórroga. Creemos que la Constitución toma mayores precauciones en este caso, porque la suspensión de garantías puede ser más amplia que en el Estado de Emergencia.

Ahora bien, formalmente es un requisito mayor obtener autorización del Congreso para la prórroga, que expedir un nuevo decreto, pero en la práctica, con mayoría del partido gobernante en las Cámaras, es muy fácil obtener la autorización. Por ello, cuando vimos las causales para la suspensión de garantías en este punto, propusimos, además del control del congreso, que en este caso existe, la limitación de facultades del Poder Ejecutivo y la vía judicial para impugnar el decreto de suspensión, en determinadas circunstancias. Pero, a pesar de que estas alternativas hoy no existan, nos parece que el estado de sitio tiene un régimen que puede evitar el abuso del Poder Ejecutivo para prórrogar el decreto indefinidamente. Lamentablemente, como hemos visto, no se puede decir lo mismo del estado de emergencia.

**II.2.2.3.4. Al decretarse el Estado de Sitio el Congreso se reúne en pleno derecho.**

Si se decreta el estado de sitio, el Congreso tiene el derecho de reunirse aún cuando las sesiones ordinarias o extraordinarias estén suspendidas. La norma se tomó de la Constitución francesa y evita que el Poder Ejecutivo ejerza funciones que no le competen, aún en guerra o invasión, además de permitir el control parlamentario.

Esta norma sabe concordarse con el artículo 229° de la Constitución que prohíbe al Presidente disolver la Cámara de Diputados durante el estado de sitio.



### II.3. Régimen de Excepción en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos permiten a los Estados suspender el cumplimiento de algunas de las obligaciones contraídas en ellos. Sin embargo, los Tratados limitan este derecho, condicionándolo a determinados requisitos. A continuación estudiaremos los principios y requisitos establecidos para la suspensión o derogación de obligaciones contraídas (36), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de San José de Costa Rica y en la Declaración Universal de Derechos del Hombre:

"... entre ellos se destacan la tipificación de las circunstancias que justifican la suspensión (...); el principio de necesidad, que unos dividen en el principio de proporcionalidad y temporalidad (...); el principio de no discriminación (...); la clasificación de ciertos derechos como no - suspendibles (...); el principio de la publicidad de las medidas de suspensión (...); la prohibición de emplear cualquier derecho reconocido por los instrumentos de derechos humanos para "destruir" o restringir indebidamente otro de los derechos reconocidos en ellos (...); el principio según el cual cualquier limitación a un derecho humano debe ser consistente con la democracia (...) y el principio de que la suspensión del cumplimiento de un instrumento de derechos humanos no debe afectar obligaciones en materia de derechos humanos provenientes de otras fuentes de derecho positivo o consuetudinario..." (37)

#### **II.3.1. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos**

La Segunda Parte, artículo cuarto del Pacto establece lo siguiente:

Artículo 4 -1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes 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 Pacto reconoce así, el derecho y el deber de los gobiernos a proteger la seguridad del Estado. Sin embargo, como podemos observar, este derecho está sujeto a varias limitaciones, que permiten evaluar la justificación de un determinado estado de excepción.

Así, en primer término, la circunstancia invocada debe referirse a:  
**"situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación":**

"... esta es una de las limitaciones más difíciles de aplicar puesto que se relaciona estrechamente con la soberanía nacional y con la jurisdicción interna. Solo con la mayor renuencia podría cuestionarse al parecer de un Estado en esta materia. No obstante se trata de una limitación impuesta por el Pacto y una tal restricción no puede ser simplemente relegada al olvido" (38)

En 1984 se celebró en Siracusa, Italia, una conferencia internacional sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto. La conferencia elaboró un documento conocido como "Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto"

Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Sobre el punto que venimos comentando señala lo siguiente:

"Se entenderá que una situación constituye una amenaza a la vida de la nación cuando: a) Afecta a toda la población y a todo el territorio del Estado o a parte de él, y b) Amenace la integridad física de la población, independencia política o a la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos por el Pacto" (39)

Por otro lado, la declaración señala que el conflicto interno y la agitación, que no representan una amenaza grave e inminente a la vida de la nación, no pueden justificar las derogaciones en virtud del artículo 4, como tampoco las dificultades económicas, por si solas.

Internacionalmente, las circunstancias más comunes para la declaratoria de un estado de excepción son la violencia política y la existencia de organizaciones subversivas. Sin embargo, no se justifica necesariamente, por estos hechos la vigencia del régimen de excepción. Así, la Comisión Europea de Derechos Humanos, señaló en el célebre "caso griego" (1969), que no se justifica una medida de emergencia, con la sola existencia de un movimiento de oposición, cuyo propósito es apoderarse del gobierno, pero que no ha realizado actos de violencia. Por otro lado, también son invocadas como causas las actividades de guerrillas regionales y guerras en la frontera.

Otro principio que se desprende del Pacto es que los gobiernos podrán suspender obligaciones contraídos en él,

"en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación". De esta declaración se desprende el carácter temporal de estas medidas y su proporcionalidad. Sin embargo, muchos países prolongan las medidas de excepción, aún cuando reconocen que las causas que los provocaron han desaparecido.

Entre las disposiciones más importantes que al respecto trae la Declaración de Principios de Siracusa, tenemos que:

"51. La gravedad, duración y ámbito geográfico de toda medida de derogación se adaptará a lo estrictamente necesario para hacer frente a la amenaza de la vida de la nación y deberán ser proporcionales a su naturaleza y alcance. 52. Las autoridades nacionales competentes tendrán el deber de evaluar individualmente la necesidad de toda medida de derogación que se adopte o proponga para hacer frente a peligros concretos planteados por la situación de excepción (...) 55. La constitución nacional y las leyes que rigen los estados de excepción dispondrán una revisión pronta, periódica e independiente, por la legislatura, de la necesidad de dichas medidas de derogación. 56. Las personas que pretendan que las medidas de derogación que les afectan no son estrictamente necesarias en la situación de que se trate dispondrán de recursos efectivos." (40)

Internacionalmente, esta norma es violada, ya que, en muchos casos, no se adopta un paquete de medidas o una estrategia para el caso concreto de emergencia, sino que, sin hacer un mayor análisis, se suspenden todos los derechos garantizados por la Constitución.

"Es posible identificar ciertas medidas que, si bien generalizadas, no son siempre estrictamente necesarias. Una de ellas es la costumbre de mantener incomunicados a los detenidos o presos (...) dichas costumbre es particularmente condenable porque la falta de comunicación con estas personas, permiten que sean torturadas impunemente (...) las disposiciones de emergencia que afectan la libertad de expresión y la actividad política, también con frecuencia

violan el principio de estricta necesidad (...) del mismo modo, es difícil entender cómo la proscripción de todos los partidos políticos y de toda actividad política, pueda ser estrictamente necesaria, pues ello implicaría que la democracia misma constituye una amenaza al régimen ..." (41)

El pacto impone límites a los derechos que pueden ser suspendidos. La parte final del artículo 4.1. hace una declaración de carácter general. El artículo 4.2. dispone que no pueden suspenderse los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 16, 16 y 18. Así, no puede suspenderse el derecho a la vida, a la integridad personal, a no ser sometido a la esclavitud o a la servidumbre, a no ser encarcelado por incumplir una obligación contractual, a la irretroactividad de la ley penal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Otro límite que el Pacto impone es la declaración oficial del estado de excepción. La declaración de principios de Siracusa, señala una serie de obligaciones formales para los Estados Partes. Asimismo, el artículo 4.3 del Pacto dispone que todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas. Por último, el artículo 5.1 del Pacto establece que:

"Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él."

Esta disposición establece los límites a los que los Estados están sometidos para tomar las medidas de suspensión. Están prohibidas las medidas de emergencia tomadas para perpetuar un régimen en abierta oposición con los objetivos del Pacto. Así, no son válidas por ejemplo, las limitaciones efectuadas por regímenes basados en la discriminación racial o cuyo objetivo es la restricción permanente de los derechos civiles y políticos.

### II.3.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

La Convención Americana, consagra principios similares a los del Pacto. El Artículo 27.1 señala lo siguiente:

"... 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 limitados 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."

La Convención Americana tipifica las causales para la suspensión de las obligaciones. Las características de las situaciones de emergencia son las mismas que en el Pacto: se trata de circunstancias excepcionales que amenazan "la independencia o seguridad del Estado", que es lo mismo que poner "en peligro la vida de la nación". Por otro lado, el **principio de estricta necesidad** se repite, haciendo hincapié

en la temporalidad de las medidas adoptadas. La parte final del artículo 27.1 es casi idéntica a la del artículo 4.1. del Pacto, y consagra el principio de no discriminación.

El artículo 27.2 de la Convención establece que no pueden ser suspendidos los derechos consagrados en los artículos 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18, 19, 20 y 23. Es decir, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y retroactividad, la libertad de conciencia y religión, la protección de la familia, el derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad y derechos políticos. **Finalmente, tampoco se autoriza la suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.** Resaltamos esta disposición, ya que es importante para nuestro trabajo el reconocimiento internacional de la protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción.

Por último, la Convención establece, del mismo modo que el Pacto, la obligación del Estado de informar a los demás Estados Partes las disposiciones que suspenda, los motivos por los cuales adopta medidas extraordinarias y la fecha en que cesa la suspensión.

### **II.3.3. Declaración Universal de Derechos Humanos.**

La Declaración Universal establece en el artículo 29.2 que:

"En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

Así, queda consagrado el principio según el cual la limitación de un derecho humano debe ser concordante con la democracia. El concepto de sociedad democrática no es uniforme, sin embargo la Declaración de Principios de Siracusa establece que, por sociedad democrática, se entenderá a toda aquella que reconozca, respete y protega los derechos humanos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Finalmente, debemos añadir que en el caso de guerra, los **Convenios de Ginebra** contiene una serie de disposiciones sobre derechos humanos que deben respetarse aun cuando se tomen medidas de excepción por esta causa.

Como conclusión final podemos señalar que, si bien los Tratados Internacionales de Derechos Humanos admiten regímenes de excepción, también establece limitaciones para el estricto cumplimiento de las obligaciones contraídas en los tratados. Como hemos visto, existe toda una jurisdicción internacional que investiga la situación de los derechos humanos y recibe las denuncias de los Estados Partes.

NOTAS AL CAPITULO II

(1) No es propósito de este capítulo relatar la evolución histórica de los institutos de emergencia, para lo cual nos remitamos a la bibliografía especializada. Ver: FERNANDEZ SEGGADO, Francisco. El Estado de Excepción. Madrid, 1977, pags. 47 - 60.

(2) COMISION ANDINA DE JURISTAS, Normas Internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Interno. Lima, 1984. Ver ensayo de: GRACIA BELAUNDE, Domingo. Regímenes de Excepción en las Constituciones Latinoamericanas, citando a CAMUS. **C.L.** etat de necessité en democratie. Págs. 79 - 80.

(3) FERNANDEZ SEGGADO, Francisco op. cit. pág. 18

(4) GARCIA SAYAN, Diego. Estados de emergencia en la región andina, Lima, 1987. Comisión Andina de Juristas. Ver ensayo de: DURAN DIAZ, Edmundo. Los derechos humanos en los estados de excepción: Los derechos humanos y la dignidad humana. pág. 66, citando una definición de Antokoletz.

(5) BIELSA, Rafael. El Estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y el derecho administrativo. Rosario, 1940. pág. 47. Citado por FAYT, Carlos S. Derecho Político. Buenos Aires, 1973. Ed. Abeledo - Perrót, pág. 469.

(6) BIDART CAMPOS, German. Manual de Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires, 1986. Ed. Ediar pág., 177.

(7) GARCIA SAYAN, Diego. op. cit pág. 95.

(8) PAREJA PAZ SOLDAN, José. Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979. Lima, 1980. Ed. ITEL Perú, Sexta edición. pág. 544.

(9) COMISION ANDINA DE JURISTAS, op cit, págs. 85 - 86.

(10) O`DONELL, Daniel. Legitimidad de los estados de excepción a la luz de los instrumentos de derechos humanos. EN: Derecho, N°38, Pontificia Universidad Católica del Perú, Diciembre de 1984, pág. 168.

(11) FAYT, Carlos S. Derecho político. Buenos Aires, 1973. Ed Abeledo- Perrot, pág. 470.

(12) O`DONELL, Daniel. op, cit pág. 186, citando la jurisdicción del caso Lawless.

- (13) COMISION ANDINA DE JURISTAS, op, cit, pág. 87.
- (14) SAGUES, Nestor Pedro. Control Judicial de la declaración del estado de sitio y de los arrestos consecuentes. En: La Ley, Buenos Aires, 23 de diciembre de 1985, pág. 2.
- (15) RUBIO, Marciel y BERNALES, Enrique, Constitución y Sociedad política. Lima, 1983. Mesa Redonda Editores, Segunda edición, pág. 221.
- (16) COMISION PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE. 1978 -1979. Actas de las Sesiones, Tomo I, lima, pág. 162.
- (17) idem. Idem.
- (18) GARCIA SAYAN, Diego. op. cit. pág. 107.
- (19) RUBIO Marcial y BERNALES, Enrique. op. cit pág. 221.
- (20) GARCIA SAYAN, Diego. op. cit. págs. 119-120.
- (21) A modo de referencia es interesante saber lo que los constituyentes entendieron por "dar cuenta". Al ser entrevistado por nosotros, el ex-constituyente y hoy senador, Enrique Chirinos Soto, nos dijo que el "dar cuenta" era un simple formalismo rescatado de la tradición legislativa y de las relaciones Ejecutivo - Legislativo. Es decir, ni más, ni menos, que remitir al decreto tal cual aparece en el diario oficial.
- (22) RUBIO Marcial y BERNALES, Enrique. op. cit pág.218.
- (23) CHIRINOS SOTO, Enrique. La Nueva Constitución al alcance de todos. Lima,1979. Editorial Andina pág. 262.
- (24) BOREA ODRÍA, Alberto. El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy, Lima, 1985. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, pág. 286 - 287.
- (25) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. op. cit págs. 219 - 220.
- (26) para un desarrollo mayor del estudio de la libertad individual en el Perú: EGUIGUREN, Francisco. La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Lima,1987,Cultural Cuzco Editores. Ver el ensayo de: ALIAGA ABANTO, Oscar. Constitución Peruana, derechos humanos y libertad física.
- (27) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. op. cit pág.104.

- (28) DIARIO DE LOS DEBATES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE. 1978. Tomo VIII. Lima, pág. 530.
- (29) idem, tomo VII. pág. 553- 554.
- (30) GARCIA SAYAN, Diego, op. cit. pág. 110.
- (31) idem, pág. 117.
- (32) idem, pág. 122.
- (33) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. op. cit pág.218.
- (34) idem, pág. 219.
- (35) idem, pág. 220.
- (36) Debemos aclarar una cuestión semántica. En la versión auténtica castellana tanto del Pacto, como de la Convención Americana, figura el vocablo "**suspensión** de las obligaciones contraídas.", mientras que en la traducción española de la Convención Europea, se utiliza el vocablo "**derogación**". La palabra inglesa "derogation", no significa suspender sino tomar una serie de medidas incongruentes con determinada norma. La traducción castellana, sin ser incorrecta, contribuye a crear confusión, lo cual se manifiesta de manera evidente en América Latina, donde se suspenden "derechos", en vez de adoptarse las medidas necesarias para afrontar una emergencia. Asimismo, podemos ver, que la Declaración de Principios de Siracusa, utiliza, en todo momento, el vocablo derogar, y no el vocablo suspender. Ver: O`DONELL, Daniel. op. cit. págs. 215 - 217.
- (37) O`DONELL, Daniel. op., cit. págs. 165-166.
- (38) O`DONELL, Daniel. Estados de excepción. En: La Revista. Comisión Internacional de Juristas. No 20-21. Junio - diciembre, 1978 pág. 109.
- (39) PRINCIPIOS DE SIRACUSA SOBRE LAS DISPOSICIONES DE LIMITACIÓN Y DEROGACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. El texto de la declaración aparece en el Anexo I de: GARCIA SAYAN, Diego. op. Cit. págs.. 277- 295.
- (40) idem.
- (41) O`DONELL, Daniel. Op. cit. págs. 112-113.

### CAPITULO III

## PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DURANT EL RÉGIMEN DE EXCEPCION

### III.1. La protección Jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción, en la Doctrina.

La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción puede estudiarse en tres niveles. El primero, que analizaremos a continuación, consiste en la posibilidad de impugnación de la medida que declara el régimen de excepción. El segundo nivel, materia del subcapítulo subsiguiente, se refiere a la protección de derechos humanos en caso concretos, a través de las acciones de garantía durante el estado de excepción.

Finalmente, estudiaremos la posibilidad de interponer acciones distintas, a las de garantía, como medio de protección de los derechos humanos.

### **III.1.1. Acciones contra la medida que declara el régimen de excepción.**

La doctrina clasifica los actos del Poder Ejecutivo en dos grupos: los actos judiciales y los actos no judiciales. Los actos no judiciales son los llamados actos de gobierno, gubernamentales, institucionales o políticos. No cabe aquí impugnación alguna puesto que se trata de actos realizados conforme a facultades exclusivas del Poder Ejecutivo. Estos actos son los referidos a relaciones exteriores, seguridad nacional y discrecionalidad gubernamental. Así, nadie puede objetar que el Estado decida tener relaciones diplomáticas con determinado país, que se tomen medidas para la seguridad nacional o se nombren funcionarios públicos. Estos son actos de competencia exclusiva del Gobierno. Por otro lado, los actos judiciales se definen por negación. Son conocidos como actos administrativos o actos judiciales de la administración, todos aquellos actos del Poder Ejecutivo que no están comprendidos en la categoría anterior. Es decir, pueden ser impugnados en la vía judicial.

En su origen, la doctrina francesa del acto político incluía una lista de materias que hacían no judicialable una serie de actos que hoy son considerados de contenido administrativo.

Es evidente que los actos administrativos tienen un contenido político, por ello:

"... solo puede excluirse la jurisdicción contencioso administrativa cuando no se trate de verdaderas actuaciones de la Administración, sino de funciones ejercitadas por los órganos políticos superiores en cuanto en los mismos confluyen funciones constitucionales de relaciones entre poderes o el carácter de órganos de la personalidad jurídico-internacional del Estado en su totalidad..." (1)

La doctrina es unánime en señalar que el acto o decreto que declara un régimen de excepción, es un acto de gobierno no judicializable. Esto quiere decir que el gobierno asume, únicamente, responsabilidad político constitucional por sus actos y que ningún poder del Estado, podrá intervenir para objetar, por ejemplo, la oportunidad de la medida o señalar que la evaluación de los hechos no es correcta y que las causales que se invocan no existen. Como hemos visto, las constituciones por lo general le reconocen estas atribuciones, únicamente al Poder Ejecutivo.

Sin embargo, sabemos que el régimen de extensión esta revestido de ciertas características para que su declaratoria sea constitucional. Es posible afirmar que el incumplimiento de determinadas obligaciones, impuestas por la Constitución, la ley y los tratados internacionales, puede invalidar la medida y acarrear al Ejecutivo la responsabilidad judicial pertinente?.

Los vicios de la medida pueden ser formales o de fondo. Entre los requisitos formales, se puede señalar el plazo, la

adopción de una determinada jurídica (por ejemplo, la norma debe expedirse a través de un decreto supremo con refrendo ministerial) solo puede invocarse las causales previstas en la Constitución y limitarse, únicamente, los derechos establecidos en ella para estos casos. Por otro lado, los requisitos pueden ser de fondo, como son la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

La jurisprudencia, tanto nacional como comparada, considera que a pesar de que exista un vicio en la medida, el Poder Judicial no puede pronunciarse con el propósito de invalidarla. La salida que se da para estos casos es la de la impugnación vía acciones de garantía para derechos vulnerados de forma concreta (acción de hábeas corpus y acción de amparo).

La doctrina, por otro lado, no es unánime en este punto. Algunos autores consideran que la medida de excepción no puede estar desprovista de control judicial, en determinadas circunstancias. Así:

“... la declaración del estado de sitio importa configurar un acto de naturaleza política, lo que tampoco lo priva de control judicial cuando falta la causa constitucional (ataque exterior o conmoción interna) que valida la medida. No obstante la jurisprudencia reputa a dicho acto político como cuestión política no judicializable”. (2)

### III.1.2. Acciones de garantía durante el régimen de excepción.

La segunda vía para la protección de los derechos humanos durante el régimen de excepción es la posibilidad de su defensa mediante acciones de garantía. Como hemos visto, la mayoría de las constituciones en el derecho comparado, suspenden el derecho a interponer acciones de garantía como consecuencia del estado de excepción. Sin embargo, como veremos, esta prohibición no puede ser absoluta.

En el punto anterior señalamos que la única vía en el caso de existir vicios constitucionales en la declaración del régimen de excepción, es una acción de garantía para el caso concreto. Sin embargo, esta no es la única posibilidad de protección jurisdiccional que existe. Suponiendo que la declaración no tiene ningún vicio, y que las acciones de garantía para determinados derechos, se encuentran suspendidas, pueden presentarse las siguientes posibilidades:

1. Que la limitación de un derecho no tenga ninguna relación con la causa por la cual se decretó el estado de excepción. En otras palabras, que no pueda probarse la razonabilidad de la medida. El típico ejemplo es el del delincuente común, al cual se le mantiene incomunicado por plazo indeterminado, cuando el estado de excepción se decretó para evitar acciones de grupos subversivos. En este caso, creemos, que debe declararse procedente la acción de garantía y resolverse,

ordenando la libertad del detenido o su puesta a disposición del juez.

2. Que la limitación de un derecho tenga relación directa con la causa por la cual se decreta un estado de excepción. En este caso no cabe una acción de garantía.

Debemos agregar, que en cuanto a la libertad física, pueden distinguirse hasta tres tipos de arrestos: el arresto con fines jurisdiccionales, el arresto sin fines jurisdiccionales y el arresto con fines mixtos. Esto es importante porque permite comprender que durante el estado de excepción se podrá detener personas, sin importar el tipo de arresto que se esté efectuando. Es más, lo típico del estado de excepción es que se realicen arrestos sin fines jurisdiccionales. Es decir, no es intención de Estado detener a un ciudadano porque su conducta es delictiva, sino porque su conducta es "peligrosa" para la comunidad durante el régimen de excepción.

"... la detención puede ser, conjeturamos, en protección misma del sujeto detenido, si esa privación de la libertad procura atender la solución de las circunstancias motivantes del estado de sitio... por ejemplo, a fin de impedir un eventual atentado contra el detenido, mediante una situación de conmoción interior y existiendo serias razones para creer que dicho atentado la agravaría" (3).

Terminada la emergencia el detenido es puesto en libertad. Si es que se sospecha de una conducta delictiva se pone a disposición del Poder Judicial. Esto no sucede en tiempos de

normalidad, cuando no se permiten arrestos sin fines jurisdiccionales o políticos.

Lo importante para que proceda una acción de garantía, será examinar la causa, es decir la razonabilidad de la medida adoptada para el caso concreto en relación con los motivos por los cuales se decretó el estado de excepción. Asimismo, debe controlarse la proporcionalidad de la medida, y en este punto debe velarse por el carácter transitorio de la misma. Con esto queremos decir que, aún en el caso de que la detención de un ciudadano sea racional en un primer momento, no puede, por ejemplo, mantenersele arrestado por tiempo indefinido, ya que la medida pierde toda proporción con el fin perseguido. Aquí cabría la acción de garantía, como en el punto 1.

La intervención del Poder Judicial es entonces indispensable para la protección de los derechos humanos. Lo más racional es dejar que el propio Poder Judicial considere si es procedente o no una acción de garantía. Así, se garantiza la protección de los derechos humanos a través del control de la razonabilidad de la medida.

"Tenemos la convicción de que si las situaciones de emergencia se traducen normalmente en una limitación de los derechos del hombre, los órganos judiciales deben examinar, por conducto de los instrumentos procesales tutelares de tales derechos, si las autoridades respectivas han respetado y respetan estas limitaciones, las cuales deben tender de manera razonable a superar la situación de peligro en forma rápida y eficaz, y no como, desafortunadamente, ha ocurrido con frecuencia, que con el pretexto de un conflicto interno, se tomen medidas desproporcionadas para el peligro efectivo,

en perjuicio de los derechos de la persona humana y desvirtuando así la protección que a tales derechos establecen las disposiciones constitucionales (4).

Sin embargo, algunos ordenamientos niegan de plano la posibilidad de interponer acciones de garantía durante los estados de excepción. Por otro lado, aun en el caso de que se prevea el control judicial, las autoridades se han mostrado reacias a aceptar esta intervención y, por su parte, los tribunales a intervenir, por temor a enfrentamientos con el Poder Ejecutivo.

Finalmente, como es obvio, las acciones de garantía subsisten para los derechos no suspendidos: asimismo, para los derechos que los tratados internacionales de derechos humanos no permiten, bajo ninguna circunstancia, suspender.

### **III.1.3. Otras posibles acciones.**

Un sector de la doctrina considera que durante el régimen de excepción, si bien la posibilidad de plantear una acción de garantía se encuentra suspendida, no sucede lo mismo con otras acciones, que, en la vía ordinaria, pueden proteger los derechos de las personas. Cabe distinguir dos posibilidades: que estas acciones se interpongan como única vía para la protección de derechos humanos: O, como vía alternativa o conjunta a las acciones de garantía, en el supuesto estudiado en el subcapítulo anterior. Así, por

ejemplo, se puede interponer una acción por abuso del derecho de alguna autoridad.

Nosotros estamos de acuerdo en que estas acciones puedan interponerse de forma alternativa o conjunta, a las de garantía, dejando dicha opción al interesado. Sin embargo, no creemos que estas acciones logren la efectiva protección de los derechos humanos durante el estado de excepción. Ni su naturaleza jurídica, ni la celeridad procesal es la misma que la de las acciones de garantía. Es más, lograrían una sanción civil para los infractores de la ley, pero es probable que no se logre reponer en sus derechos al interesado. Por lo tanto, consideramos que estas acciones no pueden ser las únicas vías de protección. Cuando veamos el ---- peruano volveremos sobre este punto.

### III.2. La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción, en el derecho comparado.

Estudiaremos en este punto el caso argentino, por ser el que más aporta a la teoría del control jurisdiccional de las medidas tomadas durante el estado de excepción. Asimismo, es importante incorporar a nuestro estudio, la garantía del debido proceso, aporte del derecho constitucional norteamericano.

### III.2.1. El caso argentino.

Las leyes argentinas, 16.986, de amparo, y 23.098, de hábeas corpus, han consagrado, después de un largo proceso jurisprudencial las conquistas relativas a la protección de los derechos humanos durante el estado de sitio.

Sin entrar en el análisis de la abundante jurisprudencia (5), nos concentraremos en el último aporte legislativo argentino sobre el control judicial. La Ley de hábeas corpus de 25 de octubre de 1984, en su artículo cuatro resuelve, de un modo beneficioso para los derechos humanos. las cuestiones planteadas en este capítulo. Señala el artículo 4.- en sus dos primeros incisos:

**"Estado de Sitio.** Cuando sea limitado la libertad de un perdonado en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar en el caso concreto:

1. La legitimidad de la declaración del estado de sitio.
2. La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio..."

El primer inciso se refiere a la revisión judicial de la medida de excepción. Como habíamos visto en el punto III.1.1, la declaración del estado de excepción, es considerada por la doctrina como un acto político no justiciable. El debate en el Congreso Argentino fue por ello polémico:

"... el legislador Menen alertó que la declaración del estado de sitio era una cuestión no evaluable judicialmente, por ser de índole política, reservada a quienes adoptan tal

pronunciamiento... el senado de la Rúa intentó diferenciar dos aspectos... señaló que el juez no examina la oportunidad ni la voluntad de declarar el estado de sitio y menos la apreciación fáctica y el sentido de oportunidad política... el control de legitimidad ... estudia si la declaración se ha hecho dentro de lo que la Constitución establece, por la autoridad competente, por las causas que la Constitución admite y, en todo caso, con la limitación territorial vinculada con la causa que se invoca" (6)

Los Fundamentos del proyecto de ley establecen que la Constitución ha señalado determinados presupuestos para la declaración del estado de sitio. Cuando esta declaración contraviene esos presupuestos su aplicación a los habitantes es ilegítima, porque se está utilizando para fines represivos comunes, SAGUES señala que en Argentina existen tres posiciones en materia de revisión constitucional:

"... la teoría de la irrevisibilidad, la del contralor judicial parcial (el juez no evalúa la declaración del estado de sitio, pero si la legitimidad de las detenciones concretas que en razón de aquel se dispongan, especialmente en torno a su correspondencia y razonabilidad con las causales que motivaron la declaración) y la del contralor judicial amplio -sostenida principalmente por German J. Bidart Campos - que autoriza el magistrado judicial de examinar si hubo o no falta de "causa constitucional" en la declaración del estado de sitio o infracción al procedimiento constitucional de pronunciamientos: además, naturalmente, del control de razonabilidad en las detenciones resueltas por dicho estado de sitio". (7).

El inciso 1 se acerca a la tercera posición, cambiando el concepto de cuestión política no justiciable. Podemos afirmar que el texto de la norma permite una revisión judicial no solo de los requisitos de forma establecidos en la Constitución, sino también de los requisitos de fondo. Es

en el caso concreto donde el juez deberá ejercer un doble control:

"a) formal. Tendrá que determinar si la declaración fue resuelta por la autoridad y trámite constitucional pertinente y b) sustancial. Es un examen de "razonabilidad": deberá evaluar si los extremos fácticos alejados por quien resolvió el estado de sitio encuadran "grosso modo" dentro del amplio cupo de alternativas que albergan los conceptos constitucionales de "conmoción interior" o de "ataque exterior..." (8)

El inciso 2 resuelve las interrogantes planteadas en el punto III. 1.2. El control judicial de la "correlación entre la orden de privación de libertad y la situación que dió origen a la declaración del estado de sitio", no es otra cosa que aplicar la doctrina de la razonabilidad. Sin embargo, esto no ha sido siempre así. Si se afirma que el hábeas corpus se suspende, se pueden dar tres respuestas:

"a) que el hábeas corpus se suspende significa que no puede interponerse, b) que el hábeas corpus se suspende significa que puede interponerse, pero que su resultado no será exitoso nunca, c) que el hábeas corpus se suspende significa que pueda interponerse, que debe tramitarse, y que su resultado será o no exitoso según que el juez compruebe la ilegitimidad o la legitimidad del arresto o del traslado." (9)

La ley opta por la solución c), sin embargo esto ocurre después de un largo proceso jurisprudencial. Son célebres los casos "Sofía" (19-9). "Zamorano, Carlos M." y "Timmerman" (1978) donde la Corte opta por esta solución y adhiere la doctrina de la razonabilidad, aplicando un doble análisis:

"...a) determinar la relación entre la garantía afectada... y la relación fáctica del estado de sitio, b) determinar la proporcionalidad entre la medida restrictiva y los fines perseguidos al declarar el estado de sitio" (10)

En el trámite de las acciones de hábeas corpus debe existir un control formal sustantivo. Es decir, el juez debe verificar las formalidades con que debe efectuarse la privación del derecho, tanto en el momento inicial, como en la aplicación de la medida. Por ejemplo, en el caso de privación de la libertad física, debe verificarse las formalidades del arresto (en algunos ordenamientos se exige que sea escrito) como las del cumplimiento de este (por ejemplo, la prohibición de centros clandestinos de detención). Por otro lado, el control sustantivo implica el juicio de razonabilidad, explicado en la última cita.

Otro problema que plantea la jurisprudencia y doctrina argentina, es con qué intensidad debe investigar el juez la razonabilidad de la medida privativa de derecho. Al respecto, existen tres posiciones. La primera es conocida como la doctrina de la afirmación asertiva y categórica. Esto quiere decir que basta con que el Ejecutivo formule, ya sea en la orden de detención o por otros medios, una conclusión asertiva y específica en el sentido de que el arrestado está vinculado con actividades conectadas con los hechos que motivan el estado de excepción. La segunda posición, conocida como la doctrina de la comprobación de lo asertivo, sostiene que el juez debe comprobar si lo afirmado

por el Ejecutivo es cierto. La tercera posición o doctrina del conocimiento judicial progresivo, distingue dos momentos: inmediatamente a la detención bastará la sola afirmación del Ejecutivo, y no será necesario que ésta pruebe el nexo casual; después de cierto tiempo, el interesado puede impugnar esta afirmación mediante la acción de hábeas corpus. Esta tesis es la que se adhiere GAGUES:

"... en un primer instante... puede bastar el informe --- del Poder Ejecutivo, salvo que haya razones que lo hagan parecer inverosímil, disparatado o elusivo. En tal momento no resulta razonable exigirle al órgano de detención mayores detalles, o que proporcione todos los datos o elemento de juicio disponibles, publicidad que podría perjudicar el éxito de la actividad de la presidencia para enfrentar la conmoción interior. Pero si las limitaciones de derechos prosiguen, y se prolongan en el tiempo, las circunstancias cambian ... El "factor tiempo" resulta por ello vital para esta doctrina (11).

En cuanto el plazo que debe transcurrir para que el juez intervenga, la doctrina argentina considera que ésta se establecerá por vía jurisprudencial. Sin embargo, algunos como SAGUES, se atreven a señalar que, como punto de referencia, puede tenerse como tope el término de treinta días.

En conclusión, podemos decir, que el concepto de razonabilidad es el aporte más importante que ---- la legislación argentina. El problema ya ---- determinar si la acción de garantía está o no suspendida. Lo importante es saber que está restringida o limitada para los casos por los cuales ---- relación entre la causa por la cual se declara.

la medida de excepción y la medida restrictiva de derechos. Razonabilidad implica entonces, justicia.

### **III.2.2. La garantía del debido proceso en el derecho constitucional norteamericano.**

La noción del debido proceso aparece consagrada tanto en la V enmienda (1789), con en la XIV (1868) de la Constitución de los Estados Unidos. No es nuestro propósito estudiar su desarrollo jurisprudencial de forma detallada (12), sin embargo, sabemos que en su origen, la cláusula del debido proceso, tuvo un carácter netamente procesal. Es decir, interesaba garantizarle al ciudadano un procedimiento judicial que se ajustara a la Constitución y la ley.

Posteriormente, el Poder Judicial amplió el concepto del debido proceso. Así, la noción, tuvo no sólo carácter procesal, sino también carácter sustantivo. Esto quiere decir, que el Poder Judicial juzga si los actos de otros poderes del Estado vulneran o privan injustificadamente determinados derechos de las personas. De esta manera la Corte Suprema de los Estados Unidos se convirtió en intérprete de la Constitución y en defensora de las libertades.

En la enmienda XIV encontramos que:

“...ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin el debido procedimiento legal...”

La Corte, a pesar de la amplia interpretación que le ha dado a la noción del debido proceso, ha evitado definirla, para no encerrarla dentro de un concepto que podría limitar su aplicación futura.

"... si el Tribunal Supremo hubiera declarado que entiende por un procedimiento jurídico regular, aun pudiendo apreciarse su interpretación como artificiosa, estaría dentro de los márgenes de la función judicial, pero el Tribunal ha mantenido una característica vaguedad respecto a las condiciones de equidad que exige ese procedimiento jurídico para limitar la libertad o la propiedad, limitándose a apreciar la razonabilidad y oportunidad de cada precepto concreto sometido a su juicio, y no hay que decir que ello supone simplemente una estimación política de la ley, cuya validez se condiciona a su construcción y aceptación por los órganos del Poder Judicial. El carácter ambiguo y vago de la cláusula en que se apoya esta interpretación y la variedad de precedentes que pueden citarse, muestra claramente que la aplicación de este precepto constitucional está en función de las opiniones concretas de los jueces del Tribunal Supremo, que se constituye así en un órgano de gobierno más, junto al Presidente y al Congreso" (13)

Sin embargo, es interesante anotar la siguiente definición de lo que es el debido proceso sustantivo:

"A nuestro juicio, la garantía del debido proceso sustantivo con respecto a la Ley formal- material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que debe contener un equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos por él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto". (14)

La Constitución de Estados Unidos prohíbe la privación de la vida, libertad y propiedad sin el debido procedimiento legal. Esto quiere decir, desde el punto de vista sustantivo, que si una ley o un acto del gobierno, priva a

los ciudadanos del ejercicio de sus derechos, debe demostrarse su equidad, oportunidad, razonabilidad y proporcionalidad.

La garantía del debido proceso ha servido para que el Poder Judicial examine la constitucionalidad de las leyes, y, en algunos casos declare su inaplicabilidad. Sin embargo, no es la revisión judicial de las leyes, lo que nos interesa, sino la introducción en América de un concepto que hemos venido manejando a lo largo de todo este capítulo: la razonabilidad. La doctrina de la razonabilidad se extendió por Latinoamérica, y como hemos visto, ha sido trabajada por la doctrina y jurisprudencia argentina.

De otro lado, en casi toda las Constituciones modernas se ha recogido el carácter formal del principio. Comúnmente, el debido proceso se identifica con las garantías de la administración de justicia:

"... no cualquier proceso judicial cumple plena y efectivamente con las finalidades y funciones que le han sido adjudicadas en la ciencia del derecho. Para que ello sea realidad, el proceso judicial debe estar revestido de un mínimo de principios y presupuestos procesales... el debido proceso (que ha de garantizar la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial), es a su vez garantía de una tutela judicial y ello, por su parte elemento indispensable para la consecución de la finalidad del propio proceso judicial... comprende en sus aspectos procesales, numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes como con la jurisdicción..." (15)

Esta garantía se vincula a la protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción, en la

medida en que advierte que nadie puede ser despojado de sus derechos por una ley o un acto del gobierno que no esté apoyado en la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. Es decir, el Poder Judicial debe intervenir para hacer un juicio de razonabilidad y defender los derechos de la persona.

### III.3. La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción, en los Tratados Internacionales.

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos declaran que existen un grupo de derechos (u obligaciones contraídas por los Estados) que son inderogables. Por otro lado, la Convención Americana señala que tampoco pueden ser suspendidas las acciones de garantía que protegen estos derechos (artículo 27.2). Asimismo, la Declaración de Principios de Siracusa establece que los tribunales ordinarios mantendrán su jurisdicción, incluso en un estado de excepción, para juzgar cualquier denuncia de violación de un derecho inderogable.

Al respecto, el 30 de enero de 1987, la Corte Interamericana dictó la Opinión Consultiva OC-8/87 en el caso de "El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías", en la cual por unanimidad resuelve que:

"... los procedimientos jurídicos consagrados 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 derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición." (16)

Vale la pena reproducir lo que señalan los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención.

"Artículo 7 Derecho a la libertad personal. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viere amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

...Artículo 25. Protección Judicial.1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

La Corte interpreta que los artículos 7.6 y 25.1 consagran las acciones de garantía de hábeas corpus y amparo. En conclusión, las garantías judiciales indispensables son éstas y, ambas, no pueden suspenderse durante el estado de excepción, bajo ninguna circunstancia, para los derechos declarados inderogables.

Sin embargo, Cuál es la posición del derecho internacional respecto a la protección jurisdiccional de los derechos

humanos durante el régimen de excepción, en el caso que sea posible su suspensión?. La Corte concluye lo siguiente:

"39. La Corte debe destacar, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas... tampoco pueden apartarse de principios generales las medidas concretas que afectan los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiera incurrido en desviación o abuso de poder. 40. Si esto es así, es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de la legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecúa a los términos en que el estado de excepción la autoriza..." (17).

La Corte ha interpretado que el artículo 27 (sobre la suspensión de garantías) es un precepto concebido para situaciones excepcionales. En ese contexto, ningún derecho puede ser suspendido si es que no se cumplen las condiciones establecidas en ese artículo. Si la suspensión de garantías está condicionada a no exceder de lo estrictamente necesario, también lo están las medidas concretas que se adopten. Siguiendo esta argumentación la Corte llega a la conclusión de que dentro de un Estado de Derecho, un órgano judicial autónomo e independiente debe verificar y controlar la legalidad de tales medidas.

Podemos agregar que, en este sentido, la Corte Interamericana apoya nuestra posición respecto al control

jurisdiccional de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas durante el régimen de excepción.

#### **III.4. El Poder Judicial y los Estados de Excepción.**

La tesis sostenida en este capítulo opta por el control judicial de las medidas ejecutadas durante el régimen de excepción, como medio para la protección de los derechos humanos. Sin embargo, sería utópico creer que el Poder Judicial, es una isla en medio de un mundo de arbitrariedad, con el suficiente poder para imponerse a los otros poderes del Estado. En realidad, son pocas las naciones del mundo, donde esto ha sucedido así. Sin embargo, debe destacar que, en los países, con una larga trayectoria democrática y con instituciones constitucionales firmes y respetadas, no es difícil lograr que el Poder Judicial ejecute sus decisiones y se imponga. En este subcapítulo pretendemos reseñar las características más saltantes, con las que el Poder Judicial puede constituirse en el guardián de la constitucionalidad y la defensa del ciudadano.

Fundamentalmente, debe estar garantizada la autonomía e independencia del Poder Judicial, respecto a los otros poderes del estado. Esto no solo desde el punto de vista económico y administrativo, sino, esencialmente, en lo que se refiere al reclutamiento de los magistrados y las garantías para su función.

En cuanto al reclutamiento de jueces podemos decir que en el derecho comparado existen dos sistemas, el de los jueces representativos, y el de los jueces de carrera.

Respecto al primer grupo, podemos ver que a su vez, se dividen en tres: los jurados, los jueces elegidos y los jueces corporativos. En cuanto al sistema de jurados, sabemos que se elige al azar, entre ciudadanos comunes y corrientes, un número determinado de personas que tendrán funciones jurisdiccionales temporales y para un caso concreto. Los jueces elegidos, lo son por sufragio universal, aunque el sistema, desarrollado en los Estados Unidos, no da garantía de competencia jurídica. Por último los jueces corporativos son designado entre miembros de una misma profesión para resolver conflictos internos. En cuanto a los magistrados de carrera sistema que adopta el Perú estos son designados por los gobernantes y otros funcionarios del Estado.

Si bien la independencia del primer grupo, aparece más nítida, por el orden de su mandato, la independencia del segundo puede estar asegurada con las siguientes garantías:

1. Garantías de reclutamiento: es importante garantizar la competencia técnica de los jueces, al mismo tiempo que la independencia del gobierno que los nombra. Así puede optarse por el sistema de examen o por el reclutamiento por títulos y méritos.

(18).

2.- Garantías de inamovilidad: El del magistrado no puede ser desplazado del cargo, ni revocado su mandato, sin su consentimiento o el consentimiento de sus iguales. Las faltas profesionales graves no pueden ser observadas por el gobierno, sino por los mismos magistrados.

3. Garantías de ascenso: mediante este mecanismo el gobierno puede premiar o castigar a los magistrados, por lo tanto es el más común de los medios de presión sobre el Poder Judicial. Para remediar este problema existe, en primer lugar el límite de la antigüedad, complementado con otras medidas como, crear un órgano dentro del propio Poder Judicial que regule los ascensos o, limitar los grados y ventajas del ascenso, es decir, que exista poca jerarquía interior y pocos ascensos.

Creemos que si los Estados respetaran estas garantías para el funcionamiento del Poder Judicial, además de dotarlos de partidas fijas, se lograría su independencia respecto a los otros Poderes. Demás está decir que no es posible la protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción si no es con un Poder Judicial verdaderamente independiente que logre hacer cumplir sus fallos. Durante el régimen de excepción, en muchas ocasiones, el Poder Judicial se muestra más sumiso que nunca al Ejecutivo, y esto se debe, por lo general, a su vulnerabilidad o en otras palabras, el tiempo de represalias políticas, debido a la inexistencia de las garantías arriba mencionadas.

### III.5. la protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción, en el Perú:

#### III.5.1. Contexto

Desde que entró en vigencia la Constitución de 1979, en numerosas ocasiones se ha puesto en vigor la institución del estado de emergencia en distintas zonas del país. Hay que anotar, que el fenómeno subversivo ha tenido principal importancia en relación con los estados de excepción en el Perú. No es propósito de esta tesis hacer un análisis de este fenómeno, pero es necesario comprender la magnitud del problema, para entender la importancia que reviste para la protección de los derechos humanos.

En mayo de 1980, durante las elecciones generales, después de 12 años de régimen militar, un grupo armado del Partido Comunista del Perú "Sendero Luminoso", destruyó las ánforas electorales en Chuschi, pequeño poblado del departamento de Ayacucho. A esta primera acción subversiva seguiría una escalada de violencia que sería determinante en el comportamiento del Estado durante los años siguientes. Sin entrar en mayores detalles, podemos decir que Sendero Luminoso es un grupo político, formalmente maoísta, autoritario y militarizado, que basa su acción en el terrorismo: asesinato selectivo, sabotaje, amedrentamiento, etc. Dentro de este contexto, el Estado, en ausencia de un

plan coherente antiterrorista, busco reprimir a la violencia, con más violencia.

“...cuando inició acciones más osadas como las ejecuciones de autoridades locales o el asalto a la cárcel de Ayacucho en 1982- las fuerzas policiales empezaron a responder en términos semejantes: detenciones arbitrarias, torturas y las primeras ejecuciones extrajudiciales... ello se daba dentro de los “Estados de Emergencia” decretados por el nuevo régimen constitucional...” (19)

Entre los instrumentos jurídicos que se pusieron en vigor, cabe destacar el Decreto Legislativo 046 o ley Antiterrorista (1981), el cual fue objetado por algunas inconstitucionalidades, como establecer el delito de opinión. Una ley posterior dictada durante el gobierno aprista, modificó, aunque también de manera imperfecta, la legislación sobre el delito de terrorismo.

La opción militar fue la que se impuso sobre otras soluciones, y el 30 de diciembre de 1982 se entregó el control del orden interno a las Fuerzas Armadas en la zona de Ayacucho. A partir de esta fecha se instalan los “Comandos Político-Militares”. La Ley 24150, de 6 de junio de 1985. Legaliza esta figura, la cual como hemos visto, no tiene base constitucional, y en la práctica implica poner en manos de las Fuerzas Armadas toda la responsabilidad de la lucha antiterrorista, sin posibilidad de fiscalización alguna, por parte de los poderes del Estado. Así, las atribuciones y responsabilidades de los Ministros del Interior, el Poder Judicial, el Parlamento, el Ministerio

Publico, y el mismo Presidente de la Republica se ven copadas por el Jefe del Comando.

Esta situación, como es obvio, permite un sinnúmero de arbitrariedades entre las que se destacan, la limitación de derechos no suspendidos, como los derechos de defensa y comunicación, para el detenido, y como el derecho a la información sobre lo que estaba sucediendo en la zona, para todos los ciudadanos: la inmunidad de los miembros de las fuerzas armadas y policiales por las violaciones a los derechos humanos durante los estados de excepción: la imposibilidad de intervención del Ministerio Público y el Poder Judicial, etc.

En cuanto al resto del país, los estados de emergencia se han aplicado, en la mayoría de los casos, por las mismas razones:

"... En efecto, de los 56 Decretos declarando Estados de Emergencia dictados durante el gobierno del Presidente Belaúnde, 46 de ellos tenían directa relación con circunstancias en las que se habrían producido acciones de Sendero Luminoso. Al resto puede... aplicarse lo dicho frente a otras situaciones en los que los gobiernos echaron mano de otras situaciones en los que los gobiernos echaron mano del mecanismo de los estados de excepción para hacer frente a conflictos laborales o sociales." (20)

Con el advenimiento de un nuevo régimen constitucional, se observó un cambio en la actitud del gobierno, y se hicieron una serie de anuncios promisorios en materia de derechos humanos. Sin embargo, la matanza de presos amotinados, ocurrida en los penales de Santa Bárbara, Lurigancho y el Frontón, constituye un duro golpe a las expectativas

generadas. Por otro lado, aparece en la escena política, el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), el cual es combatido actualmente, por las Fuerzas Armadas en la zona de San Martín.

A modo de resumen general podemos decir que según cálculos extraoficiales se ha producido en el Perú, entre mayo de 1980 y diciembre de 1987, 11,820 atentados terroristas. Por otro lado, han perdido la vida durante este periodo, 542 miembros de las fuerzas armadas y policiales, 4448 presuntos terroristas y 4811 civiles, lo que hace un total de 9801 personas.

Teniendo una idea general del contexto de violencia que impera en nuestro medio, nuestro propósito será centrarnos en el comportamiento del Poder Judicial, tanto en la tramitación como en la ejecución, de acciones de garantía durante estos periodos.

### **III.5.2. Acciones contra la medida que declara el régimen de excepción en el ordenamiento peruano.**

Como hemos visto en el punto III .1.1. , el acto que declara un estado de excepción, es un acto político no justiciable. Como un ejercicio jurídico queremos regresar nuevamente al problema, para estudiar, si es posible, en el Perú, impugnar en la vía judicial el Decreto Supremo que declara el régimen de excepción.

La Constitución señala en último párrafo del artículo 295:

"Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público."

Nuevamente, volvemos al punto de partida. Sabemos que el Decreto, para ser Constitucional debe cumplir con una serie de requisitos, consagrados en el artículo 231 de la Constitución tanto de forma como de fondo. ¿Qué sucede si no se cumple con éstos?

La norma que venimos estudiando es un decreto de carácter general expedido por el Poder Ejecutivo. ¿Cabría entonces, en el Perú, una acción popular, contra el Decreto Supremo que declara el estado de excepción, cuando éste es inconstitucional?

En primer término, cabe hacer un somero análisis del tratamiento recibido por la acción popular en la doctrina de la jurisprudencia peruana. Volviendo sobre lo planteado en el punto 1, 2, 4, RUBIO y BERNALES (21), señalan que esta acción presenta dos problemas: el primero es el de la titularidad de la acción, el segundo, si la sentencia declara o no la nulidad de la norma. La solución que se le dé a ambos asuntos, como veremos, necesariamente debe guardar coherencia. Así, en una primera interpretación, la sentencia debe declarar que la norma no se aplica al caso concreto, pero continúa vigente para la generalidad. Esta

hipótesis está basada en que exista un caso concreto, por lo tanto, solo podrá interponer la acción el sujeto con legítimo interés. En una segunda interpretación, se sostiene que la sentencia puede dejar sin efecto la norma impugnada para todo el ordenamiento jurídico. Esta segunda hipótesis se basa en que cualquiera puede interponer la acción y, por lo tanto, puede no existir un caso concreto al cual aplicar la norma.

Nosotros, siguiendo la doctrina nacional, nos adherimos a la segunda interpretación, puesto que si la impugnación de la norma no tuviera efectos generales, implicaría que el Ejecutivo puede dictar normas inconstitucionales e ilegales, y éstas subsistir, a pesar de su inconstitucionalidad e ilegalidad. La jurisprudencia nacional, por otro lado, ha mostrado criterios contradictorios. (22)

Regresando al tema de la impugnación judicial del Decreto Supremo que declara el estado de excepción, nos encontramos, con que en la práctica, la jurisprudencia del Poder Judicial Peruano haría poco viable la acción popular para este caso. El ciudadano que interponga esta acción buscará que los efectos de la impugnación sean de carácter general, puesto que si buscara efectos inmediatos para un caso concreto, recurriría, con mayor eficacia, a las acciones de hábeas corpus y amparo. Por otro lado, el procedimiento de puro derecho, prescrito para la acción popular, es muy largo, y, cuando se obtuviese una sentencia, es probable que el

decreto impugnado no tuviese vigencia puesto que sólo tiene un plazo de 45 a 60 días.

Luego de estudiar los problemas doctrinarios, jurisprudenciales y prácticos que plantea la acción popular, es momento de retomar lo dicho en el punto III.1.1.. La Constitución establece claramente que es facultad del Poder Ejecutivo dictar la medida, por lo que la declaración de un estado de excepción es un acto que corresponde a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo. Se trata como hemos dicho, de actos no justiciables. El Poder Ejecutivo sólo tiene responsabilidad política, y la Cámara de Diputados, podrá, censurar el Gabinete.

“La configuración de estos estados es una atribución discrecional del Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros, por lo tanto no es discutible por parte de los tribunales la conveniencia o inconveniencia de la medida. La responsabilidad en este caso es política y corresponderá hacerla efectiva en todo caso al Poder Legislativo o a los electores en el momento en que sean llamados a ejercer el derecho de voto” (23)

Por otro lado, se discute si es que es posible que el Poder Judicial, en el hipotético caso de conocer esta acción, declare la nulidad del decreto en base a elementos formales: falta de refrendo ministerial, suspensión de otros derechos, exceder el plazo establecido en la Constitución, etc. De lo que sí no cabe duda, es que sobre la oportunidad de la medida y su proporcionalidad y razonabilidad no tendrá papel fiscalizador.

Nosotros nos adherimos, nuevamente, a lo efectuado en el punto III.1.1., y a la solución legal argentina. Así, no cabe una acción para impugnar la norma, en ningún caso, pero se defenderá la constitucionalidad de las medidas tomadas para casos concretos mediante acciones de hábeas corpus y amparo. La pretendida inconstitucionalidad o ilegalidad del Decreto Supremo, servirán de base para la defensa del ciudadano, y para que no se le apliquen medidas que vulnere sus derechos.

Sin embargo, ésta posición, como hemos dicho, es discutida. Algunos constitucionalistas peruanos, consideran que es posible la impugnación, vía una acción popular, y que, en todo caso, esta no quedaría excluída la posibilidad de interponer otras acciones de garantía. Por otro lado, sostienen, que los efectos de la sentencia declararían irrito el Decreto.

Queremos agregar que, hay que recordar, que estamos trabajando en un ejercicio teórico, ya que, en la práctica, el Poder Ejecutivo puede subsanar sus actos, mediante un nuevo Decreto, el que, sin vicios formales, regiría desde su publicación.

### **III.5.3. Acciones de garantía durante el régimen de excepción en el ordenamiento Peruano.**

Sabemos que la Constitución en el artículo 231 suspende las acciones de garantía para los derechos enumerados en ella.

durante el régimen de excepción. La ley 23506 de Hábeas Corpus y Amparo, en su Título IV "De la suspensión de los derechos constitucionales", el artículo 38 señala:

"No proceden las acciones de Hábeas Corpus y Amparo respecto de las garantías y derechos señalados en el artículo 231 de la Constitución, durante el tiempo de su suspensión"

Para conocer las fuentes de este artículo, reproducimos la exposición de motivos del ante-proyecto de Ley. A pesar de que esté tenía una redacción distinta al final, los fundamentos son los mismos.

"el título IV es sumamente breve, y está dedicado a la suspensión de los derechos constitucionales. En este apartado que consta de un solo artículo... se ha querido hacer una precisión que lamentablemente escapó a las labores de la Constituyente. La Constitución de 1933 manteniendo la tradición francesa, establecía la existencia de garantías individuales y sociales. Acorde con ello, el artículo 70 de la citada Constitución establecía la suspensión de garantías, esto es, a no procedencia de las garantías individuales y sociales durante el periodo de suspensión. Ahora bien, la Carta de 1979, con terminología moderna, reemplazó las garantías individuales y sociales, por la más correcta de derechos fundamentales, que es la preferida por el derecho comparado. No obstante, el artículo 231 de la Constitución no es claro en esta materia, y daría a entender que los derechos fundamentales son garantías, lo cual está expresamente negado por el título de la misma Constitución. Por tal motivo, es que se ha señalado este título como "De la suspensión de los derechos constitucionales". En él se establece que las acciones de garantía no proceden si el correspondiente derecho se encuentra suspendido, en virtud del artículo 231 de la Constitución, y cuando la agresión del derecho haya ocurrido en el lapso de la suspensión" (24)

La ley trata de aclarar nuevamente la polémica sobre la suspensión de derechos o de garantías. Sin embargo, no nos parece aclarado el debate constitucional con esta

explicación. Es obvio, que lo que existe en la Constitución es una declaración de derechos y no de garantías, puesto que estas últimas son medios de defensa. Pero de ahí a decir que lo que suspende la Constitución en el art. 231. son derechos, hay mucha distancia. La ley ha optado así, por suspender derechos y garantías. Mientras que, en la Asamblea Constituyente la discusión se planteó en otros términos: se suspenden derechos o se suspenden garantías. Sin embargo, esta polémica evita entrar a ver el fondo del asunto, y este es, la posibilidad de controlar judicialmente las medidas tomadas por las autoridades.

Los juristas peruanos han perdido mucho tiempo, discutiendo que es lo que se suspende: si el derecho o la garantía. Los que creen que solo se suspende la garantía, parten de una concepción iusnaturalista y de un enfoque práctico, que, como hemos visto, ofrece mayor protección a los derechos del hombre. Creemos que los que defienden la suspensión del derecho, no parten del deseo de limitar los derechos del hombre de un modo más restrictivo, sino que creen que de este modo la garantía podía continuar vigente. Si seguimos la posición del Dr. Valle Riestra durante la Asamblea Constituyente, este asunto se aclara. El constituyente sostuvo que el derecho debía suspenderse, pero mantenerse la posibilidad de interponer la acción de hábeas corpus durante el estado de excepción. Lamentablemente, esta argumentación puede ser destruida fácilmente: no hay garantía sin derecho

que proteger, si se suspende el derecho, inevitablemente, se suspende la garantía.

Lo que debieron hacer nuestros juristas, es plantear el asunto, en los términos en que lo han hecho la doctrina y el derecho comparado. En primer lugar queda claro que lo que se suspende son las acciones de garantía ("relativas a determinados derechos..."): en segundo, no se suspenden de un modo absoluto, sino que es posible la intervención judicial.

Como hemos visto, la doctrina y el derecho comparado, han elaborado en base a la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas tomadas, una doctrina, que permitiendo al Estado medios para su defensa ante peligros inminentes, protege al individuo frente a posibles arbitrariedades.

La dinámica que debe seguir el juez es más simple. Durante los estados de excepción las acciones de garantía se encuentran suspendidas para aquellos derechos señalados específicamente en la Constitución. Sin embargo, es necesario dar trámite a las acciones de garantía para verificar y controlar:

1. Que el Decreto Supremos reúna las formalidades exigidas por la Constitución.
2. Que la privación del derecho a interponer la acción este establecida por la Constitución y el Decreto Supremo.

3. De ser así, se verifica la razonabilidad y proporcionalidad de la medida en relación con la causa por la cual el ciudadano es privado de sus derechos.

Seguidos estos tres pasos, si el juez juzga que el Decreto Supremo ha sido expedido de acuerdo a la Constitución y a la Ley, que el ciudadano ha sido privado de un derecho susceptible de suspensión, y por último, que la medida es racional y proporcional, no procederá la acción de garantía. En caso contrario, deberá ampararse al ciudadano.

Lo que creemos que no puede negarse es la posibilidad de interponer acciones de garantía durante el régimen de excepción. Nada impide, ni constitucionalmente, ni legalmente, que esto se haga. En el art. 38 de la Ley 23506 está implícita la causalidad a la que nos hemos venido refiriendo.

Así, en el anteproyecto de reglamento de la Ley 23506 se establece:

"V. De la Suspensión de los derechos constitucionales" Artículo 43. Decretado cualquiera de los regímenes de excepción establecido en el artículo 231 de la Constitución Política del Estado, los jueces tramitarán las acciones de garantía sólo en los siguientes casos:

- a) Si se interpone la acción en defensa de derechos constitucionales que no han sido suspendidos.
- b) Si tratándose de derechos suspendidos, éstos no tienen relación directa con la conducta del agraviado o afectado.
- c) Si se trata de actos u omisiones anteriores a la fecha en que entró en vigencia el régimen de excepción (25)

El inciso b, aunque con una confusa redacción está introduciendo, la necesidad de un nexo causal entre el

agraviado y el derecho suspendido. Esto es un claro adelanto y una muestra de lo que venimos diciendo. No es necesaria ni una reforma constitucional, ni legal, para establecer que la razonabilidad y proporcionalidad de la medida deben ser apreciadas por el Juez en el caso concreto.

Por otro lado, no se debe olvidar que, como es claro, las acciones de garantía siguen vigentes:

1. Para la defensa de los derechos que no están incluidos dentro de la declaratoria del estado de excepción.
2. Para la defensa de los todos los derechos humanos fuera del territorio sobre el cual se declara el estado de excepción.
3. Para la defensa de los derechos vulnerados antes o después de la vigencia del Estado de Excepción.

#### **III.5.4. Otras posibles acciones.**

Algunos autores peruanos sostienen que es posible interponer acciones en la vía ordinaria como medios de defensa de derechos constitucionales. No entran aquí, a sostener, como lo hemos hecho en el punto anterior, la necesidad de un control judicial de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida por medio de una acción de garantía, sino que ofrecen otras alternativas para cautelar los derechos humanos.

Así, BOREA señala:

"... ha de precisarse que este control de razonabilidad no podrá hacerse a través de la acción de garantía en la medida en que los derechos que se discutan sean de los que se encuentran suspendidos por virtud del estado de excepción. En este caso la discusión puede venir a través de un procedimiento común de abuso de autoridad o dejar sin efecto el atentado contra el derecho constitucional, más no por la acción de garantía." (26)

Y RUBIO y BERNALES sostienen que:

"... El régimen de excepción en cualquiera de sus formas se decreta por razones excepcionales. No puede la autoridad, por tanto, ampararse en dicha situación para privar de sus derechos a las personas, por razones distintas. Si ello ocurriere, no podrá interponerse las acciones de hábeas corpus o de amparo, pero si podrá denunciarse el delito de abuso y los tribunales deberán admitir y tramitar el recurso" (27)

No creemos que un procedimiento en la vía ordinaria sea el adecuado para detener violaciones constitucionales. Tanto por consideraciones prácticas (la lentitud de la vía ordinaria), como consideraciones jurídicas. Si la arbitrariedad o violación existen es porque el Poder Ejecutivo no cumple con los límites que le señala la Constitución. Si no existe nexo causal, entre la privación, la actividad del detenido y la declaración del estado excepcional, debe interponerse la acción de garantía.

Solo para los casos en que se compruebe que la privación es legítima, podrá recurrirse a la vía ordinaria. Por ejemplo, si se arrastra a una persona, sin fines jurisdiccionales, y comprobando su vinculación con las causas por las cuales se decreta el régimen de excepción. En este caso, al

comprobarse que la detención es legítima, el perjudicado mantiene su derecho a interponer las acciones que crea convenientes en la vía ordinaria.

### III.5.5. El Poder Judicial y los estados de Excepción en el Perú

Hasta aquí, hemos presentado nuestra posición en base a la legislación nacional, la doctrina, y el derecho comparado. Sin embargo, sin cerrar los ojos a nuestra realidad, nos toca enfrentar el tema de la protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción, tal cual ha sido tratado en la práctica judicial peruana.

Lamentablemente, no existe en el Perú un estudio empírico sobre la tramitación que da el Poder Judicial a estas causas. La Comisión Andina de Juristas (28) ha cubierto parte de esta investigación, en la zona de Ayacucho, para los años 1979. 1984. Si bien sus conclusiones no pueden ser aplicadas a todo el Perú, si pueden darnos una idea de lo que sucedió en estos años, en las llamadas "zonas de emergencia".

Aunque parezca sorprendente, el universo total de la investigación sólo cubre catorce acciones de hábeas corpus. Se trabajó en los dos juzgados de Huamanga (capital de Ayacucho), un juzgado de Cangallo y uno de Huanta. Tres

acciones fueron interpuestas en Huamanga y las otras once, de forma directa, al Tribunal Correccional de Ayacucho.

La tendencia general es la desestimación. Once acciones fueron desestimadas, una fue concedida y en dos no aparece la resolución final. Es interesante observar los fundamentos de las desestimaciones. Así, podemos agrupar los argumentos usados por los jueces para desestimar las acciones en tres grupos: 1. Se señaló que no procedía la acción porque estaba suspendido el derecho a la libertad individual, durante el estado de emergencia. 2. se desestimó la acción porque los ciudadanos estaban sujetos a procedimientos jurídicos regulares por delitos comunes. 3. la acción no procede por la inexistencia de violación a la libertad individual.

En otra investigación de la Comisión Andina de Juristas en el departamento de Apurímac se encontró que durante los años 1983 - 1984 sólo se presentaron cinco acciones de hábeas corpus. Tres de ellas fueron declaradas improcedentes, una infundada y una sin lugar. En una de ellas se llega a afirmar que "... es innecesario pronunciarse sobre el fondo del recurso, en razón de encontrarse la provincia en estado de emergencia".

En base a la investigación de la Comisión, podemos extraer tres conclusiones:

1. Existe un temor generalizado a interponer la acción durante este periodo. En el contexto de violencia explicado

en el punto III.5.1., no es natural que se interpongan tan solo catorce acciones en Ayacucho. Asimismo, creemos que el temor también está presente en las resoluciones judiciales. Un juez estar seguro que la independencia del Poder Judicial lo faculta a impugnar una decisión del Poder Ejecutivo. En la medida en que esto no se logre, no podrán ampararse los derechos humanos.

2. La acción no tiene ninguna vigencia práctica en la zona. Es probable que los afectados no interpusieran la acción conociendo que ésta no constituía un medio eficaz para la defensa de los derechos humanos.

3. La suspensión del hábeas corpus se extiende a otros derechos como el de defensa y el de comunicación, (artículo 2. Inc. 20 i) y b) de la Constitución). Esto es particularmente grave puesto que se trata de derechos, no suspendidos. Sin embargo, los jueces desestimaron acciones de garantía que protegían en estos derechos:

“De acuerdo a lo establecido en la Constitución y en la Ley de Acciones de Garantía, el Hábeas Corpus sigue vigente durante los Estado de Emergencia para aquellos derechos que no han sido materia de suspensión. A pesar de que el texto de la norma no deja lugar a dudas, varias de las resoluciones judiciales dictadas en Ayacucho declarando infundadas determinadas acciones de Hábeas Corpus referidas a incomunicación, secuestro o tortura, se basaron en el falaz argumento de que la zona estaba en emergencia cuando ostensiblemente estaban de por medio derechos no suspendidos. Incluso trandose de derechos suspendidos, ante la mera sospecha de que pudiera estar ocurriendo alguna arbitrariedad el juez debe dar trámite a la acción” (29)

Como dijimos al empezar este punto, no existen datos estadísticos de lo sucedido en el periodo 1985 -1987, ni en

la zona de emergencia, ni en el resto del país. Asimismo, es poco lo que sabemos sobre acciones de amparo. Sin embargo:

"La desestimación de los hábeas corpus basados en la suspensión de garantías constitucionales resulta una tendencia jurisprudencial que se manifiesta en fallos no sólo de magistrados de Ayacucho, sino de otros distritos judiciales del Perú. " (30)

Así, si se ha llegado a rechazar acciones de garantía, para derechos no suspendidos, es fácil imaginar que una teoría tan elaborada como la de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, no encuentra eco en el Poder Judicial.

Aunque sabemos que no existe un criterio uniforme, hay jurisprudencia de la Corte Suprema que establece que en ningún caso procederán acciones de garantía durante el estado de emergencia. Nuestra tesis es opuesta a este planteamiento, porque no es constitucional ni legal; es restrictivo en la protección de los derechos humanos y carece de fundamento doctrinario, como creemos haber demostrado a lo largo de esta investigación. El juez tiene la obligación de investigar los hechos que se le presentan, establecer si algún derecho ha sido violado, y luego juzgar si está comprendido dentro de la suspensión del artículo 231, de acuerdo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Algunas campañas positivas se han realizado en los últimos años. Así la Comisión Andina de Juristas ha incentivado el uso de las acciones de garantía en las zonas declaradas en emergencia. Aunque no maneja estadísticas de los logros de su gestión, se puede inferir que el número de acciones planteadas a crecido sustancialmente. En muchos casos, el actor plantea la acción de hábeas corpus, para reclamar protección para algún derecho no suspendido, logrando así que su pretensión sea escuchada.

De otro lado, se conocen algunas resoluciones en las que se ha concedido el amparo solicitado, aunque son muy escasas. Sabemos que esto avances, si bien son positivos, no son suficientes, por lo que, como un aporte final, señalamos una serie de recomendaciones.

#### **III.5.6. Recomendaciones para el caso peruano.**

Debemos reconocer que el sistema constitucional peruano, es un sistema basado en instituciones democráticas en formación. De este modo, no es posible que teorías nuevas sobre las cuales se ha discutido poco en nuestro país, se plasmen en la realidad si no es con el tiempo. Sin embargo, hay instituciones que juegan un rol fundamental y es importante efectuar recomendaciones para cada una:

##### 1. El Poder Judicial:

Las garantías señaladas en el punto III.4. resultan indispensables para el funcionamiento de un sistema judicial que puede garantizar al individuo sus derechos. La tanta veces proclamada independencia del Poder Judicial debe ser real. En la medida que el Poder Judicial sea lo suficientemente fuerte para ejecutar sus fallos, aun en contra de lo dispuesto por el Poder Ejecutivo y las Fuerzas Armadas y Policiales, estarán garantizados los derechos humanos.

Es necesaria una campaña de capacitación de jueces en cuanto a las acciones de garantía y sus alcances. Es probable, que en muchos casos, la ignorancia, y una interpretación restrictiva de la ley, coadyuven en la desestimación de las acciones planteadas. En la medida de lo posible el Poder Judicial debe instruir a sus jueces en el conocimiento de la doctrina y el derecho comparado, así como el contenido de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La labor creativa de los jueces es vital en esta materia. Solo a través de casos concretos se puede elaborar una jurisprudencia firme, que pueda dar correcta aplicación a la suspensión de acciones de garantía.

## 2. El Poder Legislativo:

Si no es posible lograr que mediante la labor creativa de los jueces se logre el amparo justo de los derechos humanos durante el régimen de excepción, será necesario que vía una

ley, se especifique en qué casos sí proceden acciones de garantía. Recomendamos una ley, y no un reglamento, para evitar que algunas interpretaciones restrictivas - con las que no estamos de acuerdo - crean que al establecer determinados criterios, favorables a los derechos humanos en esta materia, se está modificando la ley 23506, vía una norma de inferior categoría. No hay tal modificación, como hemos dicho, el artículo 38 no se opone a que se compruebe la existencia de la razonabilidad proporcionalidad de la medida.

Asimismo, como hemos dicho anteriormente, nada impide al Poder Legislativo, normar el funcionamiento de las atribuciones del Poder Ejecutivo, así como el papel que juegan las Fuerzas Armadas y Policiales, siempre y cuando no se restringan derechos, como sucede con la ley 24150.

### 3. Poder Ejecutivo:

El Poder Ejecutivo debe mostrarse como un celoso guardián del cumplimiento de los fallos judiciales. Asimismo, ninguna autoridad, policial militar, puede oponerse a que el juez realice las diligencias a las que está facultado por ley en los establecimientos de detención.

Por otro lado las autoridades policiales, militares, civiles y todos aquellos vinculados con la represión del delito, deben ser instruidos acerca de los derechos de las personas, tanto en lo que se refiere a su aprehensión, como a su

detención e incomunicación. Asimismo deben ser instruidos en las sanciones que la ley impone a los que violan derechos humanos y tener la seguridad de que no podrán sustraerse a la jurisdicción civil, en caso de que fuera necesario.

El Ministerio Público debe coadyuvar en estas tareas, vigilando los arrestos y denunciando las violaciones de derechos humanos que se presenten.

#### 4. Ciudadanía:

Es necesaria una campaña de difusión de los derechos de los ciudadanos en todo el país. En la medida en que lo afectados sepan cual son los derechos que no pueden serles suspendidos, su defensa será eficaz. Asimismo, debe extenderse el uso de las acciones de garantía para proteger de forma inmediata a los afectados. Así se podrá exigir al juez que realice una investigación de los hechos para determinar su relación con las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo.

Finalmente, debemos retomar al primer punto de este subcapítulo. Vivimos en un contexto de violencia, tanto del lado subversivo, como del frente represivo. Es muy difícil aparecer en el medio, con una propuesta que concilie, dentro del Estado de Derecho, la seguridad de la nación y la justa defensa de los derechos humanos. Sólo el tiempo y el

fortalecimiento de las instituciones democráticas en nuestro país,  
podrán lograrlo.



NOTAS AL CAPITULO III

- (1) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. RAMÓN FERNANDEZ, Tomas. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid. 1986. Ed. Civitas. Cuarta edición. pág. 535.
- (2) BIDART CAMPOS, German J. Manual de Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires, 1986. Ed. Ediar p. 694.
- (3) SAGUES, Néstor Pedro. Control judicial del estado de sitio y de los arrestos consecuentes. EN: La Ley, Buenos Aires, 23 de diciembre de 1985. pág. 4.
- (4) FIX ZAMUDIO, Héctor, La Protección procesal de las garantías individuales en América Latina. En: La Revista. Comisión Internacional de Juristas. Vol IX N°. 2. Diciembre 1968, pág. 103.
- (5) Para un análisis jurisprudencial y doctrinario de la evolución de las acciones de garantía durante el estado de sitio en Argentina ver las obras de: SAGUES, Nestor Pedro. Hábeas Corpus. Régimen Constitucional y procesal de la Nación y provincias. Buenos Aires, 1981. Ed. La Ley, 416 págs.: y del mismo autor: Ley de Amparo comentada, anotada y concordada con las normas provinciales. Buenos Aires. 1979. Ed. Astrea. 482 págs.
- (6) SAGUES, Néstor Pedro. Nuevo régimen del hábeas corpus (Ley 23.098). EN: La Ley, Buenos Aires. Tomo 1985-B, pág. 900.
- (7) SAGUES, Néstor Pedro, idem, pág. 901.
- (8) SAGUES, Néstor Pedro. Control Judicial del estado de sitio y de los arrestos consecuentes...pág. 2
- (9) BIDART CAMPOS, German J. op. cit. pág. 461 - 462.
- (10) SAGUES, Néstor Pedro. Control Judicial ley del estado de sitio y de los arrestos consecuentes...pág. 3
- (11) SAGUES, Néstor Pedro. idem. pág. 4.
- (12) Sobre el desarrollo de la cláusula del debido proceso en el derecho constitucional norteamericano consultamos los siguientes autores: BOECHAT RODRIGUES. Leda. Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano. Mexico. 196---. Ed. Parmaca. CORWIN, Edward. La Constitución norteamericana su significado actual. Buenos Aires, 1942. Ed. G. Kraft, 260 págs. DORSEY, Gray L. y DUNSFORD, John. E., La libertad

constitucional y el derecho. México 1967. Ed.. Limusa 294 págs. ELIOT, Thomas H. Governing America: the politica of a free people. Nueva York, 1962. National Government Edition. 742 págs. ROCHE, John P. Tribunales y derechos. El Poder Judicial norteamericano en acción. Mexico, 196---. Ed. Letras. 141 págs. SWISHER, Carl Brent. El Desarrollo Constitucional de los Estados Unidos. Buenos Aire, 1958. Editorial Bibliográfica, 991 págs.

(13) SANCHEZ AGESTA, Luis. Curso de Derecho Constitucional Comparado. Madrid, 1980. Facultad de Derecho-Universidad Complutense. Sétima Ed. pág. 217.

(14) LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires, 1970. Ed. Astrea. Segunda Edición. pág. 31.

(15) EGUIGUREN, Francisco. La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. En el ensayo de QUIROGA, Anibal. Los Derechos Humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la administración de justicia. Lima 1987. Ed. Cuzco. págs. 110 - 112.

(16) CORTE INTERAMERICANA. Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías. Opinión Consultiva OC-8/87. EN: Boletín de la Comisión Andina de Juristas, No 16, Noviembre. 1987.

(17) Idem.

(18) DUVERGER, Maurice. instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Barcelona, 1970. Ed. Artel. Quinta Ed. págs. 226-231.

(19) GARCIA SAYAN, Diego. Estados de Emergencia en la Región Andina. Lima, 1987. Comisión Andina de Juristas, p. 115 - 116.

(20) Idem, pág. 114

(21) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Lima, 1985. Mesa Redonda Editores. págs. 204-207.

(22) ALTHAUS, Miguel de. Materiales de Enseñanza del Curso de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú. Pueden observarse dos casos en los que en menos de 11 meses la Corte Suprema resolvió con criterio distinto el asunto de la titularidad de la acción popular.

(23) BOREA ODRÍA, Alberto. El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy. Lima, 1985. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. pag 284.

- (24) Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Hábeas Corpus y Amparo. Versión recogida por: BOREA ODRÍA, Alberto. op. cit. pág. 350
- (25) Anteproyecto de reglamento de la ley 23506. Versión recogida por: BOREA ODRÍA, Alberto. op. cit. pág. 382. Hay que añadir que hasta la fecha, la ley 23506, no ha sido implementada.
- (26) BOREA ODRÍA, Alberto. op. cit. pág. 289
- (27) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique, op. cit. pág. 220.
- (28) COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. La Administración de Justicia y los Derechos Civiles y Políticos en Chile y Perú. Documento inédito.
- (29) GARCÍA SAYAN, Diego, op. cit. pág. 119.
- (30) COMISION ANDINA DE JURISTAS. op. cit.



## CONCLUSIONES

1. Luego de un largo proceso histórico se consagra hoy, universalmente, el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales del hombre, entendidos éstos, como un todo que abarca el quehacer humano tanto desde el punto de vista individual como social. La Constitución peruana de 1979, así como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción el Perú se somete, así lo establecen.

El derecho constitucional procesal está basado en la defensa de la Constitución frente a los actos del Estado que pretendan violar o restringir derechos humanos u otras disposiciones constitucionales. Así, toda protección jurisdiccional se deriva del principio de supremacía de la constitución y, del mismo modo, de él se derivan todas las

acciones de garantía que se conocen en el derecho constitucional comparado.

El Perú consagra un sistema mixto de defensa constitucional, tanto en vía incidental como en vía principal. Se recoge la acción de inconstitucionalidad y la acción popular, así como las acciones de hábeas corpus y de amparo, extendidas, éstas últimas, por América Latina y protectoras de violaciones concretas a los derechos humanos.

2. Aquellas instituciones constitucionales que con el objeto de evitar un peligro grave e inminente a la vida de la nación otorgan facultades extraordinarias, limitando derechos y concentrando poderes, se agrupan bajo el concepto general de régimen de excepción. Como podemos ver, el "estado de necesidad" es el fundamento de esta institución. Por otro lado, es imprescindible constitucionalizar el régimen de excepción, ya que de otro modo sólo se favorece la dictadura injustificada.

Por lo general, es el Poder Ejecutivo el que concentra poder durante el estado de excepción. Le corresponderá - y esto es connatural a su función - la evaluación de las circunstancias que ameritan la medida, y su posterior declaratoria. Sin embargo, durante la vigencia del régimen, los otros Poderes del Estado no pueden perder elementos de control que los permitan verificar la constitucionalidad de la actuación del Poder Ejecutivo. Esto es así por que la Constitución no puede otorgar poderes absolutos a nadie.

El fin de la institución de excepción es establecer el orden o evitar que se materialice la amenaza al Estado de Derecho. Por ello, estas instituciones están sujetas a determinados presupuestos constitucionales para que tenga validez. Así, debe tratarse de situaciones de peligro real e inminente. Las medidas deben responder al interés general y ser necesariamente transitorias. Igualmente, de esencial que se verifique la razonabilidad y proporcionalidad, es decir, el objeto de la medida debe guardar relación con el peligro que dió motivo a la declaración y del mismo modo, el Estado podrá aportar las medidas siempre y cuando estas sean estrictamente necesarias para poner fin al peligro.

Existen dos clases principales de emergencias graves: la guerra, y los desordenes internos, ya sean éstos últimos naturales o político- sociales. En general, las causales son consagradas constitucionalmente de manera y subjetiva. Lo que permite a los gobernantes evaluar estas situaciones buscando la represión generalizada de todo aquello que se oponga al gobierno en el poder. Sin embargo, creemos que el Estado de Derecho debe contar con instrumentos que permitan restablecer el orden en la Nación.

Respecto al ordenamiento peruano solo queremos resaltar nuestra posición crítica en determinadas disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 231, que no responden a los criterios estudiados en la doctrina. Así, no

se establecen mecanismos de fiscalización y control de la actuación del Poder Ejecutivo, ya que, la disposición de "dar cuenta al Congreso" no ha tenido una interpretación amplia. Por otro lado, la temporalidad del estado de emergencia se infringe, prolongándose indefinidamente a través de los años, en grandes extensiones de territorio, con la sola prórroga del decreto. Asimismo la posibilidad de delegar el control del orden interno a las Fuerzas Armadas ha creado una serie de problemas constitucionales, como la concentración de poderes en estas autoridades. Finalmente, en algunos casos, las causas para decretar el estado de emergencia o el estado de sitio son sumamente subjetivas, y pueden permitir la represión inconstitucional.

La discrecionalidad del Ejecutivo debe limitarse. Puede promulgarse una ley que reglamente su actuación y, en ningún caso, el Congreso puede perder facultades fiscalizadoras. Asimismo, sostenemos que el Poder Judicial debe seguir ejerciendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las medidas adoptadas.

3. En cuanto al problema de la suspensión de derechos y garantías durante el régimen de excepción es preciso concluir lo siguiente: Ha existido una larga confusión derivada del constitucionalismo francés, que identificaba a los derechos constitucionales como sinónimo de las garantías para su protección. Nosotros sostenemos que la garantía de

un derecho es solamente la acción procesal prevista constitucionalmente para su defensa. Es evidente que lo que contienen las Constituciones son declaraciones de derecho, y se establece como garantía de ellos, medios procesales de protección.

Sin embargo, en lo que respecta al régimen de excepción, la discusión vuelve a tener vigencia. Un sector considera que lo suspendido es el derecho, mientras que otros afirman que lo suspendido es la garantía. La diferencia es sutil, pero importante, ya que si lo que se suspende es el derecho, su ejercicio deberá estar autorizado y de ningún modo procederá una acción de garantía para su defensa. Si, en cambio, lo que se suspende es la garantía, los ciudadanos obrarán libremente, pero si se les limita algún derecho no podrán interponer acciones de garantía. Si bien la primera interpretación es más restrictiva, ambas, aplicadas de un modo absoluto, impiden el control de la razonabilidad de la medida en el caso concreto, que debe ejercer el Poder Judicial.

4. La mayoría de las constituciones establecen que el derecho a interponer acciones de garantía se suspenden durante el régimen de excepción. Sin embargo, esta tesis pretende demostrar que esa prohibición no puede ser absoluta. Las acciones de garantía deben admitirse para que el Poder Judicial cumpla con su función protectora de los

derechos humanos. El juez debe examinar en cada caso la causa, es decir la razonabilidad de la medida adoptada para el caso concreto en relación con los motivos por los cuales se decretó el estado de excepción. Esto se justifica cuando se entiende que durante el estado de excepción los arrestos no tienen, necesariamente, fine jurisdiccionales. Por otro lado debe velarse siempre por la proporcionalidad de la medida. Así, una detención puede ser racional en un primer momento, pero puede dejar de serlo en la medida en que deje de ser proporcional con el fin perseguido.

Respecto al ordenamiento peruano, concluimos en primer lugar, que lo que suspende la Constitución son las acciones de garantía (hábeas corpus y amparo), porque ese fue el acuerdo al que se llegó en la Asamblea Constituyente, porque así lo expresa textualmente la Constitución, y por qué es la interpretación menos restrictiva de derechos humanos. De igual modo, la prohibición a interponer acciones de garantía no puede ser absoluta. La dinámica que debe seguir el juez es la siguiente: si bien las acciones de garantía se encuentra suspendidas es necesario darles trámite para verificar y controlar: primero, que el Decreto Supremo reúna las formalidades establecidas en la Constitución; segundo, que la privación del derecho a interponer la acción esta establecida por la Constitución y el Decreto Supremo; tercero, se verificará la razonabilidad y proporcionalidad de la medida en relación con la causa por la cual el

ciudadano es privado de sus derechos. Si seguidos estos tres pasos el juez encuentra la medida razonable y proporcional no procederá la acción.

5. En cuanto a las acciones que caben contra la medida que declara el estado excepcional, la doctrina señala que el acto o decreto que establece el régimen de excepción es un acto de gobierno no judicializable. Esto quiere decir que el Ejecutivo asume únicamente responsabilidad política por sus actos y, que ningún poder del Estado podrá intervenir para objetar la oportunidad de la medida. Sin embargo, es en teoría posible que el decreto viole algunas disposiciones constitucionales, tanto de forma como de fondo. Cabría aquí la impugnación de la medida? La doctrina no es unánime en este punto. Por el contrario, la jurisprudencia comparada considera que a pesar de que exista un vicio formal en la medida, el Poder Judicial no puede pronunciarse con el propósito de invalidarla.

El ordenamiento peruano recoge este criterio. Sin embargo, se ha planteado la posibilidad de impugnar la medida a través de una acción popular, la que está consagrada como un medio de defensa contra decretos inconstitucionales o ilegales, de carácter general. Nosotros sostenemos que no es posible interponer una acción para impugnar la norma en ningún caso, pero se podrá verificar la constitucionalidad de las medidas en casos concretos, mediante acciones de

hábeas corpus y amparo. La inconstitucionalidad o ilegalidad del decreto servirá de base para la defensa del ciudadano.

6. Un sector de la doctrina considera que estando cerrada la posibilidad de interponer acciones de garantía, es posible interponer otras acciones en la vía ordinaria con el objeto de proteger los derechos humanos. No creemos que esta solución sea la más adecuada ni efectiva. Nos ratificamos en nuestra posición anterior: las acciones de garantía no están suspendidas durante el régimen de excepción de un modo absoluto, y valiéndose de ellas los ciudadanos encontrarán la protección que reclaman.

7. En el derecho comparado, la protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción ha sido desarrollada, con gran acierto por el derecho argentino. A través de un largo proceso jurisprudencial, la Ley de Hábeas Corpus 23.098, incorpora el control judicial de la razonabilidad de las medidas adoptadas durante el régimen de excepción. Así, en el artículo 4, se consagra la revisión judicial no solo en cuanto a razonabilidad de las medidas concretas, sino también en cuanto a la legitimidad del estado de Excepción. Esto quiere decir que no es justificable la oportunidad de la medida, pero si lo es la verificación de los requisitos de forma y fondo del decreto, en cada caso de hábeas corpus que se presente.

El derecho constitucional norteamericano aporta la noción del debido proceso legal, cuya importancia radica en ser la base del principio de razonabilidad. El debido proceso legal debe entenderse tanto en originario aspecto procesal (garantías de la administración de justicia) como en su aspecto sustantivo. El debido proceso sustantivo implica al control judicial en la privación de derechos, ya sea por leyes o actos de gobierno. Esto quiere decir que si se priva a los ciudadanos del ejercicio de sus derechos, debe demostrarse ante Poder Judicial la equidad, oportunidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

8. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, establecen la defensa de sus normas a través de órganos creados para ese fin. El Perú se somete a la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Internacional de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A pesar del avance que significa contar con estos órganos, existen muchos problemas en la aplicación de lo tratados que impiden una eficaz defensa, universal y americana, de los derechos humanos.

Igualmente, los tratados reconocen el derecho de los Estados a preservar el orden y la seguridad de la nación suspendiendo en determinados casos la vigencia de la Constitución. Sin embargo, establecen principios para la validez de estas medidas. Así, destacamos que deben tratarse

de "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación"; y deben decretarse "en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación". Además, se incluyen en los tratados un grupo de obligaciones que no pueden ser suspendidas bajo ninguna circunstancia.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que los tribunales mantendrán su jurisdicción para juzgar cualquier denuncia de violación de un derecho inderogable. Por otro lado, la Corte Interamericana ha señalado de las acciones que la Convención consagrada para la defensa de estos derechos son las de hábeas corpus y amparo. La Corte interpreta que la suspensión de garantías es un precepto concebido para situaciones excepcionales. Así, ningún derecho puede ser suspendido si es que no se cumplen las condiciones señaladas en la Convención. La Corte concluye que dentro de un Estado de Derecho, un órgano judicial autónomo e independiente debe verificar y controlar la legalidad de las medidas adoptadas.

9. Si no se cuenta con un Poder Judicial verdaderamente independiente, y autónomo en lo administrativo y económico, la protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción será imposible de realizar. Es sintomático que durante el régimen de excepción los jueces se muestran sumisos a las disposiciones del Poder Ejecutivo. Esto se debe, por lo general, a su vulnerabilidad o al temor

de represalias políticas debido a la ausencia de garantías para su función.

10. En el Perú el fenómeno subversivo ha tenido principal importancia en relación con los estados de excepción desde la vigencia de la Constitución de 1979. Entre mayo de 1980 a diciembre de 1987 se han producido aproximadamente 11,800 atentados terroristas. De otro lado han perdido la vida, en ese mismo periodo 9800 personas entre civiles, militares y presuntos terroristas. El comportamiento del Poder Judicial no puede ser este contexto de violencia.

Por lo general se tiende a la desestimación de plano de las acciones de garantía, con el argumento de que el país se encuentra bajo estado de emergencia, llegando incluso a desestimar acciones interpuestas para la defensa de derechos no suspendidos. Si bien es cierto que se están logrando algunos avances, sabemos que es difícil que podamos contar, como Argentina, con un proceso jurisprudencial, que poco a poco, logre la protección eficaz de los derechos humanos.

La tesis incluye una serie de recomendaciones finales para que con el fortalecimiento de instituciones democráticas débiles como las nuestras sea posible lograr las metas planteadas en esta investigación.

## BIBLIOGRAFIA

1. **ALTHAUS, Miguel de**, Materiales de Enseñanza del Curso de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú.
2. **ALZAMORA VALDEZ, Mario**. Los Derechos Humanos y su protección. Lima, Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Segunda Edición. 389 págs.
3. **BIDART CAMPOS, Germán J.** Manual de Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires, 1986. Ed. Ediar, 840 págs.
4. **BISCARETTI DI RUFIA, Paolo**. Derecho Constitucional. Madrid, Editorial Tecnos, 742 págs.
5. **BISCARETTI DI RUFIA, Paolo**. Introducción al Derecho Constitucional Comparado. México, 1975, Fondo de Cultura Económica, 273 págs.
6. **BOECHAT REDRIGUES, Leda**. Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano. México 1965. Ed. Parmaca.
7. **BOREA ODRIA, Alberto**. El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy. Lima. 1985. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. 390 págs.
8. **COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS**. La Administración de Justicia y los Derechos Civiles y Políticos en Chile y Perú. Documento inédito.
9. **COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS**. Normas Internacionales sobre derechos humanos y derecho interno. Lima, 1984, 323 págs.
10. **COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979** Actas de las Sesiones. Tomo I. Anexos y Potencias. Tomo II. Lima, Publicación Oficial.
11. **CORTE INTERAMERICANA**. Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías. Opinión consultiva OC-8/87. EN: Boletín de la Comisión Andina de Juristas. No 16 de Noviembre, 1987.
12. **CORWIN, Edward**. La Constitución norteamericana y su significado actual. Buenos Aires, 1942. Ed. G. Kraft. 260 págs.
13. **CHIRINOS SOTO, Enrique**. La nueva constitución al alcance de todos. Lima, 1979. Editorial Andina.
14. **DIARIO DE LOS DEBATES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978**. Tomos VII y VIII. Lima, Publicación Oficial.

15. **DORSEY, Gray L. y DUNSFORD, John E.** La libertad constitucional y el derecho. México 1967, Ed. Limusa 294 págs.
16. **DUVENGER, Maurice.** Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Barcelona, 1970. Ed. Ariel. Quinta Ed. 639 págs.
17. **EGUIGUREN, Francisco** La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Lima, 1987, Cultural Cuzco Editores. 782 págs.
18. **ELIOT, Thomas H.** Governing America: the politics of a free people. Nueva York, 1962. National Government Edition, 742 págs.
19. **FAYT, Carlos S.** Derecho Político. Buenos Aires, 1973. Ed. Abeledo- Perrot, 570 págs.
20. **FERNANDEZ SESGADO, Francisco.** El Estado de Excepción. Madrid, 1977.
21. **FIX ZAMUDIO, Héctor.** La Protección procesal de las garantías individuales en América Latina. EN: La Revista. Comisión Internacional de Juristas, Vol IX. No 2, Diciembre 1968.
22. **GARCIA BELAUNDE, Domingo.** El Hábeas Corpus en el Perú, Lima 1979. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 235 págs.
23. **GARCIA BELAUNDE, Domingo.** El Hábeas Corpus interpretado. Lima, 1971. Pontificia Universidad Católica del Perú.
24. **GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMÓN FERNANDEZ, Tomas.** Curso de Derecho Administrativo I. Madrid, 1986. Ed. Civitas. Cuarta edición.
25. **GARCIA SAYAN, Diego.** Estados de Emergencia en la Región Andina. Lima, 1987. Comisión Andina de Juristas. 322 págs.
26. **LINARES, Juan Francisco.** Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires, 1970. Ed. Astrea. Segunda Edición, 241 págs.
27. **O'DONELL, Daniel** Estados de Excepción. EN: La Revista. Comisión Internacional de turistas. N: 20-21, Junio - Diciembre, 1978.
28. **O'DONELL, Daniel,** Legitimidad de los estados de excepción a la luz de los instrumentos de derechos humanos. EN: Derecho. Lima. Diciembre 1984. Pontificia Universidad Católica del Perú.

29. **PAREJA PAZ SOLDAN, José.** Derecho Constitucional peruano y Constitución de 1979. Lima, 1980. Ed. Ital Perú. Sexta Edición.
30. **ROCHE, John P.** Tribunales y derechos. El Poder Judicial norteamericano en acción. México, 1965. Ed. Letras 14° págs.
31. **RUBIO Marcial y BERNALES, Enrique.** Constitución y Sociedad Política. Lima, 1985. Mesa Redonda Editores. Segunda Edición, 671 págs.
32. **RUIZ ELDREDGE, Alberto.** La Constitución comentada. Lima 1979.
33. **SAGUES, Néstor Pedro.** Control Judicial del estado de sitio y de los arrestos consecuentes. EN: La Ley. Buenos Aires, 23 de diciembre de 1985.
34. **SAGUES, Néstor Pedro.** Hábeas Corpus. Régimen Constitucional y procesal de la nación y provincias. Buenos Aires, 1981. Ed. La Ley, 416 págs.
35. **SAGUES, Néstor Pedro.** Ley de Amparo, comentada, anotada y concordada con las normas provinciales. Buenos Aires, 1979. Ed. Astrea, 482 págs.
36. **SAGUES, Néstor Pedro.** Nuevo Régimen de hábeas corpus (Ley 23.098). EN: La Ley. Buenos Aires, Tomo 1985- ---, pág. 900 y siguientes.
37. **SANCHEZ AGESTA, Luis.** Curso de Derecho Constitucional Comparado. Madrid, 1980. Facultad de Derecho Universidad Complutense, Séptima Ed.
38. **SANCHEZ VIAMONTE, Carlos.** El Constitucionalismo y sus problemas. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Omeba, 672 págs.
39. **SWISHER, Carl Brent,** El Desarrollo Constitucional de los Estados Unidos. Buenos Aires, 1958. Editorial Bibliográfico 991 págs.
40. Perú. La Nueva Constitución y los derechos humanos. EN: La Revista. Comisión Internacional de Juristas. No 27- Diciembre de 1981.

**NORMATIVIDAD CONSULTADA:**

## 1. Tratados Internacionales:

- Declaración universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

## 2. Constituciones de los siguientes países: Alemania, Argentina, Chile, España, Estados Unidos, Francia, Italia, México y Perú.

## 3. leyes:

## - Perú:

Ley 23506 de Hábeas Corpus y Amparo

Ley 24150, creando los Comandos Político Militares.

Decreto Legislativo 047. O Ley de Terrorismo.

## -Argentina:

Ley 16,986 de Amparo

Ley 23.098 de Hábeas Corpus.

## 4. Otros:

- Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Hábeas Corpus y Amparo.
- Anteproyecto de Reglamento de la ley 23506.
- Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.